



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「同じゲヴェーレをもって」、占有か保障か —ザクセンシュピーゲル・ラント法2・43・1の正しい解釈のために—
Author(s)	石川, 武; ISHIKAWA, Takeshi
Citation	北大法学論集, 52(5), 49-107
Issue Date	2002-01-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15106
Type	departmental bulletin paper
File Information	52(5)_p49-107.pdf



「同じゲザエールをもって」、占有か保障か

——ザクセンシュピエール・ラント法一・四三・一の正しい解釈のために——

石 川 武

主要文献略語表

- 「テキストⅠ」・「テキストⅡ」または「Text I」・「Text II」= Sachsenspiegel Landrecht u. Sachsenspiegel Lehnrecht (Editio tertia), MGH., Fontes iuris Germanici antiqui, Nova series, Tomi I Pars I u. II, hrsg. v. K. A. ECKHARDT, 1973. (本稿におけるザクセンシュピエールの引用はこれに拠る)。
- 「ホーマイヤー」または「Ho.」= Des Sachsenspiegels erster Theil, oder das sächsische Landrecht (nach der Berliner Handschrift v. J.

- 1369), 3. Aufl., hrsg. v. C. G. HOMMEYER, 1861.
- 「アウクトル・ヴェートゥス」または「AV」= Auctor vetus de beneficiis II, Archetypus und Götflitzer Rechtsbuch, Bibliotheca rerum historicarum, Land- und Lehnrechtbücher 2, hrsg. v. K. A. ECKHARDT, 1966 (1972). (本稿におけるアウクトル・ヴェートゥスからの引用はこれに拠る)。
 - 「ベルシユ」または「Hi.」= Elke von Reggow, Der Sachsenspiegel (Landrecht), übertragen und erklärt v. H. Chr. HIRSCH, 1936.
 - 「ンヨット」または「Sch.」= Elke von Reggow, Der Sachsenspiegel, hrsg. v. Cl. SCHOTT, 1984. (「レーン法」はシヨット自身の訳であるが、「ラント法」はシユニット=ヴィーガント=R. SCHMIDT-WIEGANDの訳である)。
 - 「エックハルト」または「Eck.」= Sachsenspiegel, Landrecht in hochdeutscher Übertragung, Germanenrechte, Neue Folge, Land- und Lehnrechtbücher v. 1967.
 - 『邦訳』= 久保正幡・石川武・直居淳訳『ザクセンシユビーゲル・ラント法』(西洋法制史料叢書4)、一九七七年、創文社。
 - 石川「ゲヴェーレ」= 石川武「ザクセンシユビーゲルにおけるゲヴェーレ」、本誌・三七卷二号、一九八六年。
 - 石川「アイゲン」= 石川武「ザクセンシユビーゲルにおけるアイゲン」、「法制史研究」三六号、一九八七年。
 - 石川「人についてのゲヴェーレ」= 石川武「人についてのゲヴェーレ・小考」、本誌・三七卷四号、一九八七年。
 - 石川「Eigengewere」= 石川武「Eigengewere考」、本誌・三七卷五号、一九八七年。
 - 石川「補論」= 石川武「アイゲンとゲヴェーレ・補論——岩野英夫氏の批判に接して——」、本誌・四〇卷三号、一九九〇年。
 - 石川「法の生成」= 石川武「西洋における法の生成」(一)〜(10)、「書齋の窓」(有斐閣)、四六三三号〜四七二二号、一九九七年〜一九九八年。
 - 石川「裁判(権)」= 石川武「ザクセンシユビーゲルにおける裁判(権)」、本誌・四九卷一号、一九九八年。
 - 石川「中世法」= 石川武「中世法の規範構造——ザクセンシユビーゲルの場合——」、本誌・四九卷三号、一九九八年。
 - 石川「レーン法と国制」= 石川武「ザクセンシユビーゲルにおけるレーン法と国制」(一)〜(三)、本誌・五〇卷三号〜五号、一九九九年〜二〇〇〇年。
 - 石川「ヘールシルト制」= 石川武「ザクセンシユビーゲルにおけるヘールシルト制——同書(テキスト)成立史との関連において——」(一)〜(四)、本誌・五〇卷六号〜五一卷三号、二〇〇〇年。

・石川「レーン法邦訳」||石川武「ザクセンシュピール・レーン法邦訳——アウクトル・ヴェートウスとの比較・対照をも兼ねて——」、(1) (6) (まで既刊)、本誌・五一卷五号、五二卷四号、二〇〇一年。

はじめに(問題の所在)

ザクセンシュピール・ラント法二・四三・一に次の条文がある。

二・四三・一 誰かある所領が彼(||自分)の(||自分に授封された)レーンであると主張する者があり、そしてもう一人の者がそれ(||その所領)は彼(||自分)のアイゲンであると主張し、彼等(双方)がそれ(||その所領)を同じ、ゲ、ヴェ、レをもって、(mit geliker were)(自分のものであると)主張する(ansprechen)ならば、かの者(||後者)が参審員二人の証人とともに(自分とも三人の証人をもって)、もう一人の者(||前者)が(それを)レーンとして(立証・取得する)よりも(より)優る権利をもって(bat || besser)、(それを)アイゲンとして立証・取得する(behalden)ことができる。

この条項に見られる *mit geliker were* の語は、従来一般には、「ゲヴェーレ」||「占有」という通説に従い、「同じ占有をもって」と解されてきた。⁽¹⁾しかし、もちろん中世においても、同一の所領について同時に二人の者がそれを同じよう

に「占有」(・支配) (以下、特に必要のない限り、単に「占有」と言う) することはできない。そこで早くも(一四世紀) になってからおおむね同世紀中にザクセンシュピーゲルに加えられた「註解」(Glosse) においてすでに「この mit geliker were の語を「同じ占有をもって」と解した註解者は、それに「双方とも同じく占有をもたず、(neine were)」というコメントを加えることをよぎなくされた。⁽²⁾ したがって、この mit geliker were = 「同じ占有をもって」という見解は、(少なくとも) 七百年近くの伝統を背景にもっている、と言うこともできるのである。⁽³⁾

これに対して、(もともとと言語学者である) シュミット⁽⁴⁾ ヴィーガント夫人は、(おそらくこうした通説的解釈に疑問を感じてのことであろうが)、(比較的最近公刊された) ザクセンシュピーゲルの現代語訳の中で、この箇所を mit gleicher Gewährung⁽⁴⁾ = 「同じ保障をもって」と訳している。しかし、ザクセンシュピーゲルの(一般読者に向けられたわかりやすい) 現代語訳という同書の性格もあって、彼女は(通説とは異なる) そうした解釈を採る論拠を特に挙げておらず、したがって、右の条項で扱われている事案について、この「同じ保障をもって」ということが具体的に何を意味するのか、読者には(少なくとも容易には) 理解することができないであろう。ネールゼン⁽⁵⁾ ヴォン・ジユトリューク夫人は、(おそらくそのことも一因であると思われるが)、「ザクセンシュピーゲルにおける手続法的思考と実体法的思考」を論じた論文の中で、「ゲヴェーレ」を「占有」と解する伝統的・通説的な立場から、このシュミット⁽⁵⁾ ヴィーガント説を「当たらない」として批判しており、⁽⁵⁾ 管見の及ぶ限り、逆にシュミット⁽⁵⁾ ヴィーガント夫人の解釈を明示的に支持した見解は見当たらない。こうして、この「同じゲヴェーレをもって」という表現を—— 文言の上ではまさに正反対に—— 「同じくゲヴェーレ(= 占有) をもたず、」と解釈するという、一見いかにも索強付会がましい見解が今日なお堂々とまかり通る形になっている。⁽⁶⁾ 本稿は、独自にザクセンシュピーゲルの関連諸条項を分析することによってその正しい解釈を提示し、このラント法⁽⁶⁾ 一・四三・一に関する限り、「ゲヴェーレ」= 「占有」という支配的見解が成り立ちえないゆえんを最終的に明ら

かにしようとするものであり、それによって同時に、ザクセンシュピエーゲル・ラント法に見られる「不動産訴訟」の基本的特徴も明らかにされるはずである。それが(かつて私の論じた)「ザクセンシュピエーゲルにおけるゲヴェーレ」の問題についての(ささやかながら一つの)補論をなしていることは言うまでもないとして、私としては、さらにそれが法史学の生命線ともいふべきEegeseの一サンプルになつてくれれば、と願つて⁽⁸⁾いる。

一(先行する諸条項、その一)

ザクセンシュピエーゲルは、ラント法二・四二・一から二・四四・三にいたる一連の条項においてラント法廷における「不動産訴訟」の問題を扱っており、問題の二・四三・一もその中に位置している。そこで、著者アイケ自身の思考過程を正確に辿るために、以下(の本文)においてはまずその口火を切る二・四二・一まで遡り、(一般にアイケ自身の手になる)とされる「ドイツ語第一版」⁽⁹⁾に限つて、それらの条項を逐一検討していくことにする。

本節ではまずラント法二・四二・一について⁽¹⁰⁾。

二・四二・一 誰か(A)他の者(B)を相手どり、彼(B)が自分(A)から所領を奪う(ないし、奪つた)、として訴える者(A)があり、彼等(AとB)のいずれもがその所領を自分のレーンであると主張し、(しかも)彼等(AとB)双方が(その所領は)二人の(別な)主君(CとD)から自分に(授封された)と申し立てる場合、彼等(AとB)のいずれもがその保障人(sinen weren) (この場合、その主君||封主であるCまたはD)を(ラント法上の)裁判集会

(to dinge)⁽¹¹⁾に連れて来なければならぬ。(たとえばその保障人・Cがやって来て)保障される (geweret wert) (ないし、保障された)者(たとえばA)が勝ち(＝勝訴して所領を取得し)、その保障人 (gewere) (たとえばD)が(裁判集會に)来ない(ないし、来なかった)者(たとえばB)は敗ける(＝敗訴して所領を失う)、真にやむをえない事由 (echte no)⁽¹²⁾が彼(たとえばD)(の出廷)を妨げ、それ(＝その事由)を彼(たとえばD)が証明するのではない限り。⁽¹³⁾

このケースでは、AがBを——BはAの所領を「奪う」(ないし、「奪った」として——訴えている。つまり、Aが原告でBは被告である。Aは、この所領は自分の主君・Cから授封された(自分の)レーンである、と主張するが、これに対してBは、それが自分の主君・Dから授封された(自分の)レーンである、として譲らない。この場合(ラント法上の)裁判所は、AとBの双方に対して、彼等が「保障人」として引き合いに出した彼等の主君・CとDを、それぞれ(おそらく次の裁判集會に)連れて来るように命ずる。その保障人(たとえばC)が出廷して(確かにそれは自分が封与したものであるという趣旨の)保障を与えられた者(たとえばA)が勝訴し、その保障人(たとえばD)が出廷せず、したがってその保障を得られなかった者(たとえばB)は敗訴する。それ自体としては、誰でもが納得のいくきわめて明快な規定である、と言えるであろう。

しかし、この条項については、念のために次の三つのことに注意しておきたい。

① Aの主張に従えば、BはAの所領を「奪う」(ないし、「奪った」)⁽¹⁴⁾のであるから、Aが問題の所領を(現実的に)「占有」していないことはもとより、Bがそれを(現実的に)「占有」していると考えても、まず間違いないであろう。⁽¹⁵⁾しかし、たとえBが所領を「占有」していても、その主君(D)が出廷して保障を与えなければ、「占有」はBにとつてなんのメリットをももたらさず、Bは敗訴し(判決をもって)所領の(「占有権」を否認されて)「占有」を失う。これに対してAは、

(当然自分が「占有」する「権利」があると信ずる所領をBに妨げられて「占有」できないからこそ原告としてBを訴えたのであり、「占有」を欠いているにもかかわらず、保障人である主君・Cの保障が得られれば、「占有」の欠如はなんのデメリットにもならず)勝訴し(所領の「占有権」を判決をもって確認され)て所領を「占有」することになる。つまり、このケースの決め手になっているのは、(事実としての)「占有」の有無ではなくて、主君(=保障人)による保障の有無、換言すれば、「占有権」=その所領を占有するための「権原」(Rechtstitel, causa possessionis)の有無なのである。

② そのことに関連して、この条項では、(アイケ自身の手になるテキストに限れば)「占有」を意味しうる(女性名詞の) *were* ないし *gewere* の語は「見られないのに対して」、「保障人」を意味する(男性名詞の) *were*・*gewere* の語、および、「保障する」ないし「保障を与える」を意味する動詞の *geweren* の語が姿を見せる、ということに注意する必要がある。因みに、(女性名詞の) *were* および *gewere* の語は、(この意味の動詞・*weren* および *geweren* の名詞形として、つまり)「保障」の意味でも用いられる⁽¹⁷⁾。したがって、後続のラント法一・四三・一の *mit geliker were* という表現を読み解くに当たっても、*were* の語を頭から「占有」と決めこむのではなく、少なくともそれが「保障」を意味する可能性をも念頭に置く必要がある、ということになるはずである。

③ このラント法一・四二・一のケースでは、原告(A)と被告(B)は双方とも、問題の所領が主君(CまたはD)から自分に授封されたレーン⁽¹⁸⁾である、と主張している。したがって、いずれにせよそれがどちらかのレーン⁽¹⁸⁾であることは明らかである。それにもかかわらず、AはBを——(CまたはDの)レーン⁽¹⁸⁾法廷ではなく——ラント⁽¹⁸⁾法廷で訴え、事案はラント⁽¹⁸⁾法廷で審理され結着している。なぜであろうか。レーン⁽¹⁸⁾法廷は、主君(たとえばC)とその家臣(たとえばAとその家臣仲間)によって構成されており、その構成員間に生ずる事案について管轄権をもつだけであって、主君を異にする家臣(たとえばAとBの)間の係争については、それを裁きうるレーン⁽¹⁸⁾法廷が(一般には)存在しないからである。

二(先行する諸条項、その二)

(一) 以上をもつて、われわれは後統の条項に移ることができる。しかし、すぐ後のラント法二・四二・二はアイケ以後の補足にかかる条項であり、また、その後の二・四二・三は(「ドイツ語第一版」に属してはいるが)、(前出二・四二・一のケースについて)諸侯がその家臣に保障を与える場合の書状をもたせて家人を使者として送ることができるという)例外的な手続を述べたものにすぎないので、——後者については、そこでも(「保障する」・「保障を与える」という意味の動詞) *geweren* の語が用いられていることを確認するにとどめ——、直ちにその後(「不動産訴訟」のタイプとしては、前述二・四二・一の次に)位置する二・四二・四の検討に取りかかることにする。

二・四二・四 かしながら、彼等、それ(「所領」をめぐって争っている者(AとB)が、双方ともその所領を、(同じ)一人の者(「主君」(C)から受領した(レーンである)として、自分たちの(「自分たちに帰属すべき)も)のと主張するならば、彼等(AとB)は、六週後、裁きを求めて(「*to recht*」⁽²⁰⁾その者(C)の前(「レーン法廷」)に出頭しなければならず、また(ラント法上の)裁判官(*richter*)⁽²¹⁾は(そこへ)、誰が勝ち(「勝訴し)あるいは敗ける(「敗訴する)かをそこで聞く(「見届ける)(ための)使者をも(彼等A・Bと)一緒に送らなくてはならない。(そこで)敗ける(ないし、敗訴した)者(おそらくB)は、(ラント法上の)裁判官に罰金を支払い、またもう一人の者(「相手方、おそらくA)には贖罪金を支払う(ことになる)。

冒頭の「しかしながら、彼等、それ（＝所領）をめぐって争っている者（AとB）が……」という一文から、この条項が前出レーン法二・四二・一を承けて、AがBを——Bが自分（A）の所領を「奪う」（ないし、「奪った」として——訴えるケースを扱っていることは明らかであろう。また、この条項でも、AとBは双方とも、問題の所領が主君から授封された（自分の）レーンである、と主張している。ただ、双方がそれを同一の主君（C）から授封されたと主張し、同一の主君（C）を保障人として引き合い出している点が、前出ラント法二・四二・一の場合と異なるだけである。

こうしたケースについて、（ラント法上の）裁判官はAとBの双方に、六週後に共通の主君・Cのレーン法廷に出頭してその裁きを受けることを命じ、そこでの裁きの成行きを見届けるためにそこへ使者を派遣する。そこで勝訴した者がラント法廷でも勝訴して所領を取得し、そこで敗訴した者（おそらくB）はラント法廷でも敗訴して所領を失うことになり、しかも裁判官には罰金を、相手方（おそらくA）には贖罪金を支払わなくてはならない。実はそのことから、Bが所領を「占有」（ないし、不法に占取）していたことは確実に推測できるのだが、その点はともかく、この事案は実質的にはCのレーン法廷で審理され、その結果にもとづいてラント法廷で最終的に決定されることになる。

それならば、Cのレーン法廷で勝訴するのは誰か。それは、言うまでもなく、主君・Cから「その所領を（適法に）授封した」という趣旨の「保障」を与えられた者であり、（Bにその所領を「奪われた」としてBを訴えた）原告・Aは、その所領を「占有」していなくても、Cから「保障」を与えられればもちろん勝訴する。この場合、Cがラント法廷（に召喚されてそこで証言するのではなく、ラント法廷は使者を通じてCのレーン法廷における審理の結果を見届ける点は、前出レーン法二・四二・一のケースとは異なるものの、（主君による）「保障」の有無、つまり（所領の）「占有権」ないし（所領を占有するための）「権原」の有無が所領の帰属をめぐるAとBの係争を裁くための決め手になることは変りがないのである。²³⁾

(二)しかし、この条項については、前節・③で述べたことの関連で、当然次のことが問題とならざるをえない。すなわち、このケースは、同一の主君・Cの家臣仲間同志(AとB)がある所領を自分の(「自分」にCから授封された)レーンであると主張して争っているのだから、当然、主君・Cのレーン、法廷の管轄に属し、そこでも裁くことができるはずなのに、なぜ原告(A)は(わざわざ)それをラント法廷に持ち出すのか、という疑問がそれである。現に「レーン法」には次のような条項も存在するのである。

レーン法六八・四 また、ある家臣(B)が彼の家臣仲間(A)のレーンを不法に(mit unrechte) (「法の定め」に反して)占取する、(sek undervini)ならば、……(中略)……彼(B)はそのかどで主君(C)に罰金を支払わなければならず、さもなければ、聖遺物にかけてその(「主君から問われている)責(ないし、罪過(sult)から自分を免れさせ(「自分にはその責ないし罪過がない旨を宣誓し)なければならぬ(mit sek der sult entsegen)。

このケースでは、Bが家臣仲間(A)の所領を「不法に(「法の定め」に反して)、つまり、「占有権」がないのに)占取することが明記されており、⁽²⁴⁾Cは、(おそらくAの訴えにもとづき)そのかどでBを問責すべくそのレーン法廷に召喚している。Bが自らその責(「Aの所領を不法に占取した罪過」を認めれば、(Aには当然贖罪金を支払うほか)⁽²⁵⁾主君(C)にも罰金を支払わなくてはならない。つまり、このケースは、前出ラント法二・四二・四で扱われているのと(少なくとも、基本的には)同じ事案なのである。

したがってそれは、右のラント法二・四二・四の事案はもとより、(後者が前提する)前出二・四二・一の事案におい

ても、AとBの双方が所領の「占有」を欠いているのではなく、(ラント法廷において所領の「占有権」を否認されて敗訴する被告) Bは(ラント法廷においてAが「占有権」をもつと判決される)所領を(不法に「占取」、つまり事実上は)「占有」している、ということの傍証にもなるはずである。⁽²⁶⁾しかしその反面、右の(Aはレーン法廷に持ち出しそこで裁いてもらえる事案を、ラント法二・四二・四ではなぜラント法廷に持ち出すのかという)疑問は、いっそうシリアスなものならざるをえないのではないか。

このレーン法六八・四は、しかし、同時にこうした疑問を解決する手がかりをも与えてくれるのである。この条項の末尾には、さらに「さもなければ(II BがCによる問責、つまりAの所領を不法に「占取」していることを、否認しようとするのであれば)、聖遺物にかけてその責(ないし、罪過)から自分を免れさせ(II 雪冤し)なければならぬ」、という一文が付け加えられている。つまり、裏から言えば、Bは——Aの訴えにもとづき主君・Cがレーン法廷で彼を問責しようとしても——「聖遺物にかけて」の(単独の)雪冤(ないし、否認)宣誓をもってその問責から逃れることにならないとは限らないのである。⁽²⁷⁾

ザクセンシュピエゲルの「レーン法」には、*rechte Klage* (II 法廷における正規の訴え)に閑説した条項が幾つかあり、それらの条項では、誰か(他の者)に所領を奪われた家臣が、その所領についての権利を失わないためには、「法定の期限内に」(つまり、一年と一日以内に)この *rechte Klage* をもって所領を追求し、そのことを(主君のレーン法廷において)証人によって立証しなければならぬ、とされている。⁽²⁸⁾したがって、所領を奪われたラント法二・四二・一や二・四二・四のAも、所領についての自分の権利を守るためには、一年と一日以内にこの *rechte Klage* を起こして所領を追求しなければならぬのである。

ところで、所領を奪われた家臣は、どこで——あるいは、どの法廷で——この *rechte Klage* を起こす(ことができる)

のであろうか。前節で扱ったラント法二・四二・一のAがそれをラント法廷に持ちこむほかないことは、改めて繰り返すまでもあるまい。しかも、ラント法廷における「不動産訴訟」は、こうした場合、原告にとつて大きなメリットをつもっている。すなわち、そこでは——主君のレーン法廷で問責された場合とは異なり——不法に相手方の所領を「奪った」被告には、単独の「雪冤(ないし、否認)宣誓」によつて問われている責(ないし、罪過)を免れるというきわめて有利な証明手段は認められないのである。⁽²⁹⁾

そうだとすれば著者アイケが、このラント法二・四二・四のAにも、(レーン法廷における主君による問責で事が解決しない場合、あるいは、むしろ端から^{はな})ラント法廷で *rechte Klage* を起こす権利を認めなければ公正でない、と考えたとしても、何の不思議もないのではないか。⁽³⁰⁾

三(ラント法二・四三・一)

問題の *mit gelker were* という表現が出てくるラント法二・四三・一は、(ザクセンシュピーゲルの現行刊本でも)この二・四二・四にひきつづきその直後に位置している。念のために、こんどは(二・四二・一や二・四二・四について用いたのと同じ)符号を付して再掲すると、以下の通りである。

二・四三・一 誰かある所領が彼(≡自分)の(≡自分に授封された)レーンであると主張する者(B)があり、
 そしてもう一人の者(A)がそれ(≡その所領)は彼(≡自分)のアイゲンであると主張し、彼等(双方)がそれ(≡

その所領)を同じ、ゲヴェーレをもって、(mit geliker were) (自分のものであると)主張する(ausprechen)ならば、後者(A)が参審員(sepen)二人の証人とともに(自分とも三人の証人をもって)、もう一人の者(B)が(それを)レーンとして(立証・取得する)よりも(より)優る権利をもって(bat || Bessen)、(それを)アイゲンとして立証・取得する(behalden)ことが出来る。

この条項も、先行する二・四二・一や二・四二・四を承けて書かれているので、多くのことが省略されている。そのため、たとえばAとBのどちらが原告であり被告であるかさえ、一読しただけでは判らないかも知れない。(それにもかかわらず、先に書かれている者をB、後から出てくる者をAとした理由については、行論の過程で自ずから明らかになるはずである)。しかし、この条項から確実に読み取れるのは、問題の所領を自分のアイゲンであると主張するAが、その主張を「二人の参審員の証人とともに」(自分とも三人の証人で)立証すれば勝訴する、という事実である。これを手がかりにして、この条項で扱われているのは具体的にいかなるケースかを検討してみよう。

(一) 一般に、誰かに(この場合はAに)アイゲン(=自有地、自由世襲地)が適法に(=法的に十全の効果をもって)帰属する道は二つある。⁽³¹⁾一つは、言うまでもなく、アイゲンが(当時の「相続法」の定める相続順位に従って)被相続人(最も多くは、その父)から「相続」された場合であり、⁽³²⁾もう一つは、第三者からアイゲンの(いわゆる)「法廷譲渡」(gerichtliche Auflassung)を受けた場合である。「法廷譲渡」とは、ラント法一・五二・一の規定にもとづき、「相続人の承諾」を得て、echt drink(リグラーフが主宰し、年に三回開かれる、そして、そこに参審自由人が参画する)「正規の(ないし、定例の)裁判集会」において行われる「譲渡」の(厳密には、その約定を結ぶ)⁽³³⁾ことである。

この条項のAは、自分のアイゲンであると主張する所領を、被相続人(最も多くは父)から「相続」したのであろうか、

それとも第三者から「法廷(で正式に)譲渡」されたのであろうか。——この点についてはすでに「註解」(Gloss)が正しく指摘しているように——もちろん後者である。Aは(グラーフの主宰する)「正規の裁判集会」で「法廷譲渡」を受けたからこそ、問題の所領が自分のアイゲンであることを、(そこで判決を発見するなどの機能を果たす)「参審員(scepen)二人の証人とともに」証明することができるのである。⁽³⁵⁾

因みに、Aがこのアイゲンを(たとえば亡父から)「相続」した場合、Bがそれを自分のレーンであると主張してその帰属をめぐりAとラント法廷で争うことはおよそありえないことだが、⁽³⁶⁾仮にAがこのアイゲンが(たとえば亡父から)自分に「相続」されたものであることを証明しなければならなかったとしても、アイゲンの相続はいわば「自動的に」、つまり裁判所(やレーンの「相続」の場合のように、主君)の関与なしに行われるから、⁽³⁷⁾証人として「参審員」を煩わす必要はなかったはずである。⁽³⁸⁾

以上のように、問題の所領がAに「法廷(で)譲渡」されたアイゲンであるとすれば、当然、それをAに譲渡した者があつたはずである。それは誰か。言うまでもなくこのアイゲンの前主である。この条項には(直接)姿を見せないが、以下この(アイゲンの)前主をCと呼ぶことにする。Aは、問題の所領が自分のアイゲンであるという主張を裏づける(法的)根拠として、真先に、自分がそれをこのCから「法廷(で)譲渡」されたことを挙げた——つまり、(少なくとも客観的には)前主であるCを「保障人」(wareないし *sware*)として引き合いに出すことになった——はずである。

(2) これに対して相手方・Bは、問題の所領が自分の(＝自分に授封された)レーンである、と主張している。しかし、結果としてBは敗訴する。Bにはまったく「言いつ」がなかったたのであろうか。

そうではない。あるいは、少なくともわれわれ(＝ザクセンシュピエーゲルを読む者)はそう考えるべきでない。「もう一人の者(B)がそれをレーンとして(立証・取得する)よりも(より)優る権利をもつて、(Bal=possen)⁽³⁹⁾」という文句は、Bに

もなにかしかの「言い分」があったことを推測させるといっただけでなく、論証の進め方としても、(Bにまったく「言い分」のない場合を想定するよりも)、Bにしかるべき「言い分」のある場合を想定し、その場合でもBは敗訴することを明らかにする方がより緻密でより説得的なものになるはずである。そこで以下においては、Bが問題の所領を事実レーンとして適法に授封された場合を想定して論を進めることにする。

Bに授封された所領は、前述したように、それがAに「法廷譲渡」されるまでは、Cのアイゲンであった。それをCに適法に封与することができたのは誰か。言うまでもなく、それはアイゲンの前主であるC以外の者ではありえず、しかもBに対する所領の授封は、Aに対してそれが法廷(で)譲渡される以前に行われたはずである。そうだとすれば、Bは、Aに対して、この所領はCから自分に、それもAに譲渡されるよりも前に、(適法に)封与されたものである、と主張して争ったはずである。

こうして、このラント法二・四三・一のケースでは、問題の所領の帰属をめぐって争うAとBの双方が、同じ(人物)Cを「保障人」として引き合いに出すことになる。したがって、この条項の *mit geliker were* の語も、自ずから、「同じ占有をもって」あるいは「同じく占有をもたずに」ではなく、「同じ(人物による)保障をもって」、あるいはもう少しわかりやすく言うと、「保障人として同じ人物を引き合いに出して」という意味である、と理解されるであろう。しかもこの点は、直前に位置するラント法二・四二・四の場合とまったく同じなのである。

しかし——と通説の立場から反問する人があるかも知れない——、Bは問題の所領を「占有」していないのではない。もちろん、一般には、主君(この場合のC)が家臣(B)に所領を授封すれば、家臣(B)は直ちにそれを占有することになる。しかし主君(C)は家臣(B)に、ある所領について(現にその所領を占有している別な家臣(X)が息^{トイ}封相続人なしに死亡すれば、その時に所領を占有させるといふ)「ゲディング」(*geetinge*) (いわば停止条件付きの予約)だけを封与す

ること(43)もできる。したがって、もしBがCからこのゲディング(だけ)を授封されていたとすれば、Bは確かに問題の所領を(まだ)占有していない。しかしこうした場合については、二つのことを指摘しなくてはならない。

一つは、ゲディングには主君交替の際の「授封更新請求権」がない、ということである。(44)つまり、仮にBが問題の所領についてゲディングを封与されていたとしても、Cが所領をAに法廷(で)譲渡すれば、Bのゲディングの権利は消滅してしまい、Bは問題の所領についていかなる権利をもたないことになる。もう一つは、この場合、問題の所領は現に別な家臣(X)によって占有されていることである。したがって、Aが法廷譲渡によって得た所領についての権利を実現しようとすれば、当然、(Bではなく)Xを相手どって訴えを起こすことになり、事案は結局Bが所領を占有している場合と一に帰する。(45)

したがってわれわれは、CからAに対する法廷譲渡以前に問題の所領を封与されたBはすでにそれを占有していた、という想定を崩すわけにはいかなのである。

(3) しかし、こうした見解に対しては、当然次のような反問が予想される。そもそもある主君(この場合のC)は、彼の家臣(B)に(Bが望む限り生涯与えるという条件で)封与し現にその家臣(B)が占有している所領を、第三者(A)に譲渡することができるのか、と。

(国王から出発し、——複数の——上級主君を経て、主君に授封された)「ライヒの所領」(des rikes güt)については、もちろんそれはできない。(46)しかし、この条項で問題になっているのは、「ライヒの所領」ではなくてCのアイゲンであった所領である。この「主君のアイゲンである所領」||いわゆる「アイゲン・レーン」(Eigenlehen)については、二・三の点で特別なルールが適用されるのである。

レーン法七一・六⁽⁴⁷⁾ 誰か(ラント法二・四三・一の場合のB)(主君の)アイゲンを受領する(ないし、した)者が

あれば、それ(Ⅱその所領)については(レーンの)承継(erb) (この場合は、主君交替の際の授封更新請求⁽⁴⁸⁾権)がない。しかしながら、(そのレーンの)授封は、ライヒの所領である他のレーンと同じように、第七の手まで及ぶ。

これらの者(Ⅱ中間の主君)のうちいかなる者も、他の者(Ⅱ自分の家臣)に対し(レーンの)承継(Ⅱ授封更新請求)を却けることをえず、また、その所領についてレーン法(上の義務)(Leuecht) (Ⅱ又授封)を拒むことをえない、それ(Ⅱその所領)が自分のアイゲンである最上級の主君(C)は別にして。その所領を家臣(B)に封与する(ないし、した)当の主君(Ⅱアイゲンの持主、C)はまた、彼がそれ(Ⅱその所領)を必要とする場合、それ(Ⅱその所領)を取り戻すことができる、彼(C)がその家臣(B)にそれ(Ⅱその所領)をライヒの所領について(ないし、ライヒの所領の中から)等価の交換によって補償する限り。

つまり、この条項に見られる「アイゲン・レーン」に関する特別規定によれば、ラント法二・四三・一のCは、Bに封与しBが占有していた問題の所領をAに譲渡する必要が生じた時には、Bに対して(Cのもつ)それと等価の「ライヒの所領」を封与するという形で補償すれば、適法にそれを取り戻してAに譲渡することができるのである。

しかし、たとえばCがBに対して所領のAへの譲渡をまだ知らせていなかったり、あるいは、(手持ちの「ライヒの所領」がないため)まだ補償を与えていなかった場合は、Cはむしろ当然のこととして所領を占有しつづけるであろう。そこでAは、Bを相手どり、法廷譲渡によって取得した権利を実現すべく所領の引き渡しを求めて(今や事は、アイゲンの帰属にかかわるから)ラント法廷で訴えを起す。——これがこのラント法二・四三・一で想定されている事案なのである。(4) しかし、こうした私見に対しては、次のような反問が出されるかも知れない。そうだとすれば——特にCがB

に対してまだ補償を与えていないとすれば——、それでも問題の所領のAへの法廷譲渡は適法に行われたと言えるのか、と。この反問に対する解答は、結論から先に言えば次のようになる。すなわち、補償なしの所領の取り戻しに関する限り、もちろんそれは違法である、しかし、Aに対する法廷譲渡はそれもかわらず「適法」(ないし、法的に有効)である、と。この条項における証明手続が再びわれわれにそのことを明らかにしてくれる。

このケースでは、前述したように、まず原告・Aが、問題の所領はCから法廷で正式に譲渡されたものである、として、Bに対しその引き渡しを求め、これに対して被告・Bは、自分はその所領を——法廷譲渡以前から——Cから授封されて適法に占有している、として、Aの請求を拒む。そこで(ラント法上の)裁判所は、まず(おそらくその場に居合わせたと思われる)参審員二人を証人に立て、彼等の証言によつてAの主張が証明される。すると裁判所は——前述したラント法二・四二・一の場合のように、Cに証人として出廷するように求めることなく、また、ラント法二・四二・四の場合のように、事情を確かめるためにCの許へ使者を出すこともないまま——ただちにA・勝訴の判決を下す。なぜ(そういうことができるの)であろうか。

(ラント法上の)裁判所の立場から見れば、事態は次のようになる。参審員二人の証言によつて、Aに対するこの所領(アイゲン)の法廷譲渡が、事実、しかも適法に行われたことはすでに立証された。適法に? 前述したように、アイゲンを適法に法廷譲渡するには、①相続人の承諾を得て、② *ehding* (グラーフの正規(ないし、定例)裁判集会)で、という二つの要件を充たさなければならぬが、譲渡人がそのアイゲンを *leitich* な(自由な、つまり自分の家臣に授封していない)状態でもっていることは要件とされていないからである。したがって、仮にCが出廷してBのために保障を与え(つまり、その所領を事実授封したことを認め)、さらにBには(まだ)法廷譲渡を補償していないことを証言しても、もはやそれは訴訟の成り行きや結末を左右することはありえない。——この意味では、参審員二人の証人とともに(自分とも三人で)

行う立証は、主君や前主による保障に代るだけでなく、それを凌ぐことさえできるものなのである。⁽⁵²⁾

しかし、特にCがBに対して(まだ)補償を与えていない場合、CのBに対する責任はどうなるのか。われわれがここで想起しなければならないのは、主君とその家臣の間の係争は主君のレーン法廷の管轄に属するという原則である。⁽⁵³⁾つまり、Bは——それを望むのであれば——もちろんCのレーン法廷でCに対して補償の履行を求めることができるのであり、(ラント法上の)裁判所は、管轄権もないのに、また、自らの管轄に属する事案を決定するためにその必要もないのに、そうした問題に介入しようとはしない、というだけのことなのである。

(5) 以上の考察によって、この条項の *mit geiker were* の語は、通説の説くように「同じ占有をもって」||「双方とも占有なしに」という意味ではなく、「同じ(人物による)保障をもって」ないし「保障人として同じ人物を引き合いに出して」という意味であること、しかもそうした解釈を採ることによつてはじめて、この条項で扱われている事案においても、所領を占有しているBが敗訴し、所領の占有を欠くにもかかわらず占有権ないし所領を占有するための権原をもつAが勝訴するということを、異論の余地なく明らかにすることができた、とすることが許されよう。

四(後統の諸条項)

本稿のはじめに自らに課した課題そのものには以上の考察によつてすでに答えることができた、と考えられるが、以下においては、念のために、後統の三条項を手短かに検討することによつて、さらにサクセンシュピール・ラント法における「不動産訴訟」の基本的特徴についての所見を補足しておきたい。

(一) まず、前述したラント法二・四三・一の直後に位置する二・四三・二について。

二・四三・二 相、続(された)アイゲン(er egen)⁽⁵⁵⁾をある者(A)⁽⁵⁶⁾は、もう一人の者(B)が買、得、されたアイゲン、もしくは贈、与、された(アイゲン)(gekøft egen oder gæve)⁽⁵⁷⁾を(立証・取得する)よりも、(より)優る権利をもって(58)⁽⁵⁸⁾立証・取得する(behalden)⁽⁵⁹⁾ことが出来る。

われわれは、この条項の基礎になつてゐる事案を、特に上述した諸条項とのつながりを重視して、次のようなものと想定する。ここで原告として登場するのは相続人(A)である。(最近)亡くなつた被相続人(C)(最も多くは、Aの父)⁽⁶⁰⁾は、生前、第三者(B)に彼のアイゲンを正規の手続を履まずに(特に、法廷 || esth dingでそれを行うことなく)⁽⁶¹⁾売却または贈与した。それにもとづいてBがそのアイゲンを占有している。Cの死後、その相続人・Aが——彼がそのアイゲンについてかつ相続権を根拠にして——Bに所領の引き渡しを求める。こうした事案についてこの条項は——特段の理由や必要な証明手続には言及せず——Aが勝訴する、としてゐる。⁽⁶²⁾

しかし、われわれはその理由を容易に推定することができる。すなわち、AがBに対するアイゲンの譲渡に承諾を与えていなかった場合には、Cがまだ存命してAの承諾なしにそれをBに譲渡した場合とまったく同様に、(たとえCが法廷で譲渡していても)Aは判決をもってその所領を占有することになるはずである。⁽⁶³⁾また、このアイゲンの売却や贈与が法廷外で行われた場合には、たとえAがそれに承諾を与えていたとしても、(Aがそれを否認すれば)Bはそれを法廷で立証することができない。Bの保障人たるべきCはすでに死亡しており、また、(法廷外で譲渡を受けた)Bは——

前述したラント法二・四三・一の——「参審員二人の証人とともに」(自分とも三人で)という証明手段を用いることもできないからである。⁽⁶⁴⁾これに対して、当時の社会(状況)においては、AがCの相続人であることはすべての関係者にとつて周知のことであり、また、(問題のアイゲンを含む)Cの遺産についての彼の相続権も、特段の証明を必要としなほほど自明であった、と考えられる。⁽⁶⁵⁾——Aが勝訴することは当然なのである。⁽⁶⁶⁾

しかし、この事案においても、Bが勝訴することがまっただなかつたわけではない。そのことは次の条項によつて明らかになる。

(二)そこで、その直後に位置するラント法二・四四・一について。

二・四四・一 いずれかの所領についてある者(後述①を参照)が、一年と一日(≡満一年)(以上)、(法廷における)正式の異議(申立を受けること)なしに(ane rechte wedersprake)⁽⁶⁷⁾ゲヴェーレの中にもつている(in gewere hevet)(≡占有・支配している)場合、その者はそれ(≡その所領)について適法なゲヴェーレ(ene rechte were)(と呼ばれる権利)をもつ(ないし、取得する)。人(≡他の者、先行する諸条項のA。以下同様——後述②を参照)が法(の定める手続)に従い(na rechte)ある者(B)の(占有・支配)下にある所領を訴求している間は、彼(B)がいかに長くそれ(≡その期間)を越えてそれ(≡その所領)を実力をもつて(mit gewalt)(≡不法に、正当な権利なしに)⁽⁶⁸⁾保持していようと、彼(B)がそれ(≡その所領)について適法なゲヴェーレ(rechte were)(の権利)を獲得することは決してない、人(A)がその(法廷における)正規の訴え(rechte klage)(をもって所領を追求していること)を証人により立証しうる限り。

この条項は、「適法なゲヴェーレ」(rechte Gewere) (通説の立場からは、「適法な占有」) 概念の「定義」を与えた条項として、しばしば引用されるものであり、ここで扱っている一連の条項群の中でははじめて「占有」を意味する gewere の語が姿を見せるが、ここではそれについて次の二点を指摘するにとどめたい。

①この条項の言い回し——特に、所領を不法に占有している者はどんなに長くそれを占有していても rechte were と呼ばれる権利を取得することがない旨が強調されていること——から、⁽⁶⁹⁾ 著者・アイケはもともとこの rechte were の権利を(所領について)適法な占有権をもつ者に限って認めようとしたことがうかがわれる。⁽⁷⁰⁾ しかし、この条項は、そのことを強調するに当たり、その前提として、正当な権利者が所領を奪われた場合、一年と一日以内に rechte Klage (＝法廷における正規の訴え) を起こして所領を訴求していることを、証人によって立証することを求めている。⁽⁷¹⁾

②このことは、(たとえ著者が意図しなかったとしても)、必然的に次のような反作用ないし反射的效果を生むことになる。すなわち、所領を奪われた正当な権利者が一年と一日以内に rechte Klage を起こして所領を訴求しなければ、逆に(ほんらい正当な占有権をもたないはずの)相手方にも(事実上)これと同じ権利が成立してしまう。したがって、(右に論じてきた)先行する諸条項における B も、一年と一日以上に及ぶ所領の平穩な占有(＝正当な権利者から rechte wedsprake を受けることなく、また、rechte Klage を起こされることもなしに、所領を占有していること)を証明することができれば、逆に勝訴することができる。しかも、この条項における rechte were 概念の「定義」が伴わざるをえない副次的効果は、ラント法二・四四・一が、いずれも所領を「不法に」占有している者(B)が敗訴するケースを扱ってきた諸条項の直後に位置していることよって、さらに増幅されている。

しかし、この条項も、(正当な権利者であれ、不法な占有者であれ) rechte were を証明する(あるいは、その権利を引き合い

に出す)ための手続については黙して語らない。われわれは、それを知るためには、さらに次の条項を参照しなければならぬのである。⁽⁷²⁾

(三) こうして、最後に、「ドイツ語第一版」のテキストでは、右のラント法二・四四・一にひきつづき、「不動産訴訟」に関する条項群を締め括るラント法二・四四・三について。⁽⁷³⁾

二・四四・三 したがって(また、誰であれ(B)彼(Ⅱ自分)の(Ⅱ主君・Aから封与された)レ、¹、あるいは、彼(Ⅱ自分)の母、または女性親(特に未婚の姉妹)の、一期分(Mitgedinge)について、それは自分のアイゲンである、と主張する者(B)があれば、彼(B)は六人の参、²参、自由人とともに、(自分とも七人の証人によって)アイゲンとして、の、ゲヴェーレ、(de egenlike wete) (Ⅱ所領をアイゲンとして占有する権利)を立証しなければならず、さもなければ(Ⅱそれが立証できなければ)彼(B)にとつてそれ(Ⅱその所領に)について(の主張、ないし、権利)が破られ(たこと)なる。

この条項は、冒頭の「したがって、また」の語が示すように、「ドイツ語第一版」では直前に位置するラント法二・四四・一にひきつづき、特に、所領を不法に奪った者がどんなに長くそれを占有していても(原則上) rechte were の権利を取得することはない、という点を、二つの事例を挙げて具体的に敷衍しようとしたものである。しかし、ここではそのうち第一の事例に限って論を進めることにする。

この条項においてはBが、問題の所領は自分のアイゲンである、と主張する。しかし、「彼のレ、¹、²、³、⁴、⁵、⁶、⁷、⁸、⁹、¹⁰、¹¹、¹²、¹³、¹⁴、¹⁵、¹⁶、¹⁷、¹⁸、¹⁹、²⁰、²¹、²²、²³、²⁴、²⁵、²⁶、²⁷、²⁸、²⁹、³⁰、³¹、³²、³³、³⁴、³⁵、³⁶、³⁷、³⁸、³⁹、⁴⁰、⁴¹、⁴²、⁴³、⁴⁴、⁴⁵、⁴⁶、⁴⁷、⁴⁸、⁴⁹、⁵⁰、⁵¹、⁵²、⁵³、⁵⁴、⁵⁵、⁵⁶、⁵⁷、⁵⁸、⁵⁹、⁶⁰、⁶¹、⁶²、⁶³、⁶⁴、⁶⁵、⁶⁶、⁶⁷、⁶⁸、⁶⁹、⁷⁰、⁷¹、⁷²、⁷³、⁷⁴、⁷⁵、⁷⁶、⁷⁷、⁷⁸、⁷⁹、⁸⁰、⁸¹、⁸²、⁸³、⁸⁴、⁸⁵、⁸⁶、⁸⁷、⁸⁸、⁸⁹、⁹⁰、⁹¹、⁹²、⁹³、⁹⁴、⁹⁵、⁹⁶、⁹⁷、⁹⁸、⁹⁹、¹⁰⁰、¹⁰¹、¹⁰²、¹⁰³、¹⁰⁴、¹⁰⁵、¹⁰⁶、¹⁰⁷、¹⁰⁸、¹⁰⁹、¹¹⁰、¹¹¹、¹¹²、¹¹³、¹¹⁴、¹¹⁵、¹¹⁶、¹¹⁷、¹¹⁸、¹¹⁹、¹²⁰、¹²¹、¹²²、¹²³、¹²⁴、¹²⁵、¹²⁶、¹²⁷、¹²⁸、¹²⁹、¹³⁰、¹³¹、¹³²、¹³³、¹³⁴、¹³⁵、¹³⁶、¹³⁷、¹³⁸、¹³⁹、¹⁴⁰、¹⁴¹、¹⁴²、¹⁴³、¹⁴⁴、¹⁴⁵、¹⁴⁶、¹⁴⁷、¹⁴⁸、¹⁴⁹、¹⁵⁰、¹⁵¹、¹⁵²、¹⁵³、¹⁵⁴、¹⁵⁵、¹⁵⁶、¹⁵⁷、¹⁵⁸、¹⁵⁹、¹⁶⁰、¹⁶¹、¹⁶²、¹⁶³、¹⁶⁴、¹⁶⁵、¹⁶⁶、¹⁶⁷、¹⁶⁸、¹⁶⁹、¹⁷⁰、¹⁷¹、¹⁷²、¹⁷³、¹⁷⁴、¹⁷⁵、¹⁷⁶、¹⁷⁷、¹⁷⁸、¹⁷⁹、¹⁸⁰、¹⁸¹、¹⁸²、¹⁸³、¹⁸⁴、¹⁸⁵、¹⁸⁶、¹⁸⁷、¹⁸⁸、¹⁸⁹、¹⁹⁰、¹⁹¹、¹⁹²、¹⁹³、¹⁹⁴、¹⁹⁵、¹⁹⁶、¹⁹⁷、¹⁹⁸、¹⁹⁹、²⁰⁰、²⁰¹、²⁰²、²⁰³、²⁰⁴、²⁰⁵、²⁰⁶、²⁰⁷、²⁰⁸、²⁰⁹、²¹⁰、²¹¹、²¹²、²¹³、²¹⁴、²¹⁵、²¹⁶、²¹⁷、²¹⁸、²¹⁹、²²⁰、²²¹、²²²、²²³、²²⁴、²²⁵、²²⁶、²²⁷、²²⁸、²²⁹、²³⁰、²³¹、²³²、²³³、²³⁴、²³⁵、²³⁶、²³⁷、²³⁸、²³⁹、²⁴⁰、²⁴¹、²⁴²、²⁴³、²⁴⁴、²⁴⁵、²⁴⁶、²⁴⁷、²⁴⁸、²⁴⁹、²⁵⁰、²⁵¹、²⁵²、²⁵³、²⁵⁴、²⁵⁵、²⁵⁶、²⁵⁷、²⁵⁸、²⁵⁹、²⁶⁰、²⁶¹、²⁶²、²⁶³、²⁶⁴、²⁶⁵、²⁶⁶、²⁶⁷、²⁶⁸、²⁶⁹、²⁷⁰、²⁷¹、²⁷²、²⁷³、²⁷⁴、²⁷⁵、²⁷⁶、²⁷⁷、²⁷⁸、²⁷⁹、²⁸⁰、²⁸¹、²⁸²、²⁸³、²⁸⁴、²⁸⁵、²⁸⁶、²⁸⁷、²⁸⁸、²⁸⁹、²⁹⁰、²⁹¹、²⁹²、²⁹³、²⁹⁴、²⁹⁵、²⁹⁶、²⁹⁷、²⁹⁸、²⁹⁹、³⁰⁰、³⁰¹、³⁰²、³⁰³、³⁰⁴、³⁰⁵、³⁰⁶、³⁰⁷、³⁰⁸、³⁰⁹、³¹⁰、³¹¹、³¹²、³¹³、³¹⁴、³¹⁵、³¹⁶、³¹⁷、³¹⁸、³¹⁹、³²⁰、³²¹、³²²、³²³、³²⁴、³²⁵、³²⁶、³²⁷、³²⁸、³²⁹、³³⁰、³³¹、³³²、³³³、³³⁴、³³⁵、³³⁶、³³⁷、³³⁸、³³⁹、³⁴⁰、³⁴¹、³⁴²、³⁴³、³⁴⁴、³⁴⁵、³⁴⁶、³⁴⁷、³⁴⁸、³⁴⁹、³⁵⁰、³⁵¹、³⁵²、³⁵³、³⁵⁴、³⁵⁵、³⁵⁶、³⁵⁷、³⁵⁸、³⁵⁹、³⁶⁰、³⁶¹、³⁶²、³⁶³、³⁶⁴、³⁶⁵、³⁶⁶、³⁶⁷、³⁶⁸、³⁶⁹、³⁷⁰、³⁷¹、³⁷²、³⁷³、³⁷⁴、³⁷⁵、³⁷⁶、³⁷⁷、³⁷⁸、³⁷⁹、³⁸⁰、³⁸¹、³⁸²、³⁸³、³⁸⁴、³⁸⁵、³⁸⁶、³⁸⁷、³⁸⁸、³⁸⁹、³⁹⁰、³⁹¹、³⁹²、³⁹³、³⁹⁴、³⁹⁵、³⁹⁶、³⁹⁷、³⁹⁸、³⁹⁹、⁴⁰⁰、⁴⁰¹、⁴⁰²、⁴⁰³、⁴⁰⁴、⁴⁰⁵、⁴⁰⁶、⁴⁰⁷、⁴⁰⁸、⁴⁰⁹、⁴¹⁰、⁴¹¹、⁴¹²、⁴¹³、⁴¹⁴、⁴¹⁵、⁴¹⁶、⁴¹⁷、⁴¹⁸、⁴¹⁹、⁴²⁰、⁴²¹、⁴²²、⁴²³、⁴²⁴、⁴²⁵、⁴²⁶、⁴²⁷、⁴²⁸、⁴²⁹、⁴³⁰、⁴³¹、⁴³²、⁴³³、⁴³⁴、⁴³⁵、⁴³⁶、⁴³⁷、⁴³⁸、⁴³⁹、⁴⁴⁰、⁴⁴¹、⁴⁴²、⁴⁴³、⁴⁴⁴、⁴⁴⁵、⁴⁴⁶、⁴⁴⁷、⁴⁴⁸、⁴⁴⁹、⁴⁵⁰、⁴⁵¹、⁴⁵²、⁴⁵³、⁴⁵⁴、⁴⁵⁵、⁴⁵⁶、⁴⁵⁷、⁴⁵⁸、⁴⁵⁹、⁴⁶⁰、⁴⁶¹、⁴⁶²、⁴⁶³、⁴⁶⁴、⁴⁶⁵、⁴⁶⁶、⁴⁶⁷、⁴⁶⁸、⁴⁶⁹、⁴⁷⁰、⁴⁷¹、⁴⁷²、⁴⁷³、⁴⁷⁴、⁴⁷⁵、⁴⁷⁶、⁴⁷⁷、⁴⁷⁸、⁴⁷⁹、⁴⁸⁰、⁴⁸¹、⁴⁸²、⁴⁸³、⁴⁸⁴、⁴⁸⁵、⁴⁸⁶、⁴⁸⁷、⁴⁸⁸、⁴⁸⁹、⁴⁹⁰、⁴⁹¹、⁴⁹²、⁴⁹³、⁴⁹⁴、⁴⁹⁵、⁴⁹⁶、⁴⁹⁷、⁴⁹⁸、⁴⁹⁹、⁵⁰⁰、⁵⁰¹、⁵⁰²、⁵⁰³、⁵⁰⁴、⁵⁰⁵、⁵⁰⁶、⁵⁰⁷、⁵⁰⁸、⁵⁰⁹、⁵¹⁰、⁵¹¹、⁵¹²、⁵¹³、⁵¹⁴、⁵¹⁵、⁵¹⁶、⁵¹⁷、⁵¹⁸、⁵¹⁹、⁵²⁰、⁵²¹、⁵²²、⁵²³、⁵²⁴、⁵²⁵、⁵²⁶、⁵²⁷、⁵²⁸、⁵²⁹、⁵³⁰、⁵³¹、⁵³²、⁵³³、⁵³⁴、⁵³⁵、⁵³⁶、⁵³⁷、⁵³⁸、⁵³⁹、⁵⁴⁰、⁵⁴¹、⁵⁴²、⁵⁴³、⁵⁴⁴、⁵⁴⁵、⁵⁴⁶、⁵⁴⁷、⁵⁴⁸、⁵⁴⁹、⁵⁵⁰、⁵⁵¹、⁵⁵²、⁵⁵³、⁵⁵⁴、⁵⁵⁵、⁵⁵⁶、⁵⁵⁷、⁵⁵⁸、⁵⁵⁹、⁵⁶⁰、⁵⁶¹、⁵⁶²、⁵⁶³、⁵⁶⁴、⁵⁶⁵、⁵⁶⁶、⁵⁶⁷、⁵⁶⁸、⁵⁶⁹、⁵⁷⁰、⁵⁷¹、⁵⁷²、⁵⁷³、⁵⁷⁴、⁵⁷⁵、⁵⁷⁶、⁵⁷⁷、⁵⁷⁸、⁵⁷⁹、⁵⁸⁰、⁵⁸¹、⁵⁸²、⁵⁸³、⁵⁸⁴、⁵⁸⁵、⁵⁸⁶、⁵⁸⁷、⁵⁸⁸、⁵⁸⁹、⁵⁹⁰、⁵⁹¹、⁵⁹²、⁵⁹³、⁵⁹⁴、⁵⁹⁵、⁵⁹⁶、⁵⁹⁷、⁵⁹⁸、⁵⁹⁹、⁶⁰⁰、⁶⁰¹、⁶⁰²、⁶⁰³、⁶⁰⁴、⁶⁰⁵、⁶⁰⁶、⁶⁰⁷、⁶⁰⁸、⁶⁰⁹、⁶¹⁰、⁶¹¹、⁶¹²、⁶¹³、⁶¹⁴、⁶¹⁵、⁶¹⁶、⁶¹⁷、⁶¹⁸、⁶¹⁹、⁶²⁰、⁶²¹、⁶²²、⁶²³、⁶²⁴、⁶²⁵、⁶²⁶、⁶²⁷、⁶²⁸、⁶²⁹、⁶³⁰、⁶³¹、⁶³²、⁶³³、⁶³⁴、⁶³⁵、⁶³⁶、⁶³⁷、⁶³⁸、⁶³⁹、⁶⁴⁰、⁶⁴¹、⁶⁴²、⁶⁴³、⁶⁴⁴、⁶⁴⁵、⁶⁴⁶、⁶⁴⁷、⁶⁴⁸、⁶⁴⁹、⁶⁵⁰、⁶⁵¹、⁶⁵²、⁶⁵³、⁶⁵⁴、⁶⁵⁵、⁶⁵⁶、⁶⁵⁷、⁶⁵⁸、⁶⁵⁹、⁶⁶⁰、⁶⁶¹、⁶⁶²、⁶⁶³、⁶⁶⁴、⁶⁶⁵、⁶⁶⁶、⁶⁶⁷、⁶⁶⁸、⁶⁶⁹、⁶⁷⁰、⁶⁷¹、⁶⁷²、⁶⁷³、⁶⁷⁴、⁶⁷⁵、⁶⁷⁶、⁶⁷⁷、⁶⁷⁸、⁶⁷⁹、⁶⁸⁰、⁶⁸¹、⁶⁸²、⁶⁸³、⁶⁸⁴、⁶⁸⁵、⁶⁸⁶、⁶⁸⁷、⁶⁸⁸、⁶⁸⁹、⁶⁹⁰、⁶⁹¹、⁶⁹²、⁶⁹³、⁶⁹⁴、⁶⁹⁵、⁶⁹⁶、⁶⁹⁷、⁶⁹⁸、⁶⁹⁹、⁷⁰⁰、⁷⁰¹、⁷⁰²、⁷⁰³、⁷⁰⁴、⁷⁰⁵、⁷⁰⁶、⁷⁰⁷、⁷⁰⁸、⁷⁰⁹、⁷¹⁰、⁷¹¹、⁷¹²、⁷¹³、⁷¹⁴、⁷¹⁵、⁷¹⁶、⁷¹⁷、⁷¹⁸、⁷¹⁹、⁷²⁰、⁷²¹、⁷²²、⁷²³、⁷²⁴、⁷²⁵、⁷²⁶、⁷²⁷、⁷²⁸、⁷²⁹、⁷³⁰、⁷³¹、⁷³²、⁷³³、⁷³⁴、⁷³⁵、⁷³⁶、⁷³⁷、⁷³⁸、⁷³⁹、⁷⁴⁰、⁷⁴¹、⁷⁴²、⁷⁴³、⁷⁴⁴、⁷⁴⁵、⁷⁴⁶、⁷⁴⁷、⁷⁴⁸、⁷⁴⁹、⁷⁵⁰、⁷⁵¹、⁷⁵²、⁷⁵³、⁷⁵⁴、⁷⁵⁵、⁷⁵⁶、⁷⁵⁷、⁷⁵⁸、⁷⁵⁹、⁷⁶⁰、⁷⁶¹、⁷⁶²、⁷⁶³、⁷⁶⁴、⁷⁶⁵、⁷⁶⁶、⁷⁶⁷、⁷⁶⁸、⁷⁶⁹、⁷⁷⁰、⁷⁷¹、⁷⁷²、⁷⁷³、⁷⁷⁴、⁷⁷⁵、⁷⁷⁶、⁷⁷⁷、⁷⁷⁸、⁷⁷⁹、⁷⁸⁰、⁷⁸¹、⁷⁸²、⁷⁸³、⁷⁸⁴、⁷⁸⁵、⁷⁸⁶、⁷⁸⁷、⁷⁸⁸、⁷⁸⁹、⁷⁹⁰、⁷⁹¹、⁷⁹²、⁷⁹³、⁷⁹⁴、⁷⁹⁵、⁷⁹⁶、⁷⁹⁷、⁷⁹⁸、⁷⁹⁹、⁸⁰⁰、⁸⁰¹、⁸⁰²、⁸⁰³、⁸⁰⁴、⁸⁰⁵、⁸⁰⁶、⁸⁰⁷、⁸⁰⁸、⁸⁰⁹、⁸¹⁰、⁸¹¹、⁸¹²、⁸¹³、⁸¹⁴、⁸¹⁵、⁸¹⁶、⁸¹⁷、⁸¹⁸、⁸¹⁹、⁸²⁰、⁸²¹、⁸²²、⁸²³、⁸²⁴、⁸²⁵、⁸²⁶、⁸²⁷、⁸²⁸、⁸²⁹、⁸³⁰、⁸³¹、⁸³²、⁸³³、⁸³⁴、⁸³⁵、⁸³⁶、⁸³⁷、⁸³⁸、⁸³⁹、⁸⁴⁰、⁸⁴¹、⁸⁴²、⁸⁴³、⁸⁴⁴、⁸⁴⁵、⁸⁴⁶、⁸⁴⁷、⁸⁴⁸、⁸⁴⁹、⁸⁵⁰、⁸⁵¹、⁸⁵²、⁸⁵³、⁸⁵⁴、⁸⁵⁵、⁸⁵⁶、⁸⁵⁷、⁸⁵⁸、⁸⁵⁹、⁸⁶⁰、⁸⁶¹、⁸⁶²、⁸⁶³、⁸⁶⁴、⁸⁶⁵、⁸⁶⁶、⁸⁶⁷、⁸⁶⁸、⁸⁶⁹、⁸⁷⁰、⁸⁷¹、⁸⁷²、⁸⁷³、⁸⁷⁴、⁸⁷⁵、⁸⁷⁶、⁸⁷⁷、⁸⁷⁸、⁸⁷⁹、⁸⁸⁰、⁸⁸¹、⁸⁸²、⁸⁸³、⁸⁸⁴、⁸⁸⁵、⁸⁸⁶、⁸⁸⁷、⁸⁸⁸、⁸⁸⁹、⁸⁹⁰、⁸⁹¹、⁸⁹²、⁸⁹³、⁸⁹⁴、⁸⁹⁵、⁸⁹⁶、⁸⁹⁷、⁸⁹⁸、⁸⁹⁹、⁹⁰⁰、⁹⁰¹、⁹⁰²、⁹⁰³、⁹⁰⁴、⁹⁰⁵、⁹⁰⁶、⁹⁰⁷、⁹⁰⁸、⁹⁰⁹、⁹¹⁰、⁹¹¹、⁹¹²、⁹¹³、⁹¹⁴、⁹¹⁵、⁹¹⁶、⁹¹⁷、⁹¹⁸、⁹¹⁹、⁹²⁰、⁹²¹、⁹²²、⁹²³、⁹²⁴、⁹²⁵、⁹²⁶、⁹²⁷、⁹²⁸、⁹²⁹、⁹³⁰、⁹³¹、⁹³²、⁹³³、⁹³⁴、⁹³⁵、⁹³⁶、⁹³⁷、⁹³⁸、⁹³⁹、⁹⁴⁰、⁹⁴¹、⁹⁴²、⁹⁴³、⁹⁴⁴、⁹⁴⁵、⁹⁴⁶、⁹⁴⁷、⁹⁴⁸、⁹⁴⁹、⁹⁵⁰、⁹⁵¹、⁹⁵²、⁹⁵³、⁹⁵⁴、⁹⁵⁵、⁹⁵⁶、⁹⁵⁷、⁹⁵⁸、⁹⁵⁹、⁹⁶⁰、⁹⁶¹、⁹⁶²、⁹⁶³、⁹⁶⁴、⁹⁶⁵、⁹⁶⁶、⁹⁶⁷、⁹⁶⁸、⁹⁶⁹、⁹⁷⁰、⁹⁷¹、⁹⁷²、⁹⁷³、⁹⁷⁴、⁹⁷⁵、⁹⁷⁶、⁹⁷⁷、⁹⁷⁸、⁹⁷⁹、⁹⁸⁰、⁹⁸¹、⁹⁸²、⁹⁸³、⁹⁸⁴、⁹⁸⁵、⁹⁸⁶、⁹⁸⁷、⁹⁸⁸、⁹⁸⁹、⁹⁹⁰、⁹⁹¹、⁹⁹²、⁹⁹³、⁹⁹⁴、⁹⁹⁵、⁹⁹⁶、⁹⁹⁷、⁹⁹⁸、⁹⁹⁹、¹⁰⁰⁰、

time lene) という言い方から判るように、この所領は実は彼の(Ⅱ彼が主君・Aから授封された)レーンなのである。したがって、ここで想定されているのは、たとえば次のようなケースである。封相続人であるBが、父の死後、彼の法定年期内(Ⅱ一年と一日以内)に主君に(父から「相続」された)所領の授封を求めることを怠り、そのかどで主君のレーン法廷に召喚されて問責される。釈明に窮したBは、何とか言い逃れようとして、その所領は(Aから授封されたレーンではなく、父から相続した)自分の、アイゲンである、と主張する。たとえばこうした場合がそれである。

こうした主張をすれば、一般には、Bが自らその所領をAから授封した(ないし、改めて授封されるべき)レーンであることを否定したことになるから、Bは直ちにその所領についてもツレーン法上の権利を失ったことになる。⁽⁷⁵⁾しかし、この場合は、Bはそれが自分のアイゲンであると主張しているのだから、主君・Aは、Bからその所領(の占有)を取り上げるためには、改めてラント法廷でBを訴え(ⅡBに対して rechte Klage を起こさ)なければならぬ。⁽⁷⁶⁾その(正規の)訴えにおいても、一般には、もちろんAが勝訴する。Aは、もし必要であれば、彼の家臣一人の証人とともに(自分とも三人の証人で)問題の所領をB(われわれの想定したケースでは、Bの父)に授封したことを立証することができるからである。⁽⁷⁷⁾

しかし、前条(Ⅱラント法一・四四・一)によれば、Bが例外的に勝訴する場合が一つだけある。すなわち、Aが(この場合は、おそらくBが授封を求めるべき年期が過ぎてから)⁽⁷⁸⁾一年と一日以内に、(正規の)訴え(Ⅱ rechte Klage)を起こさなかった場合である。このラント法一・四四・三は、こうした場合について、Bが「六人の参審自由人とともに(自分とも七人の証人によって)アイゲンとしてのゲヴェーレ (de egenlike weire) を立証する」ことを求めている。なぜか、あるいは、この証明手続は何を意味するのか。それが一つには、Bが問題の所領を一年と一日以上平穩に(ⅡAから(正式の)異議申立を受けることなく、また、(正規の)訴えを起こされることもなく)占有していたことを知りうる立場にあるのは同

じグラーフ裁判所に参画する参審自由人である、という理由によることは明らかである。しかし、それについては、もう一つ考えなければならぬことがある。

レーン法七四・二は次のように述べる。「レーンのゲヴェーレ (Jenes Geverer) (少なくとも、家臣がある所領をレーンとして (適法に) 占有・支配していること、むしろ、そのための権利ないし権原⁽⁷⁹⁾) を、人 (|| それを主張する家臣) は (自分の) 主君の、六人の家臣 (|| 家臣仲間) とともに、(自分とも七人の証人によって) 立証しなければならぬ。単なるゲヴェーレ、(Jenes Geverer) (|| 単に所領を占有・支配しているという事実そのもの) (であれば、それ) を、ある家臣は、それが誰であろうと、彼等の、(生得の) 法について、非議される余地のない (|| 完全な) 人々 (六人) と、自分とも七人 (の証人) で立証する (ことができる⁽⁸⁰⁾) 」と。

ラント法二・四四・三の第一の事例において、主君・AはB(ないし、その父)による所領の「占有」の事実を争っているのではなく、その所領がB(の父)に授封されたレーンであること、つまり、それがB(ないし、その父)によってレーンとして占有されるべきものである(ないし、占有されていた)ことは認めている。したがって、BがAに対抗してその所領が自分のアイゲンであると主張するためには、単に問題の所領を「占有」しているという事実を証明しても何の役にも足らず、それをほかならぬアイゲンとして、(適法に) 占有していることを証明しなくてはならない。したがって、この「六人の参審自由人とともに」(自分とも七人の証人によって) という証明手続は、——「(自分の) 主君の六人の家臣(仲間)とともに」(自分とも七人の証人によって) という証明手続が(少なくとも) 問題の所領をレーンとして占有するための法的根拠、|| 「権原」の証明を含むのと同じように——、問題の所領をほかならぬアイゲンとして占有するための法的根拠、|| 「権原」の証明を(少なくとも) その中に含んでいる、ということになる。⁽⁸¹⁾

このことはさらに次のような重要な帰結につながる。すなわち、この条項のBだけでなく、先行する諸条項のBも、

正当な権利者であるAが一年と一日以内に *rechte Klage* を起こすことを怠れば例外的に勝訴することができるが、その場合Bは、自分が問題の所領を単に占有しているという事実ではなくて、それを一年と一日以上平穩に占有していたことよつて、自分にはそれをレーンあるいはアイゲンとしてひきつづき（適法に）占有する権利がある、ということを証明しなければならぬのだから、「彼等の（生得の）法において非議される余地のない人々と自分とも七人（の証人）で」という証明手続ではなく、「（自分の）主君の六人の家臣（仲間）とともに」（ラント法二・四二・一、二・四二・四、二・四三・一の場合）、あるいは、「六人の參審自由人とともに」（ラント法二・四三・二の場合）という証明手続のいずれかを履まなければならなかつたはずである。⁽⁸²⁾ 換言すれば、不法な占有者が *rechte were*（通説では *rechte Gewere*）つまり一年と一日以上に及ぶ所領の「占有」の権利に訴えるためにも、単に事実としての所領の占有を証明するだけでは足りず、所領をレーンまたはアイゲンとして占有するための法的根拠——「権原」の証明を含む手続に耐えなければならなかつたのである。⁽⁸³⁾

結び

(一) ある所領（特に「ライヒの所領」）が順次ある主君からその家臣へと（又）授封される場合、その所領をレーンとして占有・支配している者（つまり、その所領について *Leus Gewere* をもっている者）は幾人か（≡複数）⁽⁸⁴⁾ いる。しかし、その所領を「利用を伴う占有」（*were mit der nut*）の中に、あるいは、「自由な（*ledich*）占有」の中にもつ（≡自分の家臣に）（又）授封しないで、直接に占有・支配しているのは、「それ（≡その所領）を利用と収益の中にもち、そして、そこ（≡その所領）から小作料を徴収する者」、一人だけである。しかも、こうした所領に対して誰かが「不法行為」（*missedat*）を働いた場

合、彼がそれについて責を負うのは、この「利用を伴う占有」ないし「自由な占有」をもつ者に対してである。ただし、所領をこうした意味で（直接に、自分の家臣に封与しないで）占有・支配しているのは、必ずしもそれを主君から授封された家臣とは限らない。アイゲンの持主も、それ（ないし、その一部）を自分の家臣にレーンとして封与することなく、それ（ないし、その一部）を「利用を伴う占有」ないし「自由な占有」の中にもつことがあるからである。

そうだとすれば、——ザクセンシュピーゲルにおける法の規範構造（Ⅱあり方）から言えば——、ラント法廷で争われる「不動産訴訟」（具体的には、小作料徴収権をめぐる所領の帰属が争われる係争）は、当事者の所領についての主張別に分類すると、レーン対レーン、アイゲン対レーン、アイゲン対アイゲンという三つの基本類型のいずれかに属することになる。本稿で検討した「不動産訴訟」に関する条項群は、この三つの基本類型をすべて扱っている。⁽⁸⁵⁾しかもそこでは、すべて所領を「不法に」占有している被告（B）が敗訴し、所領を占有していないにもかかわらず正当な「占有権」Ⅱ所領を占有するための「権原」を立証しえた原告（A）が勝訴する。さらに例外的にBが勝訴する場合にも、彼が *rechne* *were* の権利を行使するには、単に所領の占有の事実を証明するのではなく、そのための「権原」の証明をも含む手続に耐えなければならぬ。そうだとすれば、（通説の期待する）「占有のメリットを伴う通常の証明規定」は、単にこの条項群に姿を見せないだけでなく、およそザクセンシュピーゲルではどこにも出てくるはずがないのである。⁽⁸⁶⁾

(二) 最後にもう一つ、「はじめに」で触れた *Exegese* の問題について、別稿で述べた私見を紹介しておきたい。⁽⁸⁷⁾

「法史学の古典についての」*Exegese* は、もちろん、一つの法文・一つの条項を徹底的に読み解くことから始まる。「読み解く」というのは、それがいかなるケースにかかわるのか、自分の頭の中で具体的・具象的イメージ

が浮かぶまで考えつづけることがあるが、一つの法文・一つの条項にはキー・ワードが幾つかあるのが普通であり、少なくともそのうち法のあり方にかかわるものは全巻を通して網羅的に検討しないと、その正確な理解は得られない。したがって、こうした作業を反覆していると、ある程度までは自ずから、その法書における(いわばシステムとしての)法のあり方がおぼろげながら判ってくる。しかし、そもそもどの言葉が法のあり方の決め手になるキー・ワードかは、法のあり方を究めないと(最終的には)判らない。Exegeseに取りくめば、いやでもこうして幾つかのキー・ワードと法書全体における法のあり方の間のフィード・バックを漕いでしなく繰り返すことになるが、近代法と異なる中世法のあり方はそうした根気のいると作業を経なければ把握することができないのである」。

本稿の出発点であり直接の課題であったのは、見られる通り、ラント法二・四三・一の *mit geliker were* という語の読み方・理解の仕方であるが、この語が早くから誤って解釈され、しかもそれが今日まで是正されることがなかったのは、一言にして言えば、ザクセンシュピーゲルについて(右の引用における意味での)Exegeseがなされなかったからである。しかし(願わくは)本稿がその一例を提供することになってくれる)ように、本格的なExegeseの対象として同書と取りくめば取りくむほど、同書には(実は)さまざまな疑問に対する解答があらかじめ用意されていたことを知って、その都度「なるほどこれは良くできている」という感を改めて深くする。同書が法史(学)の「古典」として長く生命を保っているゆえんは、(私自身のささやかな経験からしても)、同書が、その概念用語の未成熟や条項配列の非体系性にもかかわらず、単なる「慣習法の記録」などといったものではなく、徹底したExegeseにも耐えうるだけの(「法的思考」に裏づけられた)「法的論理構成」を具えており、繰り返し同書のExegeseに立ち向かう者にその都度新しい「発見」の欣

びを与えてくれる点にこそある。

註

(1) ヒルシユは、この箇所を *mit gleicher gewere* と訳しているが (Hi., S. 203) 註 (a. a. O. Anm. 1) の中で (次註・2 の箇所でも述べるホーマイヤー、二七三頁に所収の) 「註解」(Glosse) の参照を求めていることから、*gewere* の語を「占有」の意味で用いていることを確かめることができる。(なお、われわれの『邦訳』(一九三頁)における同条への註・1 は、ヒルシユのこの指摘に従ったものである)。また、エックハルトはこの箇所を、もつと端的に(そして、説明抜き) *mit gleichem Besitz* と訳しており、「同じ占有をもって」というのは具体的にどういう事態なのか、まったく理解できない訳になっている (Eck., S. 80)。

(2) Ho., S. 273, *mit gleicher were* の語に同じした註解を加えることが必要になったのは、言うまでもなく、*were* の語を「占有」と理解したからにはかならない。

(3) 後註・13 で引用するように、ザクセンシュビーゲルの通用本 (Vulgate) では、先行するラント法二・四二・一に、「彼等双方ともゲヴェーレなしに (*sunder gewere*) 」という「補足」が加えられており、この「補足」がいつ行われたのか正確には判らないが、もし一二世紀中に行われたとすると、この「伝統」は七百年以上に及ぶことになる。

(4) Sch., S. 134.

(5) K. NEHLSSEN-VON STRYK, *Prozessuales und materielles Rechtsdenken im Sächenspiegel*, in: *Festschrift für Sten Gagner* zum 3. März 1996, hrsg. v. M. KRIECHBAUM, 1996, S. 56, Anm. 95. なお、後註・52 を参照されたい。

(6) この通説的解釈に触れたとき、われわれ日本人は、どうしても(戦力不保持の文言から自衛隊のもつ「戦力」の合憲性を導き出す) とうとする(日本国憲法第九条の解釈)の変遷を連想せざるをえないであろう。

なお、ここであらかじめ、ザクセンシュビーゲルにおいては *geike were* の語が他の二つの条項でも用いられている、ということ指摘しておきたい。一つは、「総手的授封」を扱ったレーン法三三・一―二(人(主君)は多数(ないし、複数)の兄弟たちに(同じ)一つの所領を封与することができ、彼等がそれ(その所領)を総手的に (*mit gesameder hand*) (具体的には、

彼等がその手を組み合わせ同時に主君の開かれた両手の中に置いて受領して、それ(≡その所領)について *gälike were* をもつ場合には「である。この条項の *gälike were* の語が「均等な権利(≡占有権)」を意味することは、AV 1・八三の対応箇所が *gälike ius* となっていることからも明らかであろう(以上については、石川「レーン法邦訳」(6)、レーン法三三・一を参照)。もう一つは、「父と子が(それについて) *ene gemene unde gälike were* (≡共同の、また、均等のゲヴェーレ) をもっている所領」について、父の死後主君がそれ(が子たちのレーンであること)を承認しない場合の子たちの権利を扱ったレーン法三五・二である。AV 1・九〇では、この *were* に対応する語が(単に) *possessio* になっているが、レーン法三五・二は(直前のレーン法三五・一や前出レーン法三三・一と比較することにより)その所領が(父と子たちに対して)「総手的に」授封された場合を扱っていることを確認できるから、ここでも *were* の語は(したがって、この条項の *possessio* の語も)、「占有」ではなく、「占有権」を意味していることが判る(この点については、本誌・次号に掲載予定の石川「レーン法邦訳」(7)、レーン法三五・二を参照されたい)。ただし、ラント法一・四三・一の場合は、一方が勝訴し他方が敗訴するのだから、もちろんこの語を「同じ権利をもつて」と解するわけにはいかない。(なお、このレーン法三三・一と三五・二の *gälike were* の語をも、ヒルシュとシュットは——平気で——*gleichen Besitz* と訳している。Vgl. HIRSCH, *Elke von Reppow, Sachenspiegel Lehrrecht*, 1939, S. 136, 139; Sch., S. 281, 284)。

(7) 石川「ゲヴェーレ」を参照。なお、同論文(註・91、一九七頁以下)では、すでにこの条項についての私見を述べており、この条項が法廷譲渡されたアイゲンにかかわること、および、この条項の *were* の語が「追奪担保」(≡保障)を意味する可能性があることは(正しく)指摘しているものの、「同じゲヴェーレをもって」≡「同じく占有をもたずに」という通説と訣別するところまでいっていないためにこの条項についても誤った理解に到達している。この点、および、その他の「補足」については、後註・35と45で改めて述べることにする。

(8) 石川「補論」、五二四頁、および、石川「法史学とEggele」、『岩波講座・世界歴史』7、「月報」8(一九九八年五月)一頁以下——その一部は後に「結び」で引用する——を参照されたい。

なお、本稿の成立経緯について一言しておきたい。本稿成立の端緒になったのは、一九九六年八月フライブルクに滞在した折に、ネールゼン夫人と(主にこのラント法二・四三・一の解釈をめぐる)議論するためにまとめた覚え書である。同夫人との議論は二度、いずれもかなり長時間に及んだが、私自身は彼女の「ゲヴェーレ」≡「占有」説(前註・5を参照)を完全に論破できた、と考えている(この点については、後註・52と86をも参照されたい)。しかし、その点はいずれにもせよ、彼女が

長時間にわたり真剣に議論の相手をしてくれたことに私は心から感謝している。このときに——もともとネールゼン夫人を説得ないし論破するために——まとめた覚え書にかなりの分量の補足を加えたものを、クレツシエル氏の求めに応じて、一九九八年一月二一日、同氏によるゼミ「中世法史に関する史料の整理」の開講に当たり、それへの導入として報告することができたからである。本稿は（基本的には）そのときの報告原稿を邦語に移し、四を追加した上で、註の中でその間にザクセンシュピールゲル（テキスト）成立史について得られた新しい知見をも二・三加えて成ったものである。本稿のドイツ語版は、(明二〇〇二年に公刊される予定の)クヌート・シュルツ(Knut Schulz)氏の六五回誕生日祝賀論集に掲載される予定であり、この邦語版の方はもともとそれが公刊された後に(完成し)公表するつもりであった。しかし、本誌編集の都合上(一時)本誌・前号に掲載する必要が生じて七分通り書き上げたところへ、本年七月八日の総合研究会での報告を求められたので、本文の方はそのための準備の過程でほとんど完成してしまつた。そこで、シュルツ氏にはいささか申し訳ないと思ひながらも、今の時点でそれを完全に仕上げて公表しておいた方が時間的ロスが少ないと考え、本稿に掲載していただくことにしたものである(なお、これに伴い、本誌に連載中の「レーン法邦訳」の方は一回休載し、(7)(以降)は次号(五二巻六号)(以降)に掲載することになった)。

(9) ザクセンシュピールゲル・現行テキストの段階的成立については、とりあえず石川「レーン法邦訳」(1)、「凡例」(二八六—頁以下)を参照されたい。

(10) なお、この条項は石川「法の生成」(7)でも取り上げたことがある。

(11) ザクセンシュピールゲルにおいては、ding(またはdink)の語は、「ラント、法上の裁判集会」に限って用いられ、「レーン法上の裁判集会」(「主君のレーン法廷」)を指すことはない。石川「裁判(権)」、註・45(三九—四〇頁)を参照。なお、後註・21で述べる richte の用語法をも参照されたい。

(12) ザクセンシュピールゲルにおける ech not の概念(および、「ラント法」と「レーン法」における相違)については、石川「レーン法邦訳」(4)、レーン法二四・七、註・10(七一—七二頁)を参照されたい。

(13) ザクセンシュピールゲルの通用本(Vulgata)では、この後に、(Ordung Ivc)のテキストに属する(次のような補筆が加えられている(前註・3を参照))。「彼等(AとB)が双方ともそれ(IIその所領)をゲヴェーレなしに、(sunder gewere)(自分のものと)主張し、また同時に、(so like)その所領を授封され(てい)た場合は」。それによって、この補筆者は(後出ラント法二四三・

一の mit geliker were を beide sunder gewere と解した上で、そこから遡ってこの二・四二・一を(も)、AとBがいずれも「占有をもたずに」所領(の帰属)を争うケースと理解したことが判る。しかし、こうした理解は誤っている。この補筆者が「同時に」(to like)と授封の時期を問題にしていることから、その際の彼の念頭にあったのは、次のようなレーン法七・四のケースであることがうかがわれる。「双方ともゲヴェーレを欠く(＝占有をもたない)(ただし、ここでは、de beide der were darvet という、後出ラント法二・四三・一の mit geliker were とはまったく異なり、しかも誤解の余地のありえない表現が用いられていることに注意されたい)二人の家臣が(同じ)一つ所領を自分のものと主張する(ないし、した)場合、彼等は双方とも授封の時(期)を(具體的に)申し述べるべきであつて、最初の(ないし、より早期の)授封を証人により立証できる者が、それ(＝その所領)を判決をもつて取得すべきである」。つまりこの補筆者は、この条項をもとに、もし授封の先後関係が明らかであればラント法二・四二・一のような係争にはならないと考えて、「同時に」という語を補つたものと推定される。しかし、レーン法七・四の「双方ともゲヴェーレを欠く二人の家臣」は、レーン法七・一からの叙述の流れを辿れば紛う方なく明らかかなように、同一の主君から「待機権」(wartunge)を——すなわち(あらかじめ所領を特定せずに)「ある所領が(それが少なくとも多くても)主君にとって最初に自由(freidich)になる(＝主君の手に戻る、ないし、戻つた)時に(占有させる)という条件で所領を——授封されているのであつて、このラント法二・四二・一の場合のように、別な二人の主君の家臣の間で所領(の帰属)が争われる場合、授封の時期(＝先後関係)が問題になること(つまり、「早い者勝ち」ということ)はおよそありえないのである。

(14) ここで、そもそもある者(たとえばB)が他の者(たとえばA)の所領を「奪う」(nemen)というのは具体的にはどういふこととか、をはつきりさせておきたい。結論から先に述べると、それは、(ほんらい、ないし、法的には)Aが小作人から小作料(ないし、「年貢」)を徴集する権限をもつている所領から、Bが「不法に」(＝その権限なしに)小作料を徴取することを言う。そう考える理由ないし根拠をきいてついで述べるのと以下の通りである。(この点については、石川「Eigengewere」、註・11(六三〇頁以下)においても、すでに私見を述べておいた)。

① もちろん、ある者(B)が(法的には)他の者(A)の(ものである)所領を力づくで、(＝われわれの言う「物理的」暴力)を用いて「奪う」(＝強奪する)こともあるだろう。(たとえばラント法二・二五・一の rotake were Ⅱ 徒党を組んで他の者の——その者が現に居住している家・屋敷をも含む——所領を「強奪する」こと、および、レーン法七六・二Ⅱ主君による家臣の所領の「強奪」を参照。また、「犯罪」の代表的事例として、「ラント法」では「窃盜と強盜」が挙げられているのに対して、「レーン法」では「強奪」

(*rot* || *Raub*) (ないし、「強盗」)だけが挙げられていることも、そのことと無関係ではあるまい)。しかし、ここで扱っている一連の条項は、そうした「刑事事件」ではなく、所領の帰属を争ういわば「民事事件」である。(この点については、特に後出二で扱うラント法二・四二・四における敗訴者に対する制裁 || (裁判官に対する) 罰金と(相手方に対する) 贖罪金から明らかになる——後註・22を参照)。

② レーン法一四・一に次のような規定がある。「(同じ)一つの所領は、それを(次々と)一人(の家臣)がもう一人(の家臣)から(レーンとして)受領しているというようにして、(同時に)幾人かの持主のものでありうる。しかしながら、ゲヴェーレ(*de gewere*)は一人のものでなければならぬ。それ(|| その所領)を利用の中と収益の中にもち(*in nut unde in gelde hevet*)、それ(|| その所領)から賃料(ないし、小作料(*zins*))を取得している者、……その者がそれ(|| その所領)についてゲヴェーレをもつ」。通説のいわゆる「直接的ゲヴェーレ」であるが、これについては次のことに注意する必要がある。(以下については、石川「ゲヴェーレ」、一四二頁および一五〇頁以下を参照されたい)。

① この意味で「ゲヴェーレ」をもつ(|| 所領を「占有」する)というのは、具体的には、小作人から小作料を徴収することである。② この意味での「ゲヴェーレ」をもちうるのは、レーン能力をもつ「家臣」ないし「領主」に限られ、「小作人」がそれをもつことはありえない。(なお、「小作人」には「又小作」が禁じられており、「小作人」がこの所領から「小作料」を徴収することはありえない——この点については、レーン法六〇・二、および、石川「ゲヴェーレ」、一五三頁以下を参照)。

③ この意味でのゲヴェーレは、レーン法三八・二では *were mit der nut* (|| 利用ないし利益を伴うゲヴェーレ)、ラント法二・五七では *lethiclike were* とも呼ばれるが、*lethiclike* というのは、「自分の家臣に(又)授封しないで(直接に小作地として貸し出す)」という意味である。④ ただし、この条項の言うゲヴェーレをもつ者は、レーン制のヒエラルヒーの最低辺に位置する家臣とは限らない。主君も、通常、その所領をすべて自分の家臣に(又)授封するのではなく、その一部を小作人に貸し出している、と考えられるからである。(この点については、レーン法二六・二以下の諸条項において、*angewilt* || 封相続人が満二歳未満の間の所領収益取得権が原則として主君に帰属する一方、主君が——それとは別に——子の家臣たちから(軍事的)勤務を求めることができる、とされていること(レーン法一六・六)からも、確実に推定することができる)。

⑤ また、この意味でのゲヴェーレをもちうる者は、主君からレーンを与えられた者には限らない。アイゲンの持主も、それを自分の家臣に授封することができるだけでなく、それ(ないし、その一部)を *lethiclike were* の中にもつことができるからである。(上記ラント法二・五七のほか、一・三四・二をも参照されたい)。

⑥ これに対して、「同じ所領」について

「幾人かの持主」が同時にもちうるもの(ないし、「権利」)も *ware* ないし *geware* と呼ばれ、ザクセンシュビーゲルではこうした用例が最も多いが、これは家臣の主君に対する関係について問題になりうるもの(ないし、「権利」)であり、——後出四・(三)で述べるように——時に *lones geware* (レーンのゲヴェーレ、ある所領をレーンとして占有・支配する権利)とも呼ばれる。

③レーン法一四・一は、右の引用の後、さらに次のようにつづく。「そして(ないし、したがって)、誰かがそれ(その所領)に対して不法行為を働いて、損害を与えた (*missen tun*) 場合は、人はその(右の意味でのゲヴェーレをもつ)者に対して責を負う(＝応訴し、または、損害を賠償すべきである)。因みに、ザクセンシュビーゲルでは、*missedan* および(その名詞形 *misseda* の語は、*ungesche* (＝犯罪)の語とは明確に区別され、いわば(民事上の)「不法行為」の意味で用いられる。したがって、これによって、右に①で述べたことがさらに確認されるだけでなく、誰か(たとえば B) が他の者(たとえば A) の所領を不法に「奪った」(＝そこからの小作料を横領した)場合に、その所領の「帰属」(ないし、「小作料徴収権」)をめぐって争われる訴訟の当事者になりうるのは、②で述べた意味でこの所領について「ゲヴェーレ」をもつ(ないし、「占有」している)者、ないし、(法的に)それをもつべき(ないし、「占有」すべき)者に限られる、ということもはっきりするはずである。

(15) この点は、後出二で扱うラント法二・四二・四に見られる敗訴者に対する制裁(裁判官に対する)罰金と(相手方に対する)贖罪金からも推定できるが、(石川)レーン法邦訳(ア)(本誌・次号)に掲載する予定の)レーン法三三・一によって確実に推断することができる。この条項は、「いかなるもの(＝所領)であれある主君(たとえばラント法二・四二・一の D) が自分の意思(ないし、裁量)にもとづいて彼の家臣(B)に封与し、それ(＝その所領)について彼(D)が彼(B)を保障する (*weren*) ことができなければ、彼(D)は彼(B)に対してそれ(＝その所領)を補償しなければならぬ」という原則を述べているが、次の二つの場合には(例外として)主君に補償の義務がない、としている。そのうち第二の例外は、「それ(＝その所領)を誰か(他の者)が奪う(ないし、奪った)場合に、彼(B)がそのあと彼の法定の期限内に(具体的には、一年と一日以内に)(法廷における)正規の訴え (*rechte klage*) をもって(その所領を)追求することを……なさない」場合である。これは、——ラント法二・四二・一ではむしろ A について想定されているケースであるが——、後出四・(二)と(三)で後述するように、所領を奪われた家臣が一年と一日以内に「正規の訴え」を起こさないと、相手方に事実上 *rechte Geware* の権利が成立してしまふ、たとえ主君が家臣に適法に所領を授封していても、主君の責(ないし、落度 (*scult*)) なしに家臣が敗訴することになるからである。このことを前提にした上で、第一の例外(＝彼(B)が彼(B)に封与された所領を(現実にながも)として)占

取する」場合は、逆に、Bが——主君による保障が行われず、または、不成功に終つても——相手方(＝正当な権利者、ラント法一・四二・一のA)の懈怠によつて事実上 *rechie Gewere* の権利を取得し、(今や「適法に」)所領を占有できた場合であると推定することができる。そして、これら二つの例外から逆推すると、主君(D)が家臣(B)に所領を封与して「保障」できない場合というのは、——BがDからの授封さえ受けずに所領を占取した場合を除くと——(少なくとも主に)BがDからの(違法な、ないし、瑕疵のある)授封にもとづき所領をすでに「占取」し「占有」していた場合である、と推定することができるのである。なお、この条項の二つの例外は、対応するAV一・八六には見られず、したがつて(「ラント法」、少なくともその「ドイツ語第一版」の成立後、それにもとづいて)補足された、と目されるものである。(この点については、後註・28をも参照されたい)。

(16) ただし、前註・13で述べたように、現行の刊本では、アイケ以後補足された件に「占有」を意味する *gewere* の語が姿を見せる。

(17) 以上については、石川「ゲヴェーレ」、一二七頁および註・8を参照。なお、ここでは(「ドイツ語第二版」に属する)ラント法三・八三・三の *gewere* の語を「追奪担保」(＝本稿では「保障」に統一することにした)を意味する用例に数えていないが、註・79(一九〇頁以下)においては、実質的にそれを「追奪担保」(＝「保障」)を意味すると解していることに注意されたい。因みに、シュミット・ヴィーガント夫人は、残念ながらこのラント法三・八三・三の方は、(通説に従い)(*hin*) (＝前主) *in seinen Besitz (auflassen)* と訳してゐるが (Sch., S. 220) への箇所の原文: *eme dar laren in sine gewere to behaldene unde to verlesene* を、レーン法二六・一の *deme* (＝後見人) *scolen se* (＝満二歳未満の子たち) *de weire loven mit vinggen unde mit tungen, to behaldene unde to verlesene* と比較すれば、この *gewere* の語が「保障」を意味することは明らかではなはずである。なお、シュット氏は同書「レーン法」の現代語訳に当たり、*weire · gewere* の語はほとんどすべて機械的に *Besitz* と訳しているが、さすがにこのレーン法二六・一の *weire* (だけ)は *Gewahrschaft* と訳している (a. O. S. 223)。なお、後註・57をも参照されたい。

(18) このことはすでに繰り返し指摘してきたが(たとえば、石川「裁判(権)」、二六―二七頁および註・14、「レーン法邦訳」(2)、レーン法一三・一、註・11(二二五―五〇頁)などを参照)、そもそもある主君のレーン法廷への参廷義務を負っているのは当該主君の家臣(だけ)である(レーン法四・四)というだけでなく、そこで判決を発見することはもとより、そこで代言人

や証人になり、また、(他の家臣の発見した)判決を非難することのできるのも、当該主君の家臣に限られる(石川「レーン法邦訳」(2)、レーン法九・一、註・3と4(二七九、七八頁)を参照)。なお、本文中に「一般には」(存在しない)という限定を加えたのは、AとBが保障人として引き合いに出したCとDが、たまたま同じ上級主君(E)の家臣である場合、AとBの間の所領をめぐる係争がCとDの間のそれへと発展することがありえないわけではないからである。この場合、事案は(CとDが双方ともEからの授封を主張すると)後統のラント法一・四二・四のケースに還元されるが、後出二・(二)で述べるように、それはEのレーン法廷においてCとDの間で争われることになる。しかし、所領の帰属をめぐる争うAとBの主君(=CとD)が常に同じ上級主君(E)の家臣である、と前提するわけにはいかないことは言うまでもない。

(19) この条項は、Ordnung Ivcのテキストに属するものであるが、次のように述べている。「彼等(AとB)のうち一人がその所領について、一年と一日、(法廷における)正式の異議(申立を受けること)なしに、適法なゲヴェーレ(cue rechte were)をもっている(いささか紛らわしいが、後統の「ドイツ語第一版」に属し、後出四・(二)で引用)する二・四四・一やレーン法一三・一(石川「レーン法邦訳」(2)を参照)に拠って考えると、「彼等の所領を、一年と一日、正式の異議なしに占有し、それについて rechte were をもっている」と理解すべきであろう)ならば、彼(=その rechte were をもつ者)は、彼を彼の保障人(sin gewere)が法廷における保障において(to rechter wescap)見捨てても、彼自身がそれ(=その所領を彼の法(ないし、権利)に従い(na sine rechte))法によって彼に認められた手続に従い(自分に帰属すべきものであるとして)代表・擁護(vorfet)する限り、それ(=保障人の不出廷や彼にとって不利な証言)によって敗ける(=敗訴する)ことはない。ここにも、「(保障人)や「保障」を意味する(were)や wescap の語が姿を見せるだけでなく、いわゆる「適法なゲヴェーレ」(rechte Gewere)が(証明手続の上で)保障人による保障に代りそれを凌ぐ効果さえもつ「法定保障」としての意味、ないし、機能をもつことが示唆されている。この点については、後に四・(二)と(三)で改めて述べる。

(20) サクセンシュピエーゲルにおけるso rechteの語にはいろいろな用法が見られるが、この条項の場合には、ラント法二・四一・一二におけるそれ(「邦訳」では、「法に従い(彼の法的義務の履行を)申し出る」となっている箇所、正しくは「自らを法へと(=自分を裁判にかけるよう)請う」——この条項については、石川「裁判(権)」一、二二頁を参照されたい)と同じ用法である、と考えられる。

(21) ザクセンシュピエーゲルにおいては、rechteの語は、「ラント法上の裁判官」に限って用いられ、(アウクトル・ヴェートウスにおけるindexの語とは異なり)、レーン法廷を主宰する「(上級)主君」について用いられることはない。(石川「裁判(権)」一、二

八・二九頁、および、石川「ハールシルト制」(三)、四四九頁を参照。なお、厳密に言えば、レーン法六九・八では *richtere* の語が「ラント法上の裁判官」と同時に「レーン法上の裁判官」をも指す形になっているが、その点については、石川「裁判権」、同上、および、註・46、石川「レーン法と國制」(三)、一八四・八五頁を参照されたい)。

(22) 「ラント法」には次のような条項が(二二)ある。ラント法三・四三・一〇「その者 (*de man*) が誰か(他の者)のもの (*gint*) を不法に、(*mit unrechte*) (法の定め)に反して、具体的には、「占有権」ないし占有のための「権原」がないのに、占取する(ないし、した)場合、それ(「そのもの」、ないし、それについての「占有権」)が彼に對し判決をもって (*mit rechte*) 否認される (*afge-wunnen wert*) (*afge* *winnen* の語については、石川「補論」、註・70を参照) ならば、彼はそれ(「そのもの」)を贖罪金とともに(相手方に)引き渡さ (*laten*) (ないし、返還し)なければならない(さらにこの場合、ラント法三・三一・一〇〇「誰か(「被告」を相手どつて原告が法廷で (*vor gericht*) 人命金(「相手」を殺害した場合の「贖罪金」)または贖罪金を獲得する場合、その者(「被告」を相手どり裁判官もまた彼の罰金を取得する、もし彼がそれ(「罰金」)を要求しようと望むならば)に従つて、「不法占取者」は裁判官にも「罰金」を支払わなければならないことになるであろう)。ただし、この条項で「誰かのもの (*gint*)」と言われているものは、後続のラント法三・四三・二とのつながりからは、直接には「動産」(「財物(だけ)にかかわる可能性も大きい)が、(なお、三・四三・二の「邦訳」に「質入れした」とある箇所——原文は *o boege die*——は、この機会に「担保」として交付した」と改めておきたい)、もう一つ次のような条項がある。ラント法一・五三・二〇「われわれの『邦訳』は次のように改めたい)「その者 (*de man*) が(ある)所領 (*gint*) を自分のもの(ないし、自分に帰属すべきもの)と主張してそれを訴求し、そして彼がそれ(「その訴え」)から判決をもって (*mit rechte*) 却けられる(ないし、却けられた)場合、彼がそれ(「所領」)を占取していない限り、彼はそれ(「その訴え」)について贖罪金なしにまた罰金なしにすむ)。つまり、「不動産訴訟」(「所領の帰属をめぐる訴え」)については、所領を「占取」して敗訴した者は、たとえ(訴えを起した)「原告」である場合でさえも、相手方には「贖罪金」、裁判官には「罰金」を支払わなければならないのである。

なお、以上のように見てくると、前出・一で扱ったラント法二・四二・一の事案についても、敗訴した者(たとえば、B)が、前註・15で述べたように、所領を「占取」しているとすれば、この二・四二・四の事案と同じように、「贖罪金」と「罰金」を支払わなければならないはずである。しかし、二・四二・一ではそのことが(明示的には)述べられていない、そこで二・四二・一は、やはり両当事者(AとB)がいずれも「占有」なしにその所領を自分のレーンであると主張するケースでは

ないのか、という疑問を抱かれる向きもあるかも知れない。しかし、この疑問については、次の二つのことを考慮に入れる必要がある。①ザクセンシュビーゲルの現行刊本に見られる条項の区分は後代（アイケ以後のものであり、アイケ自身のテキスト（ないし、頭）でも、「ドイツ語第一版」に限ると）ラント法二・四二・一、一・四二・三、二・四二・四が三つの条項に分かれていたとは断定できず、「敗けた者は」裁判官に罰金を支払い、またもう一人の者には贖罪金を支払う」という命題は二・四二・一の事案をも含めて述べられていた可能性もある。②ほかならぬこの「不動産訴訟」に関する条項群の中にそれに類する事例がある。すなわち、後出の（後に四・（二）に訳出する）ラント法一・四四・一は、「ラント法」における「適法な（ないし、法定の）ゲヴェーレ」(rechte Gewere)の「定義」的条項であるが、(レーンに関する rechte Gewere の証明手続は「レーン法」におけるその「定義」的条項であるレーン法一三・一で述べられているのに)、そこではアイゲンに関する rechte Gewere の証明手続は述べられておらず、「ドイツ語第一版」に限るとその直後に位置するラント法一・四四・三の中で(その条項における証明手続と併せて)述べられている(と解される)事例がそれである。この点については後出四・(三)を参照されたい。

(23) なお、前註・15で解説したレーン法三三・一によれば、このラント法二・四二・四の事案において、所領を不法に占取した被告(B)が勝訴しうるのは、相手方(A)が一年と一日以内に「正規の訴え」を起こして所領を追求しなかつた場合に限り得られる、ということを想起されたい。

(24) この点については、すでに前註・14、15、22、23で述べたことを参照されたい。

(25) この条項では、所領を不法に「占取」したBが(ほんらい所領の「占有権」をもつ)相手方・Aに「贖罪金」を支払うべきことは(明示的には)述べられていないし、また、「レーン法」には——「いずれの責(ないし、罪過)(*scilicet*)のかどであれ、主君は彼の家臣をレーン法廷に召喚(して問責)することができる、その責(ないし、罪過)が(主君に支払われる)罰金に値する場合には」(レーン法六五・一)という条項があるだけで——(前註・22に引用した)ラント法三・三三・一〇のような条項は見当たらぬ。しかし、おそらくそれは、レーン法上の裁判では、家臣の訴えにもとづくものであつても、多くの場合「主君による問責」の形をとることから、主君の役割が叙述の前面に出てくるため、と思われる。現にレーン法六八・九は、まず(対応するAV二・五四と同じく)「いずれかの主君の家臣(である者)は彼(≠家臣(自身))の出生(身分)に従つて贖罪金をもつ(あるいは、受け取る)」と述べた後に、(AV二・五四にはない)「しかし、それぞれの家臣の贖罪金がいかにあるかは、人

はラント法について述べ(ている巻(「ラント法」で知ることができる)、という一文を加えて「ラント法」の参照を求めている。したがって、レーン法上も、ラント法三・三三・一〇に見られるのと同じ原則があった、と考えても大過あるまい。

(26) この点については、前註・22の後段で述べたことを参照されたい。

(27) 因みにこのことは、次のような——主君との関係において家臣の権利を守るためにはきわめて重要な——原則にもとづいたものである。「家臣は(主君による)あらゆる問責から彼(単独)の潔白(「無実」)の宣誓(*unschuld*) (「雪冤ないし否認宣誓」)をもって逃れることができる、それ(「問責の事由」)が(ラント)法廷で(*vor gerichte*) (生じた)ないし、行われたことを、なんびとも証人により立証しえないものについては」(レーン法一九・二)。この条項の(*vor gerichte*)の語について、私は、かつては(「一般的見解に従い)「ラント法廷」だけでなく「レーン法廷」をも含むと解していたが、石川「裁判(権)」のもとになつた「Das Gericht im Sachsenspiegel, in: Wirkungen europäischer Rechtskultur. Festschrift für K. Kroeschell zum 70. Geburtstag, hrsg. v. G. Köbler/H. Nehlsen, 1997」を執筆するに当たり再考した結果、——同書の他の箇所における*gerichte*の語が(世俗法に)ついては)ラント法上のそれだけを指すのと同じく——「ラント法廷」だけを指す、という見解に改めたものである。その論拠については、石川・同上、二五―二七頁で詳論しておいたので、それを参照されたい。またこのレーン法一九・二は、A V に対応条項がなく、「レーン法」(ドイツ語第一版)で補足されたと目されるものであるが、その点については、石川「ヘールシルト制」(三三)、四四六―四四九頁、および、次註・28を参照されたい。

(28) レーン法一・一、一三・一、一四・一、三三・一、六八・二。なお、「法定期限内に」という条件については前註・15を、また、それが*rechte Gewere* Ⅱ「適法な(ないし、法定の)ゲヴェーレ」の問題と関連することについては(後出四・二二)と(三)で改めて論ずるが、とりあえず前註・19に引用したラント法一・四二・四を参照されたい。なお、右に挙げた(*rechte Klage*)の語が姿を見せる)レーン法の諸条項を、試みにアウクトル・ヴェートゥスのテキストと比較してみると、容易に次のことを確認することができる。まず、レーン法一三・一、一四・一、三三・一の諸条項においては、*rechte Klage*の語はA V に対応条項のない(つまり、「レーン法」で補足されたと目される)箇所 で用いられている。レーン法一・一については、その「いずれの所領であれその家臣から(それを)実力をもって奪われ、彼(「家臣」)がそれを*rechte Klage*をもって追求しているものについては」という件にA V 一・三三で対応しているのは、「(家臣が) *quernonia iusta* (「*rechte Klage*」)によって追求

しているレーンは」というはるかに簡単な文章にすぎず、また、「彼(Ⅱ家臣)がその *rechte klage* について証人を有する限り」という件には、そもそも A V 一・三三三に対応する文がない。また、レーン法六八・二は、所領を奪われた家臣が主君に罰金を支払うべき場合について、対応する A V 二・四九では「その者(Ⅱ所領を奪った者)を *iusta quæritonia* によって追求しないか、あるいは (vel)、(所領を奪われたことを) 彼の主君に知らせない」場合としていたものを、「彼(Ⅱ家臣)がその(所領を奪われた)ことを彼の主君に知らせず、また (unde) (ないし、しかも)、彼がそれ(Ⅱ所領)を *rechte klage* をもって追求しない」場合というように補正している。序に「レーン法」についてはアウクトル・ヴェートゥスを独自に独訳したとされている。「ゲールリッツ法書」(*Görlitzer Rechtsbuch*)を参照してみると、—— A V に対応箇所のないものももちろん同法書にも姿を見せないが——、A V に対応箇所があるものについても、A V 二・四九に対応する同法書の条項が A V 二・四九の *re* の語を *nach* に改めた上で *rechte klage* に触れているだけで、A V 一・三三三に対応する同法書の条項はこの語が現れるべき箇所を割愛している。また、(*rechte klage* と裏表の関係にあるとも言える) *rechte (ge)were* の語が「レーン法」に姿を見せる箇所(「ドイツ語第一版」に限ると——以下同様——、二三・二、一三・四、一四・一、三七・三)も、そもそも A V に対応する条項がないか(レーン法二三・四)、あるいは、対応箇所があつてもそれに対応しているのは単なる *possessio* あるいは *possidere* の語にすぎず(レーン法二三・一 || A V 一・一〇三、一四・一 || A V 一・四〇、三七・三 || A V 一・九三)のうちの二箇所、レーン法三七・三(のうちのもう一箇所)の *rechte were* の語に A V 一・九三の *warandia iusta* の語が対応しているのが唯一の例外である。また、これら A V の諸条項に対応するゲールリッツ法書の諸条項の中で、*die rechin were* の語が姿を見せるのは A V 一・九三に対応する条項の一箇所だけであり、これもその点で唯一の例外をなしている。さらに、念のため、とりあえずエックハルト編「ゲールリッツ法書」(*S. 100ff*)の脚註に付された彼の考証を手がかりにして調べてみると、ザクセンシュビーゲル・「ラント法」の中で *rechte klage* および *rechse (ge)were* の語が現れる諸条項(ラント法一・七〇・一、二・二四・一、二・二四・一、および、ラント法一・三・一、二・二四・一、二・四四・一、三・三八・一)がゲールリッツ法書に影響を与えた痕跡はなさそうである。これらすべてのことは、まずアウクトル・ヴェートゥス、次いでその「ラテン語版・ラント法」が成立したものの、そこにはまだ *rechte klage* および *rechte (ge)were* の明確な概念が見られず、それらの明確な概念、特に *rechte klage* は(原則として)ラント法廷で行われるべきである、という考え方は、「ラント法・ドイツ語第一版」執筆の際にはじめて成立し、それにもとづいて「レーン法・ドイツ語第一版」に補足された、ということを示唆しているように思われる。しかしその詳細に

- つては、いずれザクセンシュピエーゲル(テキスト)成立史に即して *rechtes Gewere* 概念の成立を論ずる時に譲るほかはない。
- (29) これまでに扱った二つの条項はもとより、この「不動産訴訟」に関する条項群の中には、およそ(単独の)「雪冤(ないし、否認)宣誓」は姿を見せず、所領を奪ったとして訴えられた被告に求められる証明手続は、明示的に述べられているか、あるいは、はつきり推定することができる。次節以下で後出の諸条項について述べることをも参照されたい。
- (30) 因みに、主君(C)が(所領を奪われた)Aがラント法廷で勝訴した後に(所領を奪った)Bをレーン法廷に召喚して問責すれば、——前註・27に引用した——レーン法一九・二の原則に従い、Bが「聖遺物にかけて」の宣誓によってその問責を免れるわけにいかない、ということは明らかであろう。また、以上に述べた私見によって、ここにも(ザクセンシュピエーゲルにおける)レーン法に対するラント法の優位が認められるだけでなく、ここでは併せてその優位の技術的根拠の一端が明らかにされていることにも注意されたい。
- (31) 以下、アイゲンについて述べることについては、石川「ゲヴェーレ」のほかにも、石川「アイゲン」をも参照されたい。
- (32) ラント法一・三・三、および、一・一七・一を参照。
- (33) ラント法一・五二・一「相続人の承諾なしに、また、正規の(ないし、定例の)裁判集会(*echer dink*)なしには(＝正規の裁判集会においてでなければ、)なんびとも彼のアイゲン、または、彼の従属民(*lude*) (＝*egan lude*、つまり「体僕」)を譲渡する(*geven*)ことをえない」。
- (34) (前註・2に挙げた)ホーマイヤー、二七三頁を参照。ホーマイヤーによれば、「(Aの)優位の理由として、註解は次のことを指摘している、(すなわち)、「ある主君(C)は彼(B)に彼のレーンを(国王罰令権の下に開催された)グラーフの裁判集会(*seiget ding*)なしに封与し、そして(ないし、それに対して)、あるアイゲンを彼(A)に(国王罰令権の下に開催された)グラーフの裁判集会で、また、正規の裁判集会の場所で(*in echer dinge)譲渡する」という理由がそれである*)」。(なお、*geheget*の語については、「邦訳」(一九一頁)、ラント法一・四一・二、註・一を参照されたい)。
- (35) ザクセンシュピエーゲルにおいて、*scapel*(*sc*)「参審員」の語は *scenbar* (*vn man*)「参審(員になりうる)自由人」の語と明確に区別して用いられている。すなわち後者は、(グラーフ裁判所に参画する義務を負い、それに参画する資格のある)「身分」を指す(したがって、法廷における活動と必ずしも関係のない場合に(も)用いられる)のに対して、前者は言わばグラーフ裁判所の構成員として一定の役割りを果たす者、特に(法廷で)判決を発見する者を指す。判決の発見は「参審員の椅子」に坐つて

行われるので、それに「生まれついていない者」は、判決を発見するためにまずこの「椅子」を請わなければならない(ラント法二・二・二三、三・二六・二、三・六九・三を参照)。したがって、グラーフ裁判所に参画する「参審自由人」の中には、「参審員の椅子」に「生まれついている者」と「生まれついていない者」がある、ということになるが、このラント法二・四三・一の場合は、アイゲンの譲渡が法廷で行われるだけで、「参審員の椅子に生まれついていない者」が参審員の椅子を請うて判決を発見する必要はなかった、と思われるから、「参審員」と言えばその「椅子に生まれついていた者」だけを指し、しかも彼等は職務上Aに対するアイゲンの法廷譲渡に立ち会ってそれをじかに見聞したのである、と考えられる。(なお、石川「ゲヴェーレ」、註・91——前註・7を参照——では、すでに右の点を(基本的には、正しく)指摘しているが、そこでこの点に關して述べたことについては、二つの点で「補足」ないし「補正」が必要である。一つは、ラント法一・二・二の *scopen* の語を(この箇所)のそれは「参廷義務を負う者」を指すから)右のような用語法の唯一の例外とする点についてであるが、異本ではこれを *scopenbare* とするものもある、ということ(「補足」しておきたい(vgl. Ho., S. 155, Anm. 8)。もう一つは、*scopen* の語の所出箇所のうち(少なくとも)(ラント法)「二・四一・一」の前に「二・二二・二」が、また「二・四二・一」の後に「三・一八・二、三・二五・一、三・二六・二」が脱落しているので「補足」しておきたい。なお、このうち前者(ラント法一・二・二の *scopen* の語が「邦訳」(一六六頁)では「参審自由人」となっているが、これは(いささか恥ずかし)誤訳であり、当然「参審員」と改めなくてはならない)。

(36) 仮にBがAに「相続」されたアイゲンについてそれを自分の「レオン」であると主張するとすれば、それはAが彼のアイゲンをBに授封したのにそれを否認した場合と考えられるが、そうした場合には、Bはその所領がAのアイゲンであることを前提し、それをレオンとして自分が「占有」することを認めるよう、Aのレオン法廷で訴えなければならぬ。さらに、BがすでにAの亡父の家臣であつて、亡父の封相続人でもあるAに対して(それまでBにレオンとして与えられていた)アイゲンの「授封更新」を求めることも、(もしありうるとすれば、同じようにその所領がアイゲンであることを前提した上で、Aのレオン法廷で、ということになるはずだが)、やがて(3)で引用するレオン法七一・六に明記されているように、「アイゲン・レオン」についてはBに「授封更新請求権」がないから、そもそもありえないのである。

(37) (ラント法上の)遺産相続の具体的プロセスについては、石川「アイゲン」、九―一頁を参照されたい。

(38) この点については、後出四・(一)で述べることを参照されたい。

(39) *bat* (= *bosset*) の語は、文字通りには、もちろん「より良く」、「より有利に」、「より有効に」などの意味であるが、ザクセ

ンシュピーゲル、特にラント法二・三六・三とレーン法三七・三では——なお、ラント法一・一七と（ドイツ語第二版）に属するものだが）一・二〇・四をも参照——、それとまったく同じ意味で *mit nemene rechte* という表現が用いられているので、本稿では、著者の言いたいことをより明確にするために、敢えて（ほんらい後者の訳にふさわしい）「（より）優る権利をもって」という訳を宛てることにした。

(40) 念のために、Bの——問題の所領は自分の（＝自分に授封された）レーンであるという——主張が事実と反する（＝「嘘」である）場合について述べておきたい。Bが問題の所領を自分のレーンであると主張すれば、前出ラント法二・四二・一（および、二・四二・四）に明らかのように、Bはほんらい主君・Cの「保障」によってその主張を立証しなければならぬ。この場合、仮にCが証人として法廷に召喚されれば、（Bに授封した覚えのない）Cは（二・四二・一のDのように）そもそも出廷しないか、出廷してもBに保障を与えることはできないであろうから、Bは当然敗訴する。しかし、この二・四二・一は、後述するように、Cの出頭を求めるまでもなく——つまり、Bに対してCが保障を与えようと与えまいとそれには関係なく——Aを勝訴させる。つまり、この場合、Bの主張が事実であろうとなかろうと実は裁判の成り行きや結末には影響しないのである。

(41) 厳密に言えば、Cからこの所領を授封されていたCの家臣（X）がBにそれを又授封し、Bがそれを「占有」している、ということもまったくありえないわけではない。すぐに（3）で引用するレーン法七一・六によれば、「アイゲン・レーン」が又授封される場合もあるからである。しかし、その場合は、BはXを保障人として引き合いに出し、Xが証人として出廷を求められることになるはずなのに、このラント法二・四三・一では、——後述するように——BがCを保障人として引き合いに出すことが前提されているので、そうしたケースは含まれていない、と考えられる。

(42) もしCがAに対する法廷譲渡後にこの所領をBに封与したとすれば、それは——すでに自分のものでなくなったものを譲渡したのであるから——当然「無効」であり、Bは——その所領を占有しているというといまいと——当然敗訴する。もちろんその場合、CはBに保障することのできない所領を封与したのであるから、前註・15で述べたレーン法三三・一に従い、Bに対してそれを補償する義務をもつが、そうしたケースは——あまりにも「自明」なため——このラント法二・四三・一に含まれていない、と解すべきであろう。

(43) レーン法五・一＝二人の家臣に主君は（同じ）一つの所領を封与することができる、すなわち、一人はそれについてゲ

ヴェーレ (Gewalt) (＝占有・占有権) をもち、そしてもう一人は、その所領をゲヴェーレの中にもっている (＝現に占有・支配している) 者が封相続人なしに死亡した場合に (その所領を占有・支配する)、というゲディング (gedinge) (＝予約) を (もつ)、というように」。

(44) 前註・43に引用したレーン法五・一は、その後次のようにつづく。「このゲディング (edinge) には (レーンの) 承継 (volg) はない。また、それ (＝その所領) をゲヴェーレの中にもっている (＝現に占有・支配している) 者がそれを手放す (つまり、主君に返還する) ならば、ゲディングは破られる」。石川「レーン法邦訳」(一)、レーン法五・一、註・4で述べたように、この条項の volg の語には「相続権」も含まれるのか、という問題があるが、いずれにせよこの語が (主君交替の際の) 「授封更新請求権」を含んでいることは間違いない。

(45) (前註・7で触れた) 石川「ゲヴェーレ」、註・91では、この条項について、「唯一ありうるケース」として次のような場合を想定している (一九八頁)。(ただし、符号は本稿におけるそれに合わせて引用する)。「主君 C はそのアイゲン (の一部) を家臣 X に授封し、家臣 X がそれを占有していた。次に、この同じ土地を C は家臣 B に対しゲディングの形で (つまり、X が封相続人なしに死亡したときに占有させるといふ条件で) 授封する。さらに、その後で、C が同じ土地をこんどは A に対し (ゲディングの場合と同じ条件で) 法廷で……譲渡 (の約定を) する。その結果、X が死亡したとき、B はそれを自分のレーンとして、A はそれを自分のアイゲンとして主張することになる」。

しかし、この想定は、本文中で述べたように、B のもつゲディングの権利には volg がないから、それは A への法廷譲渡の時点で消滅してしまうこと、また、——すぐに後述するように——「アイゲン・レーン」にも volg がないから、X の占有権もその時点で消滅することを見落としている。また、X が死亡したとき仮に B が、(もともと C から与えられ、A によって承継がれたという) ゲディングの権利にもとづき、A に対して問題の所領は自分のレーンであると主張するとすれば、それは——前註・36で述べたように——A が所領の新しい持主であることを前提していることになり、事案は——ラント法廷ではなく——A のレーン法廷で争われなければならないはずである。これらの誤謬は、もちろん、ゲディングやアイゲン・レーンの特性についての理解の不足にもよるが、特に A に対する法廷譲渡に関して「(ゲディングの場合と同じ条件で) ——という史料の典拠のない想定を恣意的に付け加えたのは、すでに mit geliker were 」「双方とも占有をもたず」という通説的理解に疑問を抱き、were の語が「追奪担保」(＝保障) を意味する可能性を指摘しながら、通説的理解と最終的に訣別

して、証明手続そのものもつ意味を深く省察することができなかつたからである。本稿の執筆を契機に永年気に懸っていたことを補正する機会を得て、内心ほつとしてゐる。

(46) ただしそのことは、所領が家臣に授封され家臣がそれを占有していることとは関係がなく、その所領が——アイゲンとは異なり——ほんらい主君のものではなく、上級主君から封与(Ⅱ貸与)されたものであるからにすぎない。したがつて、ある家臣がレーンを手放す場合も、(法的には)それを第三者に譲渡することはできず、主君に返還しなければならぬ(この点については、石川「レーン法邦訳」(3)、レーン法一六、註・3で、*opibus*の語について述べたことを参照されたい)。もつとも、家臣は主君から授封された所領を、主君が家臣の望む第三者に授封するという条件を付して、主君に返還する(つまり、實質的に「譲渡」する)ことはできるが(レーン法二六・一〇、三二六、三九・三を参照)、家臣による主君への所領の返還も、一般には、——その際又家臣が主君(Ⅱ又家臣の上級主君)に対して授封更新請求権をもつことを前提してその手続について述べた(たとえばレーン法二五・一などの)諸条項に明らかかなように——その所領が家臣からさらに又授封されているかどうかには関係なく行われるのである。

(47) この条項については、石川「ヘールシルト制」(二)、六五〇〜六六頁、および、註・130、同上(三)、四四〇〜四四四頁で訳出の上検討しておいたので、それを参照されたい。

(48) この場合の *voies* の語は、「授封更新請求権」だけを指す、と解される。石川「ヘールシルト制」(二)、註・130、および、前註・44を参照。

(49) 前註・33に引用したラント法一・五二・一を参照。

(50) ザクセンシュピエゲルにおける *leicha* の語については、石川「ゲヴェーレ」、一四二頁、一五三〜一五九頁、および、石川「レーン法邦訳」(2)、レーン法七・一、註・1を参照されたい。因みに、前註・14で触れた *leichake were* の語もこのした *leicha* の用語法の一環である。

(51) 念のために一言すると、レーン法七一・六で述べられているアイゲン・レーンに関する規定は、(われわれの言う)「強行法規」ではなく、たとえば、「アイゲン・レーンには *esige* が無い」という命題は、家臣が授封更新を求めたとき(新しい)主君はそれを拒むことができる、という意味であつて、主君が望めばもちろん授封を更新することもできる。同じように、CがBに封与していたアイゲンをAに譲渡する場合、関係者がそうしようと思えば、BがAの家臣になつてAから改めて同

じ所領の授封を受ける道が閉ざされているわけではない。しかしこのラント法二・四三・一のケースでは、AがBに所領の引き渡しを求めている以上、Aがそうした道を選ばず、Cが——レン法七・一・六の規定にもつき——所領を *leihen* な状態で引き渡すことを前提にしてその譲渡を受けたことは明らかであるから、(ラント法上の)裁判所もそうした前提に立ってAの請求を法的に評価し判断するほかないのである。

(52) ネールゼン夫人は、前註・5に掲げた論文の中で、このラント法二・四三・一を引用し、*mit geliker were* の語を“*mit gleicher Gewere*”と現代語訳した上で(S. 56)、その箇所が付された註(Ann. 95)で次のように述べている——傍点および「」内は私が付け加えたものである——。「ラント法二・四三・一では、双方が一つの所領を(自分の)レンである」と主張しており(*beansprechen*)「ないし、請求している(とされているだけだ)が」、二・四三・一では、「双方とも」占有のメリットをもつて、いいないという前提(*die Voraussetzung des fehlenden Gewerevorteils*)が「同じケヴェーレをもたずに」(「(双方とも)同じく占有をもたずに」という表現で、明示的に述べられている)。(因みに、彼女が「はじめに」で触れたシユミットルヴィーガント夫人の“*mit gleicher Gewärschaft*”とこの訳を「私見によれば *unzutreffend*」と批判したのは、この直後においてである)。以上によって、ネールゼン夫人が *Gewere* の語を「占有」の意味で用いていること、また、二・四三・一のAとBは双方とも所領を占有していないと考えていることは、確実に推定することができる。(なお、二・四三・一についても、*beansprechen* の語にどのような意味をこめているかにもよるが、アイケ以後の「補筆」——前註・13を参照——に引かれて、同じように考えていた可能性は決して小さくない)。

同夫人は、本文の方では、ひきつづき(後に四・(一)で引用するラント法二・四三・二に言及し、それを現代語訳した上で)、次のように述べている(S. 57)。「以上の諸条項で」常に問題になっているのは、明らかに、一方の「少なくとも二・四三・一については「双方の」はずではなかったのか?」当事者が占有のメリットをもつて(「*das Fehlen des Gewerevorteils einer Partei*」)によって特徴づけられる不動産訴訟の特別な状況(*besondere Konstellationen*)「ないし、特別な状況下の不動産訴訟」であり、不動産訴訟の通常の——ザクセンシユピールゲルでたいていは沈黙をもつてやりす(とされている)「ないし、明示的に語られることのない」証明(手続に関する)規定ではカヴァーすることができず、事実、「これら諸条項に見られるような」一連の特別な規定を必要としたのである」。さらに同夫人は、「上述の諸条項に定められている証明手段は(同夫人のこの論文における主張からは、むしろ「も」、明らかに、真実の事態(この点についても、ラント法二・一九・二を参照すれば明らかのように、根本

的な疑問なしとしない——その点については、石川「レイン法邦訳」(4)、レイン法二四・六、註・3を参照されたい)、したがって、また(同上参照)「真実の権利者を確定する狙いをもって」とし、その例として、ラント法二・四一・一の「保障人の調達」とともに、再び二・四三・一の「二人の参審員の証言」を挙げ、それを「裁判所の証言の軽減された形態」(entlehnte Form des Gerichtszeugnisses)と特徴づけた上で、そこに付された註(Ann. 96)の中で、「註解(Glosse)もやはり「あるいは、果たせるかな」、授封よりも、ラント法による土地取得の方がより容易に、(leichter)ないしより信憑性の高い証明力をもつということによって、このラント法二・四三・一の規定を説明している」と述べている(その際、同夫人の念頭にあった「註解」は、おそらく本稿「はじめに」で触れ、前註・34に引用したのと同じもの、と思われる)。

しかし、この見解については、ラント二・四三・一に関して双方とも「占有のメリットをもたない」ことが前提されているのに、なぜそのうちの一方(だけ)が「土地取得」を「より容易に」証明できる手段を用いるのか、という疑問を禁ずるわけにはいかないであろう。ラント法二・四三・一の証明手続は、果たして「軽減された」ものなのか、そうだとした場合、何にくらべて「軽減」されており、その理由はどこにあるのか。ここでザクセンシュビーゲルにおける証明手続について詳論するゆとりも用意もないが、とりあえず次のことだけは指摘しておきたい。

ザクセンシュビーゲルの「ラント法」には、確かに、裁判官自身が他の二人の者あるいは二人の参審員とともに証人になる事例がいくつか出てくる(「ドイツ語第一版」に限れば、ラント法一・七、二・四一・二、三・一八・一、三・一八・二)。このうち、三・一八・一と二は、いずれも裁判所が自ら判決をもって決定した地方的追放からの「引き戻し」——三・一八・二の方はグラーフ裁判所におけるそれ——にかかわる(したがって、グラーフ裁判所だけが問題になる場合には、裁判官とともに証人になるのは「二人の参審員」である、と推定される)。また、一・七は、裁判所が判決をもって決定したのではなく、——アイゲンの法廷譲渡と同じく——単に(後日におけるその立証を確実にするために)法廷で結ばれた「約定」を一方の(契約)当事者が否認し、他方の(契約)当事者が相手方本人に対してその履行を求めている場合である。(ラント法二・四一・二については後述する)。

これに対してラント法二・四三・一の場合は、一・七の法廷における「約定」の場合と同じく、単に(後日における立証のため)法廷で行われた譲渡(の契約)にかかわり、しかも、直接に契約の相手方(C)にその履行を求めているのではなく、契約については第三者であるBに所領の引き渡しを求める根拠として、Cによる法廷譲渡を証明するケースである。(留保

しておいた。ラント法二・四一・二は、裁判官自身が当事者になつてゐるので些か紛らわしいが、裁判所が直接には被告に對して下した「贖罪金の支払」の判決を根拠にして、裁判官が——その判決（の内容）にはかかわりのない——第三者として被告に「罰金の支払い」を求める場合であつて（前註・22に引用したラント法三・三二・一〇を参照）、その意味ではむしろこの二・四三・一における証明手續と同じものである。また、ラント法三・八二・一には、ある法廷で一方の当事者が、相手方が「生得の」法を喪失している」と主張する場合が出てくるが、この場合裁判所は、その者が「法を喪失した」とされている裁判所へ「二人の使者」を送り、（もしその主張が確認されれば）相手方の「法の喪失」は、（その主張をした本人と）この二人の使者（つまり、本人とも三人の証人）によつて証明されることになる。（すぐに後述する「法の喪失」ないし「法の剥奪」についての証明手續との比較から、これは——おそらく——一方の当事者が相手方に訴訟能力がないことを主張するために——本件とは関係のない——「法の喪失」を持ち出したもの、と推定される。また、ラント法二・二二・二には、「ある者が彼の証人による立証を、（参審員に代るべき）シュルトハイスまたはフローンポーター、および、参審員とともになし遂げるならば、裁判官は、（たとえ彼がそれ以前には知らなかつたとしても）彼の聞いた彼等の証言の眞実性について証人になるべきである」、という規定があり、この条項からは、——ラント法二・四三・一の場合、二人の参審員がAのために証言すれば、裁判官もそれを認めざるをえないはずだから——、「参審員二人の証人とともに」（自分とも三人で）という証明方法と「裁判官が他の者（あるいは、参審員二人とともに）」というそれとの間に本質的な差はない、ということささうかがえる。

なお、相手方の出生または職業を理由にその *mecht*（= *rectior*）、つまり訴訟能力の欠如を主張する者は、「（生得の）法について完全な人々と自分とも七人でそれを証明すべきである」、とされているのに対して——なお、前出ラント法三・八二・一のケースとの関連で、ここには（ラント法三・四五・九とは異なり）「体僕へと身売りをした者」が含まれていない、ことに注意されたい——、相手方が犯罪を犯し裁判所の判決をもつて「生得の」法を剥奪された場合、および、相手方（本人）が法廷で行つたアイゲンの譲渡や質入れを否認しそれを履行しない場合には、「裁判官が彼のために判決を発見する人々（つまり、グラーフ裁判所については「参審員」）六人とともに（自分とも七人で）証明しなければならぬ」、とされていること（ラント法三・二八・一、一・八・一）をも参照されたい。（なお、前出ラント法三・八二・一では、相手方が「（生得の）法を（判決をもつて）剥奪された」と言われていない、ことに注意されたい。）

要するに、ラント法二・四三・一の「参審員二人の証人とともに」（自分とも三人の証人で）という証明手續は、果たして

「軽減された」と言えるのか疑問であり、仮にそう言えるとしても、「軽減」の理由は、ネールゼン夫人が述べているのとはまったく別なところにある、と言わなければならないのである。なお、後註・86を参照されたい。

(53) 前出③、および、二・(二)で述べたことを想起されたい。

(54) レーン法七・一・六の規定によってももちろんそうなるが、われわれはさらに、(前註・15で解説した)レーン法三三・一の「主君が家臣に封与した所領について *weren* (＝保障することが)できない場合」とまったく同じように、と付け加えることができる。

(55) *ut egen* とは、アイゲンの前の持主が死亡しその相続人に「相続されたアイゲン」のことである。因みに、「レーン法」(五五・九、三七・二)には(これに対応する形で) *effen* ないし *erefen* (＝レーンを受領していた家臣が死亡し、その封相続人である息に——実質的には——「相続されたレーン」)の語が姿を見せる。(ただし、レーンの「相続」の際は、^レ「アイゲンの相続とは異なり——封相続人が一年と一日以内に主君に対して改めてその授封を求めなければならない。この点については、レーン法三二・一、三などの諸条項、および、石川「ゲヴェーレ」、一四五頁を参照されたい)。

(56) この「ある者」(A)は、問題の所領は「(自分に)相続されたアイゲン」である、と主張しているのだから、当然、亡き前主(C)の「相続人」ということになる。

(57) 前註・17で触れたラント法三・八三・三は、(ドイツ語第二版)に属するものであるが、「誰かアイゲン、または動産を売却する (*verkauff*) 者があれば、彼はそれについて、彼が生きている間、保障人 (*beser*) にならなければならない、人(＝買主)はしかし、その財物 (*gut*) (＝アイゲンまたは動産) を、勝つも敗れるも彼(＝売主)のゲヴェーレ (*gewere*) (＝保障) に委ねなければならぬ、(そのアイゲンまたは動産を訴求する者があって) 彼(＝売主) が(買主に代って、法廷で)それを代表・擁護すべき間。かの、それを譲渡された者(＝買主)は、(それが自分のものであることの法的根拠として)譲渡(＝それは売主から自分に売却されたものである、ということ)以外のことを主張しえないからである」、と言う。これによって、法廷外で売却ないし譲渡されたアイゲンについて、動産が売却ないし譲渡された場合と同様、買主(＝新しい持主)はそれについての権利を証明するには、前主による保障に頼るほかなかったことがはっきりするのであろう。

(58) *bat* (＝*beser*) の語については、前註・39を参照されたい。なお、このラント法二・四三・二のBがCからアイゲンを法廷外で譲渡(＝売却ないし贈与)されたのだとすれば、前註・57に明らかかなように、Bがそのアイゲンが自分のものだと言

するための「言い分」はCからの譲渡以外にはなく、また、それを証明する手段はCによる保障以外にはない、ということに注意されたい。

(59) この箇所、ヒルシュだけは *behalten* と(中世語の *behalten* とは異なり、*erstreuen* ないし *bewäsen* という意味が——少なくとも通常は——なく、その意味で「実体法」的含意の強い語で)訳しており(Hil. S. 203)、この条項のAが問題のアイゲンを「占有」していた——この点については、やがて後註・62で述べる——と考えた可能性が大きい、前条II・四三・一とのつながりから言っても、当然「立証・取得する」という手続法的意味に理解すべきであろう。

(60) 前註・32、および、それに対応する本文を参照。

(61) もちろん、アイゲンを「正規の手続を履まずに譲渡する」ケースは、必ずしも「法廷外譲渡」に限らず、(たとえ法廷で譲渡しても)それが相続人の承諾なしに行われた場合も含まれる(前註・33に引用したラント法I・五二・一を参照)。しかし、その場合については、すぐに次註・62、および、後註・63で述べることを参照されたい。

(62) この条項について、アイゲンを占有している(したがって、被告になる)のは、BではなくてAである、と想定することも必ずしも不可能ではない(前註・59を参照)、と思われるので、念のために、本稿でそうした想定を採らない理由を述べておきたい。もしそうした想定に立つと、この条項だけは、先行する三条項とは異なり、両当事者のうち所領を占有していない者(B)が勝訴することになり、先行する三条項および——すぐに(二)で引用する——後続の二・四四・一とのつながりが悪くなるだけでなく、もう少し前のところに位置する次のような条項を単に繰り返したことになりかねない。すなわち、レーン法二・三〇は、「誰であれ遺産(当然アイゲンを含みうる)を、血縁(関係) (*stamme*) にもとづいてではなく、約定(*gelyvede*) にもとづいて自分のもの(として)主張(ないし、請求)する者(B)があれば、人(II相統人・Aないし裁判所)はそれを不法(*unrecht*)と見なすべきである。ただし人(B)が、その約定が法廷で確認されていることを証人により立証できる場合はこの限りでない」と述べている。この条項は、前後の諸条項(ラント法二・二八・一―四、および、二・三一・一)とのつながりから、遺産の配分ないし取得にかかわるものと解され、ここでは確かにBはまだ(アイゲンを)も含みうる)遺産を取得(II占有)していない。しかし、もしラント法二・四三・二がこれと同じケースを扱っているのだとすれば、それはすでに二・三〇で(原則として)「不法」と決めつけられていることを繰り返して述べた、ということになるだけでなく、二・三〇の最後に述べられている例外においては、当然(Aではなくて)Bが勝訴することになるはずだ、という点も、(Aの勝訴を

前提する(二・四三・二のケースとは符合しない。この二・三〇の末尾においては、「約定」が「法廷で確認されている」場合には(逆に)Bが勝訴する、ということが前提されていることに注意されたい。つまり、前主・Cの生前にアイゲンがBに対して法廷(で)譲渡された場合、それは当然(少なくとも、通例)相続人(A)の承諾を得て行われたもの、と想定されているのである。この最後の点については、ひきつづき次註・63、および、後註・68をも参照されたい。

(63) ラント法一・五二・一は、「ドイツ語第一版」では、前註・33における引用にひきつづき、次のように述べている。「彼(Ⅱラント法一・四三・二のC)がそれ(Ⅱアイゲン)を法(の定める手続)に反して相続人(A)の承諾なしに譲渡する(ないし、した)場合は、相続人(A)は判決をもってそれ(Ⅱアイゲン)を占取すべきである、恰も彼(C)、すなわち自分がそれ(Ⅱアイゲン)を譲渡することができなかったのにその時それ(Ⅱアイゲン)を譲渡した者(C)、が死亡したかのごとくに」。したがって、Aの承諾なしにアイゲンを譲渡したCが——譬えではなくて——事実死亡した場合にも、Aは当然「判決をもってアイゲンを占取する」ことになる。

(64) 前註・57と58を参照されたい。

(65) このことは次のことから確実に推定することができる。すなわち、ラント法一・一九・一は、「シユヴァーベン人は(ザクセン人とは異なり)第七親等(share)を越えても遺産を取得することができる」、として上で、(その場合に限って)、被相続人との血縁関係を証明する(二つの)方法として、被相続人が自分の父系親であることを「数え上げる」ことができる、ということを挙げている。つまり、相続人は自分が相続人の地位にあることを証明するには、第七親等を越えている場合でも、自分で被相続人との血縁関係を辿ることができればそれで足りるのであって、第七親等よりも近い関係にある場合にはそのことさえ必要でない、と考えられているのである。

(66) 前註・65で触れたラント法一・一九・一については繰り返すまでもないとして、前註・62に引用したラント法二・三〇が、(相続人でない者が)遺産を「約定」にもとづいて自分のものと主張する(ないし、請求する)ことを(原則上)端から「不法」と決めつけ、遺産を占有している相続人に対して、そうした主張(ないし、請求)を却けるために特段の(証明)手続を求めていないことも、(決して単なる偶然ではなく)このことを示すものと言えよう。特にアイゲンについては、前註・63に引用したラント法一・五二・一の一節に、それがほんらい先祖から代々受け継がれてきて、これからも代々子孫へ受け継がれていくべき「相続財産」である、という考え方がよく示されている。ここで扱っている「不動産訴訟」に関する条項群はもと

より、およそザクセンシュビーゲルの中に、先祖伝来の（つまり、譲渡や質入れなどによって第三者の手に渡ることのない限り）アイゲンの持主を相手どつてそれを自分のものとして訴求する（換言すれば、そうしたアイゲンの持主が被告になる）ケースが姿を見せないのも、このことによるものと思われる。（この点については、石川「補論」、五〇三頁以下の参照されたい）。なお、念のために一言すると、「相続権」は「嫡出」でかつ（被相続人と）「同等出生身分」の者にだけ認められるから（ラント法一・三・三、一・一七・一、三・二八・一、三・四五・九などの諸条項、および、石川「母に優つて生まれた子——ザクセンシュビーゲルにおける（各人生得の）法の承継について——」、本誌・四二巻二号（一九九一年）を参照、仮に相続人同志が（実質的には）アイゲンの帰属をめぐる争うとしても、それは「出生」や「生得の法」をめぐる係争の形をとるはずであり、ここで扱っている「不動産訴訟」に関する条項群の中に、「相続されたアイゲン」対「相続されたアイゲン」という形の係争が姿を見せないのは、そのためと思われる。

(67) この表現は、この条項のほかに、——ただし（）でくるんだものは「ドイツ語第二版」以降のテキスト——、ラント法（二・四二・二）、レーン法一〇・五、一三・一、（一三・二）、一七、二四・六、（三三・三）、三八・一、三九・一、四五・四、七一・九などに姿を見せるが、——すぐに問題になる *rechte Krage* ——とは異なり、法廷に居合わせた利害関係者がその場で直ちに（正式に）異議を申し立てることを言う（石川「レーン法邦訳」(2)、レーン法一〇・五、註・6を参照）。そのうちレーン法一七は次のように言う。「いずれかの家臣の（いずれかの家臣に授封されていた）所領を主君が、その所領の持主である（その所領を授封され占有していた）彼（家臣）が居合わせるところで、その家臣の *rechte wetersprake* なしに、よそへ（別な家臣に）封与する（ないし、した）場合、彼（異議を申し立てなかった家臣）は、それ以前にはその者（自分の）のレーンであったその所領について、もはやいかなる権利（*recht*）をも（特にその所領の「引き戻し」に再授封を）主張（ないし、要求）することをえない」。また、ラント法二・六・四は、（この言葉こそ用いてはいないものの）、その者が（ラント法廷で）いかなる譲渡（*gabe*）を見る（ないし、見た）にせよ、あるいは、いかなる判決を発見する（ないし、判決が発見される）のを彼が聞く（ないし、聞いた）にせよ、彼がそれについて直ちに異議を申し立てない場合は、それ以後彼はそれについて異議を申し立てることをえない」と言う。したがって、——前註・62に関連して言えば——前条の相続人（A）が、アイゲンの譲渡が行われた法廷に居合わせた場合、たとえ彼が明示的に承諾を与えなかったとしても、彼は「黙示の承諾」を与えたと見なされることになる。

(68) この点については、前註・14を参照されたい。なお、ここで次のことを補足しておきたい。レーン法三九・二は、「主君が彼の家臣を誠実(義務)に反して(ungerwollke)強制(ないし、強要)し(Dwingel)、(その結果)彼(主君)が彼(主君)に彼(主君)の家臣の所領を引き渡す(ないし、返還した)場合、そのことについてその家臣は損害なしにすむ(べきである)、彼(主君)が主君をそのGewaltのかどで彼の法定年期内(一年と一日以内)に訴え、そして彼(主君)をそこで(ないし、その時)判決をもって打ち負かすならば(ないし、打ち負かさざるべき)。(単なる)意思だけでは、また、言葉だけでも、行為がその後につづくでなければ、強制(ないし、強要(Gedwang)はない)、と云う。つまり、ここでは、Gewaltの語がSetzwerkと同義に用いられた上、(直接には)後者が「行為を伴うもの」と定義されている。こうした定義を前提にすれば、ある所領から「不法に」小作料(「年貢」)を取り立て(つづけ)ると、それはその所領を「実力をもって」(mit Gewalt)占取(ないし、保持)する、と云えることになる。

(69) この点については、すぐに(三)で取り上げるラント法二・四四・三において、特に二つの事例を挙げてさらに敷衍されていることに注意されたい。

(70) この点については、「レーン法」におけるrechte were概念の「定義」を与えた条項とも言うべきレーン法一三・一において「主君が家臣に対して所領を(主君)それが家臣に授封したレーンであること(否認する)のは、「家臣がそれを受領したのち、六週と一年、主君のrechte wedersprake(を受けること)なしに彼のゲヴェーレの中にもつている(主君)占有・支配している」、つまり、rechte wereの権利を行使する家臣が事実主君から所領を授封され適法にそれを占有している場合、とされていることに注意されたい。(この条項について詳しくは、石川「レーン法邦訳」(二)、同条への註を参照されたい)。

(71) この点については、前出二・(二)、および、前註・28で述べたことを参照されたい。

(72) ただし、前註・70で触れたレーン法一三・一をもとにして、レーンについてこのrechte wereを立証する手続を推定することができると、それについては、後註・81で述べる。

(73) この条項については、かつて石川「Eigengewere」において論じたことがある。この論文は、ゲヴェーレに関する通説の出発点となったアルブレヒトの「ゲヴェーレ論」における発言(「封建主君のもつEigengewereは家臣のもつゲヴェーレによって制限され、家臣のもつLehngewereは家臣のもつそれによって制限される」)(W. E. ALBRECHT, Die Gewere als Grundlagen des älteren deutschen Sachenrechts, 1828 (1967), S. 9)、および、(それを思弁的に発展させたにすぎない)H・ミッターイスの「重畳

的ゲヴェーレ」に関する見解¹¹「それ(土地)を利益する者も、地代徴収者と同じように、ゲヴェーレをもっている。封建主君は *Eigengewere* (自主ゲヴェーレ)をもち、家臣は *Lehnsgewere* をもち、賃借人や小作人も *Frondgewere* (他主ゲヴェーレ)をもつ」(世良晃志郎・廣中俊雄共訳『ドイツ私法概説』(一九六一年、創文社)、一六八—一六九頁を参照)を批判するために書かれたものである。ザクセンシュピールに関する限り、*Eigen(g)ewere* と解しうる言葉が姿を見せるのは、このラント法二・四四・三だけであり、そこでは *egenleke were* が(主君から家臣に対してではなく)家臣から主君に対して、あるいは、それどころか息(または兄弟)から母(または、姉妹)に対して主張されており、こうした見解の典拠になりうる記述はまったくない、という限りでは旧稿の論旨は正しいが、今から見ると補正を要する点もあるので、以下の叙述はその補正を兼ねたものと理解されたい。(そのうち、最も重要な点については、後註・81と82で述べる。また、——アルブレヒトの名替のために一言しておく——、彼がこの条項そのものについて (a. a. O. S. 136, Ann. 225) 具体的に述べていること——石川・同上、註・24を参照——は、今日でも十分参照に値するものである)。

(74) もちろん、主君の側に異動があつて、Bが新しい主君または上級主君に対して(前の主君から授封されていた)所領の授封更新を求めるべき年期を懈怠した場合を想定することもでき、その場合も本文で想定したのと(基本的には)同じことになる。しかし、この条項の第二の事例は、Bが、父が死亡した後に、(ほんらい彼が争うことができないはずの——ラント法一・二二・二を参照)母や姉妹の一期分を不法に「占取」し、母や姉妹からそのかどで訴えられたとき、——おそらく彼の相続権を楯にとつて——それを「自分のアイゲン」であると強弁するケース、と思われるので、本文ではそれとより良く適合する事例を想定しておいた。

(75) この点については、(主君の居合わせるところで、家臣が所領を主君から受領したことを否認した場合にかかわる)レーン法一四・四、(家臣が主君に所領の授封(更新)を求める際に、授封されるべき所領を申告しなかった場合にかかわる)二四・二、および、(家臣が主君から受領した所領を他の主君から受領したと主張する場合にかかわる)一四・二と(『ドイツ語第二版』に属するものであるが、同じ場合にかかわる)一三・二を参照されたい。

(76) この点についても、前出二・(二)、および、前註・28を参照。

(77) レーン法四六・一、さらに、この条項については、石川「裁判(権)」、二五頁をも参照(なお、この場合の「家臣一人」は目撃証人でなければならない)。

(78) 「ドイツ語第二版」のテキストに属するものであるが、レーン法一三・二には、「ある主君が家臣を、彼(Ⅱ家臣)が彼の所領(の授封)を希求すべき……期間中、法(の定め)によって彼(Ⅱ主君)がそうすべきように、一年と一日(法廷における)正式な異議なしに(Ⅱ異議を申し立てることなく)、彼(Ⅱ家臣)の所領に居坐らせておいても、こうしたゲヴェーレ(Ⅱ占有)をもって(Ⅱを根拠にして)、彼(Ⅱ家臣)は彼の主君をその所領について(の権利から)遠ざけることをえない」と明記されているからである。

(79) *Jenes gewere* については、石川「ゲヴェーレ」、一五〇頁以下、および、「Eigengewere」、六二二―六二三頁、および、「レーン法邦訳」(7) (本誌・次号掲載予定)、レーン法三八・三(への訳註)を参照されたい。なお、この *Jenes gewere* の語が姿を見せる「レーン法」の八箇所(一三・一、三八・一、三八・二、三八・三、五三・七、七四・一、この七四・二)を「アウクトル・ヴェートゥス」と対照してみると、前註・28で *rechte Klage* と *rechte (ge)were* の語について述べたのと(基本的には)同じことが言える。すなわち、レーン法三八・一、三八・二、三八・三、七四・一、この七四・二では、この語はAVに対応条項ないし対応箇所のないところに姿を見せる。AV一・一〇三では、対応するレーン法一三・一で「このレーンのゲヴェーレを彼(Ⅱ家臣)は単独で聖遺物にかけて(の宣誓をもって)裏づける」と言われている箇所は、単に「家臣は単独で宣誓をもって主君が(家臣に授封したことを)否認するレーンを取得すべきである」となっている。唯一の例外として、レーン法五三の *der (erren) Jenes gewere* の語に、AV一・一二二の *beneficij wandia* の語が対応しているが、以上の傾向が何を意味するかについては、前註・28を参照していただくとして、ここでの行論にとって当面重要なのは、このレーン法七四・二と同じ趣旨のことを(より簡略に)述べているレーン法三八・三——次註・80に引用する——のもとになった(と目される)AV一・九八・aが、「いかなる *possessio* も七人の証人によって証明される(ことになる)」とだけ述べ、*Jenes gewere* と *blate* (*od. genene*) *gewere* の証明手続を特に区別していないことである。ひきつづき次註・80を参照されたい。

(80) なお、(前註・79で触れた)レーン法三八・三は、同じことを(より簡略に)次のように述べている。「レーン(として)のゲヴェーレ(*Jenes gewere*) (少なくとも、所領のレーンとしての(適法な)占有、むしろ、所領をレーンとして占有(・支配)するための権利ないし権原)についてはなんびとも証人になることをえない、(当該)主君から(レーンを)授封されている者を除いて。(しかし)通常のゲヴェーレ(*genene genene*) (Ⅱ単なる所領の占有の事実、具体的には、所領を小作地として貸し出し、小作料を徴収している)と、前註・14で述べた *were mit der nut* に当たる)の証人には彼の(生得の)法について、非議される余地のない(Ⅱ

完全な)者、は誰でも(つまり、農民や小作人でも)なることができる」。この条項については、前註・14のほか、前註・79に引用した石川「レーン法邦訳」(7)、レーン法三八・三の項、および、後註・86を参照されたい。

(81) 旧稿「Eigengewere」(前註・73を参照)は、この点自体は正しく見ていた(同上、六二二―六二三頁)。しかし、レーン法一三・一(前註・70と72を参照)の家臣による *rechte were* の証明手続について、「ドイツ語第二版」のテキストで「七人の家臣をもつて」という補足が加えられていることに引かれて、レーンについての *rechte were* を証明する手続は、上記・レーン法七四・二に見られる「(同じ)主君の六人の家臣(仲間)とともに」(自分とも七人の証明によつて)という *lenes gewere* の証明手続とは別なもの、と考へてしまひ(同上、六二四頁)、その結果、アイゲンについての *rechte were* を証明する手続も、このラント法二・四四・三の *egentke were* を証明する手続とは別にある、と考へざるをえなくなつた(同上、六二五―六二六頁)。しかし、すでに石川「レーン法邦訳」(2)、レーン法一三・一、註・8で指摘しておいたように、——特にもつと後に成立した「Ordnung IIa」に属するラント法二・二二・四からも明らかのように——、レーン法一三・一の「七人の家臣とともに」は「六人の家臣仲間と自分とも七人で」と解釈するのが正しく、レーンについての *rechte were* の証明は、*lenes gewere* の証明と同じ手続で行われるのである。したがつて、このラント法二・四四・三の *egentke were* の証明手続はアイゲンについての *rechte were* を証明するためにも用いられた、と考へなければならぬが、旧稿におけるこうした誤謬の結果、本文でこのすぐ後に述べる先行する諸条項とのつながりが旧稿では看過されることになつた。したがつて、この後の本文の記述は、右の旧稿を補正の意味をもこめて書かれたものである。ひきつづき次註・82をも参照されたい。

(82) 旧稿「Eigengewere」において——前註・81で指摘した誤謬の結果——見落としていたのはこの点である。なおそこで、ラント法二・四四・三のケースでは、Bの主張はもともと事実と反しているのだから、Aが一年と一日以内に *rechte kage* を起こした場合には、Bはこの手続を用いて問題の所領が自分のアイゲンがあることを証明できるはずがない、としているのはその通りであるが、Aが一年と一日以内に *rechte kage* を起こすことを怠つた場合には、前出ラント法二・四三・二の(アイゲンの法廷外譲渡を受けた) Bはもとより、この条項のBでさえ、問題の所領の一年と一日以上に及ぶ平穩な占有「Aの懈怠を」(六人の参審自由人とともに)という証明方法を用いて立証すれば、それ以後問題の所領を法的にも是認された形でアイゲンとして占有しつづける可能性はあつた、と考へなければならず、「*egentke 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われていたものではない」(六二八頁)としている点も補正を必要とする。

(83) 前註・40で、(Ordnung IVeに属する)ラント法一・四二・二に關連して、*rechte were*が(保障人による保障に代りそれを凌ぐ効果さえも)「法定保障」としての意味ないし機能をもつことを指摘しておいたが、試みに、ラント法一・四四・一(二箇所)の*rechte were*の語を、——「適法な占有」ではなく——「法定保障」と訳し替えても、著者の言いたいことは十分に——あるいはむしろ、より具体的に——理解することができるであらう。*rechte were*は——すでに石川「ゲヴェーレ」(二五九頁以下)において別な論点から指摘しておいたように——単なる一年と一日に及ぶ所領の占有の事実と考えることはできないのである。

(84) 以下については、特に前註・14で述べたことを参照されたい。

(85) ただし、レーン対レーンという形の係争のうち、主君とその家臣、あるいは、同じ主君の家臣(仲間)同志の間で争われるものは、原則として主君のレーン法廷の管轄に属するので、そこでは扱われていない(前註一・③、二・(二)を参照)。また、代々相続されてきて譲渡や一期分の設定・質入れなどによって第三者の手に渡ったことないアイゲンを相続したその持主(「相続人」が被告になることもない(前註・66を参照))。

(86) 以上(一)で述べたことは、言うまでもなく、前註・52で紹介し批判したネールゼン夫人の見解を念頭に置いたものである。それとの關連でもう一つ補足しておきたいことがある。ラント法三・二二・一は次のように言う。「二人の者が争つて(同じ)一つ所領を同じ(ないし、同等の)言い分をもつて(mit gleicher ansprache)自分のものと主張し、そしてそれ(「その言い分」を同等の証拠(ないし、同じく証人)をもつて(mit gleichem tuge)立証するならば、人(「ラント法上の裁判所」はそれ(「その所領」を彼等の間で分けるべきである。その証拠(ないし、証言)は、その村または最も近い隣村に居住している真の隣人たち、(de rechten unimeseten)が陳述すべきである。誰であれこの証拠(ないし、証人)について比較的多数をもつ(ないし、得た)者が、その所領を立証・取得する」。次の三・二二・二では「誰がそれを*beweise*の中にもっているか、隣人たちに知られていない場合は」と*beweise*の語が用いられているから、同夫人は、あるいは、この条項こそ「占有のメリットを伴う通常の証明規定」である、と主張するかも知れない。しかし、こうした理解は「当たらない」。そもそも、この条項で「(同じ)一つ所領を同じ言い分をもつて自分のものと主張する」とされているのが具体的にいかなるケースかは、この条項だけからは判らないが、次のレーン法四〇・一と比較すれば、それと同じケースであることは、一見ただけで明らかである。「彼等(直前のレーン法三九・四から、「同じ主君の家臣」家臣仲間」と判る)二人が(同じ)一つ所領を同じように(geliken)「同じ

言い分をもつて) 自分のものと主張し、そしてその *gewere* (≡ その所領の占有) を立証するため同じ証拠 (*geilken tuch*) (≡ 同じように証人による立証) を請い、しかもそれ (≡ その所領) を彼等 (二人) のうちいずれかがもう一人の者から受領していない場合 (なお、どちらか一方が他方からその所領を授封されている場合、すなわち、主君と家臣が同じ所領の「占有」について争う場合は、一般には家臣が勝訴するが、それは家臣の「占有」が決め手になるのではなく、家臣に「占有権」を認めても問題の所領がレオンとして主君に属していることに変わりがないからである——レオン法四一を参照)、人 (≡ 主君、ないし、そのレオン法廷) は彼等双方に対して、その *gewere* (≡ 占有) を立証すべき所領がその中にある村へ赴くよう、命ずべきであり、そして、農民および真の隣人たち (*de rechten unmesaten*) にその *gewere* (≡ どちらがその所領を現に占有・支配しているかを問うべきである。彼等のうちこの証拠(ないし、証人) について比較的多数をもつ(ないし、得た) 者(があれば、その者が判決をもつて(その所領についての) *gewere* (占有権) を立証・取得する)。しかし、「レオン法・ドイツ語第一版」のもとになったと目されるアウクトル・ヴェートゥスにおいては、このレオン法四〇・一に対応する AV 一・九八・b は、(すでに前註・79 に引用した) 一・九八・a の直後に位置していた。「レオン法」では、一・九八・a に対応するレオン法三八・三が——レオン法三八・一と二が補足された関係で——前に移され、その後には AV 一・九四、一・九五、一・九六に対応する条項 (≡ レオン法三八・四、三九・一、三九・四) や AV に対応条項のない条項 (≡ レオン法三九・二、三九・三) が挿入されているので、レオン法三八・三とこの四〇・一とのつながりを読み取るのは些か難しくなっているが、著者・アイケの頭では、この二つの条項は依然として深くつながっているのである。しかし、レオン法三八・三は、(前註・79 で述べたように)、対応する AV 一・九八・a の記述を改め、*lenes gewere* と *gemene gewere* を証明する手続をはっきりと区別している。したがって、「農民と真の隣人たちに証言を求める(このレオン法四〇・一(ヤラント法三・二二・二))は、決して所領を占有している者一般が占有にもとづいてその所領の占有権を認められる、という事例ではなく、次のように——それこそ特殊な——状況を前提するものと考へなくてはならない。たとえば、ある主君が死亡する。そこでその主君の家臣であった者は新しい(ないし、上級) 主君に(一年と一日以内に) 所領の授封更新を求めて、それまで前の主君から授封されて占有・支配していた所領を具体的に申告する(レオン法二四・二を参照。なお、主君異動の際に新しい(ないし、上級) 主君に授封更新を請求できるのは、家臣が——ゲディングを封与されているのではなく——所領を現実に占有・支配している場合に限られる、ということについては、(前註・44 に引用した) レオン法五・一、および、レオン法二一・一を参照されたい)。その際、二人の家臣(仲間) が(たまたま) 同じ村にある(同じ)

所領を、自分が前の主君から授封されて占有しており、したがってそれを新しい(ないし、上級)主君から授封されるべきものとして申告し、両者の言い分が対立する。そこで主君(ラント法三・二一・一と二の場合)、裁判官が(本人とともに)使者を現地に出して、(現に小作料を彼等に支払っているか、あるいは、それを見聞することのできる)「農民や真の隣人たち」に、誰が現にその所領を占有・支配しているかを確かめる。——占有の有無が占有権を左右するのは(たとえば)こうした場合に限り、るのである。なお、レーン法四〇・一の *geliker* および *geliken* に対応する語は A V 一・九八・b には見られず、それらの語はラント法三・二一・一の *mit geliker ansprake* および *mit gelikem usse* に合わせて補足されるものと思われる。また、ほんらいレーン法(廷)に属する事案を「ラント法」にも書き加えたのは、著者・アイケが、ある土地の耕作権をめぐる(小作人同志の)係争(ラント法三・二一〇・一―三)に際して誰がその土地(の耕作)を彼等に委ねたかが問題になり(ラント法二・四六・一を参照)、それを委ねた二人の家臣仲間がラント法廷でレーン法四〇・一と同じ形で争うこともありえないわけではない、と考えたことによるものと推定されるが、本稿ではこれ以上立ち入らない。

(87) 石川「法史学とExegese」(前註・8を参照)、二―三頁。

最後に、念のため、——同じく「はじめに」で述べた——本稿が旧稿「ゲヴェーレ」の補足にもなっている、という点について私見をまとめておくと、それは、旧稿、一六四頁における私見の要約を大要次のように補正することができるようになった、ということである。すなわち、「ザクセンシュピールゲルにおける *gewere* の語は、(主に) (前主または主君の)「保障」を必要とする」法廷で譲渡されたアイゲンと主君から授封されたレーンについて用いられ、第一義的には「占有権」|| 占有のための「権原」、また、時にはそれを証明するための「保障」を意味する、というように——。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 52 No. 5 (2001)
SUMMARY OF CONTENTS

Besitz oder Gewährrschaft?

— Zur richtigen Auslegung der Wendung *mit geliker were*
im Artikel Ldr. II 43 §1 des Sachsenspiegels —

Takeshi ISHIKAWA*

Der Artikel Ldr. II 43 §1 des Ssp. lautet wie folgt:

*Swe en gut eme seget to lene, unde en ander seget, it si sin egen,
spreket se it mit geliker were an, jene mut it bat to egene behalden mit
twier scepen tuge, denne de andere to lene.*

Nach der herrschenden Lehre bedeutet das Wort *were* oder *gewere* (als Femininum) auch im Ssp. in erster Linie "Besitz". Dieser Ansicht zufolge sollte also auch die Wendung *mit geliker were* in diesem Artikel "mit gleichem Besitz" bedeuten, und in der Tat ist sie bisher meistens so ausgelegt worden.

Ausgeschlossen wäre aber auch im Mittelalter, daß zwei Personen dasselbe Gut gleichzeitig (in unserem Sinne) in Besitz haben. Eben deshalb wurde bereits die Ssp-Glosse zur Annahme gezwungen, die Worte *mit geliker were* sollten besagen hier "*beide neine were* (lies: keinen Besitz) *hebben*".

Angesichts solch einer Auslegung wäre aber eine naive Frage nicht ganz zu unterbinden: Dürfen wir, nämlich, aus dem Text, der ausdrücklich das Innehaben einer

*Professor (emeritus) an der Hokkaido Universität

were bezeugt, auf den gerade umgekehrten Sachverhalt, schließen, daß beide keine *were* haben?

In diesem Aufsatz soll also, um den Bann der herrschenden Ansicht endgültig zu brechen, die Frage untersucht werden, welchen konkreten Fall unser Spiegler in diesem Artikel behandelt, besonders aber die, was er unter den Worten *mit geliker were* versteht, und zwar indem wir damit zusammenhängende Artikel unseres Rechtsbuchs mit in Betracht ziehen.

Die deutsche Fassung dieses Aufsatzes soll aber bald in Festschrift für Knut SCHULZ zu seinem 65. Geburtstag veröffentlicht werden. Ich bitte also interessierende Leser herzlich darum, sie nachzusehen.