HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	Eigengewere　考
Author(s)	石川, 武
Citation	北大法学論集, 37(5), 1-34
Issue Date	1987-03-27
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16532
Type	bulletin (article)
File Information	37(5)_p1-34.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

Eigengewere考

石川武

はじめに

ハインリヒ・ミッタイスは、今日でもドイツで最も多く読まれている教科書『ドイツ私法』(Deutsches Privatrecht)の中で、ゲヴェーレに関する通説——すなわち、ゲヴェーレはゲルマン＝(古)ドイツ物権法上の占有であり、同時に物権(ないし本権)の表現形式である——を前提した上で、次のように述べている。(1)

「重畳的ゲヴェーレ(mehrfache Gewere)、間接的・直接的ゲヴェーレ(mittelbare und unmittelbare Gewere)、上級・下級ゲヴェーレ(Ober- und Untergewere)なる観念は不動産法に由来する。人はある土地を in nut und gelde (利用と収益の中に)持つ(2)ことがある。その場合、それを用益する者も、同じく地代徴収者も、ゲヴェーレ(＝占有・占有権)を持っている。封建主君は Eigengewere を持ち、家臣は Lehnsgewere を持つ。賃借人や小作人も Fremdgewere (＝他主ゲヴェーレ)を持つことがある。こうして幾重もの層をなした占有権が成立しうるのである」と。

本稿の目的は、このような通説的なゲヴェーレ理解のうち Eigengewere に関する部分を、ザクセンシュピーゲルの史料的所見に照らして検討し、それがまったく史料的典拠を欠いていることを明らかにすることにある。これが前稿「ザクセンシュピーゲルにおけるゲヴェーレ」(3)で展開した私見の補足をなすものであることは、改めてお断わりするまでもあるまい。

一

はじめに、ごく簡単に右に引用したミッタイス説のいわば内在的な問題点を指摘しておきたい。

ミッタイスは主君の持つ Eigengewere を、一方では家臣の持つ Lehnsgewere と対比し（したがってこの場合、Eigengewere は「アイゲンについて成立するゲヴェーレ」の意味になる）、他方では同時に賃借人や小作人の持つ Fremdgewere とも対比している。後者の場合、Fremdgewere は「他主ゲヴェーレ」の意味であるから、Eigengewere は「自主ゲヴェーレ」の意味になる。ところで、通常、ある主君は上級主君からレーンを受領し、それを自分の家臣（＝上級主君からみれば陪臣）に又授封する。したがって、もし家臣が（自主ゲヴェーレとは対立する意味での）Lehnsgewere をしか持てないのなら、主君もまた（上級主君との関係において）Lehnsgewere しか持っていないことになる。逆に、主君は上級主君から受領したレーンについて（家臣との関係では）自主ゲヴェーレを持っているというのなら、家臣もまた（陪臣との関係においては）自主ゲヴェーレを持ちうることにならざるをえない。

主君は、時に自分のアイゲン（自有地、自由世襲地）の一部を家臣にレーンとして与えることがある。学者のいわゆる Eigenlehn である。[4] この場合に限って右に指摘したような問題は生じない。Eigengewere（＝アイゲンについて成立するゲヴェーレ）を持っているのは事実主君だけで、家臣はそれを持ちえないからである。しかし、このアイゲン・レーンは「特殊なレーン」の一つであって、例外的な存在でしかない。したがって、Eigengewere の概念に、一方では Fremdgewere との対比によって「自主ゲヴェーレ」の意味を持たせ、他方では Lehnsgewere との対比によって「アイゲンについて成立するゲヴェーレ」という意味をも持たせる、というミッタイス説は、そもそも一般論としては成立するはずのない考

え方なのである。

ゲヴェーレをゲルマン法に固有な物権法の基礎概念とする今日の通説の基礎を築いたのは、言うまでもなくアルブレヒトであるが、そのアルブレヒトは早くも次のように述べている。[5]「封建主君の持つ Eigensgewere は家臣の持つゲヴェーレによって制限され、家臣の持つ Lehnsgewere は陪臣の持つそれ（＝Lehnsgewere）によって制限される」と。ここでまず注目されるのは、Eigengewere ではなく、Eigensgewere の語が用いられており、それがもっぱら Lehnsgewere と対比されていることである。つまり、アルブレヒトのいう Eigensgewere は、「自主ゲヴェーレ」という含意をまったく持たず、もっぱら「アイゲンについて成立するゲヴェーレ」の意味で用いられている。さらに、この概念が（主君一般にではなく）上級主君に関係づけられている点には、（基本的には、アイゲン・レーンは例外的存在でしかない、という右に指摘した批判を免れることはできないにせよ）少なくともミッタイス説にはもはや見られなくなった慎重さ（あるいは、史料への近さ）をのぞかせている。

しかし、それ以上に注目されるのは次の二つの事実である。第一に、アルブレヒトは右の発言に際して直接にはまったく史料的な典拠を挙げていないこと。第二に、あれほど中世末期の原史料を広く渉猟しそれを駆使して画期的なゲヴェーレ論を構築したアルブレヒトが挙げている史料の中で Eigen(s)gewere に直接に言及しているのは、（私に見落しがない限り）驚くべきことにザクセンシュピーゲル・ラント法二・四四・三ただ一つであること。[6] 前者によって、現在の通説がアルブレヒトの発言を（史料に遡って検討するのではなく）自らの体系に都合の良いように加工しつつ鸚鵡返しにしてきたにすぎないことがうかがわれるが、[7] 後者の意味するところはもっと深刻である。最低限度、Eigen(s)gewere の概念にはそもそも史料的な典拠がきわめて乏しいという疑惑を回避するわけにはいかないからである。

二

ザクセンシュピーゲル全巻を調べてみても、Eigen(s)gewere と訳しうる表現は、事実ラント法二・四四・三にただ一箇所、de egenleke were という言葉が出てくるだけである。まずそのことを確認した上で、この条文の全訳を掲げておきたい。[8] 言うまでもなくこの条項が本稿における分析の主たる対象となるからである。

「(したがって) また (so) 誰であれ、彼の (＝彼が主君から受領している) レーンもしくは彼の母あるいは女性親の (持つ) 一期分についてそれを自分のアイゲンであると主張する者 (以下、Aと略称する) は、六人の参審自由人とともに (自分とも七人で)、de egenleke were を証人により立証しなくてはならない。さもなければ彼にとってそれについて (の主張ないし権利が) 破られることになる」。

この条文には、見られる通り、二つのケースが含まれている。一つは、Aが彼の主君に対して彼の (＝彼が主君から受領している) レーンを自分のアイゲンと主張するケース、もう一つは、Aが自分の母または女性親 (最も普通には姉妹――以下同様) の一期分を同じく自分のアイゲンと主張するケース。egenleke were は、この二つのケースにおいて、Aが自分の主張を貫徹するために参審自由人六人と自分とも七人で証明しなくてはならないものである。この二つのケースのうち後者は、言うまでもなく封建的主従関係とは何の関係もない。これに対して前者は、なるほど封建的主従関係にかかわってはいるが、egenleke were を立証しなければならないのは (主君ではなく) 家臣であり、したがってそれは主君のもつ権利とは何の関係もない。[9] そして、上述したように、これがザクセンシュピーゲル全巻を通じて Eigen(s)gewere と訳しうる表現が出てくる唯一の箇所である。したがって、通説的な Eigengewere の理解は、ザクセンシュピーゲル全

巻の中にただの一つも直接の史料的典拠を持たないことになる。

ここまではことはいたって簡単であり、一度ザクセンシュピーゲルにおけるゲヴェーレ（were, gewere）の語の用法を網羅的に調べてみれば、直ちに確認できることである。しかし、それならば右の条文に出てくる egenleke were とは何か、ということになると、ことはそう簡単ではない。右の条文には難しい単語も出てこないし構文上の問題もない。しかし、その意味では何の変哲もなさそうに見えるこの条文は、（後述するように）あれこれ考えはじめると数々の難問を秘めており、ザクセンシュピーゲルの中で内容的把握の最も難しい条項の一つである。しかし、その正しい把握を求めて苦慮したあげくに出口のない迷路に踏みこむことのないよう、はじめにいわば道標として指摘しておきたいのは、この条項が、アイケ自身の手になるテキストでは次のような二・四四・一の直後に位置しており、当然それを承けて書かれている、ということである。

「いかなる所領（あるいは、土地）であれ、ある者が（彼の）ゲヴェーレ（gewere）（＝占有）の中に一年と一日適法な異議（＝法廷で異議を申立てられること）なしに持っている[10]場合には、その者はそれ（＝所領）につき適法なゲヴェーレ（ene rechte were）を持つ。（誰かほかの）人がしかし、ある者の（占有ないし支配）下にある所領を法に従って訴求している間は、彼（＝占有者）がいかに長くそれ（＝一年と一日）をこえて実力をもって（mit gewalt）[11]それ（＝所領）を保持していようとも、彼はそれ（＝所領）につき決して適法なゲヴェーレを取得することはない、（彼を訴える）人が適法な（＝法廷における正式の）訴を証人により立証できる間は」。

二・四四・三のはじめにある so（したがって、また）は、この条項とのつながりをはっきり示している。したがって、この条項のつながりに力点を置いて読めば、二・四四・三は大まかに言って次のような趣旨であると理解される。すなわち、Aが自分のレーンや母または女性親（＝姉妹）の一期分をいかに長く（実力をもって）占有していても、それが直

ちにAのアイゲンと化するわけではない。それをAが自分のアイゲンであると主張するのであれば、egenleke were、すなわち、少なくともAがそれをアイゲンとして占有していることを、あるいは、その所領がAのアイゲンであることの法的根拠を立証しなくてはならない、と。[12] しかし、本稿においては今のところこれは、あくまでも以下の検討のための道標（あるいは、一広の作業仮説）にすぎない。以下、レーンの場合と一期分の場合とにわけて、果たして右のような理解が正しいか、あるいは、（それが正しいとして、その結果）二・四四・三にはいかなる問題が含まれている（ことになる）かを、少し立入って検討してみよう。

三

まず、問題の所領がAの（＝Aが主君から受領している）レーンである場合を検討する。

この場合、Aが所領を占有（または、現に支配――以下同様）している、と想定することにはまず問題がない。

ザクセンシュピーゲルによれば、主君が家臣に所領を授封するのに二通りのやり方がある。一つは、家臣に所領（レーン）を実際に占有させるものであるが、もう一つは、現に他の家臣が占有している所領（レーン）をその家臣が封（レーン）相続人（＝息）なしに死亡した場合にはじめて実際に占有させる、というgedinge（いわば条件つきの予約）だけをある家臣に与えることも可能である。したがってたとえば次のようなことが起こりうる。「二人の家臣に対して主君は（同じ）一つの所領を封与することができる、一人はそれについてのゲヴェーレを持ち、また他の者がゲディンゲを持つように」。[13] この場合、ゲディンゲのみの授封を受けた者は、当然、現に所領を占有している家臣が死亡するまでは所領（レーン）を占有していないことになる。

しかし、ゲディンゲのみの授封の場合には、通常その旨が明記されているから、特段の断わりがなければ、家臣は所領（レーン）を占有していると考えてよい。それだけでなく、このゲディンゲは簡単に破られる。その定義からして、現に所領を占有している家臣に（後に）封相続人が生まれた場合はもちろん[14]（ゲディンゲ）契約の当事者の一方が死亡しても、ゲディンゲはいわば消滅してしまう。[15] また、現に所領を占有している家臣がそれを主君に返還し、あるいは、主君がその所領を上級主君に返還しても、ゲディンゲは破られてしまう。[16] 要するにゲディンゲは、それを根拠にして家臣がまだ占有していない所領を自分が直ちに占有すべきもの――まして自分のアイゲン――と主張しうるほど強い権利ではない。二・四四・三のAも、当然、所領（レーン）を占有していると想定してよいだろう。

ところでレーンについても、「家臣がそれ（＝所領）を主君の適法な異議（＝主君からレーン法廷で異議を申立てられること）なしに、六週間と一年、彼のゲヴェーレの中に持って（＝占有して）いる」場合には、適法なゲヴェーレが成立する。[17] このレーン法一三・一はいわばレーン法上の適法なゲヴェーレに関する定義的条項であるが、その直後にアイケ自身によって補足された一三・二は、次のように述べている。

「しかしある主君がある家臣に、一年と一日、（すなわち）彼（＝家臣）が法によって（そう）すべきように、彼（＝家臣）が彼の（＝彼が受領している）所領につき（授封更新を）希求すべき（期間）、または、（レーン法廷の判決をもって占有権を奪われた）それ（＝所領）を引戻すべき期間、その所領を適法な異議（＝レーン法廷で異議を申立てること）なしに占有させておいても、[18] 彼（＝家臣）が（授封更新や所領引戻の）年期を怠る場合には、これらのゲヴェーレ（＝占有）をもって彼（＝家臣）は彼（＝主君）からその所領について（の権利を）遠ざけることをえない、しかして彼（＝家臣）が他の主君を引合いに出して（その所領は他の主君から受領したものであると主張して）も、その（他の）主君がそれを、法にそうあるごとくに、立証するのでない限り（同様である）」と。

ここで説かれている趣旨が、単なる一年と一日の占有をもってしてはレーンについての適法なゲヴェーレは成立しない、という点にあることは改めて説明するまでもあるまい。[19] もっと一般的な形に言い直せば、単なる一年と一日以上の占有は新たな causa possessionis あるいは占有のための権原をもたらさないのである。

ところで、右のレーン法一三・二には、家臣が（主君に年期懈怠を責められたとき）、その所領は他の主君から受領したものだ、といって抗弁するケースが出てくる。実はこの抗弁にはたいへんな危険が伴うのである。たとえば次のような条項がある。「ある家臣（A）が所領を、彼がそれをその者から受領している彼の主君（B）の面前（＝法廷）で、もう一人別の主君（C）から自分に（授封されたものである）と主張し、しかもその主君（B）がそれ（＝自分が授封したということ）につき自分の家臣の中に証人を有する場合には、その所領についてその家臣（A）はもはやいかなる権利をも持たない、彼（A）がそれをその者から自分に（授封されたものである）と主張するかの主君（C）がそれを立証・貫徹するのでない限り」と。[20]

これは主君（B）のレーン法廷での話であって、ラント法廷における係争を扱ったラント法二・四四・三とはもちろん異なる。しかし、ある家臣（A）が主君（B）から受領している所領（レーン）を自分のアイゲンと主張することも、それによってその所領についての主君の権利を否認する点では、その所領（レーン）を他の主君（C）から受領したと主張するのと異なるところがない。[21] したがって、おそらくラント法二・四四・三の場合にも、Aがその主張を立証・貫徹できなければ、彼はその所領（レーン）を失うことになったものと思われる。Aはなぜそのような危険を冒してまで、主君（B）から受領している所領（レーン）を自分のアイゲンと主張しなくてはならないのだろうか。

一つ考えられるのは、Aがある所領を事実アイゲンとして一年と一日以上占有しているのに、Bからそれは自分が封与したレーンであるといわば難癖をつけられた場合である。しかしこの場合には、条文の書き方がまったく別なものに

なったはずである。たとえばこうである。「(したがって) また、いかなるアイゲンであれ、ある者 (または、家臣) (A) が一年と一日適法なゲヴェーレの中に持っている場合、たとえある主君 (B) がそれを自分から (レーンとして) 受領したものであると主張しても、その者 (A) はその所領を彼のアイゲンとして保持することができる、彼 (A) が六人の参審自由人と自分とも七人でそれにつき egenleke were を証人により立証できるならば」[22] と。つまり、二・四四・三とは、主客 (あるいは、原告と被告) がちょうど反対になっていなくてはならないのである。

次に考えられるのは、Aがもともと主君 (B) から受領していた所領 (レーン) を (たとえばAに債務を負っていた) Bからアイゲンとして正式に (法廷) 譲渡を受けたのに[23]、Bはそれを否認しその所領が依然としてAの (＝Bから受領した) レーンである、と言い募っているケースである。この場合にも、条文の書き方は (右の場合と同じく) まったく違ったものになるであろう、ということのほかに[24]、その場合には、AがBに対抗するには——一・八・一に定められているように——「裁判官と彼のために判決を発見する人々 (＝おそらく参審員) 六人」(都合七人) に証人になってもらえばよいのではないか、という疑問が出てくる[25]。この疑問に対しては、一・八・一は、法廷で譲渡の契約をしたBが後にそれを否認し所領の引渡を拒んでいるケースのことであって、二・四四・三においてはAが所領をすでに占有しているのだから「六人の参審自由人と自分とも七人で」足りるのだ、という解答の成立する余地が一応ありそうに見える。しかし、こうした解答が成り立つかどうかの検討は第五節まで待たなくてはならない。

以上のように、これら二つの想定はいずれもはじめからかなり無理なのだが、それによって、さらに一つの問題点が浮び上ってくる。すなわち、右にその場合に予想される条文の一例として掲げたものに明らかなように、これら二つのケースにおいてはAの主君が原告であってAは被告である。ところが、二・四四・三では、Aが原告であるかのごとき書き方がされている。しかし、一般に、現にある所領を占有している者 (この場合のA) は、いわば自分の主張する「権

利」を実現しているのだから、当然被告になることはあっても、原告になることは考え難い。[26] それと関連して、二・四四・三では、Aの主張に対して（一見被告であるかのごとくに書かれている）Aの主君（およびAの母や女性親）が対抗する手段が書かれていない、という事実を見落すわけにはいかない。ザクセンシュピーゲルの著者は、（求められている立証手段を貫徹しさえすれば）当然Aが勝訴する、と考えているのだろうか。あるいはむしろ、先にレーン法一三・二との関連で述べたように、Aは（授封更新や所領引戻の）年期を怠ったことで主君から訴えられており、それに対する抗弁として問題の所領は自分のアイゲンであると主張したのであって、Aがその主張を立証・貫徹することに失敗すればそれで事案は解決するのだから、「彼（A）にとってそれについて（の主張や権利が）破られることになる」と書いておけば足りたのではないのか。

しかし、かりにザクセンシュピーゲルの意図が後者にあったとしても、文言上、Aが自分の立証に成功すれば主君から受領した（レーンであると主君が主張する）所領を自分のアイゲンとして取得できることになる、ということに変りはなさそうに見える。それにAの属する（グラーフ）裁判管区の参審自由人は、AとともにAの主君の家臣であるとは限らず、したがってAが問題の所領を主君から授封された、という事実を知らない可能性もある。しかしこの疑問も、右に保留した証明手続の問題とともに、次節以下でさらに検討することにし、ここでは主君から受領した（と主張されている）所領とアイゲンと主張するケースについては、一旦その検討を打切ることにする。[27]

四

本節では、もう一つのケース、すなわちAが彼の母や女性親（＝姉妹）の（持つ）一期分を自分のアイゲンと主張する

場合について検討する。あらかじめ一言するならば、通説を前提して読むとこちらの方がはるかに問題が多い。

まず一期分に関する定義的規定（ラント法一・二一・一）を見てみよう。「人（＝アイゲンの持主）はまた婦人（vrowen）（妻とも読めるが、二・四四・三の女性親、および、すぐ後のコメントを参照）に対しアイゲンを、相続人の承諾を得て、彼女の生涯に限り譲渡することができる、たとえ彼女がいかに若くても（これは、主としてまだ幼い娘を念頭においたものであろう）、そこに国王の罰令権が存在する限り、そのアイゲンが所在する裁判管区内のいずれの場所においても」。これによって一期分とは婦人に対しその生涯に限って譲渡される所領（アイゲン）のことだとわかるが[28]、その譲渡（以下、一期分の設定という）に当たって相続人が承諾を与えていること、また、一期分の設定が少なくともグラーフが国王罰令権のもとに開く臨時の裁判集会で行なわれていること、以上二つのことが注目される。つまり、一期分設定者の死後、その相続人（二・四四・三のA）が母や女性親（＝姉妹）を相手に一期分の権利を争おうと考えても、通常はすでに自ら法廷で承諾を与えており、また、同じ裁判管区内に住む参審自由人も皆それを知っていて、彼（A）はきわめてきびしい状況にあると考えられるからである。

それだけではない。右の条項につづく一・二一・二では次のように述べられている。「なんぴとも婦人に対し一期分を破る（＝法廷で争って一期分の権利を奪う）ことをえない、後から生まれた相続人（は自ら承諾を与えていないが、それでも[29]）また、その所領が（一期分権者である婦人の）死亡によって帰属するいかなる者も[30]」と。すなわち、相続人（A）は特にメンションされて一期分を争えないと明記されているのである。それなのになぜ、二・四四・三のAは、母や女性親の一期分を自分のアイゲンであるなどと、そもそも主張できるのであろうか。

この疑問を解くためのヒントは、同じ一・二一・二の中に潜んでいる、とお考えの向きもあるかも知れない[31]。同条は、右の引用にひきつづき、次のように述べているからである。「ただし彼女がそれ（＝所領）を自ら失う[32]場合はこの限りで

ない。すなわち彼女は、果樹を切り倒したり、あるいはその所領に生まれついている人々（lude）（あるいは、従属民[33]）をその所領から逐い出したり、あるいはいかなる仕方であれ彼女が彼女の一期分を彼女のゲヴェーレから[34]手放すならば、彼女はそのことによってそれ（＝一期分）を失うことがある。〔彼女がそれにつき、彼女の死後その所領を所持すべき者によって訴えられる場合に、彼女が彼女の適法な期間内に（binnen eren rechten dinge）（おそらく、六週間以内にの意）それを回復（ないし補償）しない限り〕」。

しかし、少し仔細に見れば、この但し書が二・四四・三のケースと関係がないことはすぐに明らかになる。すなわち、一・二一・二においては、相続人が一期分権者を訴える根拠は、後者が（果樹を切り倒したり、所領に生まれついている人々を逐い出したりして）所領の価値を減らし、それによってひきつづき一期分を持つ権利[35]を自分で放棄した、ということであって、相続人がその所領を（一年と一日以上）占有しているということではない。したがって、彼はそれについて一期分権者を訴えるにはおそらく彼女の落度を示す事実を（場合によっては、事情を知る証人とともに）挙示すれば足りるのであって、「参審自由人と自分とも七人で」という重い証明手続を用いてそれが自分のアイゲンであることを立証する必要はない。逆に、一期分権者の方も、アイケ以後の補足が示すように、所定の期間内に原状回復ないし損害賠償をおこなえば、一期分を失わなくてすむのであって、当然に相続人が勝訴するわけではない。

困難なのはむしろ、二・四四・三のA（＝一期分設定者の相続人）がそもそも母や女性親（＝姉妹）の一期分を占有しているのか、あるいは、占有しうるのか、という問題である。そこで、この問題を考えるために、Aの父（＝一期分設定者）の死後、誰が母や（未婚の）姉妹の後見人になるのかを見てみる。[36]

母については、彼女の夫（＝Aの父）の死後、ある条項によれば「彼女の最近の同等出生身分の剣親」が[37]他の条項によれば「彼女の最年長の同等出生身分の剣親」が後見人になる、[38]とされていて今一つはっきりしない。[39]しかし、剣親

(Schwertmagen) が（一般にそう理解されているように）父方の男性親であるとすれば、息（A）が母の後見人となることはまずありえない。[40]

姉妹については、彼女たちが結婚すればもちろん夫が後見人になるが、[41] 彼女たちが未婚の間誰が後見人となるかは、それとして明記されていない。しかし、未成熟（＝一二才未満）の子一般については、「彼等の最年長の同等出生身分の剣親」とされているので、[42] 彼女たちがすでに成熟（または成年＝二一才）に達していても、（最近）最年長の剣親が（ひきつづき）後見人となったものと推定される。したがって（姉）妹にとっては、彼女たちの兄（弟）であるAが後見人である、という場合が当然ありうるのである。

しかし、そうだとしても、後見人が被後見人の財産（この場合、特に一期分）に対していかなる権利をもっていたか、果たしてそれを占有していたと言えるのか、という問題も、思ったほど簡単には答えられない。夫の妻に対する後見や封（レーン）相続人に対する後見の場合[43]とちがって、寡婦や（未婚の）娘に対する後見の場合には、[44] その点についての明文の規定がなく、また、彼女たちは——妻の場合とはちがって——後見人の承諾がなくても自分のアイゲンを売却できる、とされているからである。[45] しかしながらある条項が、子を宿している婦人は、皮髪刑よりも重い刑に処してはならないとした上で、彼女等が加えた損害は後見人が償うべきものとしているところを見ると、後見人は彼女等の財産を「占有」していた、と考えてよいようにも思える。[46]

後見人が寡婦や（未婚の）娘の財産を「占有」していたことを最も端的に示しているのは、実はむしろ彼女たちが自分のアイゲンまたはレーンまたは一期分を「奪う」といって後見人を訴えるケースである。[47] この場合、後見人には三回の裁判期日が与えられるが、彼が第三の裁判期日に出頭しないと、「悪しき後見人」と宣告され、後見人としての地位や権利をすべて剝奪される。[48] しかしこれは、犯罪のかどで訴えられた者が、同じく第三の裁判期日に出頭しなかった場合に

地方的追放に処せられるのとは、はっきりした対照をなしている。すなわちこの場合、後見人が彼女たちの所領を「奪う」とは言っても、それは「強奪」などの犯罪とは態様を異にする奪い方なのである。私見によればそれは、後見人が彼女たちの所領から徴集した収益（特に小作料）を彼女たちに渡さない、ということを意味している。[50] そうした所領の奪い方が所領を管理ないし「占有」している者にしかできないことは、改めて指摘するまでもあるまい。

以上によって、さしあたり女性親（＝姉妹）に関してだけではあるが、Aは彼女たちの後見人となり。彼女たちの一期分を管理ないし「占有」していることがある、ということを明らかにすることができた。しかし、それによって同時に、ザクセンシュピーゲルが後見人たるの地位を濫用して一期分を「奪う」ことに対しあらかじめ警戒的態度を示していることも明らかになった。Aが母や女性親（＝姉妹）の後見人でなくても、（特に彼が彼女達と同じ家・屋敷に住んでいる場合には）[51] いわば彼女たちの「代理人」として、右に描いてきた後見人に近い役割を果たし、したがってそれに近い形での濫用に陥ることがなかったとは言えまい。その場合でも、Aの行為は彼女たちの所領（ないし一期分）を「奪う」ことになるのであって、ザクセンシュピーゲルによれば、それは決してあってはならないことなのである。[52]

こうして、二・四四・三の一期分の場合については、ほぼ確実に次のように考えることができる。すなわちそれは、右に述べたような仕方で母や女性親の一期分を「奪った」Aが、母や女性親からそのかどで訴えられた場合、自分はその一期分を一年と一日以上（法廷で）異議を申立てられることなくアイゲンとして占有していたのだと抗弁しようとしてもその主張は通らない、と言おうとしているのである。そしてこの場合、（本節のはじめに指摘しておいたように）一期分の設定は彼自身の承諾を得て同じ裁判管区で開かれたグラーフの裁判集会でおこなわれているのだから、六人もの参審自由人がAの主張を支持しその証人として立つなどということはそもそもありえない、ということがむしろ前提されているのではないか。したがって、前節で考察したレーンの場合についても、授封更新や所領引戻の年期を怠った家臣が

主君からそのかどで訴えられた場合に、一年と一日以上の占有を持ち出して抗弁してもそれは認められない、という趣旨に理解するのが、やはり最も妥当ということになるであろう。

念のために一言すれば、この一期分のケースについては、その譲渡ということはまったく問題にならない。かりに一期分権者が相続人以外の第三者にそれを譲渡しようとすれば、「彼女は彼女の一期分を彼女のゲヴェーレから手放す」ことになって、相続人から訴えられたことは確実であるし[53]、また、かりに一期分権者がそれを相続人に譲渡しようと考えても、やがてその所領が自分に帰属する相続人は（代価を支払って）それを譲り受ける理由がない。それに当時においては、ある婦人に土地（＝所領）以外の形でまとまった財産を与えて彼女が生涯安心して暮していくための方策を講ずることがきわめて困難であったからこそ、この一期分という法制が存在していたのではないだろうか[54]。

五

最後に、「六人の参審自由人と自分とも七人で」という立証手続について検討し、それにもとづいて、そうした手続によって立証することを求められている egenleke were とは何を意味するのか、を考えてみる[55]。

この問題を考えるために最も参考になるのは、レーン法七四・二の次のような規定である。「lenes gewere（＝Lehnsgewere）を人（＝家臣）は（同じ）主君の家臣六人とともに（自分とも七人で）証人により立証しなければならない。（これに対して）単なるゲヴェーレ（blote gewere＝bloße Gewere）をある者は、それが誰であろうとも彼等の法について非議される余地のない人々（六人と）自分とも七人で証人により立証する（ことができる）」。この場合、すでに前稿「ゲヴェーレ」で論じたように、「単なるゲヴェーレ」とは事実としての占有を指すのに対して、Lehnsgewere とは、少なくとも

レーンとしての占有、あるいは、（突きつめていえば）そのための権原である。(56)

ところで、事実としての占有を立証する証人としては、誰であれ「彼等の法（レヒト）について非議される余地のない人々」であれば足りるのに、なぜレーンとしての占有ないしそのための権原を立証するには、「（同じ）主君の家臣（仲間）」でなくては証人になれないのだろうか。それは、家臣がある所領を適法にレーンとして占有するには、主君に臣従礼を捧げた上で主君からの授封を受けなくてはならず、(57)そしてある家臣が（臣従礼を捧げた上で）ある所領の授封を受けたかどうかを知りうる立場にあるのは、主君のホーフもしくはレーン法廷に集まる義務のある家臣仲間に限られるからである。換言すれば、「（同じ）主君の家臣（仲間）六人と自分とも七人で」立証されるのは、授封の事実あるいは授封を通じてレーンを占有するための権原が事実その家臣に賦与されているということである。(58)

以上の Lehnsgewere と比較するならば、ラント法二・四四・三の egenleke were が「単なるゲヴェーレ」、すなわち事実としての占有でありえないことは、その立証手続からしても明白と言わなければならない。それならば、Eigen(s)-gewere の場合にはなぜ「参審自由人」でなければ証人になりえないのだろうか。そこで、参審自由人であれば当然知りうる立場にあって、しかも、ある所領を適法にアイゲンとして占有するための法的根拠となりうる事実は何か、を考えてみよう。それは、まず間違いなく、参審自由人が参加する義務を負っているグラーフの正規裁判集会でおこなわれた（法廷）譲渡である、(59)と推定できよう。

以上の解釈が誤っていないならば、Eigen(s)gewere も――Lehnsgewere と同じように――少なくともアイゲンとしての占有、突きつめていえば（法廷譲渡によって賦与される）そのための権原ということになるが、それを立証するための手続との関連でさらに二つ注意しておかなければならないことがある。第一に、Eigen(s)gewere の立証のためには、たとえば「自分の親族と真実を知（りうる立場にあ）る人々と自分とも七人で」、あるいは、「自分の親族と七人で」という

立証手続が求められていない、ということである。前者は、自分が占有している（生まれながらの）体僕を他の体僕領主から訴求されたとき（および、自分の体僕が自らは自由人であると主張するとき）、その体僕は自分の（生まれながらの）体僕であることを立証するための手続であり、[60] 後者は逆に、誰かから自分の（生まれながらの）体僕であると主張された自由人が、自分の自由身分を立証するための手続である。[61] アイゲンの相続はいわば自動的におこなわれ裁判所はそれに関与しないので、[62] それについて知りうる立場にあるのは（体僕の相続の場合と同じく）参審自由人一般ではなく、むしろ持主の親族や持主の近くにあってその事情に詳しい人ということになる。したがって、そういう人たちが証人になることを要しない Eigen(s)gewere は、相続されたアイゲンとは関係のないものだ、ということがこの点からも推定される。[63]

注意しなくてはならぬ第二の点は、Eigen(s)gewere を立証する手続が「適法なゲヴェーレ」を立証するためのそれと同じものではない、ということである。ここでもまた、（ラント法には明文の規定がないので）レーンについて適法なゲヴェーレを立証する手続を見てみると、第三節でも引用したレーン法一三・一は、ひきつづき次のように述べている。「主君が家臣に対し（中略——第三節参照）（家臣が適法なゲヴェーレの中に持っている）所領につき（彼＝家臣に授封したものであることを）否認する場合、その家臣がそれ（＝所領）につき de rechte were を〔七人の家臣をもって〕（証人により）立証できるならば、des lenes gewere を彼（＝家臣）は単独で聖遺物にかけて（の宣誓をもって）裏づけることができ、その所領を証人なしに保持することができる」。

ここで注目されることが二つある。第一に、適法なゲヴェーレの立証は、（アイケ以後の補筆にかかる部分だが）（本人を除く）家臣七人の証人によるとされていること。その場合、証人はなぜ（同じ主君の）家臣（仲間）でなければならないのか。立証されるべき事実が単に一年と一日（または一年と六週間）[64] 以上に及ぶ占有だけではなく、その占有がレーン法廷で主君から異議を申立てられることなく続いていたことをも含むからである。第二に、家臣はしかし、この適法なゲヴ

エーレの存在を立証しても、それだけでは主君の否認に対抗することができず、単独の宣誓という最も容易な手段によってではあれ、それとは別箇に Lehnsgewere を立証しなければならなかったこと。[65] したがって、実質的には右の条項を承けて、「しかしながら、その者（または、家臣）が実力をもって（mit gewalt）占有している（besit）ものは決して適法なゲヴェーレとは言わない」[66]とされるときに念頭に置かれているのも、家臣が授封なしにある所領をレーンとして占有し支配することである。[67]

このレーンについての適法なゲヴェーレの立証手続をモデルにして、アイゲンについての適法なゲヴェーレの立証方法を推定するとどうなるであろうか。まず考えられるのは次のような二段階の手続である。第一に、（本人以外の）参審自由人七人で、適法なゲヴェーレの存在――具体的にはアイゲンの「持主」がそれを一年と一日以上グラーフの裁判集会で異議を申立てられることなく占有していた、という事実――を立証する。第二に、「持主」本人が単独の宣誓をもって Eigen(s)gewere の存在、すなわち「法廷譲渡」の事実を立証する。しかし、ここまで考えてくると、レーンの場合にはほかならぬ主君、つまりレーン法廷の裁判官が授封の事実を否認しているのに対して、アイゲンの場合には、「法廷譲渡」の事実を否認しているのは（通常）裁判官以外の者であることに思いいたらざるをえなくなる。そして、すでに第三節でも触れたように、ラント法では法廷譲渡の事実を否認する譲渡人に有無を言わせぬ立証方法として「裁判官が彼のために判決を発見する人々六人（参審員）とともに（都合七人で）証人になる」ことが定められている。[68] それにこの七人ならば、適法なゲヴェーレを証明するために必要とされるはずの「（本人以外の）参審自由人七人」を上廻ることはあっても下廻ることはない。

そこで私は、アイゲンについての適法なゲヴェーレを立証するには、どちらかといえば、「裁判官と彼のために判決を発見する人々（参審員）六人（都合七人）で証人になる」という方法が用いられた、と考えたいのだが、[69] 本稿の主題にと

っては、右の二つの可能性のいずれに軍配を上げるべきかは大して重要な意味をもたない。そのいずれをとってみても、それが二・四四・三で求められている立証手続（参審自由人と自分とも七人で）と異なっていることははっきりしているからである。すなわち、二・四四・三の求める立証手続によって証明されるべきEigen(s)gewereは、あくまでもアイゲンとしての占有、あるいは、そのための権原であって、適法なゲヴェーレ（の立証による所領の保持）までは含んでいないのである。(70)

ラント法二・四四・三は、すでに指摘したように、アイケ自身の手に成るテキストではラント法上の（したがって、アイゲンに関する）適法なゲヴェーレの定義的条項である同条一の直後に位置していた。したがって、もし同条三の趣旨が、たとえば（第三節でも触れたように）Aがその所領を主君から（法廷）譲渡を受けていたのに主君がそれを否認して依然として彼が与えたレーンであると主張するような場合に、そうした主君の不当な主張を却け所領（アイゲン）に対するAの権利を保護することにあったのだとすれば、同条三はむしろ――レーン法一三・一に対応するような――アイゲンに関する適法なゲヴェーレを立証する手続に（少なくとも、その手続にも）言及しそうなものである。しかるにそこで言及されているのは、egenleke were を立証するための手続にすぎない。もちろんegenleke were を欠く者には適法なゲヴェーレは成立せず、egenleke were を立証できない者には適法なゲヴェーレは立証できない。したがって、二・四四・三では、Aが不法に（あるいは、「実力をもって」）占有している所領を自分のアイゲンと強弁するのを封じるためには、egenleke were の立証手続についてだけ触れ、「さもなければ（＝その立証手続を貫徹できなければ）彼（A）にとって（その主張ないし権利が）破られることになる」ということをはっきりさせておきさえすれば、それで十分だったのではないか。

なお、母や女性親（＝姉妹）の一期分をAが自分のアイゲンと主張しても通るはずのないことについては、すでに前節で述べた通りである。また、（代々）相続されたアイゲンについてそもそもゲヴェーレの語が用いられていないことは、

前稿「ゲヴェーレ」でも指摘しておいたが、[71] 二・四四・三に出てくる egenleke were なる概念も（代々）相続されたアイゲンに関係するものではない、ということは、本節での行論の過程においてすでに明らかになったはずである。当時においては、（代々）相続されたアイゲンがある持主ないし彼の家に属していることはあまりにも自明のことであって、それについての権利を補強するために外部ないし上部から何らかの「権原」を賦与されることを要しなかった。ザクセンシュピーゲルも、およそそうしたアイゲンの帰属が争われるケースを予想していない。[72] したがって、（代々）相続されたアイゲンを突然誰かから自分の封与したレーンであるといって難癖をつけられることは、実は当時においてはまず考えられないことだったのである。

おわりに

以上をもって、ザクセンシュピーゲルにおける egenleke were の概念の検討は終る。それが、通説の説くように、家臣に封与した所領について主君が有する権利ではなく、ある所領について家臣が主君に対して、あるいは、相続人が自分の母や女性親（＝姉妹）に対して主張する権利とされていることは、わざわざ証明する必要のないほど明白な事実である。

しかも、本稿で展開した私見が誤っていなければ、ザクセンシュピーゲルは、家臣が（授封更新ないし所領引戻の年期をこえて）レーンを不法に占有し、あるいは、相続人が母や女性親の一期分を「実力をもって」奪ったため、主君あるいは母や女性親に訴えられて、いわば苦しまぎれにそれを自分のアイゲンと主張するケースを念頭に置いて、はじめから成功の見込がないことを承知の上で、この egenleke were の立証を求めている、ということになる。その立証手続は一応

Lehnsgewere のそれに照応するように規定されてはいるが、egenleke were の概念そのものはそうした（つまり、もともと立証不可能な）ケースにしか登場してこないのである。

こうして、私は次のような想定に導かれる。egenleke were の概念は——その立証手続と同じく——当時の法廷で実際に行なわれていたものではなく、ザクセンシュピーゲルの著者アイケの法学的思索の産物にすぎなかったのではないか。少なくともそれは、当時の法廷では実際に用いる必要も、また、用いる効果もほとんど考えられないものであった。したがって、他の法制についてはザクセンシュピーゲルの影響を随所に残している中世末期の諸法書も、egenleke were の概念だけは継承しようがなかった。ようやく一九世紀になって、法学者が（中世法についても）「所有（一般）」、「占有（一般）」、それに「自主占有」などという枠組でものを考えるようになってから、ザクセンシュピーゲルの egenleke were の概念にいつの間にか「自主占有」の内実が盛りこまれるにいたった。したがって、教科書や概説書がこの概念によって説いてきたことは、中世法の実態とはまったく関係がなく、近代の法学者たちの先入観を証明するものにすぎなかったのである。

註

(1) ハインリッヒ・ミッタイス著、世良晃志郎・広中俊雄訳『ドイツ私法概説』（一九六一年、創文社）、一六八・九頁を参照。ただし本稿での引用は、必ずしもこの邦訳に拠らない。

(2) ザクセンシュピーゲルにおいて、これと（ほとんど）同じ表現が現われるのは、レーン法一四・一であるが、それから小作人も（小作地について）ゲヴェーレを持っているという結論を引き出すことはできない、ということについては、すぐ後の本文で触れる前稿、四・(五)と(六)において論証しておいた。なお、次註(3)をも参照されたい。

(3) 本誌、三七の二（一九八六年）。なおこの論文は、以下において、前稿「ゲヴェーレ」と略記する。

この前稿において、私は大要次のことを明らかにした。ザクセンシュピーゲルにおいては、ゲヴェーレの語は主として（法廷で）譲渡されたアイゲンおよび主君から授封された（正規の）レーンを中心にして用いられており、（代々）相続されたアイゲンおよび小作地については用いられることがない。そこから、ゲヴェーレとはもともとラテン語の(in)vestitura の翻訳であって、（上部ないし外部から）賦与された占有権（＝占有のための権原）あるいは占有権の賦与を原義とする、という見通しが生まれる。ところで、本稿の主題である Eigengewere は、相続された（あるいは、少なくとも譲渡されたのではない）アイゲンについて、ともかくもゲヴェーレの語が用いられていると解しうる唯一のケースである。本稿のねらいはそうした解釈の余地を封じることにもある、ということを念頭に置いて、以下の行論をお読みいただければ幸せである。

(4) これについては、拙稿「ザクセンシュピーゲルにおけるアイゲン」（『法制史研究』三六、一九八七年）、一・(四)にザクセンシュピーゲルにおける史料的所見をまとめておいた。なおこの論文は、以下、前稿「アイゲン」と略記する。

(5) Wilhelm Eduard Albrecht, Die Gewere als Grundlagen des älteren deutschen Sachenrechts, 1828, S. 9. なお、この箇所には脚註は付されていない。

(6) Albrecht, S. 106, Anm. 225. ただし、この脚註の中でアルブレヒトが論じていることは、本文に引用した彼の意見とはまったく関係がない。後註(24)を参照されたい。

(7) ミッタイスは、本文に引用した箇所よりも少し前のところで、BGB八三六条、八七二条、九〇〇条、九三七条を挙げて、「自主占有」(Eigenbesitz)に言及している。これによって、ミッタイスがザクセンシュピーゲルにただ一箇所しかない

史料的所見をもう一度読み直してみる労さえとらず、Gewere＝Besitz という通説を鵜呑みにした上で、Eigengewere の概念にドイツ民法典の Eigenbesitz の属性を注ぎこんで「ドイツ私法」の体系を描き上げていることがはっきり読みとれる。邦訳の「自主ゲヴェーレ」という訳語の選択は、その意味でミッタイスの真意（と誤謬）を正確に再現している。

(8) 本稿におけるザクセンシュピーゲルの引用については、底本、アイケの手になるテキストとアイケ以後の補筆にかかるそれとの区別、邦訳との関係など、すべて前稿「ゲヴェーレ」に従うことにし、ここでは繰り返さない。

(9) ザクセンシュピーゲルにおいては、たとえば「彼のレーン」という場合、唯一つの例外もなく、彼（＝家臣）が受領しているレーンのことを言い、主君が家臣に封与しているレーンのことではない（前稿「ゲヴェーレ」、四・(六)および註(192)を参照されたい）。つまり、このケースにあっては、Aは紛う方なく家臣であり、彼の主君からレーンを受領しているのである。

(10) 前稿「ゲヴェーレ」で明らかにした私見によれば、「ある所領をゲヴェーレの中に持つ」という表現は、ただそれを事実上占有しているというのではなく、アイゲンについては「法廷譲渡を受けて占有している」、レーンについては「主君から授封されて占有している」という意味になることが少なくないし、特に適法なゲヴェーレが成立するためには、占有が法廷譲渡ないし授封から出発していなくてはならない、ということになる。しかし、本稿ではこの問題には立ち入らない。

(11) mit gewalt という表現を直ちに「暴力をもって」と等置することは、少なくともきわめて危険である。もちろん gewalt の語は「暴力」の意味でも用いられるし（ラント法三・二、三・四二・六、三・七八・七など）、mit gewalt という表現も「暴力をもって」という意味になることがある（ラント法〔三・四七・一〕、レーン法七二・七）。しかし、レーン法三九・二は、「主君が彼の家臣を誠実（義務）に反して、彼（＝家臣）が彼（＝主君）に彼（＝家臣）の所領を引渡す（あるいは、返還する）よう強制するならば、それにつき家臣は損害なしのままである、彼（＝家臣）が主君を彼（＝家臣）の適法な年期内に de gewalt のかどで訴え、そしてそれにつき彼（＝主君）を適法に（あるいは、判決をもって）有責とする場合には。その場合、意思だけでは、また言葉だけでも、それに行為（de dat）が伴わない限り、強制はない」という。ここでは、de gewalt は（何らかの行為を伴うにせよ）強制と同義語であり、家臣は（自らの意思に反してであれ）所領を（自ら）主君に引渡している（年期内に訴を起こせ、というのは、それを引戻すための手続である）。

また、レーン法二二・一と二は、父の死後息（＝封相続人）が主君に対して授封更新を希求する手続を具体的に定めてお

り、同条三は、それに対して主君が不法にも（mit unrechte）授封を拒んだ場合、家臣は彼の捧げた臣従礼について生き証人を有する限り所領を奉仕（の義務を負うこと）なしに占有できる、としている（その場合、「それにつき彼に対して recht が拒まれた所領」という表現が用いられている――すぐに後述するレーン法七六・一と二を参照――）。さらに同条四はこれを承けて、「しかるに家臣から彼の所領が mit gewalt に奪われるならば、その者（＝家臣）は（彼はゲヴェーレを欠いているので）彼の訴を毎年更新すべきである」という（訴を毎年更新しないと所領についての権利が失われる、ということを前提していることに注意）。この訴（おそらく所領の帰属をめぐる訴）はどこに持ち出されるのであろうか。

レーン法七六・二にはこれに関連して次のような規定がある。「しかるに主君が彼の家臣を強奪するならば、彼（＝家臣）はそれ（＝強奪）およびすべての犯罪を彼（＝主君）を相手どって彼（＝家臣）のラントリヒターの前（＝法廷）で訴えることができ、また彼（＝主君）に対して身を守ることができる、しかして（彼＝家臣は）、彼（＝家臣）が彼の主君を彼（＝主君）の家臣たちの前で（＝レーン法廷で）、彼（＝主君）が彼（＝家臣）に対し法を拒んだことを訴えていた場合には、彼（＝主君）に対し彼（＝家臣）の所領を引渡す（あるいは、返還する）を要しない」。因みにこの後段は、同条一に「家臣は彼の主君を債務のゆえに差押えまた法廷で訴えることができる、彼（＝主君）が彼（＝家臣）に対しそれにつき法を拒んでおり、そして彼（＝家臣）がそれにつき証人を有する場合には」とあるのを承けたものであり、したがって、主君が「法を拒む」とは家臣に対して「義務を果たさない」（この場合、債務を支払わない）という意味である。

この七六・二で最も注目されるのは、所領の帰属をめぐって主君と争いわば「民事」事件と主君が家臣に対して犯した犯罪について裁くいわば「刑事」事件が峻別され、前者はレーン法廷に訴えられるのに対して後者はラント法廷に訴えられる、とされていることである。事実、ザクセンシュピーゲルでは、レーン法廷では首や手に及ぶ犯罪ないし「刑事」事件は裁くことをえないものとされており（前稿「アイゲン」、註(227)とそれに対応する本文参照）、また、所領の強奪については、被害者が「叫び声をもって」訴えれば現行犯手続が開始される、と明記されている（ラント法二・二五・一。なおこの条項については、前稿「ゲヴェーレ」、三・(三)をも参照）。先述したレーン法二二・四の「（主君によって）家臣から彼の所領が mit gewalt に奪われる」ケースも――「法を拒む」という共通の表現から見ても――主君のレーン法廷で訴えられたと考えられるが、もしそうだとすれば、それは犯罪ないし強奪とは区別されていることになる。

それならば、主君が強奪によらずに家臣の所領を mit gewalt に（＝実力をもって）奪う、ということは考えられるのであ

ろうか。私は、それが可能であるだけでなく、むしろかなり頻繁に起こったのではないか、とさえ考えている。そう考える根拠は、前稿「ゲヴェーレ」、四・(五)と(六)で述べたように、were mit nut（通説のいわゆる「直接的ゲヴェーレ」）が農民との関係においては実質的に小作料収取権を意味する、という点にある。もちろん、家臣が現実に占有している所領（特に家・屋敷）を奪うためにはどうしても「暴力」を揮わざるをえないが、以上の理解を前提にして、家臣の所領を奪うということは具体的には家臣の権利に属している所領から直接に（つまり、権原なしに）小作料を徴集してしまうことだ、と考えれば、それには「行為」は伴うが、必ずしも「強奪」ということにはならない、ということになる。

ザクセンシュピーゲルには、むしろこうした前提に立たないと具体的に理解できない所領係争がいくつか出てくるが（ラント法では、たとえば二・四二・一、三・二一・一と二など、先述のレーン法七六・一の家臣が主君の所領を差押えるケースもここに属する――なお、後見人の場合については第四節で後述する――）、レーン法一一・一には次のような規定がある。「いかなる所領であれ、ある家臣が彼のゲヴェーレにおいて持たず（後述するように、ゲディンゲしか与えられておらず）、また彼に対し（占有）指定されていないものについては、彼は（主君に異動のあったとき）他の主君のもとへフォルゲンする（＝上級主君または新しい主君に対して授封更新を希求する）ことができず、また彼（＝家臣）の息に相続させることもできない。しかしいかなる所領であれ人（＝主君）がその家臣から mit gewalt に奪っているものがあり、彼（＝家臣）がそれ（＝所領）を適法な（＝法廷における正式の）訴をもって追求している場合には、彼はそれを彼の息に相続させまた自ら他の主君のもとへとフォルゲンする（ことができる）、たとえ彼がゲヴェーレを欠いていても、彼が適法な訴について証人を有するのであれば」。この条項においても、主君が「暴力をもって」家臣を所領から逐い出したのだと考えるのならば、なぜ上級主君ないし新しい主君が家臣の訴についての証人があれば授封更新を行なうことができるのか、理解できないであろう。

以上の理由により私は、レーン法上の適法なゲヴェーレについて定めた一三・一およびラント法二・四四・一の mit gewalt を、少なくとも常に強奪を意味するとは限らず、むしろ主として権原を欠いているのに実際に農民を支配し小作料を徴集するケースを念頭に置いたもの、と考えている。

(12) 前稿「ゲヴェーレ」、三・(四)を参照されたい。

(13) レーン法五・一。

(14) ラント法一・三三、レーン法二〇・一。ただし後者には、その子が父より先に死亡した場合には、ゲディンゲが生きて

いることを明記している。

(15) 前註(11)に引用したレーン法一一・一を参照されたい。

(16) 前註(11)に引用したレーン法一一・一のほか、本文で引用した五・一も、ひきつづき次のように述べている。「ゲディンゲにはフォルゲ（＝主君の側に異動のあったとき、上級主君または新しい主君に授封更新を希求する権利）はない。またそれ（＝所領）を、それをゲヴェーレの中に持つ者が（主君に）引渡す（または、返還する）ならば、ゲディンゲは破られる」。

(17) レーン法一三・一。なお、レーン法上の適法なゲヴェーレについては、前稿「ゲヴェーレ」、四・(七)で論じておいた。また、「一年と一日」（本文ですぐに引用する一三・二を参照）と「一年と六週」の差については、本稿でも立ち入らない（前稿「ゲヴェーレ」、註(199)を参照）。

(18) この箇所の原語は、let……enen man sitten mit sime gude であるが、そのうちの sitten の語の用法については、前稿「ゲヴェーレ」、註(208)を参照されたい。

(19) それにつづく（したがって、アイケ自身が最初に書いたドイツ語版テキストでは一三・一の直後に位置していた）一三・三が、「人が毎年何らかの賃料（小作料を含む）を支払っている場合には、その者（あるいは、その家臣）はその所領につきレーン（としての権利）を立証・取得することをえない」とし、さらにその場合、「彼（＝家臣）が主君に対して証人をもって（それが）彼のレーン（であること）を立証しえない限り、そのゲヴェーレ（＝占有）は彼にとって何の役にも立たない」としているのを参照することによって、本文に述べたような理解はさらに補強されるであろう。

(20) レーン法一四・二。

(21) レーン法一三・二のケースにおいて、もしCもBの家臣であるとすれば――それは当然ありうることであり、一三・二がラント法廷のことに触れていないことも、その可能性を高める――、たとえAがCから授封を受けたという主張の立証に成功しても、BはAの所領（レーン）に対する支配権をすべて失うことにはならない。これに対して、Aがその所領をアイゲンであると主張することは、常にその所領に対するBの権利の全面的否定を意味するから、いわばその分だけ罪深いとも言える。

(22) 実は、このように書き換えてみても、参審自由人六人と自分とも七人で立証する egenleke were が「適法なゲヴェーレ」ではない、というギャップが残る。その点については、第五節でさらに後述する。

(23) この場合には、問題の所領が（Bが上級主君から授封されたレーンではなく）Bのアイゲンであることが前提になる。しかし、すでに第一節で前述したように、そうした前提は限られた場合にしか成立しない。

(24) 前稿「ゲヴェーレ」で展開した私見によれば、（ラント法上の）適法なゲヴェーレは法廷譲渡を受けたアイゲンについてだけ問題になりうるものであって、（代々）相続されたアイゲンについてそもそも問題にならない。したがって、私見の立場からは、右に書き換えてみたような条文があれば、実は、もっぱら今述べている第二のケースにかかわるものとして理解することになる。

因みにアルブレヒトは、ラント法二・四四・三に触れた脚註（S. 106, Anm. 225）では、次のように述べている。「ここに描き出されている証人による立証が相続人たるの資格や単なる一年と一日の所持の証明でないことは、前者が単独の宣誓によって（Anm. 226——Schöffenurtheil = Böhme, VI, 94）、後者が（六人）の「普通の」（gemein）人、「それが誰であれ（隣人）」によって証明される（Anm. 217——アルブレヒトの Dissertation: doctr. de Probationibus sec. jus germ. med. aevi adumbratio.）ことから明らかになる。そうではなくて、六人の参審自由人たる人々の証言によって、Eigensgewere は、法廷譲渡かあるいは判決に出発点をもっていたもの、さらに——原告の請求を却けるためにこのことが必要だった場合には——一年と一日続いていたものとして（ラント法一・八・一、上記 Dissertation）、特徴づけられているのである。この解釈は、この箇所自身が一期分のケースを誰かが自分のレーンについて所有権（Eigenthum）を主張するケースとまったく同じに扱っており、それによって前註（Anm. 224——ラント法一・二一・二）に引用した箇所の参照を求めている、ということによって支持される」と。

この脚註はいろいろな意味できわめて興味深いものであるが、そのうちの幾つかを摘記すれば次の通りである。第一に、前註(6)ですでに指摘しておいたように、この解釈は本文所引の（上級主君は Eigensgewere を持つという）アルブレヒトの意見とはまったく関係がない。第二に、ここではアルブレヒトは、適法なゲヴェーレが法廷譲渡か判決に出発点をもつものと前提し、（彼の説によれば）相続されたアイゲンについて成立するはずのそれについては考えていない。第三に、アルブレヒトの解釈は（判決による場合を除き、「さらに」以下を加えると）本文でわれわれの想定したケースと同じことになる。第四に、その際アルブレヒトは、この二・四四・三の証明手続を、一・八・一と同一視している。第五に、一期分のケースとの比較はわれわれもすぐに次節で試みるが、一期分のケースがレーンをアイゲンと主張されるケースと同じに扱われて

いることで、なぜアルブレヒトの解釈が支持されることになるのか、――後述するように、一・二一・二を参照すればますます―理解できない。しかし、念のために一言しておくならば、アルブレヒトはここでも、問題をそのように抜き差しならぬ形で追いつめたことで、実は真理にいちばん近いところに立っていたのである。これは、史料に出てくる法の規範構造を自分で突きつめて考えることをしなくなった（たとえばミッタイスの）学説にはまったく見られない点である。

(25) 一・八・一からアイゲンの譲渡に関係する箇所だけを拾うと次のようになる。「人がアイゲンを譲渡する場合、その者が法廷で約定したこと（＝譲渡の契約）（を否認すれば）、それにつき裁判官は、彼（＝裁判官）のために判決を発見する人々（おそらく参審員の意）（六人と）自分とも七人で証人になるべきである」。なお、この条項の意義について、前稿「アイゲン」、三・(一)と(三)、および、拙稿「人についてのゲヴェーレ・小考」（本誌、三七の四、一九八七年）、一・(三)でも論じておいた。

(26) この点については、前稿「ゲヴェーレ」、三・(三)、特に註(186)を参照されたい。また、拙稿「人についてのゲヴェーレ・小考」（前註25）で検討した体僕の帰属をめぐる訴訟においても、原告は常に体僕の非占有者、被告は体僕自身か体僕の占有者である。

(27) ラント法一・三四・二に次のようなケースが出てくる。「いずれかの者が彼の所領（＝アイゲン）を譲渡しそれを改めてレーンとして受領する場合、主君にとってその譲渡は何の役にも立たない（＝法的効果もない）、彼（＝主君）がその所領を一年と一日彼の ledichleke were の中に（＝封与せずに）保持しない限り。それ（＝一年と一日）以後彼（＝主君）はそれ（＝所領）を確実に（＝争われる余地のないように）かの者（＝譲渡人）に改めて授封できるのであり、したがって彼（＝譲渡人）もまたいかなる彼の相続人も、それにつきいかなるアイゲンをも（＝決して自分のアイゲンであるとは）主張することをえない」。

したがって、裏から言えば、この場合の譲渡人は一年と一日の間は（何かの理由があれば）譲渡を取消し、その所領は自分のアイゲンであると主張できることになる。これは、二・四四・三のケースとは関係がないのであろうか。私は「ない」と考える。二・四四・三は――先述したように――二・四四・一の直後に置かれており、少なくとも外見上適法なゲヴェーレが成立しそうなケース、具体的には一年と一日以上ある所領を適法な異議なしに占有しているケースを前提にしているからである。これに対して、右の一・三四・二は、むしろ譲受人たる主君に対してすでに占有を引渡してしまった譲渡

人本人やその相続人（特に譲渡に際して承諾を求められなかった相続人――この点については、同条が一・三四・一に続いていることに注意）の一年と一日以内における異議申立にかかわるものである。

以上の理解が正しければ、一・三四・二は、むしろ逆に、アイゲンの法廷譲渡が行なわれた後、一年と一日経って主君がそれを譲渡人に対し適法にレーンとして封与した場合には、こんどは（一年と一日を要することなく）直ちに家臣（＝譲渡人）がもはやそれを自分のアイゲンとは主張できなくなる、ということの証拠になるのであって、二・四四・三についてそうしたケースを想定することはまったく不可能と言わなくてはならない。序に一言しておくと、今のところ私は、一・三四・二のような規定が存在する理由は、主に追奪担保の問題にある（もし一年と一日以内に授封してよいということになると、譲渡を受けた主君が第三者から訴えられた場合、追奪担保人として譲渡人＝家臣を引合いに出す。そこで第三者が家臣にかかっていくと、こんどは追奪担保人として授封者＝主君を引合いに出す。これは第三者に対して公正でない）、と考えている。

(28) ラント法三・七五・一と二、レーン法〔二・三〕などから、レーンについても一期分を設定しえたことは明らかであるが、ラント法二・四四・三は母や女性親の一期分を自分のアイゲンと主張するケースであるから、以下本文においては、レーンについて設定される一期分のことは省略する。

(29) 一期分はいずれ（＝一期分権者の死後）相続人に戻るのだから、後から生まれた相続人の承諾を要しないとしても、彼に対して酷なことにはならない。因みに、（一期分設定以外の）アイゲンの譲渡については、後から生まれた相続人の立場がどうなるのか不明であるが、右のことは一期分についてだけ言えるという点を強調すれば、彼は後に自分は承諾を与えていないということを理由にアイゲンの譲渡を争うことができた、という推定に傾くであろう（この点については、前稿「アイゲン」、註(163)を参照されたい）。

(30) レーンについて一期分が設定されている場合（前註28）には、主君の手に戻る。なお、邦訳の「その土地を遺されたいかなる人も」はほとんど誤訳に近いが、irsterven の語の用法については、前稿「ゲヴェーレ」、註(53)を参照されたい。

(31) あるいはアルブレヒトもそう考えたのかも知れない。前註(24)を参照されたい。

(32) 本稿で底本としているエックハルト版では、この箇所の原語は se ne verwerket selve となっている。しかしこの場合、動詞 verwerken は三人称単数、接続法第一式になるはずだから、se ne verwerke't selve のミスプリントだと思う。なお、Carl Gustav Homeyer, Des Sachsenspiegels erster Theil, oder das Sächsische Landrecht, 3. Aufl., 1861, S. 178 を参

照。

(33) この箇所の lude は、一般に「体僕」と解されてきたが、私は最近「小作人」と解すべきであるという見解に傾いている。この点については、前稿「アイゲン」、二・(六)・(a)、註(120)に対応する本文を参照されたい。

(34) この箇所のゲヴェーレも、「占有」というよりもむしろ「権利」という含意が強いことについては、すでに前稿「ゲヴェーレ」、註(44)で指摘しておいた。

(35) 前註(34)を参照。

(36) ラント法二・六三・一によれば、「いかなる婦人も代弁人となることをえず、また、後見人なしで訴えることをえない」とあるから、すべての婦人が法廷で後見人を必要としたことは明らかである。婦人が結婚して夫のある間は、すぐ後で述べるように夫が後見人になるが、一・四五・二は「(未婚の)娘および夫のない婦人(＝寡婦および離別された妻)は、彼女等の後見人の承諾なしに、彼女等のアイゲンを売却することができる」として、二・四四・三のケースで言えば、Aの母や(未婚の)姉妹が後見人を持つことを前提して議論をしている。

(37) ラント法一・四五・一。

(38) ラント法一・二三・二。厳密に言えば、この条項の「彼」は、同条一の er eldeste evenbordege swertmach を承けており、同条一では er は「息たちの」という意味になるが、同条二では——一・四五・一(前註37)をも参照して——「寡婦の」という意味になる、と解してのことである。

(39) この紛れもない矛盾をどう解するかについては、どんなに被後見人との血縁が遠くても最年長の剣親が法定後見人となるというのはどうにも腑に落ちないので、法定後見人には当然最近の剣親がなるのだが、最近の剣親が複数いる場合にはそのうちの最年長者がなる、という風に理解したいところである。こうした推定を支持してくれる箇所としては、ラント法三・二六・三がある。

(40) 母の剣親が存在しない場合については何も述べられていない。「まず」としたのは、その場合のことを考えてのことである。

(41) ラント法一・三一・二、三・四五・三。

(42) ラント法一・二三・一。これも、厳密に言えば、息たちのヘーアゲヴェーテについての後見人、と読める規定である。

しかし、(一・一一)には、父がその子たちの後見人になるケースがあり、子たちが彼から分れるときには、彼等に母の財産すべてを引渡すべきであるとされているから、右の点にこだわる必要はあるまい。

(43) ラント法一・三一・二、一・四五・二。

(44) レーン法二六・一～九、五六・一と二、七四・一。

(45) ラント法一・四五・二。前註(36)を参照。

(46) ラント法二・六五・一では、未成熟(＝一二才未満)の子はその行為によって生命刑に処せられるべきではない、とした上で、子が加えた損害は後見人がその価値に従って賠償すべきである、としているが、アイケ以後の手になるテキストでは、「子の財産をもって」と補足している。ただし、未成熟の子の後見人については、子が成熟に達したとき財産を子に返還すべきものとされているから(一・二三・一)、それだけでは、(未婚の)娘の場合にも成熟に達していれば、後見人の権利は財産の占有までは及ばず法廷での後見に限られた、という可能性が残らないでもない。

(47) ラント法一・四一、一・四四。

(48) ラント法一・四一。

(49) ラント法一・六七・一と二。なおこの点については、前稿「アイゲン」、三・(四)でも述べておいた。

(50) 前註(11)を参照されたい。

(51) 前稿「アイゲン」、二・(三)で論じておいたように、ザクセンシュピーゲルは、父が死亡した場合の相続の過程を描くに当たって、第一順位の相続人たる息がすでに親許から独立している場合を想定している。しかし、父の死後、母がかなり長い期間にわたり息と同居している場合もあったことは、たとえば(一・二〇・三と四)などからわかる。この場合、(未婚の)姉妹も相続人たる彼女たちの兄弟と同居していたであろう、ということは、改めて指摘するまでもあるまい。

(52) もう一度、ラント法一・二一・二の規定を想起されたい。

(53) ラント法一・二一・二の但し書を想起されたい。

(54) すなわち、主君が家臣にレーンを与えなければならなかったのと、同じ社会的状況が存在したはずである。

(55) 拙稿「人についてのゲヴェーレ・小考」(前註25)の註(9)でも述べておいたように、当時の裁判においては、特別の場合を除いて実体的真実には関心がなく、原告ないし被告が事柄に応じて定められている(いわば形式的な)証明手続を履め

ば、それによって自分の主張を裏づけたことになる。したがって、（ザクセンシュピーゲルに描かれている）中世法を理解するためには、証明手続について特段の注意を払いその意味を読みとることが決定的重要性をもつ。因みに、アルブレヒトが画期的ゲヴェーレ論を構想することができたのも、彼がもともと証明手続の問題から研究に入った（前註(24)に挙げた彼の Dissertation を参照）ことに多くを負うている（彼の Dissertation は今日では容易に読むことができないが、Homeyer, I, S. 504ff. の Glosse zu Zeuge, Zeugnis によって、間接的にではあるがかなりの程度まで、その見解を推測できるように思われる）。

(56) 前稿「ゲヴェーレ」、四・(五)を参照されたい。

(57) 前稿「ゲヴェーレ」、特に四・(三)と(四)を参照されたい。ある所領を授封なしに（レーンとして）占有（ないし支配）することは、「不法」（unrecht）なのである（レーン法五九・三）。

(58) レーン法五・二には、次のような条文がある。「また誰であれその所領をゲヴェーレの中に持つ者があるとき、その者はそのことを、彼がそれ（＝立証）を必要とする場合、それ（＝所領）が彼の（受領した）レーンであることを真実と承知している（vor war weten＝für wahr wissen）その（同じ）主君の家臣すべてとともに（＝家臣なら誰とでも一緒に）証人により立証することができる。（しかし）それ（＝所領）につきゲディンゲを持つ者は、彼はゲヴェーレを欠いているので、それ（＝所領）が彼に封与されたことを見また聞いた者（＝家臣）たちとともに証人により立証しなければならない」。

これによって次のことがわかる。第一に、ゲディンゲしか持たぬ者が Lehnsgewere を立証するには、実際に授封の際にその場に居合せた者（＝目撃証人）が証人にならなければならない。第二に、これに対して、所領を現に占有している者が Lehnsgewere を立証するには、（目撃証人でなくても）「それが彼のレーンであることを真実と承知している」家臣仲間であれば、誰でも証人になることができる（したがって、この場合、伝聞や推定にもとづいて、それが彼のレーンである、と考えていてもよいことになる）。第三に、しかし後者の場合でも、証明されるべきことは、単に家臣がその所領を占有しているということではなく、「それが彼のレーンである」こと、すなわち、彼の占有が主君による授封にもとづいているということである。

(59) ラント法一・五二・一。なお、アイゲンの法廷譲渡の問題については、前稿「アイゲン」、三・(一)、のほか、前稿「ゲヴェーレ」、三・(四)、および、拙稿「人についてのゲヴェーレ・小考」（前註25）、一でも論じておいた。

(60) ラント法三・三二・四。この条文については、拙稿「人についてのゲヴェーレ・小考」（前註25）、三・(一)で詳しく論じ

ておいたので、御参照いただきたい。

(61) ラント法三・三一・五。これについては、前掲・拙稿（前註60）、三・(二)を参照されたい。

(62) この点については、前稿「アイゲン」、二・(三)を参照されたい。

(63) 前註(3)を参照されたい。

(64) 前註(17)を参照。

(65) この点については、すでに前稿「ゲヴェーレ」、四・(七)で述べておいた。

(66) レーン法一四・二。なお、mit gewalt の用法については前註(11)を、また、besitten の用語法については前稿「ゲヴェーレ」、註(81)を参照されたい。

(67) 前註(57)を参照。

(68) 前註(25)を参照。

(69) 因みに、体僕の法廷譲渡や体僕への法廷身売を譲渡人あるいは本人が否認する場合にも、同じ手続が用いられたと推定される。拙稿「人についてのゲヴェーレ・小考」（前註25）、特に四・(一)を参照。ただし、体僕の法廷譲渡や体僕への法廷身売の場合には、土地の場合とちがって、適法なゲヴェーレは問題にならないことに注意する必要がある。

(70) これは、言うまでもなく、前註(24)で紹介したアルブレヒトの解釈に対する批判をも意味している。

(71) 前稿「ゲヴェーレ」、特に三・(一)、および、本稿・前註(3)を参照されたい。

(72) この点については、前稿「アイゲン」、特に三・(三)、および註(186)をも参照されたい。

(73) この点については、前註(7)を参照されたい。

<Summaries of Contents>

Zur Eigengewere

Takeshi ISHIKAWA*

Unter der Eigengewere versteht man allgemein die Gewere an einem Eigen. Es ist der Lehnsherr, der sie hat, während der Vasall nur über die Lehnsgewere verfügt. In diesem Aufsatz soll diese herrschende Lehre aufgrund des Befundes im Sachsenspiegel überprüft werden.

Das Wort *were* oder *gewere* ist in diesem Rechtsbuch erstaunlicherweise kein einziges Mal in Bezug auf das Eigen im eigentlichen Sinne (=das von Vätern vererbte Eigen) gebraucht. Auch der Ausdruck *de egenleke were* ist nur das einzige Mal in Ldr. II 44 §3 belegt. Aber dieser Artikel unterstützt keineswegs die herrschende Lehre. Denn sie erscheint dort als etwas, was der Erbe gegen seine Mutter od. seine weiblichen Verwandten, beziehungsweise der Vasall gegen seinen Lehnsherrn zu beweisen hat. Sie hat also mit dem Recht des Lehnsherrn überhaupt nicht zu tun.

Was ist denn *de egenleke were* in diesem Artikel ? Klar ist, daß sie, parallel zur Lehnsgewere, wenigstens als Besitz eines Gutes als Eigen oder richtiger den Rechtstitel dazu bezeichnet. Außerdem steht der Artikel Ldr. II 44 §3 im eikischen Texte gleich nach II 44 §1, wo die rechte Gewere zu Landrecht definiert ist. Im Anschluß daran will II 44 §3 etwa folgendes besagen: wenn auch ein Vasall oder ein Erbe sein Lehn oder die Leibzucht seier Mutter od. weiblichen Verwandten über Jahr und Tag, gegebenfalls mit Gewalt, besessen hat, kann er nicht mit diesem Besitz seine Behauptung begründen, daß das Gut ihm als Eigen zugehörig sei, es sei denn, daß er mit sechs Schöffenbarfreien *de egenleke were* (=Rechtsgrund zum Beitz eines Gutes als Eigen) beweisen kann.

Das ist noch nicht alles. In Ldr. II 44 §3 scheint es, als ob der Vasall oder der Erbe ein Kläger wäre. Vergleicht man aber diesen Artikel mit den anderen, so kann man etwa folgendes feststellen: bei ihm handelt es sich in Wahrheit um den Beklagten, und zwar um den Vasallen, der ohne Rechtstitel ein Gut als Lehn besitzt, oder um den Erben, der die Leibzucht seiner Mutter od. weiblichen Verwandten usurpiert hat. Diese beiden Verhalten

---

* Professor für (westliche) Rechtsgeschichte an der juristischen Fakultät der Hokkaido-Universität, Dr. jur.

sind freilich unerlaubt. Also weist der Spiegler auf *de egenleke were* hin, obwohl er darin bewußt etwas Undurchführbares sieht.

Der Begriff Eigengewere erweist sich damit etwas, was nur oder erst im juritischen Gedankengang des Spieglers entstanden ist.