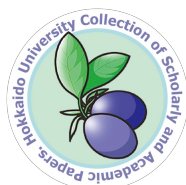




HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ザクセンシュピーゲルにおけるゲヴェーレ
Author(s)	石川, 武; ISHIKAWA, Takeshi
Citation	北大法学論集, 37(2), 1-107
Issue Date	1986-10-20
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16522
Type	departmental bulletin paper
File Information	37(2)_p1-107.pdf



ザクセンシュピーゲルにおけるゲヴェーレ*

石 川 武

はじめに

「ある主君がある土地 (gut) をある家臣に留保なしに (sunder undersced) 授封すれば、その(土地の)上にある建物はすべて、その土地と一緒にその家臣のものである」。⁽¹⁾ザクセンシュピーゲルのある条項はそう述べている。したがって、この法書に次のような命題が見られるのは不思議でない。「ある土地 (gut) は、それを次々とある一人が他の者から受領しているというように、幾人かの持主 (herren) (または、主人・主君) のものであることがある」(レーン法一四・一)と。

ある土地ないし物が同時に複数の人のものでありうるということになれば、各人がその物に対してもつ権利を、無制約ないし絶対的な「所有権」と考えることはもちろんできない。したがって以上のザクセンシュピーゲルの記述は、ド

イツ古法は占有と所有、権その他の制限物、権との対立を知らず、両者の間には程度の差しかかったとするドイツ私法學の通説を支持しているかに見える。

しかしながら、この場合さらに進んで、各人のもつ権利はその性質において基本的に同一のものであり、しかもいわゆる「ゲヴェーレ」(占有≡權利)なるものに表現されるようなそれなのか、と問うてみると、通説の基盤はたちまちにしていささか頼りなげに見えてくる。というのは、実はたつた今引用した箇所につづいて、「ゲヴェーレはしかし一人のものでなければならぬ。誰であれそれ(≡その土地)を用、益し(in nut unde in gelde hevet ≡直訳すれば、利用と収益において持ち)またそれから賃料(rent ≡この場合、「小作料」と訳してもよい)を取得している者が、それが男であれ女であれ、それについてゲヴェーレを持つのである」(同上)、と述べられているからである。これによるならば、「ゲヴェーレ」とはある土地の単なる用、益、権ではなく、何よりも小作料の收取、権であり、しかも一人のものでしかありえない。このことは、通説の説くゲルマン≡ドイツ物權法の基礎概念としての「ゲヴェーレ」(占有≡權利)とどのように——あるいは、そもそも——矛盾なく説明できるのか。⁽³⁾

以下においては、このような疑問から出発して、ザクセンシュピールにおけるゲヴェーレの語(were(あるいは)gewere)の用法を網羅的に検討してみることにする。ここでは、ゲヴェーレないし「ゲルマン的」所有權概念をめぐる長い學說史、ならびに、その中でザクセンシュピールが少なくとも主要史料の一つ(あるいは、およそ最も重要な史料)として占めてきた位置などにはいっさい立ち入ることができないが、この検討によつて、ゲヴェーレに関する通説を根本から批判するための、一つのささやかな予備作業が果たされることになれば幸いである。

ザクセンシュピーゲルには、名詞形の were ないし gewere の語が、序詩に一箇所、ラント法に七一(九二)箇所、レーン法には一〇九(一一三)箇所に登場してくる。⁽⁵⁾このうち、ラント法の一五(一九)箇所、レーン法の六箇所は男性形で、「保障人」＝「追奪担保人」を意味する。⁽⁶⁾その他はすべて女性形であるが、そのうちラント法の二箇所と序詩一箇所では、were の語がそれぞれ「武器」・「防禦(設備)」・「拒絶」の意味で用いられている。⁽⁷⁾さらに、ラント法の一四箇所とレーン法の二箇所では、were ないし gewere の語は(裁判上の、あるいは、訴訟遂行に関する)「保障」を指しているが、そのうち少なくとも一箇所は、上述した男性形名詞とのつながりを示し、より具体的に「追奪担保」を意味している。⁽⁸⁾

以上に触れたものを除いて、were ないし gewere という名詞が出てくるラント法の四〇(五七)箇所、レーン法の一〇一(一〇五)箇所が、通説のいう意味でのゲヴェーレに関係しうるものとして、ここで主に検討の対象となる。あらかじめ一言しておく、これらの箇所においてゲヴェーレの語は、大別して、(a) 家・屋敷ないし(やや広く)所領、(b) 事実としての占有、(c) なんらかの権利をとまなう(あるいは、なんらかの権利にもとづく)占有、ないし、占有権そのもの、というほどの意味をもっている。しかし、これらの語義間の境界線は、後述するように時に流動的であつて、いずれとも決し難い場合もそう稀しくはない。

ところで、以上のようなごく簡単な統計的処理から、早くも次の二つの傾向をはっきり摘出することができる。第一に、ゲヴェーレの語は、ラント法ではアイケ以後の補筆にかかる部分に比較的高い頻度で現われ、しかもここで問題になる意味で用いられている場合に特にその傾向が強い。第二に、それにもかかわらず(つまり、アイケ自身の手に成るテキストにおいてすでに)ゲヴェーレの語は、ラント法よりもレーン法の方にはるかに頻繁に登場してくる。したがって、お

よそゲヴェーレに関する学説は、ザクセンシュピーゲルを全く無視しようとするのでない限り、こうした史料的所有見に対する十分な説明を含むものでなくてはならぬはずである。

二

まずラント法の関係箇所を検討する。

(一) アイケ以後のテキスト (二) 箇所において、ある出来事が *binnen sinen geweren* (彼のゲヴェーレの内部で) 起きる、と言われている。⁽¹⁰⁾ これはいうまでもなくその出来事の場所的特定にかかわるものであり、この場合ゲヴェーレの語は、きわめて具体的に、ある出来事が起きる「家・屋敷」を指している。さらに、この *binnen sinen (ge)weren* に還元できる表現は他にも四箇所出てくるが、これらもすべて、そこにある物があつたり、あるいは、ある家畜が居たりする場所、具体的には「家・屋敷」のことである。⁽¹¹⁾ ある家畜を *weder an sine were nimt* (再び彼のゲヴェーレの中へと収容する) というのも、そのヴァリエーションに数えることができる。⁽¹²⁾ さらに、ある物を *in (sinen od. siner) (ge)were(n) hevet* (彼のゲヴェーレの中に持つ) と言われている三 (四) 箇所においても、ゲヴェーレの語が具体的な「家・屋敷」、あるいは、(やや広く)「所領」を指していることは確実である。⁽¹³⁾ しかし、単にある出来事が起きたり、あるいは、ある物が所在する場所を指示することは、物権法の基礎概念としてのゲヴェーレと(ほとんど)全く関係がないであろう。

(二) そこで次に、ゲヴェーレの語が明示的に動産に——しかももっぱら動産だけに——関係づけられて用いられている場合を拾い上げると、右の (一) に挙げたものをも含めて都合一〇 (一三) 箇所になる。⁽¹⁴⁾ これらの箇所には、すでに引用した *binnen sinen (ge)weren* や *in (sinen od. siner) (ge)were(n) hevet* だけでなく、*ut van sinen weren let* (彼のゲヴェーレから (外に) 出す、あるいは、手放す) ないし *ut van jenes mannes weren gebracht hevet* (かの者のゲヴェ

「レから持ち出した」という表現も出てくる。⁽¹⁵⁾ 動産については、ある物を「家・屋敷」の中に持っていることはそれを占有していることと、また、ある物を「家・屋敷」から外に出すことは占有を手放すことと、多くの場合ほとんど同義に解しうるので、これらの箇所におけるゲヴェーレの語には、多かれ少かれ「家・屋敷」の含意が認められるが、⁽¹⁶⁾ それを占有の概念に移すことももちろん可能である。しかしこの場合、さらに一歩進めて、それを「占有権」の意に解することはまったく問題にならない。というのは、動産に関するこの「ゲヴェーレ」(「占有」)は、占有者が本来の持主と異なる場合、占有者に対していかなる法的保護をも与えてくれぬだけでなく、マイナスの効果をさえもたらしかねないからである。以下、この点について若干の所見を述べておきたい。

(三) 誰かから何かが盗まれあるいは強奪されると、被害者は叫び声(geruchte)をあげる。それに応じて人々が駆けつけ、犯人の追跡が始まる。いわゆる Spurfolge である。この場合、叫び声は訴訟の開始と見なされるが、訴訟は、いったん始めた以上、最後までやり遂げなくてはならぬものである。⁽¹⁷⁾ 犯人がその場で盗まれた物または強奪された物とともに逮捕されると、彼は盗品もろとも法廷に引き出され、それから(改めて)「叫び声をもって」現行犯のかどで訴えられ裁かれる。⁽¹⁸⁾ 犯人が逃走中に(盗品を持たずに)逮捕されても、「窃盗品または強盗品を彼のゲヴェーレの中に持つて……いる場合には、現行犯が存在する」。⁽¹⁹⁾ しかしながら、この現行犯手続において第一義的な関心は、(盗まれた)物を取り戻すことではなく、犯人を逮捕し処罰することに向けられている。そのことを特にはっきり示しているのは次のような場合である。すなわち、強奪された物がどこへ持ち去られたかを被害者が知っている場合、彼は裁判官を「叫び声をもって」そこへ呼び、(その場所)で「叫び声をもって」現行犯のかどで訴えなくてはならない。⁽²⁰⁾ ザクセンシュピーゲルにおいては、周知のように、窃盗と強盗とは主要犯罪に属しているが、⁽²¹⁾ 少なくとも強盗犯には平和破壊者(vredbrekere)の烙印が捺されている。⁽²²⁾

被害者がしかし、翌日ないしそれ以後に盗まれまたは強奪された物を他人のもとで見つけた場合、相手がそれは公然と買ったものであり、自分はそれを隠すことなく持っていたと主張すると、被害者はもはや現行犯のかどで相手の責を問うことはできない。⁽²³⁾ いわゆるアーネフアング手続 (Anfangsverfahren) が問題になるのは、その時になつてからのことである。すなわち被害者は、裁判官の許可を得て自分のものを掴むことによつて、(法廷で) 正式にその返還を要求する。⁽²⁴⁾ アーネフアング手続の開始である。しかしながら、このアーネフアング手続もまた、單純に、物の返還を要求するための民事訴訟ないし対物訴訟と考えるわけにはいかない。そこには、依然として、窃盗ないし強盜についての非難または告訴の可能性が潜んでいるのである。たとえば、その手もとにある盗品を発見された者が、(本来の意味での) この手続が開始される以前に被害者からそれを求められたとき、(物を持って) 法廷に出頭することを拒むと、被害者は「叫び声」をあげ、「彼(『相手』)を、あたかも現行犯であるかのごとくに、彼(『自分』)の窃盗犯として捕えるべきである」⁽²⁵⁾。さらに、この手続の進行中にも、次のようなことが起こりうる。「しかしながら、彼(『被告』)にとつて(彼がその人からその物を買ったと主張している) 追奪担保人に欠ける (broke an deme geweren) ことになれば」、彼は「罰金と贖罪金とともに」その財物を原告に引き渡す、というだけではすまない。「人(『原告』)が彼にそれ(『その物』)について窃盗または強盜の罪を問うならば」、彼はそれについても別箇に宣誓によつて雪冤しなくてはならないのである。⁽²⁶⁾

もちろんザクセンシュピールゲルには、もう一つ、アーネフアング(『物を掴むこと』)なしに自分の物の返還を求める訴訟形式がある。⁽²⁷⁾ しかし、この形の返還請求との関連においては、ゲヴェーレの語は一箇所にしか現われず、その場合の占有者の地位についてはつきりしたことはほとんどわからない。⁽²⁸⁾ 本稿における問題にとつては、次の条項の方がはるかに重要であろう。曰く、「誰であれ他の者に馬または衣服またはなんらかの動産を貸与または質入れし、いかなる仕方であれ彼がそれを彼(自身)の意思をもつて彼のゲヴェーレから手放す (ut van sinen weren let mit sime willen) なら

ば、それを自分のゲヴェーレの中に持つ (de se in sinner were hevet) 者がそれを売却し、またはそれを質入れし、またはそれを賭け失い、またはそれが彼から盗まれあるいは強奪されても、それを貸与または質入れした者は、彼「自分が (はじめに) 貸与または質入れした相手に対して以外、それ (『その物』) についていかなる請求 (権) (vorderung) をも持ちえない」と (二・六〇・一)。この条項は、いわゆる“Hand wahre Hand”の原則との関連においてしばしば引用されるものであるが、ザクセンシュピーゲルには、一見それをさらに敷衍する形で、次のような条文も存在している。曰く、「彼 (『ある人』) がしかしその持主 (des i dar is) の意思をもって (あるいは、同意をえて) (実際に握まえ) 占取したものの、または彼 (『持主』) が彼 (『占有者』) に貸与しあるいは担保に出しているものは何であれ、それについて彼 (『占有者』) が (占取したものの代価を) 支払わず、またはそれ (『借用した物ないし担保) を決められた期日に返却しなくても、彼はそれについて損害なしに (ane wandel) (『販、罪金と罰金を支払わずに』) すむ」(三・四三・二) と。

これはやはり占有者に対する法的保護であり、しかも彼に對し (本来の) 持主が自分の意思で、したがって、あまところなく与えたゲヴェーレ (占有「権利」) にもとづくものではないのか? (31) ここではもちろん、この——対人訴訟か、物訴訟かにかかわる——錯綜した問題を完結的に論ずることはとうていできないが、とりあえず次の諸点だけは指摘しておきたい。第一に、一般に債務者が死亡した場合、その相続人は被相続人の債務を——自分でそれから反対給付を受け取ったりその保証人となっていない限り——支払う必要がなく、また、被相続人に對して起こされていた (この債務をめぐる) 訴訟に応訴する必要もない。(32) これに對して、相続人は被相続人に貸与されていた物を原則として返却しなければならぬだけでなく、その物が自分の手もとにある場合、被相続人に對して起こされていた (その物をめぐる) 訴訟を引き受けなくてはならない。(33) 第二に、他の者に馬または衣服 (その他の動産) を期限つきで貸与した者は、期限経過後その返却を相手方 (ならびにその相続人) に對する訴訟をもって請求できるだけでなく、「人 (『相手方、占有者』) が決められた

時をこえて不法に保留している彼の財物をどこで、それを見つ、け、よう、と、適法にそれを（擱えて）占取することができる⁽³⁴⁾。
 第三に、実は右に引用した三・四三・二にあつても、引用箇所の直後に次のような留保が付されている。すなわち、「彼（『占有者』）がそれを法廷で約定したのでない限り」と。つまり、裏返しに言えば、当該の行為（貸与・質入・寄託等）が裁判所で行なわれた場合には、期限を怠つた占有者は持主に贖罪金および罰金とともに彼の手もとにあつた物を返却しなくてはならないのである。

私には、特に最後に挙げた第三点が重要である、と思われる。この場合、占有そのもののもつ（いわば私法的な）性質ないし *causa*（貸与・質入・寄託等）は基本的には同一のはずにもかかわらず、当該行為の生む法的効果は、それが法廷で、行なわれたか否かによつてまったく別なものとなり、しかも、法廷で行なわれた行為は、物の（現実の）占有者ではなく、本来の持主を保護することになつてゐるからである⁽³⁵⁾。

三

次に、ラント法の一八（二八）箇条に現われる残り三〇（四二）箇条⁽³⁶⁾を検討する。以上の処理が誤つていなければ、これがラント法において通説の意味でのゲヴェーレ（占有＝権利）として問題になりうる箇条のすべてである⁽³⁷⁾。

（一）まず、これらの箇条において、(ge) were の語が何に関係づけられているか、あるいは、ゲヴェーレの（成立する）対象は何か、を調べてみると、その結果は次のように要約することができる⁽³⁸⁾。

ここで明示的に動産が登場するのは三箇条にすぎず、しかもそれは必ずアイゲンと肩を並べて現われてくる。そのうちの一箇条はアイゲンと動産の売却に関するものだが、他の二箇条はいずれも *de were to rechter vormuntscap*（法定後見人たるの地位にもとづくゲヴェーレ⁽³⁹⁾）にかかわる。すなわち、夫は（妻の法定後見人として）、（動産をも含めて）妻の全財

産を in sine were to rechter vormtscap nint (法定後見人たる地位にもとづくゲヴェーレの中に取得する⁽⁴⁰⁾)。しかし、このゲヴェーレは、妻自身のもつゲヴェーレを排除するものでなく「彼(＝夫)は彼女(＝妻)とともにゲヴェーレの中に居る⁽⁴¹⁾」、妻の方も逆に「少なくとも夫の存命中」夫の所領について夫とともにゲヴェーレを有していたことがうかがわれる⁽⁴²⁾。もう一つ、ゲヴェーレの語が文脈上、動産にもかかわりうると解される条項があるが、これについてはなお後述する⁽⁴³⁾。さらにもう一つ別の条項では、人間である(egen) mann (体僕)についてもゲヴェーレの語が登場してくる⁽⁴⁴⁾。

右に掲げたもののほかは、もっぱら「今日の意味での」「不動産」、厳密には土地にかかわる条項である。四つの条項においては、直接には(財産一般、したがって動産をも意味しうる) Gut⁽⁴⁵⁾ということしかわからないが、これらの簡条が土地(ないし所領)にかかわるものであることについては、行論の過程で明らかにするはずである⁽⁴⁶⁾。それ以外の条項は、その条文から直接に、あるいは、前後の条文との比較から、土地にかかわるものであることを確認できる。まず、アイケ以後の補筆にかかる一条項では、いわば「不法に」囲いこんだ村民共有地(gebuere gemene)を in geweren hevet (ゲヴェーレの中に持つ)者が登場する⁽⁴⁷⁾。また、ここではラント法の規定だけを扱っているにもかかわらず、ここですでにレーンがかなり高い比重を占めている。具体的に言えば、ゲヴェーレの語がレーンに係しうるものは——右の四箇条を除き——少なくとも都合六「二四」簡条に及ぶ⁽⁴⁸⁾。これに対して、——ラント法上の土地ないしラント法そのものの中枢に位置する——アイゲン⁽⁴⁹⁾に係しうるものは、——同じく右の四箇条と先述の(後見権にもとづく)妻のアイゲンに関するものを除くと——少なくとも都合一〇「二五」簡条と当然これをやや上廻る数になつてはいる⁽⁵⁰⁾。しかしこの場合、特に注目に価するのは次の事実である。すなわち、そのうちのおよそ六割を占める六「九」簡条が譲渡されたアイゲンに係し、さらにその六「九」簡条のうち一「三」簡条は同時にアイゲンが判決をもつて剥奪されるケースにかかわっている⁽⁵¹⁾。これに対して、ゲヴェーレの語が明示的に(特に、新たに)相續されたアイゲンに関して用いられていることは一度

もない。⁽⁵³⁾たとえば、「父は息に所領（あるいは、土地）とともにその所領のゲヴェーレを相続させる」（レーン法六・一）といった趣旨の規定は、⁽⁵⁴⁾ラント法には存在しない。また、ゲヴェーレの対象として明示的に小作地（*tingsgut* = *Zinsgut*）に言及されている例も、ただの一つとして見当たらない。⁽⁵⁵⁾

(二) 次にこれらの箇所における *(ge)were* の語の意味を調べてみよう。

ここでもまた、誰かがある土地（または所領）を *in (ge)were(n) hevet (od. hadde)*（ゲヴェーレの中に持つ、または、持っていた）という表現が三（五）箇所に現われるし、その場合、ここでもまたゲヴェーレの語は（事実としての）占有を意味する。⁽⁵⁶⁾ここではじめて二箇所に登場してくる *de de (ge)were hevet* という表現も、同じく「実際に（その所領を）占有している者」のことを指す。⁽⁵⁷⁾さらに、他の四（七）箇所においても、*(ge)were* の語は同じく（事実上の）占有と解することができる。⁽⁵⁸⁾

しかしながら、一箇所では、ある者に対して *de were irdelt wert*（ゲヴェーレが判決をもって与えられ）、⁽⁵⁹⁾また、他の二（三）箇所では、それが *mit rechte gebroken wert*（判決をもって破られ）たり、あるいは *(mit rechte) verdelt (od. af gewonnen) wert*（判決をもって剝奪され）たりする。⁽⁶⁰⁾判決をもって誰かに与えたり誰から奪ったりできるものは、もちろんもはや単なる（事実としての）占有ではありえず、なんらかの意味での「占有権」でなくてはならない。*(ge)were* の語が占有権の意味にも用いられることを特にはっきりと示すものとして、次のような場合がある。「誰であれ（A）ある所領を他の者（B）に譲渡してそれを彼（B）のゲヴェーレ（i）の中へと引き渡す（*let*）（あるいは、この場合はむしろ、委ねる）者があり——彼自身はそれにつきゲヴェーレ（ii）を持っていなかったのに——、しかしてその者（B）が裁判所の職権によりその中へ（入るよう）（占有）指定される場合、（現に）ゲヴェーレ（iii）（＝占有）を持つ者（C）は……」（三・八二・二）。この場合、所領の譲渡は、その後に裁判所の職権による占有指定（*Einweisung*）がつづいているところ

から、まちがいなく法廷で行なわれている。また、同じくそのことから、AからBに譲渡された土地がアイゲンであることも明らかになる。⁽⁶¹⁾ そうだとすれば、この場合Aが、ゲヴェーレ(ii)(「占有」)を欠いているにもかかわらず、自発的に法廷で他の者(B)に譲渡して引き渡すことのできる「ゲヴェーレ(i)」とはいったい何か。それは占有権ないし占有のための権原以外の何ものでもありえない。⁽⁶²⁾

(三) 以上のように、「不動産」あるいは土地に関して用いられるゲヴェーレの語には、「占有」と「占有権」という二重の語義が認められるが、これは決して偶然ではない。それというのも、土地に関する限り、(事実としての)占有、そのものに對して、ある法的保護が与えられているからである。

すなわち、二・七〇は、この点に関して次のように述べている。「人はなんびとをも、彼がゲヴェーレ(「占有」)の中に持つている土地(あるいは、所領)から、彼からそのゲヴェーレ(「占有権」)が判決をもつて剝奪されない限り、逐い出してはならない」と。これがこの場合の原則であるが、それはさらに次の二点で補足ないし敷衍されている。すなわち、(a)たとえ彼がそのゲヴェーレを不法に(mit unrechte)あるいは、不当に(「手に入れていても」そうしてはならず、また、(b)「裁判所の職権によつて」も、それだけでは彼を逐い出してはならない、と。このうち(b)は、ポジティブな形に言い直すと、あらかじめ彼を相手どつて、正式の訴(rechte klage)が提起され、それにもとづく(ゲヴェーレ剝奪の)判決が下されるのでなければ、彼をそのゲヴェーレ(「占有」)から逐い出してはならない、という意味である。⁽⁶⁵⁾ しかし、土地の占有者に与えられる法的保護はほとんどこれに尽きる。たとえば、法廷における審理に関して、占有者に向からかの利点をもたらさうような規定は見当たらない。

他方、(a)の「ゲヴェーレを不法に(あるいは、不当に)手に入れる」というのは具体的にどういう場合のことをいうのか、必ずしも明確ではないが、⁽⁶⁷⁾ roffeke were (直訳すれば、強奪によつて手に入れたゲヴェーレ)が右の法的保護に与ら

ないことだけは確實である。すなわちこの場合、「人（原告）が現行犯を証明することができ、しかして裁判官が叫び声を、もつてそこへ呼ばれるならば、裁判官は直ちにそれに応じて、原告のために真先に強奪者およびその不法助力者を裁く」ことになる。⁽⁶⁸⁾つまり、この *roflake were* も強盗の一態様であり、ゲヴェーレ強奪者（およびその助力者）はれつきとした平和破壊者なのである。⁽⁶⁹⁾

ここでどうしても想起せざるをえないことがある。すなわち、右の二・七〇の条項は、平和破壊ならび平和破壊者に関する一連の規定の真只中に位置しており、しかもまさしくあるラント平和令の規定から取られたものだ、⁽⁷⁰⁾ということである。それによつて、事実上の占有に対して与えられる法的保護が、ザクセンシュピーゲル成立当時、（少なくとも）比較的新しい規定だったこと、ならびに、その根底にあるのはほかならぬ平和への関心だったことが容易に推定できる。土地（ないし、所領）の占有に上述のような保護を与えることによつて、当時の人々（あるいは、著者アイケ）は、所領をめぐる紛争の（フ、エ、デによる解決に代えて）法による——（具体的には）法廷における——解決を促進しようとしているのである。⁽⁷²⁾

（四）周知のように、「いかなる土地（あるいは、所領）であれ、ある者が一年と一日適法な異議なしに（＝法廷において異議を申し立てられることなく）ゲヴェーレ（＝占有）の中に持つてゐるならば、その者はそれにつき適法な（あるいは、正當な）ゲヴェーレ（*rechte were*）を持つ」ことになる（二・四四・一）。もつとも、彼がそれをいかに長く「実力をもつて」（*mit gewalt*）保持しようとも、他の者が正式の訴をもつて彼の占有する土地を請求し、その訴を証人をもつて立証しうる限り、「彼がそれにつき適法なゲヴェーレを獲得することは決してない」（同上）。

ところで、この適法なゲヴェーレと「単なる」あるいは「普通の」ゲヴェーレとはどこが違ふのであろうか。適法なゲヴェーレの概念が現われる条文から、両者の相違として、ただちに次の二点が明らかになる。

(a) 「何であれ、ある者が一年と一日適法なゲヴェーレの中に持つていない物については、彼が（それにつき）訴えられる場合、彼はそれについてただちに応訴しなくてはならない」⁽⁷⁵⁾のに対して、「ある者が彼の居合わせているところで、彼が適法なゲヴェーレの中に持つているアイゲン（またはレーン）について訴えられても」、彼はただちに応訴する必要がなく、彼がそれを乞うならば、彼に対して次回ならびに三回目の裁判期日が与えられる（つまり、彼は三回目の裁判期日に応訴すればよい）。この特典はしかし、訴訟の結果にとつてそう大きな意味があるとは思えない。それによつて、裁判所の最終判決を先に延ばすことはできても、それを変更することまではできないからである。⁽⁷⁶⁾

(b) もう一つ、アイケ以後の補筆にかかるものだが、次のような条項がある。「しかるに彼等（＝同じ所領をいずれも自分のレーンと主張している者）のうち一人がその所領について一年と一日適法な異議なしに（＝法廷において異議を申し立てられることなく）持つていた場合には、彼の保障人（＝追奪担保人）が適法な（＝法廷における）保障（＝追奪担保）において彼を見捨てても、彼自身がそれ（＝所領）を彼の法（＝権利）にしたがつて主張・擁護する限り、彼がそれによつて（訴訟に）敗れることはない」⁽⁷⁷⁾。すなわちこの場合、適法なゲヴェーレの持主は、*anctor* ⁽⁷⁸⁾（＝前主、レーンの場合には主君）による追奪担保がなくても、彼自身の法（＝権利）にしたがつて（彼の占有する）所領を法廷で擁護することができる。⁽⁷⁹⁾

因みにこの特典は、「誰であれ、ある土地（あるいは、所領）を他の者に封与し、もしくは、（法廷譲渡にもとづき）引き渡す者は、一年と一日彼（＝他の者）を保障（＝追奪担保）しなくてはならない」という規定ともびつたり符合する。また、一年と一日（*jar unde dach*）という期間も、適法なゲヴェーレの概念によく適合する。というのは、この年期（*Jahreszahl*、通常は一年）は、——それが物ないし財産に係する限り——一般に、物ないし財産の持主が変つた場合に、新しい持主の物ないし財産に対する権利が最終的に確定するのに必要な期間、として現われるからである。⁽⁸⁰⁾

しかし、ここで注意を要するのは、次のような——それ自体としてはいたって単純な——事実である。すなわち、右の *actor* による保障(ないし追奪担保)が問題になりうるのは、そもそも譲渡された土地に限られる、ということがそれである。これに対して、相続されたアイゲンには、(被相続人は死んでしまっているのだから)そうした *actor* ないし追奪担保人ははじめから存在しない。一年と一日という期間も、厳密に言い直すと、ある財産の持主に(相続による以外の)変更があつた場合、以前の持主(*actor*)ならびにその相続人の権利が新しい持主との関係においては、まだ完全に失われている、ということの意味する。現にこの期間が、(相続された)アイゲンや遺産(*erbe*)あるいはその相続の過程との関連で、相続人の権利が確定するために必要な期間として現われてくることはただの一度もないのである。⁽⁸¹⁾

これに関連して、もう一つ注意を要することがある。すなわち、単なる一年と一日以上に及ぶ占有は、決して *causa possessionis* の変更、あるいは、占有のための新たな権原をもたさないと、ということである。たとえば(三・八六)は、村民共有地(*buregenene*)の(いわば「不法な」)占取について定めているが、その二では次のように述べられている。「誰であれ、一年と一日、法廷で訴えられることなくある土地をゲヴェーレ(『占有』)の中に持っているならば(したがって、形式的には適法なゲヴェーレが成立しそうなケースである)、彼がそれ(『その土地』)につき収益(ないし、収獲)した物は、それ(『土地』)が彼からその後法廷で判決をもって剝奪されても、彼はそれ(『収益・収獲』)を返却せず(『返却する要はなく』、または(その代価を)支払わない(『支払うを要しない』)。しかし、村民共有地の不法占取そのものについては、同条一に明記されているように、彼がパウアーマイスター(村長)の前で「法」(『裁判を受けること』)を拒まなかった場合でも、「三シリング罰金を支払わなくてはならない」(*dre scillinge wedden*)。⁽⁸²⁾つまり、一年と一日以上に及ぶ占有にもかかわらず、不法占取そのものはなんら正当化されないのである。また、アイケ自身の手になるテキストにおいては、先述の二・四四・一の直後⁽⁸³⁾に、したがってそれを直接に承けて、次のような条文が出てくる。「したがって、誰であれ彼

の（『彼が主君から受領した』レーンもしくは彼の母または女性親の一期分について（二年と一日以上それを——場合によっては、実力をもって——占有していることを根拠に）それを彼のアイゲンであると主張する者があれば、彼は六人の参審自由人と（自分とも七人で）*egenlike were*（単なる占有ではなく、少なくともアイゲンとしての占有、むしろそのための権原）を証人により立証しなくてはならず（この場合、それはほとんど不可能と言ってよい）、そうでなければ彼にとつてそれについて（の主張が）破られることになる」（二・四四・三）⁽⁸⁴⁾。

（c）二・四四・一（適法なゲヴェーレの定義的规定）が置かれている位置からして、実はもう一つ、適法なゲヴェーレのもつ効果、しかも直接に実質的な効果を推定することができる。すなわち、譲渡を根拠にしてアイゲンを自分のものと主張する者は、一般には、相続人に対抗することができないが、前者がそれを適法なゲヴェーレの中に持っている場合には、相続人を相手にしても勝つことができる、という効果がそれである。以下において、この推定を具体的に検証してみよう。

アイゲンとは、ほんらい、代々父祖から相続されてきた、そして、これから先も代々子孫に相続されていくべき土地（ないし、所領）のことをいう。したがって、ザクセンシュピーゲルにおいて、それが時折、端的に *erbe*（遺産一般、あるいは、相続財産）と呼ばれているのは、決して理由のないことではない。アイゲンとはまさしく本来の意味における相続財産なのである。持主が死亡すると、アイゲンは特段の——特に裁判所における何らかの——手続なしに相続される。その場合決め手になるのは、相続人の *sidde*（被相続人との血縁関係）であつて、ゲヴェーレ（占有）の有無ではない⁽⁸⁶⁾。相続人同志の間で争いが起きる場合、彼等が争うのは彼等が（生まれつき）持っている *recht*（法＝権利）——特にそれに欠けるところがないか——についてであつて、同じくゲヴェーレ（占有）の有無についてはない⁽⁸⁷⁾。アイゲンの譲渡にはまず「相続人の承諾」が必要であり、持主が「法に反して、相続人の承諾なしにそれを譲渡するならば、相続人は、

あたかも彼（『持主』が、すなわちその際にそれを譲渡しえなかつたにもかかわらず譲渡した者が死亡したかのごとく、判決をもつてそれを（擧げて）占取する⁽⁸⁸⁾。持主が犯罪を犯して死刑に処せられ、あるいは、——一年と一日以上に及ぶ帝国アハトの帰結として——rechtlos（「法」（『権利』を欠く者）と宣告され、その結果アイゲンを没収されることになつても、相続人は一年の間それを引き戻すことができる⁽⁸⁹⁾。こうしたアイゲンの一般的属性を念頭に置くとき、「また誰であれ、遺産^{エルベ}（アイゲンを含む）を、血縁関係^{ゾッペ}にもとづいてではなく、約定（『契約』）にもとづいて自分のものと主張する者があれば、それは不法（unrecht）と見なされるべきである」（二・三〇）という規定も、決して唐突の感を与えないであらう。アイゲンの持主が死亡したとき、契約——したがって、譲渡の契約——にもとづいて相続人と争うのは、もともと不法なのである。

アイゲンを譲渡するには、もう一つ、持主がそれを法廷で——しかもこの場合、（グラフが国王罰令権のもとに開く）正規の裁判集会で——おこなうこと（いわゆる「法廷譲渡」＝gerichtliche Auflassung）が必要である⁽⁹⁰⁾。相続人の承諾にこれが加わることによって、譲渡ははじめて法的に欠けるところのないものとなる。二・三〇が右の箇所にひきつづき、「ただし、その約定（『契約』）が法廷で（アウフラスングにより）確認されている旨、人（『原告』）が証人により立証できる場合はこの限りでない」と述べているのも、そのためである。譲渡（あるいは、その契約）を法廷で確認させた者だけが、その「約定」にもとづいてアイゲンを自分のものと主張できるのである。しかしその際、もし彼がそれをまだ適法な（『一年と一日以上』）ゲヴェーレの中に持つて（『占有して』）いなかったとすれば、相続人がまだ（二年の間は）彼に残っているアイゲンに対する権利を実現しようとする場合、譲渡（あるいは、その契約）にもとづいてすでにアイゲンを占有している者は、結局それを相続人に明け渡さざるをえなくなる。というのは、この場合、彼の追奪担保人たるべきactorが今まさに死亡したのであつて、彼には追奪担保人が欠けることになるからである。彼が一年と一日訴えられることな

くそれを占有していた後になつてはじめて、彼は譲渡を受けたアイゲンを相続人を相手にした場合にも法廷で擁護することが可能になる。以上が(c)の効果の具体的意味である。

因みにこれが、ラント法の中で、適法なゲヴェーレが実質的な効果を發揮しうる唯一のケースである。⁽⁹²⁾ 以上に明らかにように、そもそも相続人は、アイゲンに対する権利を実現するために、この適法なゲヴェーレに訴える必要などまったくなかった。当時それが彼にあるいは彼の家系に属していることはそれほど自明のことだったのである。また、今日人あつて、(相続された)アイゲンについても適法なゲヴェーレがあつたと頑張つてみたところで、当時それが相続人にとつてほとんど何の役にも立たぬしろものであつた、という事実は動かない。相続人には、それがもたらしうる効果のうち重要なもの二つ(bとc)が欠けていたのだから⁽⁹³⁾。もともと適法なゲヴェーレを引き合いに出すことができたのは、あるいは、引き合いに出す必要があつたのは、アイゲンの法廷譲渡を受けて一年と一日(以上)それを訴えられることなしに占有していた譲受人(新しい持主)が——譲渡人本人はもちろん——その相続人に対抗する場合に限られていたのである。

(五) 以上においてまだ検討されずに残っているのは、二・五七の「ある土地(あるいは、所領)が、それを次々とある一人が他の者から受領しているというように、幾人かの者(あるいは、家臣——原語は *maneges mannes*)のものであるとしても、人がその土地(あるいは、所領)に何か(害)を加えた場合、(その)人はそれを *ledichele were* (通説的理解によれば、直接的ゲヴェーレ)の中に持つ者に対して賠償すべきであつて、それ以外のいかなる者に対してでもない」という条項だけである。この条項の解明は、もっと先へ行つてからレーン法との関連においてなされるが、ここでは——その理由の説明をも兼ねて——とりあえず以下のことだけを指摘しておきたい。

(a) この条項は、周知のように通説によつて、小作人も小作地についてゲヴェーレ(占有||占有権)を持つことの例証

として持ち出されていたものである。⁽⁹⁴⁾しかし、右の箇所には——見られる通り——*ledichleke were* が通説のいう「直接的ゲヴェーレ」、すなわち（小作人あるいは耕作者による）直接的用益であることを示す具体的な手がかりは存在しない。本稿の冒頭に引用したレーン法一四・一の「誰であれそれを in nut unde in gelde（利用と収益において）持つ者」を援用し、しかもそれを「直接的用益権者」（『小作人または耕作者』と解することによつてはじめて、通説のような理解が可能となるのである。（b）かりに通説に従つて、この *ledichleke were* を「直接的ゲヴェーレ」と解釈しようと思つても、ザクセンシュピーゲルには、「間接的ゲヴェーレ」に当たる、あるいは、そう解しうる表現はまったく出てこない。（c）ラント法にはもう一箇所だけ、「*ledichleke were* の中に持つ」という表現が出てくるが、それは疑問の余地なく「授封しない状態で持つている」ということを意味している。⁽⁹⁵⁾（d）最後に、ザクセンシュピーゲル全体における *ledich* という形容詞の用法を調べてみると、以下のことが明らかになる。この語の用法は、①人が主語になつて *jemand is van etwas ledich*（誰かがある事から解放される、あるいは、ある事を免れる）、②物（または、権限）が主語になつて *etwas wert jemandem ledich*（ある物ないし権限が誰かにとつて *ledich* になる）、以上二つの基本型に還元することができるが、このうちの②は、すべて「ある物（大部分は土地、稀に裁判権、いずれにしてもレーン、財）がある人にとつて（それを家臣に対しレーンとして）授封していない（その限りで、自由に処分しうる）状態になる」という意味である。⁽⁹⁶⁾

四

最後にレーン法の一〇一（一〇五）箇所を検討する。⁽⁹⁷⁾

（一）ここでも念のためにまず、*were* ないし *gewere* の語が何に関係づけられているか、あるいは、ゲヴェーレの（成立する）対象は何かを調べてみる。結果は、まさに当然予期しうる通り、一義的に明白である。ゲヴェーレの語が直接に

len (レーン) に関係する。一〇箇所⁽⁹⁸⁾を除けば、それはすべて gut に関係しており、しかもそれが置かれている文脈から、この gut というのはすべてレーンであることが容易に確認できる。もちろんザクセンシュピーゲルにおいては、レーン財は必ずしもすべて土地とは限らず、いわゆる「定期金レーン」(Rentenlehn)も登場してくる。しかし、レーン財が土地以外のものである場合には通常その旨のコメントがあるので、特段の断わりがない限り、レーンというのは土地のことだと考えてよい。⁽⁹⁹⁾ここでも注目を惹かれるのは、ある所領がレーンであるか小作地であるかが争われる二つのケースを除けば、ゲヴェーレの語が tinsgut (小作地) に関係して現われることは唯の一度もない、という事実である。

(二) 次にゲヴェーレの語義の検討に移る。

ここでもまた、in (sinen) (ge)weren hevet (od. hadde) (彼のゲヴェーレの中に持つ、または、持っていた) という表現が一六箇所に登場する。⁽¹⁰⁰⁾これらは(事実としての)「占有」という語義が最も明白に表に出てくる箇所である。また、この表現のヴァリエーションと見なしうる一八「(二) 箇所においても、同じ語義をかなりはつきりと読み取ることができ⁽¹⁰¹⁾る。しかしこのレーン法においても、(ge)were の語は、「レーン法(廷の判決)をもって剝奪された破られる」ものとして、あるいは、「人が正式の訴をもつて破ることのできる」ものとしても現われてくる。⁽¹⁰²⁾これらの場合、ゲヴェーレの語がむしろ「占有権」を意味していることは言うまでもない。

しかしレーン法に関する限り、ゲヴェーレの語の二重の語義(「占有と占有権」を確認するためには、実はこの語の用法を逐一検討する必要はなく、次の事実、すなわちそれがしばしばゲディングゲ(geetinge)との対比において用いられるという事実、を想起すれば足りるのである。たとえばこうである。「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、一人がそれについてのゲヴェーレ(「占有」)を持ち、また他の者が geetinge (「いわば、条件付きの予約または期待権」)を持つように、すなわち、その所領をゲヴェーレの中に持つ者が封⁽¹⁰³⁾相続人(「息なくして死んだ場

合、それ（Ⅱ所領）をそれにつきゲディングを持つ者が取得とする、というように」⁽¹⁰⁾。

ここに明らかなように、授封は必ずしも所領のゲヴェーレ（Ⅱ占有ないし現実的支配）を伴うとは限らず、そのゲディング（Ⅱ条件つき予約）にとどまる場合をも含んでいる。現にレーン法には、（ラント法には見られなかった）*der (ge)weredarvet* (*od. darf, darve, darven*)（ゲヴェーレを欠く）という表現が一二箇所に⁽¹¹⁾、*ane were* と *sunder gewere*（いずれも、ゲヴェーレなしに）という表現がそれぞれ二箇所に現われ、しかもその相当数はつきりゲディングのみの授封の場合を念頭に置いている⁽¹²⁾。他方、ある所領を *in geweren hevet*（ゲヴェーレの中に持つ）、あるいは、*de gewere dar an hevet*（それⅡ所領につきゲヴェーレを持つ）という表現も、その相当数が意識的にこのゲディングとの対比において用いられており、その結果、それらの表現自体がレーン法においてはある技術的な意味を帯びることになる。そして、この現実には家臣によって占有されているレーンは、ゲディングのみの授封の場合とくらべると、はつきりした法的利点を持つていたのである。ただし、念のために一言しておくならば、このことが言えるのは、正規のレーン（*rechte len*）⁽¹³⁾についてだけであり、土地の占有一般についてではない。

（三）それならば、この（正規の）レーンについてのゲヴェーレ（Ⅱその占有）は、ゲディングだけの授封とくらべて、いかなる法的利点ないし権利を伴うのか。われわれはそれを次の三点に要約することができる。すなわち、（a）*volge*の権利、（b）（レーンについての）相続権、（c）又、授封（*Unterbelung*）の権利、がそれである。以下においては、まずこのうちの前二者（aとb）について述べる。

（a）レーン（Ⅱ土地）を占有し（あるいは、現実に支配し）ている家臣は、フォルゲ（*volge*）と呼ばれる権利を持つて⁽¹⁴⁾いる。すなわち、たとえば主君が死亡する（いわゆる *Herrenfall*）など、主君（Ⅱ授封者）の側に異動が生じた場合、家臣は新しい主君あるいは上級主君に対してそれまで持っていた所領⁽¹⁵⁾について授封の更新を求めることができる。しかもこ

の場合、新しいあるいは上級の主君は、この請求を實質的にはほとんど拒むことができない。(b)これに対して、家臣(「受封者」が死に(いわゆる Mannfall)、しかも封相続人(「息」を遺した場合、「父は(それまで持っていた)所領のゲヴェーレをその所領と一緒に息に相続させる」(六・二)権利を持つてゐる。さらにこの場合、「それゆえ息は、人(「主君」が彼に父の(持つていた)所領の中へ(入るよう)(占有)指定する(possid.))ことを、必要としないのである」(同上)とさえ言われている。これだけをうっかり読めば、レーンの相続はまったく自動的におこなわれるかのごとき印象さえ受けかねないほどである。それはともかくとして、これら二つの権利が相携えて、家臣がひとたび主君から受領した所領を確実に自らの子孫に伝えていくことを可能にしているのであり、また、その結果、レーンが(ほんらい相続財産である)アイゲンときわめて近似した特徴を帯びるにいたることは言うまでもあるまい。

ただここで見落してならないのは、次のような(それとしては誰もが承知しているはずの)事実である。つまり、フォルゲ(授封更新)を求める際には、「家臣は——年期内に——上級主君に対し臣従礼を捧げてその所領をフォルゲンし(「追い求め」なくてはならない)」し、相続の場合にあつても、「息(「封相続人」は、父の死後一年と一日以内に彼の主君のもとへ赴き、そして彼(「主君」に対し両手を重ね合わせて(「合掌して」)臣従礼を提供しなければなら」ず、その上で改めて(彼自身に対する)授封を求めるのである。総じて、「家臣は、たとえ彼が(すでに)その主君の家臣であつても、それぞれ、その所領につき臣従礼をもつて(その授封を)希求すべき」が大原則であり、「どんな所領であれ、家臣に対し臣従礼なしに封与される(gelegen wert)(この場合はむしろ、貸与される、ということになる)ものは、決して正規のレーン(recht len)とは言わない」。つまり、(家臣の捧げる)臣従礼とそれを承けて(主君によって)おこなわれる授封こそ、家臣がある所領を正規のレーン(recht len)にはもちろん、正當なレーン、の含意もある)として占有するために欠くことのできぬ前提となつてゐるのである。

レーンの相続の際に主君による占有指定(現代語では Einweisung、通説の立場に立てば、むしろ、占有引渡と訳すべきであろう)が不要になる、ということについても、以下のことを考える必要がある。たしかに、ゲディングゲ(『占有なしの授封』)について、それはほんらい、主君による占有指定(ないし、占有引渡)があつてはじめて正規のレーンとなる、と解しうる条項が存在する。しかし、主君がもしこの占有指定(ないし、占有引渡)を拒むと、家臣は「そのような(『彼にゲディングゲの形で授封されていた)所領を……占有指定(ないし、占有引渡)なしに(Sunder bewisunge)(自分で擲えて)占有することができ(る)」。すなわち、正規のレーンが生まれるには原則として授封と占有指定(ないし、占有引渡)の双方が必要であるとして、そのうち causa possessionis ないし占有のための権原にかかわるのは前者である。授封の際にすでにそれが家臣に——なお不完全な点を残すとはいへ——移っているからこそ、彼はいざとなれば占有指定(ないし、占有引渡)がなくても、自分で所領を占有することができるのである。これに對して、占有指定(ないし、占有引渡)は、(すでに授封されている)所領を(家臣が)現実に占有の中へ取得するための手続にすぎない。

相続の際に不要になる占有指定(ないし、占有引渡)とは、実はもともとこうした二次的な意義しかもたぬものであった。だからこそ相続人は、現実、亡父から所領(の占有)を承継してしまつたのちにも、依然として、年期限内に主君のもとへ赴き、「臣従礼」をもつて授封を求めなければならないのである。また、それを求めるまでの間、相続人に——所領そのもの(あるいは、その占有)だけでなく——「所領のゲヴェーレ」(『権原』)が相続されなければならないのもそのためである。すなわち、もしそれが一旦は相続されるのでないとしたら、彼の占有は——授封を求めるまでの間——「授封なしの占有」となつて、「不法なゲヴェーレ」(『占有』と見なされるほかないであらう。もし相続人が一年と一日の間に授封を求めなければ、——家臣がフォルゲの年期を怠つた場合と同じく——もちろん彼等の所領に対する権利は失われてしまうのである。してみれば、レーンの相続に際して——アイゲンの場合とは異なり——所領(の占有)だけでなく

同時にそのゲヴェーレ（＝権原）が相続されるのは、占有すなわち権利という觀念にとづくのではなく、レーンがもとと他人のものであり、それを占有するには主君による授封というれつきとした法的根拠が必要だったからにほかならない。⁽¹³⁾

（c）家臣はしかし、先に触れておいたように、もう一つ、少なくとも（彼が占有している）正規のレーンについては、それを彼自身の家臣（主君から見れば、陪臣＝*Untervasallen*）に又授封する権利を持つている。そのために家臣が彼の主君ないし相続人の承諾を求める必要はない。⁽¹⁴⁾ それどころか、レーン法のある箇所では、「主君は所領を……自らゲヴェーレの中に持たない限り、なんびとにも封与することをえない」とさえ言われている。したがって、ここでもまた、占有という意味でのゲヴェーレが、家臣のもつ又授封の権利の決定的な根拠と受け取られかねないであろう。

しかしながら、ここでもまた、次の諸点が考慮されなくてはならない。①（これも、それとしては誰でもが承知している）はすのことだが、授封の権利そのものは、一般にヘーアシルトにもとづくのであって占有にもとづいていないのではない。⁽¹⁵⁾

②もちろん、誰しもまだ占有していないもの（＝ゲディングゲ、この場合さらに、他の家臣によって現に占有されている）やすでに占有していないもの（＝他の家臣にゲヴェーレ（＝占有）を与えてあるもの）を他人に渡すわけにいかないのは自明の理である。しかし、家臣が所領を現実に占有していても、彼に権原が欠けている場合には、彼はそれを又授封することができない。⁽¹⁶⁾ ③授封できるのは、必ずしも（主君が上級主君から受領している）レーンとは限らず、主君は自分のアイゲン（の一部）をも当然レーンとして家臣に与えることができる（いわゆる「アイゲン・レーン」）。しかもこのアイゲン・レーンには、授封後も若干の点で正規のレーンとは異なった性質が認められ、いわばアイゲンとしての性格が残っている。⁽¹⁷⁾ こうしてわれわれは、この又授封の権利もまた、突きつめていくと、占有に由来するのではなく、——主君がその家臣に授封を通じて与えた——権原ないし *causa possessionis* にもとづくものである、という結論に達せざるをえないので

説
ある。

論

以上のように、レーン法上のゲヴェーレを、一見きわめて多彩なもの・内容豊かなものに見せているこれらの権利は、実はすべて主君による授封に由来するものであることが明らかになる。レーンはもともと他人のものであり、授封後も依然としてそのことに変わりはない。レーンにはほんらいアイゲン（＝自分のもの）としての性格が欠けているからこそ、それを（適法に）占有するためには上から与えられる権原が必要なのであり、その助けを借りなければ、レーンは「家臣のもの」としてアイゲンに近似する性格を帯びることはできないのである。

上述の三つの権利を以上のように処理したのちに、占有という意味でのゲヴェーレに対して権原とは独立に与えられる法的特典として残るのは、実は次の一つだけということになる。「人はなんびとをも彼のゲヴェーレから、それ（＝ゲヴェーレ）が彼から判決をもつて剝奪されない限り、逐い出してはならない」（三八・四）。われわれはしかし、ほとんど言い回しまで同じ規定に、すでにラント法でお目にかかっている⁽¹³⁾。それよりもむしろレーン法で注目を惹かれるのは、ここではラント法とちがって、「ゲヴェーレを不法に手に入れた」場合⁽¹⁴⁾についての明示的な言及がない、という事実であろう。

（四）*unrechte were*（不法なゲヴェーレ）という表現がレーン法の二箇所に登場してくることは、（それ自体、占有＝權利という通説にとつてはあまり快い事実ではあるまいが）、まさにその意味でも見落すことができないのである。レーン法においては、この「不法なゲヴェーレ」という表現に、——ラント法の「ゲヴェーレを不法に手に入れる」場合とはちがつて——明確な定義的説明が与えられている。すなわち、「不法なゲヴェーレ」とは「授封なしの（レーンの）占有」(*were ane lenunge*) のことを言うのである⁽¹⁵⁾。ところで、この定義的説明は、次のような具体的ケース（五九・一）を承けて述べられたものである⁽¹⁶⁾。

ある家臣(B)が他の者(C)と契約を結び、(たとえば債務を支払う代りに)Bの(「Bがその主君(A)から受領している」所領を譲渡することを確約する。ところがCはこれを(Aの家臣となつて)レーンという形で受領することを望まず、主君(A)もBの代りにCを家臣としてその所領を封与することを望まない。そこで、あるいは、それにもかかわらず、BはCに対して(Aによる授封のないまま)その所領を現実にCのゲヴェーレ(「占有」)の中へ引き渡してしまう。さらにBは、この所領が授封の連鎖の中に留ま⁽¹⁰⁾つて、いるという外観を保ち、それによつてCの不法なゲヴェーレ(「占有」)を補強するために、Cの同意をえてこの所領を、それをゲヴェーレ(「占有」)なしに(外見上)レーンとして受領することを了解しているBの家臣たち⁽¹⁰⁾に封与する。彼に主君(A)がレーン法廷において、Bがその所領をかかる仕方⁽¹⁰⁾で封与したかどうかでBの責を問う。その場合Bが、その所領をそれについて(Aによる)授封を受けていないCに与え、自分のゲヴェーレ(「占有」)から手放してしまったことを認めれば、Bはその所領を喪失したことになる(後述するように、自動的にはなく、それを判決をもつて剝奪される)。これはちやうど、Bがレーン法廷で自分の所領⁽¹⁰⁾について他の主君を引き合いに出した(「他の主君から受領したレーンであると主張した」場合と、まったく同じことである。

このケースについてまず注目されるのは、主君(A)が家臣(B)に対し、後者がすでにゲヴェーレ(「占有」)を手放してしまつて、いるのに、それを自分(B)の家臣たちに授封したこと(「彼がそれにかかる仕方⁽¹⁰⁾で封与したこと」)の責を問うている点であろう。しかしそれは、AとCの間には主従関係が存在しない——したがつてAは自らのレーン法廷において直接Cの責を問うわけにはいかない——ということを考えれば、そう不思議ではない。その意味でもつと重要なのは、次のことであろう。すなわち、この条項にひきつづき、(見せかけの授封を受けた)Bの家臣たちの所領についての權利に欠けるところがある旨(「その所領がそのような形で封与された者たちは、それについていかなるフォルゲ(の權利)をも持たない……。ゲヴェーレ(「占有」)なしのレーンは、すべてフォルゲ(の權利)を欠く」)が指摘されているだけでなく、さ

らに進んで、(Aの家臣ではなく、その陪臣でさえない) C、がその所領を授封なしに占有していることが、直接にきびしく非難されている(「授封なしのゲヴェーレ(「占有」は、すべて不法である)⁽¹⁵⁾。したがって、この見せかけの授封のケース(五九・一)において、レーンを占有する法的根拠が授封にほかならないことを、殊に明確に認識することができるのである。

ところで、この事案がそれから先どう処理されるかは、それにつづく五九・二から明らかになる。家臣(B)がこの見せかけの授封について、彼自身居合わせているレーン法廷において、三度訴えられる(そして彼が応訴してその訴を却けることができない)ならば、「人(「レーン法廷、主君」は彼からその所領を判決をもって剝奪する)」。さらにBが、その後六週間以内にその所領を再び引き戻し、「それに伴う義務を果たす」ことをしないならば、こんどは「人(「レーン法廷、主君」は彼からそれ(「所領」)についてのすべての請求権(anspruch)(あるいは権利)を判決をもって(最終的に)剝奪する」ことになる。Bが所領を引き戻した場合に具体的にはいかなる「義務」を果たさなければならないかは、さらにもう二つ後の五九・四の規定から明らかにになる。すなわちBは、(その所領をゲヴェーレ「占有なしに——外見上——授封されていた)彼の家臣たちを、「レーン法(廷の判決)」をもって、彼等がその所領を改めて彼等のゲヴェーレ(「占有」へと受領するよう強制し、また、それ(「所領」)を授封なしに持っているかの者(C)に対し、mit minnen(恩顧をもって、つまり、話し合いで、この場合にはむしろ、Bの一存で)、あるいは、判決をもって彼のゲヴェーレ(「占有権」)を破らなくてはならない」。すなわち、不法なゲヴェーレを破るには、必ずしも判決をもってすることを要せず、主君の一存をもってすることも可能である。レーン法に「たとえば彼が(ゲヴェーレを)不法に手に入れていても」という補足が出てこない理由は、まさにここに存するのである⁽¹⁶⁾。

(五)主君による授封が家臣による所領の占有に法的根拠「権原を与えるのであって、所領の占有それ自体が権利を生むのではない、という上述の見解は、レーン法の八箇所に出てくる(des) lenes gewere(「= Lehnsgewere」レーン(とし

ての(ゲヴェーレ)という表現⁽¹⁰⁾を検討することを通じて、疑問の余地なく確認することができる。

「単なるゲヴェーレ」(blote gewere)ないし「普通のゲヴェーレ」(gemene gewere)を証明するには、「それが誰であろうとも、彼等の法(『権利』について、非議される余地のない人々と自分とも七人で証人になれば足りるのに対して、このレーン・ゲヴェーレを立証するには、「同じ」主君から授封されている」「同じ」主君の家臣六人とともに(自分とも七人で「証人に」ならなくてはならない。⁽¹¹⁾それが「単なる(事実としての)占有」ではなくて、少なくとも「正規の」レーンとしての占有」あるいは「正規の」レーンとして受領したことに、とづく占有」であることは明らかであろう。この概念がたとえば borchlen (ブルク・レーン)⁽¹²⁾や gewere van vornuntscap (sunder lenunge) (——授封なしの——後見権にもとづくゲヴェーレ⁽¹³⁾占有と対置されて現われる場合、それはさしあたりこうした意味に理解することができよう。しかしながら (des) lene gewere⁽¹⁴⁾という表現は、さらに進んで、主君による授封の事実そのもの、あるいは、それによって与えられる権原のことを言うためにも用いられている。

三八・一に、「誰であれ(ある家臣⁽¹⁵⁾ C が)上級主君(A)に、彼(C)が下級主君(B)から受領している所領を返還し(て引き渡し)、それを彼(C)自身が改めて、あるいは、他の者(『他の家臣、D)がレーンとして受領し、しかも彼(C)またはD)がそれについて一年と一日(Bの、あるいは、Bから)適法な異議なしに(『法廷で異議を申し立てられることなく)占有している(besit)ケースが出てくる。この場合、「その所領(の権利)が当然帰属すべき(an den dat gut dar geboret)かの者(B)は、彼が(そのことをはじめて知ってから)、彼の家臣(C)がその所領を(Aに)返還(し引き渡し)していたことを知らなかった旨、彼の年期限内に彼の宣誓をおこない、かつ彼がそれ(『所領)を訴をもつて掴まえ(自分のものと主張する)ならば、彼はそのこと(『Cの所領返還、CまたはDの受封、一年と一日以上にわたる占有)によっては、なにも(『いかなる権利)をも失うことになりえない。……彼等(双方、Bと、CまたはD)のうち、上級主君(A)に

対し、*sine ersten lenes gewer*（『自分の最初のレーン・ゲヴェーレ、すぐに後述するところを参照）を証人により立証する者が、その所領を取得する⁽¹⁶⁾。それを承けて、さらに次のように言われている。「家臣（C）がたとえその所領を *in sinen weren mit nut* (*mit nut* については(六)で後述するが、とりあえず「利用を伴う占有の中に」と御理解いただきたい) 持つていても、そのゆえをもつて彼の主君（B）にとり *de lenes gewere*（レーン・ゲヴェーレ）がそれだけ遠くなるということはない⁽¹⁶⁾」。

このケースについては、したがって、家臣（CまたはD）がゲヴェーレ（『占有）、しかも *mit nut* の（『利用を伴う）それを持つており、これに對して下級主君（B）には——もともとそれをCに与えてしまつていたのだから——占有という意味でのゲヴェーレが欠けていることは明白である。それにもかかわらずBは、*sine ersten lenes gewer*——つまり、彼が最初に授封を受けたという事実を証明することができれば、この所領をめぐる訴訟において占有者であるC（またはD）に勝つのである。このBの立証を上廻るためには、C（またはD）は、逆に自分こそもつと早く授封を受けたということを証明するか（それはこのケースの想定からして不可能に近い）、それとも、彼の主君（B）にはすでにその所領についての権利が欠けていることを証明しなくてはならない。C（またはD）にとつてはこの場合、単なる（事実として占有）を証明してみたところで何の役にも立たない。その所領は（Bの主張によれば）もともとBから授封されたものを（Aから受領しても）権原なしに占有しているにすぎないのだから——。

別なある条項では、同じことが、いわば裏返しにされた形で、次のように説明されている。「誰かある主君（上述の場合のB、以下同様）がある所領を彼の家臣（C）に封与する場合、そのことによつては彼（B）から彼の上級主君（A）に對して彼（B）の（持つ）ゲヴェーレが遠ざけられたことにはならない、彼（B）に對し彼の主君（A）がその所領につき（Bに授封したことを）承認しない場合にも（そうである）、けだし彼の家臣（B）はそれ（『所領）を彼（A）自身から

ゲヴェーレの中へ受領したのであるから⁽¹⁵⁾。この条項においても、(特に最初に出てくる)ゲヴェーレの語が上述したレーン・ゲヴェーレと同義であつて、——又、授封権をも含む——レーン占有のための権原を指していることは一義的に明瞭であろう。

ここで本稿の「はじめに」引用した一四・一に立ち戻ることになれば、レーンについては、「それを次々とある一人が他の者から(レーンとして)受領」しうることは、取り立てていうほど格別のことではない。しかしながら、その場合各人がこの所領について持っているのは、その所領がさらに又授封される限り、決して *de were mit nut* (利用を伴う) ゲヴェーレ、あるいは、現実の占有) ではありません、ここで説明している *lenes gewere* にすぎない。そしてこの *lenes gewere* とは、上述したように、突きつめて言えば、(事実としての) 占有ではなくて、そのための権原にほかならない。だからこそ、それが家臣への又授封や家臣のもつ *de were mit nut* によつて、その持主から遠ざけられることはありえないのである。これに対して、*de were mit nut* の方は——主君がそれを家臣に与えてしまうと、それはもはや主君の手には残らないから——「一人のもの」でしかありえず、しかもそれを持っているのは、その都度(すなわち、それぞれの所領ごとに)レーンのピラミッドの最末端に位置し、その所領をそれからさらに又授封することのない家臣だけである。だからこそ、主君とその家臣とが事情によつては同じ一つの所領の「ゲヴェーレ」をめぐる争うことになりうるのであつて、両者の間でそうした争いが起こりうるということ自体、*de were mit nut* (利用を伴う、または、現実的な占有) という意味でのゲヴェーレを持ちまたそれを実際に行使できるのは——「重疊的なゲヴェーレ」なる通説の想定するところとはまったくちがつて——ただ一人の者でしかありえない、ということを最も端的に示している。

(六) ところで——通説にしたがつて——土地(ないし所領)を直接に用益している小作人も、この *de were mit nut* を(分ち)持っているのではないか、とお考えの向きも少なくあるまい。それに対する答は、断じて否である。すでに

指摘したように、ゲヴェーレの語が *tinsgut* (小作地) に関係づけられて現われることは、ラント法においてもまたレーン法においても一度もない。^(四)さらに、「はじめに」引用した一四・一では、「それ(＝土地)を *in nut unde in gelde hevet* (利用と収益において持ち)」にひきつづき、「それから *tins* (小作料) を取得する者」(つまり、地主) という表現が出てくるし、それに、そもそもこの一四・一もまたれっきとしたレーン法上の規定なのである。したがって、小作人も小作地についてゲヴェーレを持つということは、実はそもそもあまりありそうもないことなのだが、ここではさらに三つのことを指摘することができる。

(a) *nut* および *gelt* という語の用法。まず *nut* について言えば、この語はレーン法には一四・一のほか三(四)箇所に現われる。^(四)その場合、ある土地を *in siner weren mit nut hevet* (利用を伴う彼のゲヴェーレ＝占有の中に持ち)、または *sek underwint to siner nut* (撫まえ占取して自己の利用に供し)、または、*ane nut unde ane gelt halten* (利用と収益なしに保持する) のは、家臣、かそれとも主君であって、いずれにしても小作人ではない。ラント法では、この語が土地、ないし不動産に関係づけられて用いられているのはただ一箇所だけであるが、そこでは、相続人なしに遺されたアイゲン *in sine nut hevet* (自己の利用に向ける) のは裁判官、(すなわち、主としてグラフ、あるいは、どんなに地位が低くても、せいぜいシュルト、ハイス) である。^(四)

次に *gelt* の語について言えば、レーン法にはこれまた一四・一のほか三(四)箇所で用いられている。^(四)そのうちの(一)箇所については、*nut* の語との関連ですでに述べた。^(四)他の二箇所は、いわゆるアングフェレ (*angewelle*)——これについては、本節(七)でもさらに後述するが、封、相続人が未成熟の間、所領からの収益を取得する権利である) に関係しているが、*das gelt des gudes nemen scal* (その所領の収益を取得すべき) 者として家臣が、また、(封、相続人が成熟に達するのに) *ut des Kindes gude nen gelt nemen ne mut* (その子＝封、相続人の所領から(もはや)いかなる収益をも取得してはならない) 者

(したがって、それまでその収益を取得していた者)として主君が登場してくる。⁽¹⁷⁾残った一箇所は、ene halve huve oder vif scillingen jarlekes geldes hevet van sime herren (半フーフエ(の土地)または毎年五シリングの収益(の上がる権利)をその主君から受領している)家臣にかかわるものである。⁽¹⁸⁾ラント法では⁽¹⁹⁾ditの語は、大部分、債権と債務およびその支払の意に用いられているが、ある箇所では、水車場・関税所・貨幣鑄造所および葡萄園の収益——つまり、レーン法では授封の対象とされているもの——がこの語で呼ばれていること、また別の箇所では、「彼(小作人)が毎年支払うべき」⁽²⁰⁾tins(小作料)——および tegede(十分の一税)——も同じくそう呼ばれていることが注目される。

これを要するに、ザクセンシュピーゲルにおいては、ある土地を in nut(利用の中に)または in gelde(収益の中に)持っている者——お望みなら、その土地の「用益権者」と呼んでもよい——とは、「その土地から小作料を取得している者」とまったく同様に、封建身分に属する(「ヘーアシルトを持つ」グルントヘルのことを指す表現である。小作人にはそもそもこの意味での「用益権」(もちろんそれは、今日のそれとは異なったものである)が欠けていたのである。

(b)レーンと小作地(tinsgut)の峻別。ある条項では次のように述べられている。「人が毎年なんらかの賃料(tins) (もちろん小作料を含む)を納付している場合には、その者(あるいは、その家臣)はその土地についていかなるレーン(としての権利)をも(立証)取得することをえない。しかるにその者(あるいは、その家臣)がそれ(土地)につきレーンであると主張し、また主君が証人をもつてそれにつき彼の(「彼が借地に出した」小作地である旨立証(しそれを小作地として保持)することを求めるならば、彼(レーンと主張する者あるいは家臣)が彼の主君に対して彼のレーン(「自分に授封されたレーンであること、さらに言えば、授封の事実そのもの」)を立証(しそれをレーンとして保持)しえない限り、ゲヴェーレ(占有)はその者(あるいは、その家臣)にとつて何の役にも立たない」。⁽²¹⁾さらに別な条項では、次のようなケースがもつと激しい口調で糾弾されている。「誰であれ授封なしに(「授封を受けないで」)不法なゲヴェーレ(レーンの占有)

の中に居る (in unrechter were sit)⁽⁸⁾ 者があり、彼がそれ (『不法なゲヴェーレ』) を、この所領は彼の (『彼に借地として貸与されている) 小作地である、と主張することによつて保持しようとし、しかもそれにつき彼が (地主あるいは領主として) 引き合いに出した者もそれにつき承認する場合、人 (『およそそういう不法なことを主張したそれに手を貸す者』) は、次のことを承知すべきである、(すなわち) なんと城塞を、また都市をも、また裁判(権)をも、また家臣の所領にかかる (軍事的な『いわゆる封建的』) 奉仕をも、小作料 (tins) と引きかえに、とりわけ彼の同身分者や自分より上位 (の身分) にある者に対し貸し出すことはできないのである」と。つまり、れっきとしたレーン、を授封を受けぬままに占有している者が、事もあろうにぬけぬけとそれは小作地であると言ひ逃れるのは、著者アイケにとつて絶対に許しえぬことだつたのである。

ザクセンシュピーゲルにおいては、小作地に関する定義的規定が——ラント法ではなく——レーン法に、しかも右のケースの直後の条項に、レーンと小作地の区別をだめ押しする形で出てくる。すなわち、そこではまず右のケースを承けて、「また、水車場および貨幣鑄造所およびあらゆる種類の関税所 (からの収益) (ここまでは、授封の対象となりうるものである)、ならびに、賃料 (tins) (小作料を含む) または貢租 (plog) と引きかえに貸し出されているフーフエまたは土地を、なんびとももう一度賃料 (小作料を含む) と引きかえに貸し出すことをえない」ということが指摘された上で、いわば小作地の定義が次のように与えられるのである。「誰であれ適正に (redelike) 小作地を持つとする者は、それを自ら耕作するか、あるいは、彼の下僕 (knechte) (がそれを耕作し、『彼の下僕に耕作させ』)、彼等 (『下僕』) を彼は食事と賃銀をもつて賄うべきである。彼がそれを他の人々 (ander luden) (あるいは、他の従属民) に賃料 (小作料を含む) または貢租と引きかえに貸し出すならば、彼自身がその土地の不法な小作人 (unrecht tinsman) となる」。つまり、小作人が小作料とひきかえに小作地を又貸しできないこと、したがって den tins dar ut nimt (それから地代を取得あるいは

徴集する立場にないことは、定義上明らかと言わなくてはならない。⁽¹⁸⁾ それにもかかわらず彼がそのことをあえてなすならば、彼自身が「不法な小作人」になってしまうのである。

(c) 小作地に対するヘルシャフト。小作人には、所領に生まれついている者と生まれついていない者の二種があり、⁽¹⁹⁾ 後者は身分からいえば(三種の自由人の中でいちばん身分の低い)ラントザッセの階層に属する、と推定される。⁽²⁰⁾ この「所領に生まれついていない」小作人については、確かに一方では、彼が領主から *vi. but* (自由な土地または所領)を借地(「小作地」として受け取っている場合、「彼が彼の領主に対して約束したこと(その中心はもちろん小作料の支払)」を除けば、「いかなる(特に軍事的)奉仕(*denst*)または(臨時の)賦課(金)(*bede*)または(主君の一行を)宿泊(させる)義務(*herberge*)」(因みに、以上はすべて家臣の負う封建的義務である)をも「負わない」と明記されている。⁽²¹⁾ しかしながら他方において、あるラント法の条項によると、領主が彼の(「彼が借地に出している」)所領からそこに生まれついていない小作人を「逐い出そうする」場合、「彼(「領主」は蠟燭聖別のミサの日(「二月二日」)に彼(「小作人」)に解約(告知)する」ことができる。⁽²²⁾ そればかりではなく、「領主は彼の(「彼が借地に出している」)所領の上で、人(「小作人」一般)が彼に対し彼の所領について約束していた彼の(「彼が徴集・取得すべき」)収益(「主に小作料」)のために、裁判官の許可なしに差し押えることができる」。⁽²³⁾ つまり、領主は小作地において自力差押の権利さえもっているのである。小作地に対するこうした領主支配が存続する限り——たとえザクセンシュピーゲルに新しい発展の萌芽が一・二認められぬわけではないにしても——われわれは、小作地はゲヴェーレに与るには依然として(正規の)レーンや(ほんらいの意味での)アイゲンからあまりにも遠い存在であった、と考えざるをえない。したがって、*sin. len* (彼のレーン)あるいは誰そのレーンと言われる場合には、例外なく家臣の(「家臣が受領している」)レーンを指しているのに対して、*sin. tinsgut* (彼の小作地)と言われる場合は、時に小作人の(「小作人が借り受けている」)小作地のことを指すこともあるものの、時にはまた領主の(「領主が借地に出

している) 小作地を指すことがある、という用語法上の相違は決して偶然ではないのである。

以上によって、ザクセンシュピーゲルに関する限り、*de were mit unt* (利用を伴うゲヴェーレ) というのは (小作人による) 小作地の占有ではありえず、領主または家臣による所領の占有——特に (小作人から) 小作料を徴集する権利を伴うそれ——にかかわる概念であることが、疑問の余地なく明らかになる。しかしわれわれには、この *de were mit unt* なる概念との関連で、もう一つはつきりさせておかななくてはならぬ問題が残っている。すなわち、それは *Iedichle were* (通説のいわゆる「直接的ゲヴェーレ」^(四)) なる概念と同一のものと考えうるか、という問題がそれである。

結論から言えば、この問に対する解答は、多くの場合には「然り」であるが、常にそうとは限らない、ということである。というのは、上級主君にとっては、ある所領が、*it si Iedich oder verlegen* (それが(又)授封されていまいと(又)授封されていようと)、*Iedich* (授封されていない状態、裏からいえば家臣に新たに授封できる状態) になることがありうるからである。この場合上級主君は、その所領の以前の持主(『下級主君』)がそれをその家臣(『上級主君から見れば陪臣』)に又授封していた(したがって、陪臣が現に利用を伴うゲヴェーレの中に持っている)所領をも、自分(『上級主君』)の家臣の一人に授封することができる。このことを——裏側から——最も明確に証明しているのは、前述した(陪臣による)フォルゲの際の *wisunge* (上級主君による新主君の指定であらう。^(五)つまり、上級主君は下級主君の死亡等によってレーディヒになった所領をまず彼の(別な)家臣に授封する。だからこそ、その所領を現に占有している陪臣が彼(『上級主君』)の許にフォルゲ(『授封更新』)を求めてきたとき、彼がすでにその所領を授封していた彼の家臣を、その陪臣の新しい(下級)主君として指定することができるのである。この場合、上級主君が(そして新しい下級主君も)その所領をいちども直接に占有し、そこからの収益をわがものとしてはいない、ということとは明らかと言うべきであらう。因みに、*angevelle* (封) 相続人が未成熟の間、所領の収益を取得する権利) に関して、次のような規定が見られる。「その者(『未成熟の封) 相続

人の家臣) たちはしかしそれ(『所領』)につき、彼等に対し、法にそうあるように、その子(『^レ封相統人、この場合下級主君) から、またはその子の後見人から、奉仕 (denest) (あるいは、役務) を命じられた場合、(上級) 主君が anevelle (『^レアングフェレ) を封与せず、(unverlegen) (自分で) 持っているときには、上級主君に奉仕 (あるいは、勤務) すべきである』。したがって、上級主君は、レーディヒにはなったものの、すでに (陪臣に対し又、) 「封与されてしまっている」(verlegen) 所領からは、tins (主に小作料) ではなくて、denest (主に軍事的な奉仕) を要求したにすぎない、ということをはば確実に推定できる。—— かりに通説に従って *ledichleke were* をそう訳すと—— 「直接的ゲヴェーレ」は必ずしも所領の「用益を伴う占有」を意味するとは限らないのである!!⁽¹⁸⁾

(七) レーン法においても、七(八) 箇所に、「適法なゲヴェーレ」の概念が登場してくる。本節の最後にこの概念を検討する。レーン法上の「適法なゲヴェーレ」概念についての定義的説明は、一三・一で次のように与えられている。

「主君が彼の家臣に対して、その家臣がそれ(『所領』)を受領した後、主君の適法な異議なしに(『レーン法廷において正式に異議を申し立てられることなく、六週間と二年、彼のゲヴェーレにおいて (an sinen weren) 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 rechten were* (適法なゲヴェーレ) を(七人の家臣をもつて) (証人により) 立証できるならば、*des lenes gewere* (レーン・ゲヴェーレ) を彼(『家臣) は単独で、聖遺物にかけて (の宣誓をもつて) 裏づけることができ、またその所領を証人なしに、(『証人による立証を要せずして) 保持することができ、人(『主君) が正式の訴をもつてそのゲヴェーレを破ることをえない限り』。しかし、ここでもまた、「しかしながら、その者が実力をもつて、(*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」と明言されている。⁽¹⁹⁾

この適法なゲヴェーレと通常のゲヴェーレ——あるいは、一年と一日に達しないレーンの占有——との相違はどこに

あるのか。それを破るには正式の訴をもつてしなくてはならない、という規定は、すでに通常のゲヴェーレについても見られたので、^(a)適法なゲヴェーレを持つ者に認められる法的利点ないし特典は、次の二点に要約することができる。すなわち、家臣が「七人の家臣（仲間）をもつて」適法のゲヴェーレの存在と立証することができれば、^(a)レーン・ゲヴェーレの証明については「単独の宣誓」をもつて足り、^(b)（主君がその授封を否認している）所領を「証人による立証を要せずして」保持することができる。この二つの特典は具体的にいかなる意味をもっているのだろうか。

まず、通常のレーン・ゲヴェーレ（「少なくともレーンとしての占有」の場合をふり返つてみると、すでに本節（五）で述べたように、家臣はそれを六人の家臣仲間と自分とも七人で立証する。その場合、この六人は必ずしも目撃証人たることを要しないが、彼等の証明すべきことが依然として主君による授封の事実であることには変りはなかった。^(a)これに對して家臣は、適法なゲヴェーレについては、一年（と六週間）以上にわたり現実に所領を占有していたことを証明すればよい、というのである。これこそ通常のゲヴェーレとの決定的な相違ではないのか。現に、ここにいたつてついに、事実としての占有が権原としての授封に取つて代つてゐるではないか。あるいは、そういう印象を受けられる向きもあるかも知れない。しかし結局それは、その点だけを切り離して考えたときに一瞬間に浮かぶ錯覚にすぎない。^(a)に明らかのように、家臣は一年（と六週間）以上に及ぶ占有の事実を証明した後で、たとえ「単独の宣誓」という（最も容易な証明手続）をもつてであれ、それに加えて独立に、「レーン・ゲヴェーレ」（「授封の事実」）を証明しなくてはならないからである。つまり、適法なゲヴェーレ（「一年と六週間に及ぶ占有の事実」）の証明は、ここでもやはり授封の事実（「権原」の証明）を（容易にこそはすれ）不要にはしてないのである。これが^(a)の具体的な意味である。

^(b)についても、次のことを考慮に入れる必要がある。まず一般に、主君がその家臣にある所領を授封した場合、彼は——一年間——後者の保障人（「追奪担保人」）になる。^(a)レーン法では主君が同時に保障人（「追奪担保人」）なのである。

しかし、これはもともと第三者との関係においてのみ問題になることである。主君と家臣の間で所領をめぐって争いが起きるときには、主君が授封の事実を承認するかそれとも否認するか、ということがまず問題になる。主君が授封の事実を認めれば事は簡単であり、家臣がゲディングゲレしか持っていない（すなわち、まだ所領を占有していなかった）場合でも、「家臣は彼の所領を主君に対しては証人なしに（立証）取得する」⁽²⁰⁾。しかし、主君が授封の事実を否認すればどうなるか。その場合、家臣は自分の権利を擁護するには、証人（すなわち、家臣仲間）による立証に物を言わせるほかはない。⁽²¹⁾しかし、この証人による立証の手続は、さらに二つの場合にわかれる。すなわち、家臣がゲディングゲレしか持たない場合には、「それ（『所領』）が彼に（ゲディングゲレの形で）封与されたことを（実際に）見聞した」家臣仲間六人と自分とも七人で、また、家臣がゲヴェーレ（『占有』）を持つている場合には、「それ（『所領』）が彼の（『彼が授封を受けた』）レーンであることを真実と承知している」（つまり、前述のように、必ずしも目撃証人でなくても）家臣仲間六人と自分とも七人で証明できれば、たとえ主君が授封の事実を否認しても、家臣はその所領を保持できる。⁽²²⁾以上のような証人による立証の手続と比較すると、適法なゲヴェーレの場合には、まず七人の家臣仲間を証人とすることによって（一年と六週以上に及ぶ）占有の事実を、次に——前述したように——単独の宣誓をもって授封の事実（あるいは、それにもとづく権原の存在）を、すでに証明してしまっているのである。この場合、必ずしも目撃証人たるを要しない六人の家臣仲間とともにおこなう証人による立証の手続が省略されるのは、むしろあまりにも当然のことではないのか。

因みに、これが一三・一で適法なゲヴェーレに対して認められている（訴訟手続上の）特典のほとんどすべてである。⁽²³⁾したがって、その機能は主として、一年（と六週間）をこえるレーンの占有を主君（つまり、この場合の actor）の恣意から守る、という点に存しており、この点、ラント法上の適法なゲヴェーレの機能とほぼパラレルな関係にある、と見ることができ⁽²⁴⁾る。

さらに、ここでもまた、次のことを付け加えておかなくてはならない。すなわち、単なる一年と一日以上の占有によつて *causa possessionis* ないし占有のための権原が変ることは決してない、ということがそれである。現に、右に解明した条項（二三・一）の直後には、次のような規定がアイケ自身によつて補われている。「しかしある主君がある家臣を……、彼（『家臣』が「フオルゲまたは相続の際に」彼の所領につき（授封を）希求しまたは（判決によつて剝奪された）それ（『所領』を引き戻すべき間、適法な異議なしに（『法廷において正式に異議を申し立てることなく）一年と一日彼（『家臣』の所領を占有させておいても（*mit sime gude sitten let*）、彼（『家臣』が年期を怠る場合には、このゲヴェーレ（『占有』をもつて彼（『家臣』は彼の主君からその所領について（の権利を）遠去けることをえない」）。また、一年と一日以上にわたる *tinsgut*（小作地）の占有も、同じく一年と一日にわたる *annan*（管理人）による占有も、その所領をレーンとして訴求する根拠にはなりえない。⁽²¹⁾ さらに、ある家臣がその所領の占有を主君による授封のないまま第三者に引き渡した場合、その家臣がすでに適法なゲヴェーレを持っていても、彼はそれによつて自分の行為を正当化することをえない。⁽²²⁾ したがつて、不法なゲヴェーレ（『占有』は、どんなに長くつづいても原理上適法なゲヴェーレによつて正当化されることがなく、ついに不法なゲヴェーレのままに終らざるをえないのである。

しかしながらレーン法には、実はもう一つ、適法なゲヴェーレの（一見、直接的ともいえる）効果が登場してくる。すなわち、（c）「誰であれある所領につき適法なゲヴェーレを持つ者は、適法なゲヴェーレを欠く者（*jene de rechten were darvet*）より優る権利をもつて、それ（『所領』を（立証）取得すべきである」（三七・三）、というのがそれである。ところがこの条文は、従来の通説を前提する限り、ついに理解することができないはずである。というのは、もし誰かがある所領を一年と一日以上現実に占有している以上、他の者がそれを一年と一日以上占有することはもちろん、そもそもそれを占有することさえありえないからである。⁽²³⁾ ここで著者アイケは、正しくは、*de der rechten were darvet*（適法な

ゲヴェーレを欠く者」の代りに、ただ *de der were darvet* (ゲヴェーレ＝占有を欠く者) と書くべきだったのだろうか。断じて否である。しかも、私がそう考える理由は、そんなことならあまりにも自明のことであつて、わざわざ独立の条文を構えるには当たらなかつたろう、といった一般的考量にだけあるのではない。実はザクセンシュピーゲルには、適法なゲヴェーレを持つてゐる者がそれにもかかわらず所領を現実⁽²⁴⁾に占有してゐない、というケースが現に出てくるのである。それは封⁽²⁵⁾相続人が未成熟の間の後見にかかわるケースである。

封⁽²⁵⁾相続人がなお成熟(一二歳)に達しない (*binnen sinen jaren*) 間は、主君は自らその後見人となり、「アンゲフェレ (*angevelle*)——所領からの収益を取得する権利」を(他の者に)封与することなく、その所領の収益を(自分で)取得することが出来る。あるいは、主君は子(＝未成熟の封⁽²⁵⁾相続人)または(自分以外の)その後見人にこのアンゲフェレを封与することも出来る。⁽²⁶⁾したがつて、この後の場合、後見人は子の所領を *in geveren van vormuntscap* (後見人たるの地位にもとづくゲヴェーレの中に)持つことになる。⁽²⁶⁾しかしながら、この「アンゲフェレ」には、いかなる *lenrecht* (レーン法上の権利、具体的には又、授封権)もなく、またいかなるフォルゲ(＝上級主君または新しい主君に授封更新を求める権利)も存在しない……。またそれ(＝アンゲフェレ)は、(所領そのものを)授封されている子が死亡しまたは成熟(一二歳)に達するとき、(ただちに)終ることになる。⁽²⁶⁾「なんびとも(その子の所領を)授封(されること)によつて……(A)……、また(それを)譲渡(されること)によつて、ある子に……(B)……レーン法にしたがいその子の未成熟の間に遺されたその子の所領について適法なゲヴェーレを取得し、それによつて彼(＝なんびと)が彼(＝子)に対し、*sine rechten unde sine erren geveren de op dat kint geerft is* (その子に相続された彼＝子の適法に、してより以前からあるゲヴェーレ)を破ることをえない」。⁽²⁶⁾つまり、封⁽²⁵⁾相続人はその父から——(通常の)ゲヴェーレのみならず——適法なゲヴェーレをも相続している。しかし彼は、成熟に達するまでの期間、後見のもとにあつて所領を自ら占有してゐないことがありうるのである!!

そうだとすれば、前記三七・三——因みにこれは、*erben*（世襲レーン）をその他の（正規の）レーンから峻別している三七・一を承けた規定である——が言おうとしているのは、おおむね次のような趣旨のことと理解されるであろう。「占有を欠くにもかかわらず、適法なゲヴェーレをもつ封相続人は、長期にわたる占有にもかかわらず、適法なゲヴェーレを欠く後見人よりも優る権利をもって、（彼の父から相続された）所領を（立証）取得すべきである」。これによって、封与された所領についての適法なゲヴェーレもまた、突きつめてみれば、占有そのものではなく、そのための法的根拠——権原にほかならないことが明らかになる。⁽²⁰⁾

おわりに

以上をもつて、ザクセンシュピーゲルにおけるゲヴェーレの用語法についての検討は、了えたことになる。それによつて——意外なまでに——はつきり浮き彫りにされたのは、この語が二つのものを中心に使われているという事実である。すなわち、ラント法における（法廷で）譲渡されたアイゲン、および、レーン法における（主君から）授封された（正規の）レーン、がそれである。この二つのものに共通しているのは、いったい何であろうか。第一に、それら二つのものはいずれも（代々）相続されたアイゲンではない、ということである。だからこそ、それら二つのものは、ほんらいの意味でのアイゲンに近づくためには、上からあるいは外から与えられる権原を必要としたのである。しかし第二に、もう一つ、それら二つのものに共通する点がある。すなわち、法廷譲渡についても、また、授封についても、（ザクセンシュピーゲルより）以前に、ラテン語で *vestitura* または *investitura* という言葉が用いられていた、ということがそれである。⁽²¹⁾ 以上のことによつて、われわれは——半ば強制的に——次のような仮説に導かれるであろう。

ドイツ語の (*ge*) *were* の語は最初、ラテン語の (*in*) *vestitura*（占有権ないし支配権の賦与）の訳語として生まれた。⁽²²⁾ は

じめの間それは、この (in) vestitura と同じ意味をもち、(法廷で) 譲渡されたアイゲンと授封された(正規の)レーンに権原を賦与し、それらのものに欠如している、あるいは、十全には具わっていないアイゲン、⁽²⁶⁾ 的性格を補完した。その後、とりわけ家臣権が強化され、さらに平和への関心が目ざめるに及んで、⁽²⁶⁾ 所領の占有、そのものが以前よりもインテンシヴに法的保護を受けることになった。これと並行して、ゲヴェーレの語は占有の意味をも帯びるようになっていく。⁽²⁶⁾ これを承けて、さらに占有の対象および中心(すなわち「所領」および「家・屋敷」)も同じ語で呼ばれるようになっていく。⁽²⁷⁾ しかしながら、ザクセンシュピーゲルから読み取ることのできる語義の発展はそこまでである。(ge) were の語は、動産についてはもとより、小作地についても、また(そもそも)相続されたアイゲンについてさえ、(まだ)用いられていないのである。⁽²⁸⁾ —ザクセンシュピーゲルの史料の所見に無理なく適合するのは、以上のような仮説であり、しかもおそらくはそれだけである。

しかるに通説は、このゲヴェーレの語を第一義的には占有と読もうとしたことで、そもそものはじめから迷路に踏みこんでしまった。⁽²⁹⁾ 通説のこの誤謬を最も端的に示しているのは、そのあまりにも人為的な「法律的ゲヴェーレ」あるいは「観念的ゲヴェーレ」の概念である。⁽³⁰⁾ もちろんザクセンシュピーゲルにも、これらの概念の典拠となりうる箇所はただの一つもない。そもそもある人がある物を自分のものと主張し追求したのは、中世においても、その物が——たとえ自分の意思に反して自分から奪われても——「自分のもの」であることに変わりはない、といういたって単純な事実にもとづいているのである。この場合、その人の手もとに残るのは、もちろんその物に対して彼がもっている争う余地のない権利であって、占有としては(はじめから、あるいは、もはや)存在しない「法律的」ないし「観念的ゲヴェーレ」などではありえない。ドイツ古法における物権法の基礎も、(法廷で)譲渡されたアイゲンと(主君から)授封された(正規の)レーンがほんらいのアイゲンに近づくための補助手段を提供したにすぎないゲヴェーレではありえず、それら二つの

ものがゲヴェーレの助けを借りてそれに近づこうとしたアイゲン（＝自分の土地）であった、ということにならざるをえない。⁽²³⁾「ドイツ私法」、少なくともその物権法の件りは、根本から書き直さなくてはならないのである。⁽²⁴⁾

——フライブルク近傍ホルベンにて、一九八五年二月一八日、一旦脱稿、一九六二年二月二二日、一部補筆——

*本稿は、もともと Festschrift für Hans Thieme zum 80. Geburtstag, 1986 (予定) に寄稿するため執筆された“Die Gewere im Sachsenspiegel”と、並行して書き進められたものである。ただし、この邦語版を執筆するに当たっては、本文の一部に小さな改訂を施し、註の一部を書き加えたほか、ザクセンシュピエーゲルの条文は原則としてすべて邦訳しておいた。なお、前記独語版については、スペースおよび推敲の時間になりにきびしい制約があり、それに私の独語表現能力の問題もあるので、独語版と邦語版とで多少の相違がある場合、この邦語版の方が本体であると御理解いただければ幸せである。

なお、本稿の要旨は、一九八六年二月三日にフライブルク大学での研究会 (Colloquium des Freiburger Arbeitskreises für Mittelalterliche Kirchen- und Rechtsgeschichte)、四月一八日に北大法学会、四月二七日に法制史学会で報告した。併せてお断わりしておきたい。

また、本稿をきわめて短時日のうちに書き上げることができたのは、一九八六年一〇月から半年間、フライブルク大学に留学してこれに専心没頭することができたからにほかならない。それを財政的に支えてくれたアレクサンダー・フォン・フンボルト財団、および、そのために推薦人と世話人の役を快く引き受けて下さったカール・クレッシェル教授に、心から感謝の意を表したい。

註

(1) ラント法二・二一・五。本稿におけるザクセンシュピーゲルの引用は、*Sachsenspiegel Landrecht und Sachsenspiegel Lehnrecht*, MGH, *Fontes iuris Germanici antiqui*, Nova series, T. I, P. I u. P. II, hsg. v. Karl August Eckhardt, *Editio tertia*, 1973 に拠る。因みにこのテキストは、われわれがかつて邦訳（久保正幡・石川武・直居淳訳「ザクセンシュピーゲル・ラント法」、創文社、一九七七年——以下、単に「邦訳」という）で用いた同上 *Editio altera* と、少なくとも基本的には同一のものである。ラント法の部については、引用はもちろん原則としてわれわれの邦訳に拠るが、引用の技術的必要性から訳文を一部変更しただけでなく、条文の実質的理解を改めざるをえなかった箇所も少なくない。後者のうち重要な点については註において一々指摘するつもりであるが、総じてわれわれの邦訳と本稿における引用との間に相違がある場合、後者を現在における私の読み方と御理解いただければ幸せである。

(2) 一例としてたとえば、今日でもドイツで最も多く読まれている「ドイツ私法」の教科書、HENRICH MITTEIS / HEINZ LIEBERICH, *Deutsches Privatrecht*, 9. Aufl., 1981⁷ あるいは、ミッターイス著、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）を見よ。本稿は、右に述べたような成立事情により、西独・フライブルクで執筆されたため、ここでの引用は原典に拠り、頁数ではなく、章・節・小節等の符号を挙げることにする（したがって、ここでの訳文も邦訳には拠らない）。この箇所については、第二章・二・（一）を参照。

(3) たとえばミッターイスは、前掲書、第二章・二・（三）で、「重疊的ゲヴェーレ」（*mehrfache Gewere*）の観念は不動産法に由来するとして、「間接的ゲヴェーレ」・「直接的ゲヴェーレ」（*mittelbare u. unmittelbare Gewere*）⁸「上級ゲヴェーレ」・「下級ゲヴェーレ」（*Ober- u. Untergewere*）なる対概念を挙げ、引きつづき次のように述べている。「誰かがある土地を *in nut und gelde* に持つことがある。この場合、それを用益する（*nutzt*）する者も、また地代徴集者（*Zinsbezieher*）も、ゲヴェーレを持つている」と。すなわちミッターイスは、*in nut (haben)* を直接耕作の意に、*in gelde (haben)* を地代取得の意に解し、小作人にもゲヴェーレを認めている。やうにつけて曰く、「封建主君は *Eigengewere* を持ち、家臣は *Lehngewere*

を持つ」と。以下においては、当然これらの諸命題も、ザクセンシュピーゲルの用語法に即してきびしく吟味されることになる。

なお、前述したような成立事情もあって、本稿ではゲヴェーレをめぐるわが国の学説史や研究状況には立ち入って検討を加えることができなかった。しかし、あらかじめ次のことだけは一言しておきたい。たとえば、ゲルマン法における本権と占有（『ゲヴェーレ』の不即不離の関係（『本権はゲヴェーレを離れては存在しえず、逆にゲヴェーレもまた常に本権の表現形式としてのみ存在した』を前提した上で、「ゲヴェーレ法は、物権の本来の目的が物の自然的使用・価値の把握に向けられているような社会における物権法のあり方である」とするような類の説明（世良晃志郎「ゲルマン法」の概念について——『歴史学方法論上の諸問題』、一九七二年、木鐸社、二二—二頁——）は、なんら「ゲヴェーレ法の歴史的・理論的本質」に触れていない。そもそも法史学者としては、たえず右のような前提、そのものを実証的に吟味する責任があるはずだが、それはここでは問わないことにしても、それならば逆に、右に引用したような条件の成立する「自然経済的社会」ならばどこでも——たとえば南洋やアフリカの未開民族やわが国の近代社会においても——ゲヴェーレの概念は成立するののか、と問うてみれば直ちに明らかのように、右のような「説明」は、実は近代法・近代社会についての認識を裏返しにして見せただけであって、ゲヴェーレ概念が成立するドイツ中世の事情については何ひとつ積極的・具体的な発言をしていないのである。以下においては、わが国の戦後民主主義に特徴的なこうした俗流・社会科学的発想も、ゲヴェーレの問題に即してきびしく批判されることになるはずである。

- (4) ゲヴェーレをめぐる学説史については、KARL KROSCHELL, *Zur Lehre vom "germanischen" Eigentumsbegriff*, in: *Festschrift f. Hans Thiene*, 1977, S. 34—71（カール・クロッシェル著、石川武監訳『ゲルマン法の虚像と実像』（創文社、近刊予定）に、第六論文として邦訳されている）; ders., *Zielsetzung und Arbeitsweise vom gemeinen deutschen Privatrecht*, in: *Wissenschaft und Koordination des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, I, 1974, S. 249 ff., bes. S. 271ff. を参照。ゲヴェーレをめぐる学説史の出発点に位置するのは、*Wilhelm Ed. Albrecht, Die Gewere als Grundlage*

des älteren deutschen Sachenrechts, 1628であるが、アルブレヒトがその画期的なゲヴェーレ学説を構想するに当たり、史料的にいかに多くのものをザクセンシュピーゲルに負っているかは、本書を一読すれば直ちに明らかになるはずである。因みに本書は、豊富な史料を基礎にしてきわめて独創的な見解を展開している点で、今日なお読者に新鮮な感動を与えてくれる。またそれは、ゲヴェーレの問題以外にも、たとえば古質と新質の問題などいくつかの点で、今日なお通用しているドイツ私法学の通説の基礎を築いた作品であり、ゲヴェーレの問題についても——以下に明らかにするような根本的な誤謬にもかかわらず——数々の貴重な示唆を秘めている。特にアルブレヒトの挙げている豊富な史料を——本稿における結論をいわば座標軸として——その成立年代・地域・法圏（特にラント法と都市法か）、史料の性格（特に法書か条例か、さらに、判決か証書か）の別を考慮に入れて配列し直すだけでも、多くの結果が得られるものと思われる。それだけに、これまでわが国でこのアルブレヒトの仕事が本格的に検討されることがなかったのはきわめて残念であるが、本稿でも、スペースならびに時間の制約からそうした課題は果たしえず、基本的にはアルブレヒトとは独立にザクセンシュピーゲルの用語法を検討するにとどまった。他日を期したい。

(5) 本稿である用語ないし表現の登場回数を示す際には、エックハルト説に従い、アイケ自身の手になる部分(I aとI b)と、アイケ以後の補筆にかかる部分(I c, II a, IV cなどを区別し、まず前者に登場する回数だけを示したのち、「」内に後者をも加えた数字を示す。また、テキストの引用中、「」内の部分も、アイケ以後の補筆にかかる部分である。ザクセンシュピーゲルは、おおむね一二二一年から一二三五年の間に成立した、と推定されるが、アイケ以後の補筆にかかる部分は、ほぼ一三世紀後半以降のものとお考えいただきたい。邦訳、凡例を参照。

(6) ラント法、(一・一五・一(ii)、(iii))——なお、各項の後の(i)、(ii)等は、同じ条項に複数の(see)の語が登場する場合、そのうちの何番目の語であるかを示す——、二・二六・二(二箇所)、二・三六・五(三箇所)、二・三六・六、二・三六・七、二・四二・一(i)、(ii)、(二・四二・二(ii))、(三・四・一)、三・四・二(i)、三・七・一、三・七・四(i)、三・三五・一、三・三五・二、三・八三・三(i)。レーン法、一四・三(i)、三三・二、四八・二、四九・

一 (二箇所)、五三 (i)。

(7) ラント法、三・五六・二、三・八、対韻句形序詩、二七〇行。

(8) ラント法、一・四七・一、一・四七・二、一・六三・二 (三箇所)、二・一五・一 (三箇所)、二・一五・二 (二箇所)、二・一六・一、三・四・二 (ii)、三・一四・二 (二箇所)。レーン法、二六・一、六九・一二。このうち「追奪担保」と解されるのは、ラント法三・四・二 (ii) である。因みに、ザクセンシュビーゲルには、他に *werscap* の語がラント法に (ii) 度 (一・九・五)、(ii) 四 (ii) 度、*werscap* の語がレーン法に一度 (四九・一) 現われるが、これらはすべて「追奪担保」の意味で用いられている。

(9) 少なくとも管見の及ぶ限り、従来のゲヴェーレ論においては、そもそも問題がこのような形で立てられることさえかつてなかった。実はそこに重大な盲点がひそんでいたのであって、本稿の構想は——打ち明けていえば——その半ば以上をこの単純な事実の発見に負うている。なお、ゲヴェーレの語がレーン法とラント法に登場する頻度の差は、実質的な検討を加えるとさらに大きく、誰の目にも明らかなほど顕著なものとなるが、それについては以下の行論を参照されたい。

(10) (三・九〇・三)、(三・九一・一)。

(11) 一・二二・三、一・二二・四、二・六二・三、三・七・四 (ii)。

(12) 二・四〇・一。

(13) (一・一五・一 (i))、二・三五、二・三六・三、二・六〇・一 (ii)。

かりにここまでのところを集計すると都合八 (二) 箇所になるが、それに「母は息のゲヴェーレにおいて客人であり」(二・二〇・七) を加えると、ゲヴェーレの語が「家・屋敷」ないし「所領」の意味で用いられている箇所は少なくとも八 (二) ということになる。ここで注目されるのは、「家・屋敷」ないし「所領」という最も具体的な用法がむしろかなり高い比率でアイケ以後の補筆部分に登場してくる、という事実である。用語法が具体的であるからといって、直ちにそれが古いものである、ということの証明にはならないのである。なお、後註 (68) と (135) を参照されたい。

(14) 前註(11)・(12)・(13)に挙げた八(二・二九)と二・六〇・一(i)。それに、二・三六・八も、ただ四とあるだけで動産とは明示されていないが、すぐに後述するアーネフアング手続に関する規定であることは明白なので、ここに数えてある。なお、ほかに一・三一・二(一・四五・二)と三・八三・二には、動産がアイゲンと並んで出てくるし、(一・五二・三)も先行規定との関係で動産をも含みうるが、これらは後に「不動産」という概念はザクセンシュピーゲルにはまだないが、便宜そう呼ぶと」との関連で考察する。あらかじめ結論だけ一言しておく、これらの箇所は「法定の後見人たるの地位にもとづくゲヴェーレ」を別にすれば――いずれも単なる「占有」を意味しており、「占有権」という含意は認められない。後註(42)、(67)、(79)を参照。

(15) 二・六〇・一(i)、(二・二九)。

(16) この語義が最も明白なのは、窃盗・強盗の現行犯に関する二・三五である。「現行犯が存在するのは、ある人が犯行の際または犯行からの逃走中に捕えられ、もしくは、窃盗品または強盗品を彼のゲヴェーレの中に持ち、しかも彼自身その鍵を携帯する場合である、(ただし、それ(『窃盗品または強盗品』が窓から差し入れることができるほど小さいときはその限りでない)」。この箇所はむしろ端的に「家・屋敷」と訳すべきであろう。

(17) 一・六二・一、一・三八・一。

(18) 二・六四・二。

(19) 前註(16)を参照。

(20) 二・六四・四。

(21) 二・一三・一と五、および、一・三八・一、一・三九、一・六四などを参照。

(22) 一・六三・一(および二・七二・一)を参照。三・一・二(叫び声(『叫喚告知』に従う者はすべて、彼等が……平和破壊者を逮捕した場合……)によれば、現行犯で捕えられた者はすべて(窃盗犯をも含め)平和破壊者である、という解釈を許すかに見えるが、この条文は直接には先行する三・一・一の(強姦に関する)規定を承けているので、(少なくとも、主に)強姦

犯を念頭に置いたものと解するのが妥当であろう。なお、私は今のところ二・一三・五を、「人を打ち殺（『故殺』）し、もしくは捕え、もしくは強奪し、もしくは放火謀殺でなしに焼き殺し、もしくは婦人または娘を強姦した者」『「平和破壊者」と読んでいるが、この読み方が間違っていないければ、窃盗犯は平和破壊者に含まれないということになる。

(23) 二・三六・一。

(24) 同上。

(25) 二・三六・二。

(26) 二・三六・五。因みに、自分の物と似ている他人の物を持ち去り、自分の物と思って隠さず持っている者も、本来の持主からアーネファングをもって訴えられるが、その場合彼もまた窃盗、および強盗について雪冤宣誓をしなくてはならない（二・三八九）。拾得物は——窃盗犯・強盗犯から奪い返した物と同じく——村民仲間に教会で披露すべきものとされるが、それについて訊ねられたとき彼が否認すると、「窃盗に等しい」とされる（二・三七・二）。他人の動産が漂着した場合、拾得者がそれについて否認すれば、それは「盗品」であることになり（なぜなら彼はそれを盗人のごとくに（隠し）持っていたのであるから）、贖罪金および罰金を伴うが、「盗み」を働いたことにはならず（なぜなら彼はそれを窃盗や強奪のようにかの人（『持主』）のゲヴェーレから持ち出したのではないから）、彼の名誉・健康・生命に及ぶことはない（おそらく、雪冤宣誓を行なえば足りる）（二・二二九）。これらの箇所においても、物の返還を請求する手続についてのいわば「刑事法的」な思考過程をはっきり読み取ることができるであろう。

(27) 一・五三・二（人が（ある）財物を（自分のものとして）主張してそれを（目当てに）訴え、しかも彼が適法に（『判決をもって』）却けられた場合には、彼は、それを（自分のものとして）掴まえていない（『アーネファング手続を開始していない』）限り、贖罪金も罰金も（支払うこと）なしにすむ）。ここにも明らかなように、アーネファング手続の場合、原告が敗れると、問題の財物を失うだけでなく、贖罪金と罰金を支払わなくてはならない（なお、二・三六・五の末尾をも参照）。このこと自体、この手続のもつ基本的には「刑事法的」な性格を示すものであるが、そうだとすれば逆に、敗訴した場合にも贖罪金・罰金なし

にすむアーネフアングなしの請求は、その限りで「民事」訴訟と解することも許されよう。しかし、さらに一步を進めて、それが対物訴訟かそれとも对人訴訟なのか、ということになると、以下に略述するような問題が続出して、にわかにいずれとも決し難いのである。むしろ、中世法にはこの点で、そうしたローマ法的ないし近代法的なそれとは別種の区分原理が働いていた、と考えるべきであろう。この最後の点については、とりあえず後註(35)をも参照されたい。

(28) (一・一五・一)。この条項は、動産の貸与・質入・寄託を受けた(占有)者が(その返却を求められて)貸与等の事実を否認するケースにかかわるものだが、被告(「占有者」)が単独で(否認)宣誓するよりも、原告(「本来の持主」)が自分とも三人で証言(邦訳に「宣誓」と補ってあるのは疑問、この点については後註(32)を参照)する方が強い。しかし被告が、それが自分の動産または相続財産であることについて、追奪担保人を有するかまたは三人の証人によつて立証できれば、その方がさらに強い。因みに、この場合の持主と占有者の証明手続における地位は、アーネフアング手続における場合と基本的には同一と思われる。本文で触れた二・三六・五、および、アーネフアング手続の被告が問題の動産の「原始取得」(布については自分が作らせたものであること、馬または家畜については自分で飼育したものであること)を主張するケースを扱っている二・三六・三と比較されたい。

(29) この点でも、今日の通説の基礎を築いたのはアルブレヒトの研究である。ALBRECHT, S. 81ff, bes. S. 86ff. なお、後註(31)をも参照されたい。

(30) 邦訳ではこの箇所を「HANS CHRISTOPH HIRSCH, Eike von Regow, Der Sachsenpiegel Landrecht, 1936, S. 256, Anm. 3に従い、「贖罪金なしで」と訳している。確かに先行の三・四三・一には「贖罪金とともに」と贖罪金だけに言及されているし、この三・四三・二の方は「……なしで」という(それを支払わないですむ)場合だから、実質的にはそれで間違っていないのだが、一・五三・一には「いかなる罪過であれ、人(「原告、被害者」)がそれにつき贖罪金を獲得するものゆえに、裁判官はそれにつき彼の罰金を取得する」と明記されているのを参照されたい。

(31) たとえば、ミッタイス・前掲書、第二六章・三、特に(五)・(a)、ならびに、第三八章・一・(三)を参照。そこでは、

ゲヴェーレを自発的に放棄した際には、持主に「法律上のゲヴェーレ」(juristische Gewere)さえ残らず、したがって、対物訴訟も認められない——この場合、持主はわずかに自分がゲヴェーレを引渡した相手方に対して対人訴訟を起こすことができるだけである——という、アルブレヒトの見解(前註(29)に所引の箇所を参照)が基本的にそのままの形で踏襲されている。

(32) 一・六・二および三・三一・一を参照。前者によれば、相続人が自分で反対給付を受けたり保証人となっている場合でも、「参審自由人または嫡出のラーテの身分に属する七二人(の宣誓補助者の宣誓)をもって承服させられる」ときに限って、債務を支払わなくてはならないことになる。因みにこの場合、ザクセンシュピーゲルの証明手続の中に古いタイプの「宣誓補助者」(consacramentalis, Eideshelfer)が登場してくると目されるのはこの箇所に限られていること(vgl. Carl Gustav Hoyer, Des Sachsenspiegels erster Theil, 3. Aufl., 1861, S. 504ff, Glosse zu Zeuge, Zeugnis) および、その数が七二人と
 いういわば禁止的な多数に上っていることに注意する必要がある。

(33) 二・六〇・二(および前出(二・一五・一)——前註28——)、ならびに、三・三一・一(および(二・一五・二))を参照。
 (34) 三・二二・一(および前出(二・一五・一)——前註28——)ならびに三を参照。後者については、アルブレヒトも立ち入った議論をしている(S. 89ff)。なお、引用中「どこで見つけよう」というのは、貸与ないし寄託された物はほんらい貸主の家で返却すべきものとされていたらしいこと(三・五・二参照)を考えると、第三者の手もとにある場合までは含まず(本文に掲げた二・六〇・一を参照)、「馬または衣服の貸与または寄託を受けた者がその馬に乗りその衣服を着用しているのをどこで見つけよう」との意に解すべきであろう。

(35) ザクセンシュピーゲルによれば、一般に約束ならびに「約定」(＝契約)は、堅く守るべきもの・履行すべきものとされている(二・七)。しかし、「法廷で結んだものでない限り」、後に本人はそれを単独の宣誓をもって否認・撤回することができるし(同上)、法廷で約束していないことについては、(本人がそれを否認する場合)「それがいかに周知であろうと」証人によって承服させるわけにはいかない、とさえ明言されている(二・一八・二。これに対して、法廷で結ばれた約定について

は、裁判官が(他の)二人とともに証人になることによつて、(本人が否認しても)立証され承服させられることになる——一七)。
こうしたことは、かの有名な「ゲルマン的誠実」とどう関係するのか。

ところで、(フェーデ和解のための)賠償金(ないし、示談金)(sune || Sühne)およびフェーデ終結(ortrede || Urfrede)に
関してだけは、(法廷で約束されたものについては、右の原則に従つて、裁判官と二人(の証人)とで立証できるだけでなく)「裁判
所なしに」(「法廷外で」)おこなわれたものについても、それを自分とも七人の証人で立証することができ、とされてい
る(二・八・三三)。さらに、三・四一・一によれば、(フェーデの結果、相手に)捕われた者が虜囚中に約束ないし約定した
こと(「おそらく、多くの場合、強制的に約束ないし約定させられたこと)は原則として無効であり、履行する必要はないが、
フェーデ終結の約定または宣誓だけはこれを履行しなければならぬ、とされている。どうしてフェーデの和解・終結に関
する約定だけが特別扱いされるのだろうか。

これらの点を勘案すると、ザクセンシュピーゲルにおける法秩序は、何よりも平和の維持を最大の眼目としており、裁
判所は——平和の維持に直接に関係するものを除いて——自分の前で結ばれたのではない(その意味で、「私的」な)契約(そ
れに、物がからまない債務)については、(それを履行しなくてもよい、というのではなく)原則として当事者の自主的解決に
委ねている——あるいは、まだそこまで手が廻らず委ねざるをえない——、と解されるであろう。本文所引の二・六〇・
一と三・四三・二、ならびに、前註(34)で触れた三・二二・三なども、こうした文脈の中ではじめて正しく理解できる
のではあるまいか。なお、ザクセンシュピーゲルにおける平和の問題一般については、Karl Kroeschell, Rechtsaufzeichnung
und Rechtswirklichkeit. Das Beispiel des Sachsenspiegels, in: Vorträge und Forschungen, Bd. 24, 1977, bes. S.
363f. (本論文も「ゲルマン法の虚像と実像」(前註4)に第四論文として邦訳されているが、特にその一七五頁以下)を参照された
い。

(36) 後註(38)を参照。

(37) 前註(9)を参照。

- (38) (一・九五) (三箇所)、gut = 他人に引渡すべきアイゲンまたはレーン (同条一と二を参照、判決をもって破られることがある)。(一・二〇・四) gut = 亡夫が相続していた土地 (アイゲンまたはレーン)。(一・二〇・六)、同上。一・二二・二、一期分。一・三二・二 (二箇所) (法定後見人たるの地位にもとづくゲヴェーレ) gut = 妻のアイゲンと動産。一・三四・二 (ledicheke were) gut = 譲渡されたアイゲン。一・四五・二 (法定後見人たるの地位にもとづくゲヴェーレ——一・三一・二参照) 妻の gut とアイゲンと一期分。(一・五二・三)、「彼が不法に取得していたもの」|| アイゲンと sine lude (従属民) (同条一参照)、または、動産とレーン (同条二参照)。二・三・一 (rechte gewere) 、「アイゲン [またはレーン]」。(二・一八・二) gut 二・二四・一 (二箇所) gut = 「判決をもって剝奪される」土地 (アイゲンまたはレーン、同条二参照)。二・二四・二 (三箇所) gut = 譲渡された、または、判決をもって剝奪された土地 (|| アイゲンまたはレーン)。二・二五・一 (二箇所) (rofleke were) gut (二・二四・二参照) || 強奪された所領 (アイゲンまたはレーン、特に家・屋敷)。(二・四二・一 (iii)) gut = レーン。(二・四二・二) (rechte were) gut = レーン (同条一参照)。二・四三・一 gut = (譲渡された) アイゲン、またはレーン。二・四四・一 (三箇所) (rechte were) gut = (譲渡された) アイゲン (二・四三・二および二・四四・三参照)。(二・四四・二) gut = (誰かの) 死亡によって帰属し、もしくは贈与または封与 (貸与) された土地 (|| アイゲンまたはレーン、同条一・三を参照) で、後に判決をもって剝奪される。二・四四・三 (eganke were) レーンまたは (女性親の) 一期分 (である土地) gut = それをアイゲンとして請求する場合の要件。二・五七 gut = レーン (レーン法二四・一参照)。二・七〇 (二箇所) gut = 判決をもって剝奪される土地。三・二二・二 gut (同条一参照) || レーン (レーン法四〇・一参照)。三・三二・六、人間 (= 体僕。三・三八・一 (rechte gewere) 、「適法なゲヴェーレの中に持っていないもの」。三・八二・二 (五箇所) gut = 譲渡され、裁判所によって占有指定されたアイゲン。三・八三・三、売却されたアイゲンまたは動産。(三・八六・二) gut = (不法に) 占有された村民共有地 (同条一参照)。(三・八八・五) gut (二・一八・二参照)。
- (39) 三・八三・三 (アイゲンと動産の売却)、ならびに、一・三一・二と一・四五・二 (後見にもとづくゲヴェーレ)。
- (40) 一・三一・二。

(41) 一・四五・二。なお、後註(42) および(208)をも参照。

(42) 〔一・二〇・四〕。この条項は次のようなケースを扱ったものである。寡婦(Ⅱ母)が夫(Ⅱ父)の死後、息が相続した所領(したがってそれは、アイゲンまたはレーンということになる)にとどまっている。息が妻を娶り、しかる後に死亡する。この場合、息の妻がこの所領につき「彼女の夫(Ⅱ息 および彼女自身)の争われる余地のないゲヴェーレ」を立証すれば、夫の母にまさる権利をもって、モルゲンガーベ、ムースタイル、グラードを取得する。相続されたアイゲンについてはゲヴェーレの語が現れない、という後述の私見との関連で、念のために一言しておく、ここで問題になっているのは、息と(彼が父から相続した)土地との関係ではなく、息の妻と(その夫のものであった)土地との関係である。言うまでもなく、ザクセンシュピーゲルにおいては、配偶者には(少なくとも土地についての)相続権が認められていない(一・三・三、一・一七・一参照)ので、この土地を息の妻にとつて相続されたアイゲンであることはありえない。

なお、ここでは、「法定後見人たるの地位にもとづくゲヴェーレ」あるいは夫婦財産制の問題について、これ以上立ち入っているゆとりがないが、少なくとも次のことだけは指摘しておきたい。一・三一・二は、先に本文で引用した箇所につきつづき、妻は夫にいかなる贈与をも与えることをえない、とした上で、その理由を「けだし夫は、彼の妻の財産について、彼がはじめに彼女とともに後見の(ゲヴェーレ)の中へ受領した以外、他のいかなるゲヴェーレをも獲得することをえないから」と説明している。このゲヴェーレは、「占有」と解するのは無理で、「権利」と読んだ方がはるかにわかりやすいであろうが、それによって、夫がはじめに妻の財産について取得した後見権は、妻の財産を(夫が単独ではなく)妻とともに管理する権利である、ということも明らかにになる。以上の解釈が正しければ、この後見にもとづくゲヴェーレ(Ⅱ後見権)に限っては、動産についても権利という意味でのゲヴェーレの語が用いられている、ということになる。なお、邦訳で右の箇所について、「彼女(の、身)ともども」と補っているのは間違いであり、ゲヴェーレの語は人間については後註(44)に述べる「体僕」以外には用いられない。

(43) 〔一・五二・三〕。後註(67)を参照。

(44) 三・三二・六。言うまでもなく、人間である体僕についてゲヴェーレが云々されるのは、体僕が「物」と同一視されていることを意味する (ALBRECHT, S. 302ff. を参照)。たとえば一・五二・一には、「相続人の承諾なしには、また、正規の裁判集会 (echt 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をもまた彼の従属民 (Iude 体僕) をも譲渡することをえない」とあり、体僕の譲渡についてはアイゲンのそれとまったく同じ手続が要求されている。また、一・二二・二は、婦人が「二期分を失う」場合として、「彼女が果樹を切り倒したり、またはその土地に生まれついている従属民 (Iude 体僕) をその土地から逐い出したり」することを、「なんらかの仕方では彼女の一期分を彼女のゲヴェーレから手放す」ことの二つに数えている——因みにこのゲヴェーレもまた、占有といわんよりは、むしろ権利の含意が強いことに注意されたい。①果樹を切り倒したり、従属民 (＝体僕) を逐い出しても、直ちに土地の占有を放棄したことにはならない。②この箇所直後に、アイケ以後の手になる、彼女がそれにつき、彼女の死後その土地を持つことになる者によって訴えられる場合「彼女が適法な期間内にそれを回復しない限り」という補足があり、一期分の喪失が自動的に生じるのではなく、承継権者 (＝亡夫の相続人または封建主君) の訴によって確定されるものであることがわかる——。要するに、体僕 (アイゲン・マン) は、土地とりわけアイゲンと同質のもの、あるいは、それに付属するもの、とされており、その意味ではむしろ「不動産」の一部だったのである。

なお、三・三二・六の規定そのものについて一言すれば、その原文は *Sve de gewere hevet an eneme manne, de mut ene mit merene rechte vertugen, den jene de er darvet* (誰であれある人 (＝体僕) についてゲヴェーレを持つ者 (A) は、それを欠く者 (B) よりもまさる権利をもって、彼 (＝その体僕) (C) を証人により承服させることができる) である。すなわち、A と B が C の帰属を争い、C 自身は少なくとも A の体僕であることを否認しているケースである。この条項だけ孤立させて読めば、この場合のゲヴェーレを占有と解して一向に問題はなさそうであるが、実は次のような幾つかの問題が伏在している。

①まず、*de (ge)were an etw. hevet* ならびに *der (ge)were darvet* という表現は、この箇所だけを例外にして、他はす

べてレーン法に現われる。そのうち後者については後述する(次節(二))ことにして、前者に限って言えば、レーン法にそれが登場する一五箇所中、少なくとも五箇所(一〇・三、三七・三、三九・三、五九・四(i)・(iv))は端的に、権利を意味するか、少なくともその含意を強く持つている——なお、体僕の帰属にかかわる一三・四については、後註(21)をも参照——。②一般論として、AがCを占有している場合、(少なくとも通説を前提するならば)いったい何を根拠にしてBはCを請求し、また、CはAの体僕たることを否認できるのか、理解することができない。③体僕(C)の帰属をめぐる問題を論じたこの三・三二全体を通読すると、著者アイケが六で念頭に置いているのは、次の二つのケース(あるいは、そのいずれか)である可能性が強い。④Cが自分は自由人であると主張し、Aがこれに対してCは自分に法廷で(相続人の異議なしに)体僕として身売りしたのだと主張するケース(二と、六の直後にある七を参照)。⑤同じくCは否認しているのに、AはCが生まれながら自分の体僕であると主張し(三)、さらに、Bが——おそらくそれとは別な根拠にもとづいて——Cは自分の体僕であると主張するケース。⑥については、一般にはCが勝つが、身売りが法廷で行なわれたときは直接には不明である。後者の場合はどうなるのか? ⑦については、一般にはAはCに対しても(三)またBに対しても勝つ(四)が、Cが三人の父方、三人の母方の親族とともに七人で自由身分を立証できれば、Cが勝つ(五)。それならば、Bはいったい何を根拠にCを請求し、いかなる場合にAに勝ちうるのか? 通説を前提とするかぎり解くことのできないこれらの疑問に対する解答は、次のものしかありえない。すなわち、⑧については、Cが法廷で身売りし、⑨については、Bが(Aから)Cを法廷で譲渡されてそれにつき証人を有する場合である。以上の分析が正しければ、六のゲヴェーレは(法廷で確認された)権利ないし権原を意味することになる。

(45) ザクセンシュピーゲルには、もともと「不動産」に当たる概念は存在しないが、かりに便宜上その概念を用いる場合にも、今日のそれとの相違に注意する必要がある。その具体的一例として前註(44)で論じた体僕の場合がある。また、本論文の冒頭に引用した二・二一・五(前註1)にも示唆されているように、「建物」は原則として土地とは別な持主(ないし占有者)に帰属しうる(特に小作地につき、二・二一・一を参照)が、その点で特に注目されるのは、一・二〇・二の規定(「建

物が妻のものであつて、その敷地が建物とともに妻のものでない場合、彼女の夫が死亡するときは、三十日忌以後六週間以内に、彼女はその建物を、地面を損傷しないように、除去すべきである。すなわちそこには、建物が当時いわば動産としての一面を（も）もつていた、ということが示唆されているからである。

- (46) 二・七〇（これについては本節(三)を参照）、三・三八・一（これについては本節(四)を参照）、(二・一八・二)と(三・八八・五)（この両者については後述・次節(三)、特に後註(12)を参照）。

- (47) (三・八六・二)。なお、(同条一)をも参照。

- (48) (一・九・五)、(一・二〇・四)、(一・二〇・六)、(一・五二・三)、(二・三・一)、二・二四・一、二・二四・二、二・二五・一、(二・四二・一)、(二・四二・二)、二・四三・一、(二・四四・二)、二・五七、三・二一・二。

- (49) レーン法六九・八に、「国王は、あらゆる者の首に関する、ならびに、アイゲンに関する、ならびに、レーンに関する裁判官として選ばれている。それゆえに、すべてのレーン法(上の裁判権)ならびにラント法(上の裁判権)は彼に始まりをもつ、けだしヘーアシルトは彼に始まるのであるから」という規定がある。これと同趣旨の規定は、ラント法三・五二・二(国王を人は、アイゲンおよびレーンに関する、ならびに、あらゆる者の生命に関する裁判官に選ぶ)にも見出されるが、この両者からアイケ自身の定義に従つてラント法の概念を求めれば、レーン法が「レーンに関する」法であることは明らかであるから、ラント法とは「アイゲンと生命に関する」法である、ということになる。この場合、「生命」(ないし「首」とは、神の平和・ラント平和によつて新たに生み出された「苦痛刑」(peinliche Strafe)、とりわけ「生命刑」を意味する。したがつて、アイケ自身の定義に従うかぎり、アイゲンに関する裁判権が、この生命刑を行使する流血裁判権と並んで、ラント法(上の裁判権)の中枢に位置することになる。それが単にアイケのラント法に関する定義にとどまらず、ザクセンシュピールに描き出されている中世法全体の存在構造を適切に反映していることについては、いずれ稿を改めて論ずることにしたい。

- (50) (一・九・五)、(一・二〇・四)、(一・二〇・六)、一・三四・二、(一・五二・三)、二・三・一、二・二四・一、二・

二四・二、二・二五・一、二・四三・一、二・四四・一、(二・四四・二)、二・四四・三、三・八二・二、三・八三・三。
 (51) (一・九・五)、一・三四・二、(一・五二・三)、二・二四・二、二・四三・一、二・四四・一、(二・四四・二)、三・八二・二、三・八三・三。

(52) 二・二四・二、(二・四四・二)。それに(一・九・五)も当然ここに数えることができる。逆に、「ゲヴェーレが判決をもつて与えられる」場合が三・八二・二に出てくる。これについては、すぐ後の(二)で論ずるが、これもまた(法廷で譲渡されたアイゲンに関するケースである)。

(53) (二・四四・二)には、*Sve en gut in geweren hevet, dat eme an istorven is* (誰であれある所領をゲヴェーレの中に持つ者があり、それ(Ⅱ所領)が彼に——誰か他の者の——死亡により帰属したものであり)という表現が出てくる。*istorven*の語は一般には「ある財産が誰かの死によって遺される」の意である(一・二八、三・五六・三、三・八〇・一)が、「ある財産がある者の死亡によって他の特定の者に遺される」帰属する」の意にも用いられる。その場合、「特定の者」が「相続人」であることもある(この場合、実質的には「相続される」と同義になる)(一・四、一・五・二と三、一・二五・五、一・五二・四。レーン法、二六・九、五七・四、七・五)が、それとははっきり区別して、ある財産が誰かの死亡により「相続人以外の者」の者に帰属すること(あるいは、少なくともその場合をも含むうること)を表現するためにも用いられる(一・二二・二、三・七六・三——邦訳「その所領を相続した者」は「その所領が帰属した者」とすべきところである——、三・八一・一。レーン法、一八、五七・一)。したがって、二・四四・二についても、「ある所領をゲヴェーレの中に持つ者」がその所領を相続したとは断定できないが、相続した場合をも含むもの——したがって、先行の二・四四・一(ならびに二・四三・二)と比較すれば、この条項は相続されたアイゲンにも関係しうるもの——と考えておかなくてはならない。しかし、これについては次のことを指摘することができる。①この二・四四・二はアイケ以後の補筆にかかる部分であること。②この箇所のゲヴェーレの語は(事実としての)占有を意味するにすぎず、権利という含意をまったく持っていないこと。③この場合、占有者がその土地をたとえば「相続」により取得したのであって、「彼自身(邦訳には脱落している)はそれを誰からも奪っている(*nimt*)」

のではない」にしても、「その所領が（訴訟の結果）彼から判決をもつて剝奪される」ことが想定されている。つまり、彼にその土地を遺した者——後者はその土地を「（実力で）奪った」ものと推定できる——は、通説の意味でのゲヴェーレ（占有権）までは遺していなかったのである（この場合、現在の占有者にいかなる法的保護が与えられるかについては、後註（66）をも参照されたい）。

なお、判決をもつてゲヴェーレが剝奪されるケースについては、当然相続されたアイゲンも含まれているのではないか、という疑問を抱かれる向きも少なくはあるまい。しかし、この疑問については、次の諸点を考慮に入れなくてはならない。もともとアイゲンの持主は、特に参審自由人（二・二・二を参照）——およびプフレークハフテ（二・二・三を参照）ならびにそれより身分の高い者（三・八〇・二を参照）——であるが、彼等から判決をもつてアイゲンが剝奪される場合は、大別して二つにわかれる。第一は彼等が窃盗・強盜等の犯罪を犯した場合である。彼等がこれらの犯罪のかどで訴えられ、三回目の裁判期日に出頭しないと、彼等は地方的追放に処せられる（一・六七・一―三を参照）。グラーフがこれを国王の前で立証すれば、彼等は帝国アハトに処せられる（一・七一を参照）。さらに一年と一日この帝国アハトから自分を引き戻さないと、〔彼等は *rechelos*（後述）と宣告され、彼等からアイゲン（とレーン）が剝奪される〕と明記されている（一・三八・二）。この場合、相続人はこのアイゲンを一年と一日以内に国王の権力から引き戻すことができる。ただしこの場合、剝奪されるものについて、「ゲヴェーレ」ではなく、直接に「アイゲン」（もしくはレーン）の語が用いられていることに注意。また、ある者が窃盗・強盜等の犯罪を犯して実際に死刑に処せられると、「彼の最近の親族が彼の遺産を（したがって、アイゲンを）取得する」（二・三一・一）。この死刑判決は請け戻すことができる（一・六五・二を参照）が、それを請け戻した者は *rechelos* と宣告される（同上、および、一・三八・一を参照）。この場合、一・三八・一には明示的には述べられていないが、その直後に位置する同条二とのつながりから言つて、前述した（一年と一日以上に及ぶ）帝国アハトの場合と同じく、アイゲン（およびレーン）が判決をもつて剝奪されたものと推定される。これを要するに、アイゲンの持主であるためには、各自がそれに生まれついた（この場合、特に参審自由人としての）「法」（*recht*）を持つていることが前提となり、その法を

欠く(= rechtlos)にいたると、アイゲンを持つことができなくなるのである。

これに対して、第二に、いわば「民事」事件として、アイゲンの帰属が争われる場合がある。前述の第一の場合、アイゲンの剝奪が持主の犯罪(したがって、持主の「法」の喪失)にもとづくものであり、その(副次的)結果としてアイゲンが(一旦)いわば「国庫」に帰属するのに対して、これは原告と被告、両当事者が訴訟においてアイゲンそのものの帰属を争うことを特徴とする。あらかじめ一言すれば、「ゲヴェーレ」の語が用いられるのは、また、占有が絡んでくるのも、この第二の場合だけである。もちろん、アイゲンの帰属が相続人同志の間で争われることもありうるが、この場合の争点は、

——本節(四)でさらに後述するように——血縁の近さまたは(各人の生まれついた)「法」(に欠けるところがないか)であつて占有ではない。占有が絡んでくるのは——これまた本節(四)で詳述するように——基本的には、(特に譲渡を受けた占有者と相続人とが争う場合であるが、前者が後者に勝ちうるのは——私見によれば——一つしかない。したがって、それ以外の場合には、問題のアイゲンを「彼のゲヴェーレの中に持つ」ていて、それを「判決をもつて剝奪される」者は、譲渡(もしくは、質入または寄託等を受けた占有者)ということになる。その意味で、アイゲンが判決をもつて剝奪されるケースが、譲渡されたアイゲンをめぐると並んで出てくることは、決して偶然でないと思われる。因みに、前註(52)に掲げた箇所のうち、「二・九・五」が譲渡された所領の争訴にかかわることは一見して明らかである。二・二四・二については、それに先行する二・二四・一とのつながりから、少なくともそれが所領の帰属をめぐる訴訟にかかわることは明らかであり、また、後に論ずる二・七〇と三・三八・一についても、同じことをその条文そのものから読み取ることができる。つまり、これらの条項はすべて、刑事犯罪(や「法」の喪失)の結果としてアイゲンが判決をもつて剝奪されるケースを含んではいないのである。

(54) この規定については、後に次節(三)でさらに詳述する。特に後註(123)を参照。

(55) 二・五七は、これまで通説によつて小作地にもかかわるものと解釈されてきたが、そうした理解が誤りであることにについては、本節(五)ならびに次節(六)においてさらに立ち入つて論ずる。

(56) 二・四四・一(i)′、(二・四四・二)′、二・七〇(i)′、三・二一・二′、(三・八六・二)′。

(57) 二・二四・二(iii)′、三・八二・二(iii)′。ただし、(de) de gewere an etw. hevet という表現になると、ゲヴェーレの語を必ずしも(事実としての)占有と解することはできない。この点については、前註(44)を参照。

(58) (一・九・五(i)) — gut in siner were (彼のゲヴェーレの中にある土地なし所領)′、(一・五二・三) — in sine gewere weder laten (彼のゲヴェーレの中へと返却する)′、二・二四・一(i) — ut sinen weren wisen (彼のゲヴェーレの中にある所領)から逐い出す′、二・二五・一(ii) — ene siner were gewellegen (彼をして(実際に)彼の(所領の)ゲヴェーレを得させる)′、(二・四二・一) — sunder gewere (ゲヴェーレなしに)′、三・八二・二(ii) — sine were to runene (彼のゲヴェーレの中にある所領)を明け渡す)。すぐ後の本文で論ずる三・八二・二(ii)もここに数えられるものである。

なお、これまでのところを通算しておく、ゲヴェーレの語が「占有」の意味で用いられている箇所は都合九(一四)になる。この場合、アイケ以後の補筆にかかる部分の比率が決して低くはない、ということが注目される。

(59) 三・八二・二(v)。

(60) (一・九・五(iii))′、ならびに、二・二四・一(i)′、二・七〇(ii)′。そのほかに、二・二四・二(ii)′は、se ne werde eme af gewonnen (それが彼から(判決をもって)剝奪されない限り)′、という表現があるが、このseはsine were(ii)を承けたものである。なお、これらの条項については、前註(53)をも参照。

(61) いわゆる「法廷譲渡」(gerichtliche Auffassung)については、本節(四)でさらに後述するが、とりあえず一・五二・一の規定を参照されたい。

(62) したがってAはこの場合、問題のアイゲンについて、占有は持たないが、れっきとした権原を持っている。因みに、そのような譲渡人として問題になりうるのは、まず(新たにその土地を相続したばかりの)相続人であろうが、この場合にも、ゲヴェーレの語(i)′がAに相続されたアイゲンに関しては用いられず、Aからの譲渡を受けたBとの関連ではじめて現われることに注意。また、本文に所引の箇所につづく部分については、後註(65)を参照。

なお、この三・八二・二(i)ならびに(v)(前註59)、それに、(一・九・五(iii))、二・二四・一(i)、二・二四・二(ii)、二・七〇(ii)(以上、前註60)のほかに、すでに述べたように、(一・二〇・四)(前註42)、一・二二・二(前註44)、一・三二・二(二箇所)(前註42)、一・四五・二(前註41・42)、三・三三・六(前註44)においても、多少とも明確に権利ないし権原の語義を読み取ることができる。ここで、以下では立ち入る機会のない箇所について、同じニュアンスが認められるものを拾ってみると、(一・九・五(ii))「譲渡人はまだ土地を引き渡していないのに、譲受人をゲヴェーレにおいて代理・擁護、なお、同条(iii)を参照」、(二・二〇・六)(一・二〇・四)、以上二つを挙げることができる。それを加えて、ここまでのところでゲヴェーレの語が——多少とも明確に——占有権ないし占有のための権原、という意味で用いられている箇所を集計してみると、都合一〇(一四)箇所になり、その数が占有を意味する場合(前註58)とほぼ匹敵することがわかる。

(63) ここで検討している箇所のうち、明示的に動産にも関係し、あるいは、文脈上動産にも関係しうるものは、前註(39)ならびに(43)に挙げておいたように、一・三一・二、一・四五・二、(一・五二・三)、三・八三・三の四箇条であるが、このうちの前二者は「法定後見人たるの地位にもとづくゲヴェーレ」に関するものであり、すでに前註(42)で論じておいた。これを別にすれば、ゲヴェーレ一般について動産にも関係しうる箇所としてまだ残っているのは、(一・五二・三)と三・八三・三の二箇条である。これらについては、後註(67)と(79)とにおいてさらに後述する。

(64) 二・二四・一を参照。

(65) 同上。これについても、すでに本節(二)で上述した三・八二・二は、恰好な具体例を提供してくれる。すなわち同条では、本節(二)に所引の箇所にひきつづき、次のように述べられている。「……(現に)ゲヴェーレ(iii)(『占有』)を持つ者(C)(邦訳に「例えば小作(賃子借地人)として」と註しているのは間違い、この場合、むしろ「受託者」「管理人」などを想定すべきであろう)は、次回の(その件について)期日を定められた裁判集会においてそれ(『所領』)を主張・擁護する限り、その占有指定を否認しかの者(B)を逐い出すことができる。けだしある人は、彼がそれについて訴えられかつ(期日を定

められた裁判集會に、召喚され、限り、彼のゲヴェーレ (iv) (『占有』を明け渡す義務はないからである。その後 (『B が C を訴えた結果』) かの者 (B) にゲヴェーレ (v) (『占有権』が判決をもつて与えられ、それから彼が裁判所の職権によりその中へ (入るよう) (占有) 指定されるならば、人 (『C を含むすべての者』) は彼をそこから逐い出してはならない、人 (この場合、C 以外の者、特に A 以外の相続人) がそれを (改めて) 判決をもつてしない限り」と。

(66) (二・四四・二) には、前註 (53) ですでに引用した箇所 (誰であれしかし、ある所領をゲヴェーレ (『占有』の中に持つ者があり、それ (『所領』) が彼に (誰か他の者の) 死亡により帰属したものであり、もしくは彼に譲渡または封与されたものであつて、彼自身はそれを誰からも奪つて (nimt) いない場合、彼からその所領が (判決をもつて) 剝奪されても) に (邦訳上、引きつづき、『彼がそれにつきいかなる法 (『裁判』) をも拒まない限り、彼はそれ (『所領』) から取得している (nimt) もの (『収益、特に小作料) を (正当な持主に) 返却する必要がない』という規定がある。この場合、最後の件りは一見、現在の占有者に与えられる法的保護のように見える (し、ある意味ではそう言つてもよい) が、それについては次の諸点を見落してはならない。

① 全体としてこの条項は、(『適法なゲヴェーレ』についての定義的規定である二・四四・二の直後に補足されたものであり、それとのつながりから、たとえある者が一年と一日以上ある土地を「実力で」占有していても、適法なゲヴェーレを取得することはない、という原則を敷衍したものである (この点は本節(四)でさらに後述する)。その意味で、この条項の力点はむしろ、誰かが「実力で」奪つた土地には、たとえそれがどんなに長く占有され、また、第三者の手に渡つても、正当な持主がそれを法廷に持ち出す限り、彼に対抗できるような権原が生じない、という点にある。② 右の「法的保護」ないし特典は、現在の占有者一般にはなくて、「彼自身はそれを (実力で) 奪つていない」占有者のみに与えられる。③ しかも、「彼がいかなる法 (『裁判』) をも拒まない限り」において——これらの点に一貫しているのは、(いわば善意の) 占有者に対する保護と言ふよりは、むしろ「法」(『裁判』) によつて「実力」に挑み、それを制圧しようとする姿勢である。この最後の点については、すぐ後のところで述べる「平和への関心」をも参照。因みに、これが——二・七〇以外に——土地の占有に対して与えられる法的保護と解しうる唯一の条項である。

(67) 「一・五二・三」に次のような規定がある。「しかし、何であれ彼(A)が誰か(B)から不法に、(mit unrechte)取得したものは、彼(A)はそれを彼(B)に對しそのゲヴェーレ(占有)の中へと返却する^(*)ことができる、この場合かの者(B)はその後(邦訳では脱落、いかなる譲渡をも(=Aに譲渡したとは)主張することができず、(Bが自分のものとして主張できるのは)それが彼(B)から取得された(=それをAがBから取得した)以前に、彼(B)がそれにつき持っていた権利だけである(したがって、Aに對して譲渡にともなう代償を請求することができないのはもちろん、第三者に對しても元通り自らその所領につき責任を負わなくてはならない)。」(*の箇所、邦訳では「返還しなくてはならない」となっているが、①原文には mit he eme wol weder laten とあつて wol (=woh)が入っていること、②三・五・一ならびに二によれば、AがBから貸与(または寄託)された動産(したがって、邦訳に「封与」と補つてゐるのは間違ひ)について、Aが第三者からアーネファングの訴を受けたとき、AはBに裁判期日を通告する(=Bに追奪担保を求める)か、あるいは、それをBに(Bのところへ行つて)「ただちに返還することができる」(mut he to deme ersten wol weder brengen)とあるのを参照)。

この一・五二・三は、物の譲渡についての適法な手続を述べた同条一と二の後に補足されたものである。そのことから、ここで「不法に」と言われているものは、具體的には次のことを指すことが推定できる。すなわち、①アイゲンならびに従属民(=体僕、前註44)については、相続人の承諾なしに、または、正規の裁判集会なしに(=gerichtliche Aufassungによらずに)、②レーンならびに動産については、剣と楯をもち他人の助力なしに馬に跨ることができないのに、ということである。右の訳文に示したような理解が正しいとすれば——三・五・一と二との比較によつて——こうした「不法な」譲渡によつて生ずる事態(Aが取得する権利、ならびに、Bに依然として残る権利ないし責任)が動産の貸与(または寄託)の場合と基本的には同一のものと考えることができ、それ自体きわめて興味深いが、二・二四・一の「不法に手に入れる」というのが右に述べた場合に限られるという保証はない。この点については、「不法に」という表現を、「奪う」(nemen——厄介なことに、この語は「取得する」の意にも用いられる。この一・五二・三のほか 前註(66)に引用した二・四四・二を参照)、「実力で」(mit gewalt——本節(四)、次節(七)でさらに後述する)、「強奪による」(tröfke——すぐ後のところで述べる)、さらに

とりわけ「適法に」(mit rechte——しばしば「判決をもって」の意に用いられるが、常にそうとは限らない。たとえば二・二四・二を参照)と比較検討する必要がある。

なお、一・五二・三は、以上のように理解する限り、動産をも含むことになるが、それがアイケ以後の補足にかかることは別にしても、①ゲヴェーレの語は占有者であるBに関しては用いられておらず、②本来の持主であるAについても「占有」の意味で用いられているにすぎない。つまり、それによつて前節で述べたことに新たに付け加えることは何もない。

(68) 二・二五・一。裁判官が原告に「彼のゲヴェーレ(＝所領)(の占有)を得させる」(ene geweldeghe siner were)のは、被告がこの訴を「適法に却けない」場合、つまり現行犯手続の結果にすぎない。なお、rolleke wereの場合、強奪されるゲヴェーレは、先行する二・二四・二との比較から、アイゲ、またはレーンであると推定されるが、それについて「現行犯を証明できる」のは、特に原告がそこに居住する「家・屋敷」あるいはそれが所在する「所領」そのものが——いわば一箇の「軍勢」によつて——強奪される場合である、と思われる(「不法な助力者」に言及されていることに注意)。これは、たとえば、主君が家臣の所領を「実力で奪う」(レーン法二・二場合とは、おそらく区別して考える必要がある。なお、ゲヴェーレ＝所領という用語法については、前註(13)を参照されたい。

(69) 前節(三)、特に前註(22)を参照。

(70) 二・六六・一以下、三・二までを参照。モリトア(Erich Moritor)のいわゆる「ラント平和(令)群」である。この点については、前註(35)に掲げたクレッシェル論文(邦訳、一七六頁)を参照されたい。

(71) 一二二二年九月一日のいわゆるザクセン・ラント平和令の第一条(＝いわゆるTreuga Heinriciでは第二一条)に、次の規定がある。Nullus a possessione rerum quas possidet eicietur, nisi possessio ab eo (Treuga Heinriciでは ab eo in iudicio) evincatur. この点については Eckhardt, Sachsenspiegel Landrecht, S. 190, Anm. 56を参照。

(72) この点については、前註(35)ならびに(66)で述べたところをも参照されたい。

(73) この表現については、レーン法七四・二および三八・三を参照。これについては、なお後註(84)ならびに次節(五)

の本文において後述する。

(74) 三・三八・一。

(75) 二・三・一。

(76) この点については、一・七〇・一を参照。そこでは、——犯罪のゆえに訴えられて、三回（目まで）の裁判期日に出頭しない者について規定した——一・六七・一と二、一・六八・一を承けて、次のように述べられている。「しかるに彼（原告）が三回の裁判期日に *sein*（ここだけでは、「財産一般」を意味しうる）を訴求するならば、人（裁判官）は彼をその中へ（入るよう）（占有）指定すべきであり（したがって、前出の *Wort* は少なくとも特に「土地」（または、所領）であることがわかる）、またそれを彼に（現実）に占有（または、支配）させるべきである。なんびとも彼を、正式の訴をもつてそれをしなない限り、（その占有から）逐い出してはならない」と。つまり、——ここにはゲヴェーレの語は出てこないが——通常のゲヴェーレの場合、被告が三回の裁判期日を怠ると、占有のみならず占有権までもが原告に移ってしまうようにも読み取れる。しかし、これにつづくアイケ以後の補足は次のようになっていいる。「この占有指定をその者（三回の裁判期日を怠った被告）は一年の期間内に聖遺物にかけて（の宣誓をもつて）否認することができが、彼はしかしその土地（または所領）を、人（アイケ自身のテキストにおける原告）がそれを訴求する場合、ただちに、しかも次の三回の裁判集会において、擁護しなくてはならない」。これと比較するならば、適法なゲヴェーレに与えられる特典（a）がそう大きな意味をもちえないことは一見して明らかであろう。極言すれば、後者の場合、被告がそこに居合わせていても、審理を先に延ばせる、というだけのことである。なお、右の補筆が決して恣意的なものでないことは、三・八二・二（前出、本節（二）ならびに前註（65）を参照）との比較によって明らかである。

(77) (二・四二・二)。

(78) これに先行する二・四二・一は、AがBを自分の所領を奪うとして訴え、しかもA・B双方が、いずれもその所領は自分のレーンであると主張し、しかもそれぞれ別な主君を引き合いに出したケースを扱っている。この場合、その主君を保

障人（「追奪担保人」として実際に法廷に連れ出すことのできた方が勝つ。それにつづけて、アイケ以後の補筆は、「彼等双方がそれをゲヴェーレなしに（すなわち、ゲディングゲにもつづいて——この点については、なお、次節（三）で後述する）——主張する……場合」と述べている。（二・四二・二）は、直接にはこれを承けたものであるから、その保障人（「追奪担保人」とは具体的には——特に——「主君」のことを念頭に置いたものであるが、この条項がアイゲンを（法廷で）譲渡した者についてもあてはまることは、すぐに後述するところからして自ずから明らかになるはずである。（なお、二・四二・一末尾の補足が、右の引用にひきつづき、「彼等が同時に、その所領を授封されている場合」と述べているのは、主君の異なる授封についてまでその先後関係によって権利の有無を論じようという趣旨ではなく、同条二で適法なゲヴェーレ——それを持つ者は一般にかなり以前に授封された可能性が強い——を論ずるための伏線にすぎない、と解すべきであらう。）

(79) 三・八三・二。なお、この条項が法廷譲渡にかかわるものであることは、特にそれにつづく三・八三・三の「誰であれ、アイゲンまたは動産を売却する者があれば、彼はそれにつき、彼が生きている間、保障人（「追奪担保人」であるべきである」との比較によって明らかである。すなわち、動産の譲渡は（正規の裁判集会においてでなくても）「あらゆる場所において」行なうことができる（一・五二・二を参照）が、それと同一に並べられているアイゲンの売却（三・八三・三）の方は、——動産と同じく——正規の裁判集会において行なわれたものでない、と推定される。

なお、三・八三・三は、右の箇所につづけて次のように述べている。「人（「買主」はしかしその *gut*（具体的には、アイゲンまたは動産）を、彼（「売主」がそれを（法廷で、それを訴求する原告に対して）擁護すべき間は、（訴訟に）勝つも敗けるも彼（「売主」にそのゲヴェーレの中へと引き渡す（もしくは、委ねる）（*eme laten in sine gewere to behaldene unde to verlesene*）べきである。ただし、それを譲渡された者（「買主」は、それについて譲渡（この場合、売却（「買得」）しか主張できないからである）。この場合のゲヴェーレとは何か。もしそれが通説の説くように占有であるとするれば、——動産についてはともかく（前註（14）を参照）——少なくともアイゲンについては当然、それを簡単に売主の占有に戻すことが可能か、あるいは、売主の占有に引き渡すとはそもそもどういうことを言うのか、という疑問が生ずる。

(80)

この点で参照されるべきは、レーン法二六・一であると思われる。これは、成熟後(一二歳以上) 成年前(二一歳未満)の子が、彼等のレーンについて訴えられた場合、同じ主君の家臣中の一人を後見人として持ちうる、という趣旨の規定であるが、それにつづけて次のように述べている。「その者(『後見人』)に対して彼等(『子たち』)は、指と舌をもつて(『一定の指のしぐさと一定の文言によつて)、勝つも敗けるも(異存はない、あるいは、後見人に委せるといふ)、ゲヴェーレを誓約すべきである」と。この最後の箇所の原語は *de were loven……, to behaldene unde to verlesene* となつており、三・八三・三とほとんど同じ表現が用いられているのに、レーン法二六・一の方は(不思議なことに)一般に(訴訟遂行上の)「保障」と解されている。それならば、三・八三・三の方も「保障」——ただしこの場合には、「追奪担保」——の意に解しないであらうか(なお、前註(8)はとりあえず通説に従つたものである)。この解釈が当たつていれば、邦訳の訳註(2)で述べられていること(売主の責任と危険)はすんなりと理解できるであらう。本文で述べているように、追奪担保(の必要)と権利(ないし権原)としてのゲヴェーレとの間には密接な——具体的には、逆比例の——関係が存在としてしているのである。

二・三・二と一・二八(以上は、動産が裁判官に帰属する場合)、一・二九(アイゲンに関する消滅時効)三〇年プラス一年と一日、一・三八・二と二・四一・二(以上は、相続人がアイゲンを裁判所から引き戻す場合)、それに、すでに前註(76)で論じた(一・七〇・一)を参照。しかし、この点でわれわれにとつて最も興味深いのは、*ledichleke were* の概念が登場してくる一・三四・二(「誰かある者(あるいは、家臣)が彼の所領を譲渡し、しかしてそれを改めてレーンとして受領する場合、この譲渡は主君にとつてはなんの役にも立たない、彼がその所領を一年と一日、彼の *ledichleke were* の中に保持しない限り。それ(『一年と一日』以降には、彼(『主君』)はそれを確実に(『争われる余地のないように)かの者(『譲渡人』)にあらためて授封できるのであつて、したがつて、彼(『譲渡人』)も彼の相続人も、それ(『その所領』)につき(もはやそれが自分の)アイゲン(であること)を主張しえない」であらう。つまりここには、譲渡後一年と一日経過しなければ、譲渡されたアイゲンが主君のアイゲンにな(り、き)らない、ということがはつきり示されている。

なお、この規定がアイゲンの「法廷譲渡」を前提したものであることは、——一年と一日でそれについての権利が完全、

に主君に移るとされていることのほか——その条項の前後に位置する一・三四・一および三との比較によって明らかになる。すなわち同条一の方は、相続人の承諾があれば、裁判官の許可がなくてもアイゲンを譲渡できる、と定めているが、その場合、裁判官に対し(参廷)義務を果たしうよう、少なくとも半フーフエの土地を残す必要のあることを説いて、裁判官がいかなる場合にいわば「適法に」アイゲンの譲渡を妨げうるかを示唆している。これに対して、同条三の方は、裁判官が(その権限を濫用して)「不法に」(mit unrechte)アイゲンの譲渡を妨げる場合について定めたものであり、問題の一・三四・二は、この両者にはさまった形で出てくる。したがってそこでは、アイゲンの譲渡が法廷で——しかも相続人の承諾をもえて——行なわれたことが前提されている、と解すべきであろう。それにもかかわらず、一年の間、それは——譲渡人本人およびその相続人との関係では——主君のものにな(りき)っていないのである。なお、*ledichleke were* の概念については、本節(五)および次節(六)で立ち入って論ずる。

(81) 三・八三・一には次のような規定が見られる。「何であれ人がある男または女に譲渡するもの、それを彼等は三日間占有する、(besitten) べきである。何であれ彼等が訴をもつて請求(し取得)するもの、または彼等に相続されるもの、それについて彼等は(三日間)占有する、(besitten) を要しない」。これは(少なくとも、主に)動産にかかわるものと解されるが、たとえそうであっても、ある財物の持主が変わる場合、その財物についての権利がい、つから(基本的に)新しい持主に移るかという問題に関して、相続された財物については(訴求して得たそれについてと同じく)「三日間の占有」が不要とされていることは、われわれの問題にとって大いに参考になるであろう。言うまでもないが、訴求して得た財物についても、*auctor* 「追奪担保人」は存在せず、存在しうるのは証人だけである。

因みに、ザクセンシュピールゲルには、現代語の *Besitz* に当たる名詞は見当たらないが、*besitten* という動詞は、右の条項のほか、二・一四・一、それにレーン法の七一・一四(二・三)、二二・三、三八・一、一四・一等にも現われる。これらすべての箇所においてこの語には「暫定的・一時的に」、あるいは、「やや変則的な形で」、あるいは、「法的な根拠なしに」、あるいはそれどころか、「法に反し実力をもって」占有する、などの含意をもっている。つまり、この *besitten* の

語には、占有、権利というニュアンスは微塵も認められないのである。なお、後註(208)をも参照されたい。

- (82) バウアーマイスターの前で法を拒み、上級の裁判官の前で訴えられると、上級の裁判官に罰金を支払い、村民たちに三〇シリングをもつて贖罪し、(不法に占取した)彼等の共有地を返却しなくてはならない。これに対して、バウアーマイスターの前で法を拒まなかった場合については、後の二つ(『贖罪金の支払と共有地の返却』が明記されていないが、本文に引用した二の末尾「その後法廷で判決をもって剝奪される」から、少なくとも共有地は当然返却しなければならなかったものと推定される。

- (83) アイケ以後に付加された(二・四四・二)については、前註(66)ですでに述べたが、その際、この条項もまた、単なる一年と一日以上の占有によつては、適法なゲヴェーレ、あるいは、新たな権原は生じない、という趣旨を説いたものであることを明らかにしておいたつもりである。たつた今述べたばかりの三・八六・一と二についても、前註(66)で述べたところを参照されたい。

- (84) この条文はザクセンシュピーゲルの中で最も難解なものの一つであり、本文に掲げた試訳でも、かつての邦訳を——一々指摘はしないが——かなり改めざるをえなかった。

この条文を正しく読み解く鍵は、*egenle were*とは何か、という問題であるが、これはとうてい本稿の註には収まり切らないので、近く別稿「*Eigengewere*考」(仮題で改めて論ずることにし、ここでは本文に示した現在の私の読み方について、ごく簡単に以下のことだけを補足しておきたい。

アイゲン・ゲヴェーレとは何かを考える場合、まず真先に参照しなければならないのは、*lenggewere*(= *Lehngewere*)の立証方法について定めたレーン法七四・二(と三八・三)であろう。それによつて、「単なるゲヴェーレ(三八・三では「普通のゲヴェーレ」。いずれも「事実としての占有」の意)を人は、誰であろうとも彼等の法(『権利』について、非議される余地のない人々と自分とも七人で証人により立証する)のに対して、「*Lehngewere*を人は主君の家臣六人と(自分とも七人で)証人により立証しなければならぬ」かつたことがわかる。すでにこの立証方法、具体的には証人となるべき者の相違から、

Lehnsgewereとは単なる(事実上の)占有ではないことがわかる。後に次節(五)で詳論するように、それは少なくともレインとしての占有であり、さらに突きつめて言えば(主君による授封にもとづく)そのための法的根拠^{||}権原を意味している。「六人の参審自由人と(自分とも七人で)」立証されるべきアイゲン・ゲヴェーレが、単なる占有でありえないことは明白であらう。

しかし、それ以上に重要なのは次のことである。すなわち、ザクセンシュピーゲルにアイゲン・ゲヴェーレに当たる概念が登場してくるのは唯一、この箇所だけである。しかも、この箇所の *egenleke were* は、特に一つのケースにおいて家臣が主君に対して立証すべきものとされている点で、通説の説くアイゲン・ゲヴェーレの概念——それは、前註(3)に引用したように、主君が持つものとされている——とはまったく似ても似つかないものである。したがって、通説の説くアイゲン・ゲヴェーレの概念は根本的な再検討を迫られることになる。

その場合、おそらく最も示唆的なのは、あれだけ(主に中世後期の)史料を渉猟し、多数の原史料を引用しながら自説を展開したアルブレヒトが、ことアイゲン・ゲヴェーレに関しては、唯一、この二・四四・三しか挙げていない、という事実であらう。つまり、この概念についてはそもそも他には史料がない、という蓋然性が高いのである。ザクセンシュピーゲルがそれから後に成立した(特に北ドイツの)法史料に大きな影響を与えているのに、どうしてこの条項は痕跡を残さなかったのか。これが、右に掲げた続稿で私が解こうとする問題であるが、それに対する私の解答だけを述べておくと、この概念はアイケ・フォン・レプゴウの(法)理論的考察によって生み出されたものであり、しかも(少なくともこの条項のケースについては)現実には立証不可能なものであった、そこでこの条項(したがって、アイゲン・ゲヴェーレの概念)は他の法史料によって黙殺された、というものである。(相続されたアイゲンについてはゲヴェーレの概念が用いられていない、また、ゲヴェーレとは第一義的には占有ではなくそのための権原である、という本稿で得られた認識が、右に略述した結論によって確かめられることは言うまでもあるまい。なお、後註(87)および(82) *ALBRECHT, S. 9 u. S. 106, Ann. 225* を参照されたい。

(85) その直前、二・四三・二に「またある人は相続(された)アイゲン(alt egen)を、他の者が売却または譲渡されたアイゲン (gehoft egen oder gegeben) (を取得するの)に優つて、(立証 取得することができるとあり、二・四四・一はそれを承けて書かれたものである。

(85 a) 一・六一・一、一・六一・四、二・一二・二、二・五六・一、三・一九、三・七八・一。さらに、二・四一・二(前註 80) もここに属する。

(86) 一・一七・一および一・三・三を参照。そこにも明らかのように、ラント法では均分相続の原則がおこなわれているので、たとえばある者が複数の(成年に達した)息を遺して死んだ場合、相続人(のうち誰か)がすでに親許を離れていることも少なくなかつたであろう。これに対して、(少なくとも土地については相続権のない)配偶者(この場合なら、妻)は、彼女自身が健在の場合、夫の存命中(ならびに死亡直後) ふつうは夫と同じ家・屋敷に居住し、しかもそれを夫とともに「ゲヴェーレの中に持っている」(二・二〇・四、前註42)。しかし、この(占有の有無の)事実が相続権に何の影響を及ぼさないことは言うまでもあるまい。

なお、右に述べたような事態を前提した規定として特に重要なのは、一・二二・一であろう(相続人は、三十日忌以前に寡婦のもとに赴いて *geit* (＝遺産、この場合、家・屋敷または所領の含意が強い)の中へ入り、もつて、彼に帰属する(あるいは、帰属している)もののうち何かが失われることのように、見守ることができる。また、その婦人(＝寡婦)は彼の助言をもつて埋葬および三十日忌をとりおこなうべきである。これ以外に彼は、三十日忌にいたるまでその *geit* (＝遺産)についかなる権力(*walt*)をも持つべきでない)。すなわちこの場合は、少なくとも(遺産の配分がおこなわれるまでの)三十日間、被相続人が彼に遺したアイゲンについても、それを見守っているだけで、占有してもいいし、現実には支配してもいいことは明らかであろう。なお、三・一五・一―三をも参照。

(87) 一・三六・一―一・四〇を参照。(各人がそれに生まれついている)「法」(＝権利)がアイゲンの持主であるための要件であることについては、前註(53)ですでに指摘しておいたが、そのことを考えると、一・八・一が、アイゲンを法廷で譲

渡または質入した者が後にその「約定」を否認しようとするケースを、自分の法（「権利」）が判決によって剝奪されたことを否認しようとするケースと同列に並べ、それらの者を承服させるために、「裁判官が、彼のために判決を発見する人々（「参審員」（六人）と自分とも七人で証人とならなくてはならない」として、最も重い（あるいは慎重な）証明手続を要求しているのは決して偶然ではない。ただし、「法」はアイゲンの持主であるための要件でもあり、そのアイゲンの方は——平和とならんで——ラント法概念の枢軸を形成しているのであるから（前註（49）をも参照）。因みに、前註（84）で論じた二・四四・三がアイゲン・ゲヴェーレの証明のために要求している手続（「自分とも七人の参審自由人を証人とする立証」）は、（裁判官と本人、参審員と参審自由人が入れ換っている点を除いて）基本的にはこの最も重い証明方法と類似していることにも注意されたい。なお、後註（92）をも参照。

（88） 一・五二・一。

（89） 二・三一・一と二、および、一・三八・二を参照。なお、この点については、前註（53）をも参照されたい。

（90） 一・五二・一を参照。ところでなぜ裁判所（あるいは、「国家」と言ってもよい）は、アイゲンの譲渡について、かくも深い関心を抱くのであろうか。その理由は次の二点に集約できるように思われる。（a）アイゲンは参廷義務（Dingpflicht）——したがって、裁判所自身の構成——の実質的基礎と見なされていたこと（一・二・二と三、一・三四・一、三・八一・一を参照）、（b）もう一つ、譲渡されたアイゲンをめぐって実力による紛争が発生するのを避けようとする目的から。後者に関連しては、三・五六・三（「またアイゲンが譲渡され、それ（「アイゲン」）の上に平和が付与される場合、フロートン・ボートはそれにつき三シリングを（彼の取分として）取得すべきである」）に明らかのように、譲渡されたアイゲンには、裁判所の職権により平和が付与されていることに注意されたい。なお、この点については、Albrecht, S. 67f.をも参照（そのS. 68, Ann. 135に引用されている Schles. Landr. I, 39, 3では「この平和を goits frede und meines herren, des koniges, frede（神の平和、また私の主君、国王の平和）」と呼んでおり、譲渡されたアイゲンに対する平和の付与も、神の平和・ラント平和と密接な関連をもっていたこと、はつきり言えば、その産物であったことがうかがわれる）。平和の問題についてはさらに、前註（35）、ならびに、本節（三）

の本文で述べたところをも参照されたい。

- (91) 二・四三・一には、同一の所領について、それを自分の（「自分が受領した」レーンであると主張する者（A）と、それを自分のアイゲンである主張する者（B）とが、mit gleicher were（同じ、あるいは、同様のゲヴェーレをもって）争うケースが出てくる。この場合、「後者（B）は、参審員（sepen）二人の証言をもって、他の者（A）が（それを）レーンとして（立証取得するの）に優つて、それをアイゲンとして（立証）取得することができる」が、その根拠としては、Sachenspiegel-Glosse（ザクセンシュピーゲル註釈）の昔から、後者（B）が「法廷譲渡」を受けたことが指摘されている（HOMEYER, I, S. 273を参照）。

この見解が正しいことは、ザクセンシュピーゲルにおける sepe（参審員）と sepenbare（直訳すれば、参審員になりうる人々＝参審自由人の用語法を調べることで、疑問の余地なく確認することができる。すなわち、前者は法廷で（判決発見人として）活動する「参審員」を指すのに対して（一・六三・二と五、二・四一・一、三・四五・五、三・五六・一、三・六一・一、三・六九・一、三・八一・二）、後者は一言にしていえば身分としての「参審自由人」を指している（二・二一・一、一・三・二、一・五一・四、一・五九・一、一・六七・一、二・三・二、二・二二・二と四、二・四・三、三・一九、三・二六・二、三・二九・一、三・四五・一、三・五四・一、三・五五・二、三・七三・一）、両者ははっきり区別して用いられている（この点、一・二・二だけが唯一の例外をなしている）。したがって、「参審員二人」というのは、それ自体ですでに、法廷でおこなわれたことについて証言されることを示唆しており、法廷譲渡について譲渡人本人が証言する場合には、おそらく参審員二人と自分とも三人で立証できたのだ、と思われる。なお、二・四四・三でアイゲン・ゲヴェーレの立証のために要求されているのは、参審自由人六人と自分とも七人の証人であつて明らかにこれとは異なり、前述のように、譲渡人が後に譲渡を否認したとき、それを上廻つてその事実を立証するために要求される場合（一・八・一）と基本的には類似している（前註（84・（87）を参照）。この点、ALBRECHT, S. 106, Ann. 225 はもちろん、HOMEYER, I, S. 506f.（Glosse zu Zeuge, Zeugnis）でも十分に細心とは言えない。

ところでしかし、二・四三・一については、実は——以上の認識をもとに——さらに一歩進めて次のように考えることができる。もし、ある第三者(C)が——Bに対し——(ラント)法廷で、土地を譲渡したのだとすれば、この土地はもともと彼のアイゲンであつたはずである。そうだとすれば、Cのアイゲンである土地をAに授封できるのは、ほかならぬC本人以外にはない、ということになる。そこで、この土地をめぐるA・B両者の争いの背景として、具体的には次のケースが——唯一つありうるケースとして——浮び上ってくる。すなわち、主君Cは、そのアイゲン(の一部)を家臣Dに授封し、家臣Dがそれを占有していた。次に、この同じ土地を、Cは家臣Aに対しゲディングの形で(つまり、Dが封相続人なしに死亡したときに占有させるという条件で)授封する。さらにその後で、Cが同じ土地をこんどはBに対し(ゲディングの場合と同じ条件で)法廷で、(『アイゲンとして』譲渡(の約定を)する。その結果、D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。

以上のように考えれば(すべての関係行為が適法におこなわれるという前提に立つ限り、繰り返して言うが、これが唯一可能なケースである)、ゲディングには——次節でさらに詳述するように——(主君の側に交替が生じた場合の)voige(上級主君または新しい主君に授封更新を求める権利)がないから、AがBに敗ける理由をより具体的に把握できるだけでなく、mit geliker wereという表現についても、次のような新しい理解が可能になる。すなわち、この表現は、ゲヴェーレ占有という通説を前提にして、AとBと同じ占有を持って、つまり双方とも占有を持たないで、と解されてきた。この解釈は——右に述べたことから明らかなように——実質的には必ずしも間違つてはいないのだが、それならばなぜ同じことを言うのに、他の箇所のように端的にane wereとかsunder gewere(ゲヴェーレなし)と言わないのか——この点については後註(10)を参照——、という疑問に答えることができない。右のように考えることによつてはじめて、この表現が単に「同一(あるいは、同様の)権利をもつて」を指す、というだけでなく(この点については、三・二一・二に出づけるmit geliker ansprakeという表現とも比較されたい)、さらに進んで、同一のactorによる追奪担保のことを言おうとしているのだ、と理解する可能性さえ出てくるのである(この最後の点については、前述(79)をも参照されたい)。

(92) 本文 (b) で引用した (二・四二・二) の直前に位置する二・四一・一は、前註 (76) ですでに述べたように、原告と被告の双方が同じ所領について、それは(それぞれ別の主君から受領した)レーンであると主張して争うケースである。したがってこの場合、(二・四二・二) で述べられている適法なゲヴェーレが及ぼす具体的な効果は、いずれにしてもレーンの帰属にかかわるものであつて、実質的にはアイゲンの帰属の問題とは関係がない。

(93) いわばその代りに、「アイゲンとフーフエについてザクセン人は、三〇年と一年と一日をもつて沈黙により権利を失う (verwiesen) ことがありうるが、それ以前に (沈黙により権利を) 失うことはない。皇帝とシュヴァーベン人は、彼等がそれを証人により立証しうる限り、彼等の相続財産について沈黙により権利を失うことは決してない」(二・二九)。通説のように、「適法なゲヴェーレ」を持つ者はもはやいかなる者にも (あるいは、いかなる相続人にも) 敗けることはない、と考えると、この条項はまったく理解できないものとなつてしまふ。なお、この条項中、ザクセン人に関して「三〇年と一年と一日」という期間が挙げられているが、このうち、三〇年はおそらくローマ法の消滅時効の期間から来たものであり、それに(いわば固有法の)——持主の権利が完全(つまり、元に戻らない形で)失われてしまふのに必要な——一年と一日の期間(前註80)が加算されている。この最後の点については、「子たちの年期は彼等の出生から一三年と六週間(すなわち、成熟に達するまでの一二年に、授封を乞うための年期)一年と六週間を加えた期間)である」(レーン法二六・一)をも参照されたい。

(94) この点、前註 (3) に引用したミッタータイスがもつともはつきりしているが、すでにアルブレヒトも、基本的には同じ見解を述べている (S. 86)——ただし彼は、一方でレーン法一四・一については、「家臣が従属農民に対し、所領全体ではなく、個々の割地を小作に出しており、したがつてその収入の一部は直接的利益から (wer es in nuzze hat) 一部は小作料から (und in gelde hat) 成っている場合」(S. 5) であるとして、やや折衷的な見解を述べている——。なおヒルシュは、基本的には「ledigliche Gewere がレーンないし家臣にかかわるものと考えていたようにも見受けられるが (Sachsenspiegel Landrecht, S. 212, Anm. 5 nach ders. Eike von Repgow, Sachsenspiegel Lehnrecht, 1939, S. 116, Anm. 7) それと並行して Zinsgut または Erbzinsgut につづつて (ledigliche Gewere が成立するかの) とき言ひ方もしつづつて (Sachsenspiegel

Landrecht, S. 112, Anm. 5 u. 4) 折衷的と言わんよりは些か混乱している。

(95) 一・三四・二。これについては、前註(80)を参照。

(96) ここでは②に属するものだけ挙げることにすると、(一・九・三)(邦訳に「保障すべきところ」とあるのは、訳註をも含めて読みすぎであり、「他の者には」封与しないで(自由にして)おくべきところ」と解すべきであろう)、一・三三、一・三八・二、二・二一・二と三、三・六〇・一と三、三・八〇・一、三・八一・一、レーン法、七・一と五、一〇・二と四、一一・二、一四・四、二四・六、二九・四、四四・一、四九・二、五五・一と九、五六・四と五、六五・三、七一・三、七二・八、七三・一、七四・一、七五・三、七六・三などである。これらのうち、「授封されていない」という語義を最も端的に示すのは、it si leich oder verlegen (それが(又)授封されていないといふと)という表現であろう(七・五。なお、六五・三をも参照)。右に挙げた箇所のうち、レーン法に出てくるものはもちろん、ラント法に出てくる箇所も、すべてレーン(もしくは、裁判権レーン)に関係している。これによって、②の用法における leich の語がレーン法上の概念にかかわるものであることは、紛う方なく明白であろう。

なお、拙稿「中世ヨーロッパにおける法秩序の構造と展開」をめぐって(『法制史研究』三四、一九八五年、一四三頁)に、「leicheke」という語は、『ザクセンシュピゲル』に出てくるすべての箇所において、「レーンとして授与されていない」の意に解することができる」と書いたのは、——leicheke の語はラント法の一・三四・二と二・五七にしか出てこないから——それとして間違っているのではないのだが、もともとそこで言いたかったのは、実はこの leich の第二の用法に関することであって、そのように補正してお読みいただければ幸せである。

(97) (二・三)、五・一(三箇所)、五・二(二箇所)、六・一、六・二、七・一(二箇所)、七・三(二箇所)、七・四、七・六、一〇・一、一〇・三、一一・一(二箇所)、一三・一(五箇所)、一三・二、一三・三、一三・四、一四・一(三箇所)、一四・三(ii)と(iii)、一四・四、一六、二二・四、二六・九(二箇所)、三〇・一、(三一・二(二箇所))、三二・一、三三・三、三五・一(三箇所)、三五・二、三七・三(二箇所)、三八・一、三八・二(二箇所)、三八・三(二箇所)、三八・四、三九・

一、三九・三、四〇・一（五箇所）、四〇・二、四一、四三・一、四五・三、五二（四箇所）、五三（ii）・（iii）・（iv）、五六・一、五六・二、五六・四、五六・五、五七・一（四箇所）、五七・二、（五七・四）、五七・五、五九・一（三箇所）、五九・二、五九・三（三箇所）、五九・四（三箇所）、六〇・一、六二・一（二箇所）、六二・二、七一・九、七四・一（四箇所）、七四・二（二箇所）、七五・二、七五・三。

(98) そのうち八箇所は (des) lenes gewer(e) という形で現われる（一三・一（iii）、三八・一、三八・二（ii）、三八・三（i）、五三（ii）、七一・九、七四・一（iv）、七四・二（i））。これについては本節（五）で論ずる。また、他の二箇所（三〇・一、四五・三）のうち一箇所（四五・三）は占有されていないレーンにかかわるが、これについては後註（102）を参照。

(99) 六九・二は、主君のレーン法廷で証人となり判決を非難しうる要件として、「半フーフエ（の土地）または五シリングの、年収（*vi scillinge jarlikes geldes*）（『毎年五シリングの収益、を主君から（レーンとして）受領している』ことを挙げている。一二・二では、証人たりうる要件が「半フーフエまたは五シリングの収益を生む *geit*」とやや紛らわしい表現になっているが、一一・三により、「水車場ならびに貨幣、鑄造所ならびに関税所ならびに葡萄園ならびに十分の一の税もしくはそのような性質をもつ事物に、ある家臣が授封される」ことがあるのがわかる。これらは、いずれも、言うまでもなく土地ではなく、そこからの収益だけが家臣のものとなるケースである。因みに、このいわゆる「定期金レーン」については、「主君がそのレーン（の所在する）敷地（あるいは、場所）を彼の支配（*gewalt*）の中に保持しているも」、家臣は *volve*（これについては後述するが、主君の側に交替があった場合の授封更新請求権である）と相続権とをもつが（同上）、それを賃料または貢租とひきかえに誰かに貸し出すことはできない（六〇・二）。この後の点は、後述する小作地と同じ扱いである。本稿では、「裁判権レーン」、「ブルク・レーン」、「旗封^{フリースレ}」、「パウアーマイスター・レーン」といった特殊なレーンについては立ち入らないが、「アイゲン・レーン」についてだけは、後に本節（三）・（c）——特に註（103）で——触れるところがある。

(100) 一三・三と六〇・一。これらについては、本節（六）で論ずる。

(101) 五・一（ii）と（iii）、五・二（i）、七・一（i）と（ii）、七・三（ii）、一〇・一、一四・三（ii）、一四・四、三五・

一 (i) '三八・二 (i)'、五七・一 (i) と (iii) '五七・二、五七・五、七五・三。

- (102) 四五・三と五三 (iii) — in geweren (nicht) ne hevet (ゲヴェーレの中に持つていない)。一一・一 (i) '、一三・一 (i) と (v) — an (sinen) (ge)were (nicht ne) hevet (彼のゲヴェーレにおいて持つ、または、持たない)。三〇・一と (三三・二 (i)) — in (sinen) weren behalt (od. behalde) (彼のゲヴェーレの中に保持する)。五六・四と七五・二 — in den (ge) weren sit (ゲヴェーレの中に居る)。六〇・一 — in unrechter were sit (不法なゲヴェーレの中に居る)。一三・四と (三一・二 (ii)) — in rechten geweren havet (od. besterve) (適法なゲヴェーレの中に持つ、あるいは、その中で死ぬ)。七四・一 — in sinen lenes geweren hadde (彼のレーン・ゲヴェーレの中に持つていた)。二・三 — in de gewere kunt (ゲヴェーレの中へと入る)。五九・四 (ii) — weder an ere were nemen (改めて彼等のゲヴェーレへと受領する)。五九・一 (i) と七四・一 (ii) — in sin(e) were let (彼のレーン・ゲヴェーレの中へと引き渡す)。七一・九 — in sinen lenes geweren here bracht hevet (彼のレーン・ゲヴェーレの中へと持ちこんだ)。六二・一 (ii) — in sine were bevolen hevet (彼のゲヴェーレの中へと委託した)。五九・一 (iii) — ut sinen weren gelaten hevet (彼のゲヴェーレの中から引き渡した、あるいは、放棄した)。三八・四 — van sinen weren wisen (彼のゲヴェーレの中から逐い出す)。なお、レーン法におけるアイケ以後の補筆にかかる箇所が、(五七・四)を除いて、すべてここに属していることに注意されたい。ここでも、「占有」の語義が古いとは必ずしも断定できないのである。

- (103) 五三 (ii) と一三・一 (iv)。ただし五九・四 (iii) では、「それ(＝所領)を授封なしに持つている者に対し、恩顧をもつて (mit minnen) (つまり、「話し合いで」——この点については、ラント法三・一五・一を参照——ただし、この場合にはむしろ「主君の一存で」) もしくは判決をもって、彼のゲヴェーレを破る」ものとされている。この点については、本節(四)でさらに後述する。

- (104) 以上のほか三九・三には、「ある家臣が主君の面前で(＝主君のホーフまたはレーン法廷で) 所領を(断念し) 他の家臣に譲渡するならば、そのとき彼(＝譲受人) はただちにその所領につき第一の家臣のものであつたゲヴェーレを取得する」とあ

る。主君の面前で譲渡した瞬間、譲受人に移ることができるのは、占有ではなくて占有権であろう。また、三三・三によると、主君が家臣をしてある所領を（攜まへ）占取させたのに、「それにつき彼（家臣）を（たとえば、それをすでに他の家臣がゲヴェーレの中に持っていて）主君が保障（追奪担保）することができない場合、彼（主君）はそれにつき彼（家臣）に賠償すべきである、ただし、家臣が自ら期限を怠り、そのため彼の法定の年期限内における彼の適法な異議なしに（彼が一年の間に法廷で正式に異議を申し立てないまま）彼からゲヴェーレが失われてしまった場合には、その限りでない」とあり、少なくともこの後段においては、家臣が所領を実際には占有できないのに、一年間それについて正式に異議を申し立てない（あるいは、訴を起こさないでいたというケースを念頭に置いたものと思われる。そうだとすれば、この場合のゲヴェーレも、占有ではなくて占有権を意味することになる。

(105) 五・一。なお、これについては、次のような規定をも参照されたい。「以前にはそれ（所領）は、ゲディングゲのもとにある、また、それをゲヴェーレ（占有）の中に持っていた者が封、相続人なしに死んだ場合には（実際に占有させる）、という条件のもとにある、彼のレーンであった。彼（占有者）が死んだとき、そのときそれはゲディングゲ（あるいは、条件なしに（sunder ding）彼のレーンとなつたのである」（五七・一）。

(106) 五・二（ii）、七・四、七・六、一一・一（ii）、一六、二二・四、三五・一（ii）、三九・一、五一（i）、五九・二、五九・三（i）、六二・二。なお、ラント法には、一箇所だけ、er（der gewere）darvetとこう表現が出してくる（三・三二・六）が、これについては、前註（44）を参照。

(107) 三五・一（iii）と五九・三（ii）、および、五一（ii）と五七・一（iv）。なお、sunder gewereという表現も、ラント法に一度だけ出てくる（二・四二・一）が、これは、アイケ以後の補筆にかかる箇所であるだけでなく、前註（78）すでに述べたように、実質的にはレーンの帰属にかかわっている。

(108) 五・二（ii）、七・四、七・六、五二（i）、六二・二、および、五七・一（iv）。さらに、前註（102）に掲げた in geweren hevet, an gewere hevet の否、定形のうち、四五・三と一一・一（i）についても同じことが言える。

(109) 五・一 (iii)、五・二 (i)、七・一 (i)、一〇・一、五七・一 (i) と (iii)、五七・二、五七・五、および、五・一 (i) (この最後のものは、前註 (105) に対応する本文で引用した箇所である)。

(110) ザクセンシュビーゲルにおいては、*rechte* *len* の概念は、特殊な種類のレーン (前註 (99) を参照) との対比において、「通常のレーン」を意味することが最も多いが (特に、五五・九を、さらにまた、一三・一、五六・二、六三・一、六五・四、七一・二と一九、七二・六〇九をも参照)、ゲディングゲとの対比において、「ゲヴェーレ (||占有) の中にあるレーン」の意でも用いられる (五六・二、五七・四、および、ラント法三・七五・二を参照)。本稿で「正規のレーン」という場合、——*erlen* (*od. ervelen*) (世襲レーン——後註 (20) を参照) をも含めた——通常のレーンで、しかも (単なるゲディングゲでなく、その意味で) ゲヴェーレの中にある (||現実) に家臣によって占有ないし支配されている) レーンのことを指している、と御理解いただきたい。

(111) これに対して、「ゲディングゲにはいかなるフォルゲも存在しない」(五・一)。

(112) 家臣が授封更新を求めるのは、主君が死亡した (*Herrenfall*) の場合 (二五・一、四四・一、五七・四、六一・二) 以外に、主君が (家臣に授封している) 所領を断念し上級主君またはその家臣 (したがって、主君の *Mitvasallen*) に返還または譲渡した場合 (二・三)、二五・一、四四・一、四七・一、四八・一、五七・四、六一・二、その (家臣に授封されている) 所領が主君から判決によって剝奪された場合 (二五・一)、主君が家臣に対し主従関係を解約した場合 (七六・三〇七) などである。

(113) 家臣が上級主君に授封更新を求める場合、「彼 (||家臣) は上級主君に対し、彼 (||自分) に (自ら) その所領を封与するか、または彼 (||自分) に (新しい主君を) 指定して、彼 (||家臣) がそれを彼の最初の主君から受領していたのと同じ大きな名譽をもって受領できる (||彼のヘーアシルトを下げないですむ) ように、乞う」ことになる (二五・二) が、これに対して「上級主君が、彼 (||家臣) が彼に対し (新しい主君の) 指定を願ひ出してから一年と一日以内に、自分の口頭をもってどこへも (||いかなる主君をも) 指定しない場合には、この者 (||家臣) に対して彼 (||上級主君) は、それ以後どこへも (||他の主君を) 指定することができず、彼 (||家臣) にその所領を自ら封与しなくてはならない」(二五・二)。しかし、上級主君が

そのことを拒めばどうなるのか。「彼（『家臣』）の所領をフォルゲンする（『追い求める、すなわち授封更新を求めること』）には、（彼の）ヘーアシルトが国王のそれ（『第一シルト』）から下にある数と同じ回数だけ（たとえば、第五シルトをもつ参審自由人の場合なら、四回）の年期がある、（しかも）それぞれ（のヘーアシルト）につき六週間と一年」（二五・三）。なお、レーン法には、ここにも見られるように、一年と六週間（と三日）という年期も登場してくる。それと一年と一日という（通常の）年期の異同の問題については、いろいろなことが考えられるが、ここでは確信が得られないまま、一応いわば大は小と兼ねる（要するに一年以上）ということ、基本的には同じものと考えて論を進める。

- (114) さらに、封相続人が年期内に「臣従礼をもつて」授封を乞うた場合、「主君が不法にも、（mit unrechte）彼（『封相続人』）を家臣として受け入れることを拒むならば、家臣はそのため彼の臣従礼を捧げた所領を保持すべきであり、しかも（それを）奉仕（ないし、役務）なしに、（ane denest）占有すべく（besitte——前註（81）を参照）、また彼がそれにつき生きた証拠（『証人』）を有する限り、その所領につき二度と再び（授封を）願う必要がなく、しかし彼（『家臣』）はその所領を彼の家臣たちに（又）授封することができる」（二二・三）。この場合にも、実質上ほとんど授封を拒みえないことが明らかでなく、これではまるでそのレーンが主君のものでなくなってしまったのと同じではないか、という印象さえ生まれかねないであろう。しかし、①これは家臣の方では臣従礼を捧げたのに主君が不法にも授封を拒んだときのことであって、家臣がそもそも年期内に臣従礼を捧げて授封を願うのを怠った場合とはまったく異なる。それに、②その臣従礼についての証人が皆いなくなればそのときには、家臣は自己の正当性を証明しえないであろうから、おそらくそれより少し前に、改めて臣従礼を捧げて授封を乞わないとレーンについての権利を守れない。さらに、③彼が死んだ場合、おそらくこの所領を相続した彼の相続人は（その時の）主君に対し臣従礼を捧げ授封を乞わなくてはならない。以上の諸点を考えただけでも、この所領は依然として主君から受領したレーンとしての性格をもちつづけていることがわかる。なお、七六・三（後註（113）・③）をも参照されたい。

- (115) 前註（113）を参照。

(116) 二五・一。なお、この条文の後段は前註(113)に訳出してある。

(117) 二二・一。

(118) 六四・一。

(119) 六三・一。因みにこの条項では、「主君が彼の家人(Genstman)に対しホーフレヒトにしたがつて封与(または、貸与)する所領」が「臣従礼なしに封与(または、貸与)されるもの」の例に挙げられており、家人法はまだホーフレヒトに包摂されていたことがうかがわれる。

(120) 「いつであれ、ある主君が家臣のために、彼(主君)が彼(家臣)に(すでにゲディングゲの形で)封与(授封)している所領の中へ(入るよう)(第三者、主君の代理権者をして)(占有、指定(あるいは、占有引渡)をさせる時には、ただちにその家臣はその所領につき、主君がそれを彼に封与(授封)した以前に、彼(主君)のものであった(彼が持っていた)ゲヴェーレを取得する」(二〇・三。なお、*の箇所については、HOMER, Des Sachsenspiegels zweiter Theil, 2. Band, 1844, S. 395を参照)。通説はこれを、言うまでもなく、主君(の代理権者)による占有引渡があつたときにはじめて、家臣がその所領についてゲヴェーレ(占有)を取得する、と解するわけだが、それでは、なぜそのゲヴェーレは、主君が「占有引渡をした以前に持っていた」のではなく、「封与(授封)した以前に持っていた」のか、という疑問に答えることができない。この点については、なお後註(122)・(123)を参照されたい。

(121) 一〇・四。

(122) すでに前註(105)で引用したように、五七・一にもゲディングゲに関して、「彼(占有者)が死んだとき、そのときそれはゲディングゲ(あるいは、条件)なしに彼のレーンとなつた」という——前註(120)所引の一〇・三と同じ過去形の——表現が出てくる。この五七・一は、まず冒頭で「ある主君が女または男に對し、ある家臣の(占有する)所領につきゲディングゲを封与している場合、その後それ(所領)をゲヴェーレ(i)(占有)の中に持つ者が死亡するときは、その所領のゲヴェーレ(ii)はゲディングゲを封与されていた者に帰属したことになる(is istoren)」と述べている(前註(105)に所引の箇

所はこの後につづく。占有者の死亡と同時に期待権者に帰属するゲヴェーレ(ii)は、占有ではなくて占有権である(なお、Isteverenの語については、前註(53)をも参照)。さらに、五七・一の後段では、主君が「それにつき承認しない」場合のことが出てくるが、その場合、家臣が主君に(対し立証)想起させるべきとされているのは「授封」(Ienunge)の事実であって、占有指定(あるいは、占有引渡)のことはまったく問題になっていない。なお、この最後の点については、次註(123)をも参照。

(123) 先に本文に訳出した六・一の前段の原文は次の通りである。De vader erft op den sone de were des gudes mit sament deme gude. アルブレヒトは——私とは反対に——この箇所の gewere を占有、gut を causa possessionis と考えている(S. 34)——なお、ホーマイヤーもこれに従っている(HOMER, I, S. 437, Glosse zu Gut)——。その際、アルブレヒトが論拠として挙げているのは次のことである。「ゲヴェーレはレーンの占有とそれ以外の種類の占有に共通するものであるのに対して、(ザクセンシュピーゲルの著者が)レーンの語によって表現しようとしているのは、前者(＝レーンの占有)を後者(＝その他の占有)から特に区別するもの、つまりそれをレーンのゲヴェーレ(＝占有)(Lehns-Gewere)たらしめる causa にはかならない」。Lehns-gewere が単なるレーンの占有であるかは、のちに本節(五)で検討するが(その際、アルブレヒトが同頁・註67で挙げているレーン法六三——現在の条文の数え方でいえば五九・三——にも当然触れるが、同じ註に引用されているシュヴァーベンシュピーゲルの条文はその引き写しにすぎない)、ここではとりあえず次のことを指摘しておきたい。

①この六・一では(五九・三のように)ゲヴェーレの語が(授封の意味における)レーンと対比されているのではなく、gut という(これまたすべての財産・財物に共通に用いられる)汎漠とした語と対比されている。そもそも gut などという占有の causa ないし権原が存在しうるのか。②この六・一につづく六・二では次のように述べられている。「しかしいづれかの者が息を欠くならば、その者はその所領のゲヴェーレを主君に相続させる、(de erft op den herren de gewere des gudes)」。ただし主君がそれにつきゲディングを(他の家臣に)封与していた場合はこの限りでない」と。erven (= vererben) という語は、被相続人がその遺産を死亡の瞬間に相続人に相続させる、という意味に用いられる(それゆえ、Der Tote erbt den Lebendigen”

は“Le mort saisit le vif”と同義であるとされる)が、管見の及ぶ限り、アイケがこの語を——いわば誤つて——相続以外のケースに用いているのはこの六・二以外にはない(右の箇所は当然、たとえば *wert de gewere des gudes oppe den herren irstorven* とすべきところである。現にアイケ自身、二一・三では *It ne efti neman nen len wan de vader op den sone*——なんびともレーンを相続させることはない、父が息に(そうする場合)のほかは——と述べている)。しかし、この誤りによつて、著者の言いたいこと(つまり、ゲヴェーレは占有者の死亡の瞬間に主君に移る、ということ)はかえつてはつきりしたのではないか。この場合、占有者の死亡の瞬間に主君に移るものが、占有そのものでありえないことは明白である。③右の六・二にも出てくるゲディングの場合、所領のゲヴェーレが占有者の死亡の瞬間に期待権者に移ることについては、すでに前註(12)で五七・一を引用して述べておいた。これに関連して、五七・四に次のようなケースが出てくる。すなわち、占有者の死亡によつてその所領が期待権者に「すでに帰属している」(*is irstorven*)のに、主君はそれを承認しようとしめない。この場合、すでに五七・一でも述べられていたように、家臣は(ゲディングの形で)「すでに授封されていた」ことを立証しなければならぬのだが、これを立証すべき年期内に(したがつて、家臣がまだ授封の事実を証明しないうちに)主君が死亡し、あるいは、問題の所領を放棄して(上級主君に)返還または(*Mitrasallen*の一人に)譲渡してしまう——因みにこの場合、ゲディングについてはフォルゲの権利はなく(前註11)、フォルゲの権利は(家臣がゲヴェーレの中に持つ)正規のレーンについてしか存在しないはずである(前註12)——。このケースについて五七・四に曰く、「彼(『家臣』が(上級主君に)授封更新を求めて、上級主君から)適法にある者を(『新しい主君として』指定されるならば(前註13)、彼は彼の所領をゲディングとしてではなく、正規のレーンとして)フォルゲンする(『追い求める、その授封更新を求める』べきである、(ゲヴェーレは(占有者の死亡によつて)すでに彼(『家臣』に)帰属しており、しかも彼はそれ(『ゲヴェーレ』を彼(『新しい主君』のところへ適法に持つてきたのだから)と。これは、アイケ以後の補筆にかかる箇所ではあるが、この場合のゲヴェーレが占有でありえないことは明らかであろう。④四三・一によれば、「主君が彼の家臣から他の家臣の訴によつて(判決により)所領を剝奪するならば、主君は原告をその所領の——以前にはその所領が判決をもつて剝奪された者(『敗訴した被告』)のものであった——ゲヴェ

ーレの中へ（入るよう）（占有）指定すべきである（ただし）それ（『ゲヴェーレ』を彼（『原告』は六週間 *nutz* と *gelt* なしに（これについては、本節（六）で後述する）保持すべきである）。しかしかの者（『敗訴した被告』は彼の所領を引き戻すべき彼の年期を持つ）。この場合、少なくとも六週間の間は、原告がこの所領を占有していないことは明らかであろう。因みに、私が *Einweisung* を「占有引渡」と訳さないのは、こうしたことから、それが所領の現実の引渡ではないことがうかがわれるからである。⑤右のほかに、一三・一（iv）、五三（ii）、五九・四（iii）（以上、前註四）、一〇・三（前註四）など、ゲヴェーレの語が占有権あるいは占有のための権原を意味する事例には事欠かない。しかも、アルブレヒト自身そのことにはつきり気づいていたのである（この点できわめて興味深いのは *S. 24, Anm. 58* における彼の発言である）。それにもかかわらず、六・一についてもゲヴェーレの語を占有と解し、*gut* にその権原を求めようとするアルブレヒトの所説は、実は彼のゲヴェーレ＝占有という先入観の所産にすぎない。現に彼は、同じ頁の註 68 で *Göltzer Lehnrechte* から *der vader ervit an den sun bede, nutz unde len*（父は息に *Nutzen* と *Lehn* 双方を相続せよ）を引き *nutz*（＝*Gewere*）と註解して自説の補強に用いているが、この史料は *len*（＝*Gewere als Rechtsittel*）と註解を変えただけで、私見を支持する史料と化するのである。

(124) とりあえず、「授封なしのゲヴェーレ（『レーンの占有』はすべて不法である」という五九・三の一節を御参照願いたい。「不法なゲヴェーレ」については、本節（四）で後述する。

(125) 「主君が家臣に対し、彼（『家臣』が彼の所領をそれにつき（授封を）希求しまたは（それを）引き戻すべき期間の懈怠により（すでに）失ってしまったている旨、責める場合、家臣はそれにつき彼の雪冤宣誓をおこなう（『雪冤宣誓をもってその非難を却ける』ことができる。しかしその場合、主君が、彼（『家臣』から年期（がすぎた）後彼の家臣たちの面前で（『レーン法廷で』その所領についてのすべての請求権（*ansprache*）が判決をもって、剝奪されている旨、証人により立証できる場合はこの限りでない（『家臣はもはやその雪冤宣誓をもってその所領を取り戻すことはできない）。主君はこの場合、その家臣から彼の所領を（彼が雪冤宣誓をおこなっても）六人の家臣とともに証人により、剝奪することができる」（四二・一）のである。

(126)

ホーマイヤーは、当時まで残されていたザクセンシュピーゲルの全写本の比較検討した上で、今日なお基本的にはそのままの形で継承されているその決定版を刊行したことで有名である。ザクセンシュピーゲルの読みにかけても、今日なお彼を凌駕する者はいない、と言つてもよいが、そのホーマイヤーは、まさにザクセンシュピーゲルを隅から隅まで熟知していたがゆえに、(史料には裏づけを求めることのできぬ)アルブレヒトの「法律的ゲヴェーレ」(Juristische Gewere)——今日では、ふつう「観念的ゲヴェーレ」(ideelle Gewere)と呼ばれる——概念に対してはきわめて懐疑的であつた。彼はアルブレヒトが「法律的ゲヴェーレ」の成立を認めているケースを、①自らの意思に反した判決によらずして占有を失つた者、②不動産を法廷譲渡によらず、単に引き渡した者、③相続人、④物(不動産を含む)を裁判官(の判決)によつて与えられた者、⑤不動産を法廷で譲渡された者、以上の五つに分けて、それを批判(①と④については全面的に否定、⑤については限定しているが、特に③の相続人の場合には当然、「法律的ゲヴェーレ」が成立する、と考えている(II, 25. 27)。しかし、彼がその際参照を求めている同書四一七頁以下は、(この批判そのものと同じく)彼が——主としてザクセンシュピーゲル・レーン法の所見に忠実に従いつつ——“System des Lehnrechts der sächsischen Rechtsbücher”を叙述した件りであつて、ラント法とはまったく関係がない。つまり、ホーマイヤーでさえ、——アルブレヒトのゲヴェーレ論に引きづられて——そこで問題になつてゐることはレーンの相続にだけ関係する、といういたつて単純な事実を見落しているのである。本稿によつて明らかのように、レーンについてはゲヴェーレが相続されるから、アイゲンについても、当然それが相続されるはず、と考えてゐる限り、ゲヴェーレ論のアポリアを突き破ることはできない。従来ゲヴェーレ論を根本的に批判する鍵は、実は、レーンについてはゲヴェーレが相続されるが、アイゲンについてはその相続(あるいは、ゲヴェーレそのもの)が問題になつてゐない、ということをは、見できるかどうかに潜んでいたのである。

(127)

裁判権レーンは(定められた場合のほか)なんびともそれを又授封してはならない(七一・三)。ブルク・レーンとパウアーマイスター・レーンを人は又授封することをえない(七一・九、七七)。「aneuvelle」(これについては、なお本節(七)で後述するが、封相続人が未成熟の間、所領の収益を取得する権利)については、いかなる *lehnrecht* (=レーン法上の権利、この場合、

具体的には又、授封の権利を指すもなく、また、その所領に対するいかなるフォルゲ（の権利）も存在しない（二二六・七）。また、いわゆる「定期金レーン」（前註99）については、なんびともそれを賃料（*zins*）とひきかえに又貸をしてはならない（六〇・二）。なお、ブルク・レーンの場合については、後註（152）をも参照。

(128) 本稿では、*Unterbelehnung*の訳語として、（再、授封というと、前述したフォルゲ＝授封更新の場合と紛らわしいので）又、授封といういささかなじみの少ない邦語を用いることにした。

(129) 三九・三（前註104）と六八・三（質入するときは主君の承諾が必要）を参照。なお、ラント法一・五二・二をも参照されたい。

(130) 五三。なお、これについては後註（197）でもう一度論ずる機会がある。

(131) したがって、ヘーアシルトを欠く者（たとえば聖職者や婦人）は、レーンを受領することはできるが、そのレーンにはフォルゲの権利も相続権もなく（二・二）、また、ヘーアシルトを持つ者が聖職者や婦人から授封されても、そのレーンは正規のそれにはならない（二・六）。なお、ヘーアシルト一般については、ラント法一・三・二を参照。アイケがそこで（受封能力しかない）第七のシルトについて、それが *leinecht oder hereschit hebben moge*（レーン法——レーン法上の権利——もしくはヘーアシルトを持ちうるかどうか）知らない、と懐疑的な態度を示しているのは、彼がヘーアシルトを特に授封能力と考えているからである。なお、*leinecht*＝授封能力という用語法については、二六・七（前註107）および七六・三（後註133）をも参照されたい。

(132) 「不法なゲヴェーレ」の場合については、本節（四）においてなお後述するが、ここではとりあえず、次のようなケースを指摘しておきたい。すでに前述したように（前註103・④）、「主君が彼の家臣から他の家臣の訴によつて（判決により）所領を剝奪するならば、主君は原告をその所領……のゲヴェーレの中へ（入るよう）（占有指定すべきである（が）、……かの者（＝敗訴した被告）は彼の所領を引き戻すべき彼の年期を持つ」（四三・一）。「この……年期内に（したがって、まだ彼がその所領を引き戻さないうち）彼が死亡するならば、彼がそれ（＝所領）を彼の息に相続させ、また主君が死亡するならば、

それについて他の主君のもとへと（あるいは、もとで）フォルゲンする（『授封更新を求める』ことができる。しかしながら彼は、彼がすでに彼の主君を相手どつてそれ（『所領』を引き戻したのでない限り（『引き戻さないうちは、（彼の家臣『彼の主君から見れば陪臣、の死亡等により）*Leich* になつた（『彼の手に戻つてきた）所領を（*an*）授封することはできない』（四四・二）。この場合、家臣あるいは主君の死亡により、家臣の所領引戻期間が短縮され、家臣の所領に対する権利が決められた年期よりも早く最終的に失われてしまわないように、という配慮から、家臣に対して一応相続権やフォルゲの権利が認められている一方、彼（あるいは、その封相続人がその所領を主君から引き戻さぬうちは権原に欠けるところがあるゆえに、たとえそれまで彼が自分の家臣に又授封していた所領が彼にとつて「自由な」状態になつても（したがって、本節（六）で後述するように、多くの場合は占有していても、それを別な家臣に対して又授封することはできない、と考えられていることは明らかであろう。

(133) アイゲン・レーンと正規のレーン（この場合、授封の対象としてのアイゲンは最もしばしば *des rikes gut*（『帝国領』）と対比されるから——六五・四、六九・八、七一・六、七一・七、七一・一七を参照——、特に *Lehn aus dem Reichsgut*、つまりもとを辿れば国王——皇帝に源を発するレーン、を指す）の実質的相違は、次の三点に集約することができる。①正規のレーンについては上述のごとくフォルゲの権利が存在するのに対して、「誰であれ（主君の）アイゲンをレーンとして受領している者があれば、それについていかなるフォルゲ（の権利）も存在しない」（七一・六）。この場合、アイゲン・レーンについては（主君の相続人は存在しうるが）、授封更新を求むべき上級主君がそもそも存在しないことに注意されたい。②「主君が彼の（ヘーア）シルトを（身分不相応の）臣従礼をもつて引き下げるならば（ラント法一・三・二参照）、彼はその家臣の（『家臣に授封していたレーンすべてを、それが彼のアイゲンでない限り、失つたことになる、しかし家臣たちは彼等の所領を上級主君から（改めて）受領するか、さもなければ彼（『上級主君』は彼等に彼等の（それまでの）主君の同身分仲間のを（新しい主君として）指定すべきである』（五四・二）。この場合、アイゲン・レーンないしそれを受領していた家臣がどうなるか必ずしもはっきりしないが、前記①の場合に帰着した蓋然性が大きい。③「主君が家臣に対し（主従関係を）解約するなら

ば、彼（Ⅰ主君）は、家臣が彼（Ⅰ主君）から受領していた所領を、それが彼のアイゲンでない限り、失ったことになる」（七六・三）。ただしこの場合、アイゲン・レーンについては、それを「家臣は彼の生涯のあいだ奉仕（あるいは、役務）なしに保持すべきであり、またそれを彼の子に相続させ、さらにそれにつきレーン法（上の権利、すなわち又授封）をおこなうことができる」（同上）。この最後の点も、アイゲン・レーンについては家臣は上級主君に授封更新を求めるわけにいかないから、ということが理由になっているが、主君がアイゲン・レーンを「失ったことにな」らないということと、家臣がそれを「生涯のあいだ奉仕なしに保持する」ことおよび家臣に相続権や又授封権が認められることとの関係については、前註（Ⅺ4）で論じた二一・三を参照されたい。

（Ⅺ4） 厳密に言えば、ゲヴェーレ（Ⅰ占有）を持つ者に対して与えられる訴訟上の特典は、もう二つある。（d）五・二に次のような条文がある「また誰であれ所領をゲヴェーレ（Ⅰ占有）の中に持つ者は彼がそれ（Ⅰ以下のことの立証）を必要とする場合、それ（Ⅰ所領）が彼の（Ⅰ彼が主君から受領した）レーンであることを、そのことを真実であると承知する主君の家臣すべてとともに、そのことを証人により立証することができる。（これに対して）それ（Ⅰ所領）につきゲディングゲを持つ者は、ゲヴェーレ（Ⅰ占有）を欠いているため、それ（Ⅰ所領）が彼に封与されたことを（実際に）見また聞いた人々（Ⅰ家臣たち）とともに証人により立証しなくてはならない」。つまり、所領につきゲディングゲしか持たぬ者は、授封の事実を証明するために、「目撃証人」を必要とするのに対して、ゲヴェーレ（Ⅰ占有）を持つ者は、必ずしも目撃証人によらなくてもよいわけである。これが一つの特典であることに違いはないが、これもまた単にゲディングゲしか持たぬ者との比較においてそう言えるにすぎない、というだけでなく、その場合、ゲヴェーレ（Ⅰ占有）を持つ家臣が立証しなくてはならないのは、単なる事実上の占有ではなくて、少なくともレーンとしての占有（それが彼のレーンであること）であることには変りがない（これについては、前註（84）で触れた七四・二と三八・三、および、本節（五）と（七）で後述するところを参照されたい）。（e）また、五二には次のような条文が出てくる。「家臣が、それにつき主君が（授封の事実を）承認しない所領を（自分のレーンである）と主張し、しかして彼（Ⅰ家臣）がそれにつきゲヴェーレ（Ⅰ占有）を欠く場合、彼（Ⅰ家臣）は主君に彼

の（『原告がその主張を貫徹しえなかった場合に主君に支払われるべき』罰金とその家臣たちの（『家臣たちに支払われるべき』贖罪金につき保証人を立てなければならぬ、……ただし、彼（『家臣』がその主君から、彼（『家臣』がゲヴェーレ（『占有』なしに（自分のレーンであると主張する所領のほか、いかなる所領をも受領していない場合に限る。しかるに彼（『家臣』がそれ（『他の所領』につきゲヴェーレ（『占有』を持つときには、彼のゲヴェーレ（『占有』、あるいは、占有している所領が彼の保証人たるべきである。つまり、他の所領をすでに占有している者は、右の場合に保証人を立てなくてすむわけである。これも一つの特典には違いないが、ほかならぬ最後の但し書自身に明らかのように、この場合、問題は占有の効果云々ということではなく、むしろ原告が担保として十分なだけ土地を持つているかどうかである。この点については、ラント法の次のとき規定をも参照されたい。「誰であれ……人命、金を上廻るだけ多くのアイゲンを持つ者は、彼が犯罪のゆえに訴えられる場合、いかなる保証人をも立てる必要がない」（二・五・二）。因みに、犯罪で訴えられる場合、人命金の額が保証の最高限度額である（二・一〇・二）。

- (135) ラント法二・七〇（前節（三）および前註（71）を参照）。因みに、ラント法では *van sime gude, dat he in weren hevet*（彼がゲヴェーレの中に持つ『占有』している所領から）とあるところが、このレーン法三八・四では、*van sinen weren*（彼のゲヴェーレから）になっている（ザクセン・ラント平和令では *a possessione rerum quas possidet*）。このことから、このゲヴェーレとは「彼が占有している所領」であることを完璧に証明することができる。前註（134）で述べた五二の「彼のゲヴェーレが彼の保証人たるべきである」の場合も、ゲヴェーレの語は「占有」といわんよりも、むしろ具体的に（占有されている）「所領」そのものを指している。なお、ゲヴェーレ『所領の用語法については、前註（13）をも照されたい。

- (136) ラント法二・二四・一。これについては、前節（三）で述べたところを参照されたい。

- (137) 五九・一と六〇・一。

- (138) 「授封なしのゲヴェーレ（『レーンの占有』はすべて不法（*unrecht*）である」（五九・三）。

- (139) この五九・一はザクセンシュピーゲル（レーン法）中最も難解な条項の一つである。本文には、私の理解したところにし

たがって事案を叙述するが、念のためにここにその原文を掲げておく。Verdinget aver en man sin gut to latene enem anderen de dat van eme nicht nemen ne wel, noch it eme sin herre nicht lien ne wel, let he it eme dan in sin were, unde liet he dat gut sinen luden na jenes willen, dat se it halden in lenunge jeneme mede sin unrechte were to sterkene; sculdeget ene dan sin herre dar umme vor sinen mannen (umme dat gut), dat he it (also) gelegen hevet, unde bekant he des, he hevet dat gut verloren dat he ut sinen weren gelaten, jeneme de dar nene lenunge an hevet. Dit is also, of he des gudes getogen hedde an enen anderen herren vor sine herren unde vor sinen mannen.

- (140) ヒルシュは、この箇所「BではなくてC」がその家臣に授封する」と読んでいる (Hirsch, *Sachsenspiegel Lehnrecht*, S. 159, Anm. 1)。しかし、それではBとCの間の「授封の鎖」は断ち切れたままなので、なぜそれがCの「不法なゲヴェーレ」を補強することになるのか、まったく理解できないであろう。

- (141) ホーマイヤーは、さすがに前註(140)の箇所はBと解しているが、この箇所については、Bの家臣ではなくて、Cの家臣に授封すると解している (HOMER, *Des Sachsenspiegels zweiter Theil*, 1. Band, 1842, S. 248)。これは——BとCの家臣との間にはもともと主従関係がないのだから——いささか不自然な想定であるだけでなく、やがて後述する五九・四の規定ともはつきり矛盾している。なお、後註(147)をも参照。

- (142) これについては、一四・二に次のような条文がある。「ある家臣が(その)所領を、彼がそれを受領している彼の主君の面前(＝主君のホーフまたはレーン法廷)で、ある別の主君から自分に(レーンとして授封された)ものであると主張し、主君が彼の家臣たちの中に(彼が授封したことについての)証人を持つ場合には、その所領につきこの家臣はもはやいかなる権利をも持たない、ただし、彼(＝家臣)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(＝別な)主君がそれ(＝所領)を立証・取得する場合は、この限りでない」。因みに、この条文の末尾、エックハルト版のテキストでは、*jene herre behalt it, van deme he it eme to seget*。(かの＝別の主君がそれを(立証・)取得する)となっているが、これでは意味が通らず、ホーマイヤー版 (H I, S. 120) と比較すれば明らかのように、*behalt* と *it* の間に *ne* が脱落している。

(143) 五九・二の末尾に、「彼(B)はゲヴェーレ(『占有』を欠いているがゆえに、(Bの家臣中)なんぴともまたそれ(『ゲヴェーレ』を彼(B)からレーンとして受領することをえない)。なお、ゲヴェーレ(『占有』なしの授封については、本節(四)の(c)で前述したところをも御参照いただきたい。

(144) 五九・三。

(145) 前註(138)で指摘したように、これも同じ五九・三の一節である。

(146) 「彼が居合^{あひあ}わ^あせているレーン法廷で三度訴えられるならば」という表現から、この場合Bは「適法なゲヴェーレ」を持つていたことが推定される。この点については、前節(四)の(a)で前述したところを参照されたい。

(147) Bが自分のレーン法廷において判決をもってレーンを占有するよう強制できる相手が、Cの家臣でありえないことは明白であろう。この点については、前註(141)を参照されたい。

(148) この点については、すでに前註(103)において触れた。

(149) 本節(三)の末尾を参照されたい。

(150) 前註(98)を参照。

(151) 七四・二および三八・三。なお、この点については、前註(84)をも参照されたい。

(152) 七一・九。因みにこれは、「ブルク・レーンをいかなる城臣(Borgere = Burgmann)も(又)授封することをえない」という原則が出てくる条項でもある(前註17)。城臣が——この原則を犯して——そのブルク・レーンを又授封した場合には、彼はそれを六週間以内に「自由」にし再び取得しなくてはならない。しかし、「このことがおこなわれる以前に、その城臣が死亡し、かつ、ブルク・レーンを授封された(彼の)家臣がその所領を(上級主君の)適法な異議なしに(『法廷で異議を申し立てられることなく)彼のレーン・ゲヴェーレの中へと持ちこんでいた場合には、彼(『家臣』は、それにつき証人により立証しうる限り、彼の法定の年期内に上級主君のもとまで彼の所領をフォルゲンする(『授封更新を求める』ことができる)」。この場合、陪臣のレーン・ゲヴェーレを認める法的根拠の薄弱さを、アイケ以後の補足は次のような論拠を挙げて

補強しようと努めている。曰く、「けだしこの家臣は、法（の定めるところ）に従って、その所領について彼（自身）の権利を証人により立証すべきであつて、彼の主君の権利を（立証する）には及ばないからである」と。これによつて見ると、このケースと「不法なゲヴェーレ」との間の決定的な相違は、やはり彼の主君（『城臣』による（ほんらいは禁止されていた）授封の有無に求められている、ということになる。

(153) この表現は七四・一に出てくる。

(154) したがつてこれは、形式的には、——本節（七）で後述する——「適法なゲヴェーレ」が成立しそうなケースであることに注意。なお、beitten（占有する）の語については前註（81）を参照されたい。

(155) 以上、三八・一。

(156) 三八・二。

(157) 同じく三八・二は、すぐ前のところ（前註（156）に対応する本文）で引用した箇所に先立つて、次のように述べている。「しかしながら家臣（C）が、主君（B）から彼（C）の所領がレーン法（廷の判決）をもつて剝奪されたこと、もしくは彼（B）がこれ（『所領』）を断念し（て上級主君Aに返還、またはAの他の家臣に譲渡）したことを、証人により立証しうるならば、主君（B）の（証人の）証言は反駁されたことになる」。

(158) 七・三。なおこの条文によつて、（レーン）ゲヴェーレの概念が、（下級）主君Bの家臣（C）に対する関係、または、BがCに封与した所領との関係についてではなく、（下級）主君（B）の上級主君（A）に対する関係、または、BがAから授封された所領との関係において用いられる概念であることも、自ずから明らかであろう。

(159) 「主君と家臣とが（同じ）一つの所領につき（同じ）一つのゲヴェーレを彼等（『自分』のもの）と主張し、しかも彼等が（二人とも）（そのことを）証人により立証することを（レーン法廷に）乞うならば、家臣の（証人の）証言が優先する」（四二）。因みにこの場合、家臣の立証に優先権が認められる理由は、次のように説明されている。「けだし、彼（『家臣』がそれ（『所領』）を彼（『主君』）からレーンとして受領しても、彼（『家臣』）は（それによつて）主君に対しその所領について（の権利を）

争うことにはならないからである」。

(160) 前註(3)を参照されたい。なお、「重疊的ゲヴェーレ」の概念については、すでに前掲・拙稿(前註96)においても批判しておいた。

(161) 前註(38)、前節(二)の末尾、前節(五)の(a)、および、本節(二)の末尾を参照されたい。

(162) 二五・四、三八・二、(四三・一)、六五・二一。

(163) 三八・二。

(164) 二五・四。

(165) (四三・一)(前註(123)の④を参照)と六五・二一。

(166) 一・二八。

(167) ザクセンシュピーゲルに明示的にアイゲンの持主として現われるのは、参審自由人とプフレークハフテ(および、ビーアゲルデ)の両身分であるが、前者はグラーフの主宰する正規の裁判集会に、後者はシュルトハイスの裁判集会に参加する義務を負っている(ラント法一・二・二と三、三・六四・八を参照)。これらの者が相続人なしに死亡すると、ビーアゲルデの持っていたアイゲンはシュルトハイス職に、また、(おそらく)参審自由人の持っていたアイゲンはグラーフ職に帰属する。シュルトハイスになりうるのは、文言上は「自由人」としかわからないが(三・六一・二を参照)、裁判所の審級序列と(一・三・二に出てくる)ヘーアシルトとの対応関係、および裁判権レーンを受領できるのは参審自由人だけであること(三・五四・一)を考えると、間違いなく(少なくとも原則として)参審自由人(『第五シルト』)であり、同様にグラーフは(原則として)フライエ・ヘレン(『第四シルト』)の中から任命された、と推定される。いずれにしても、相続人なしに遺されたアイゲンは帰属する「裁判官」が封建身分に属していることは明白である。

(168) 二六・二、二六・三、(四三・一)、六九・二。

(169) (四三・一)。前註(165)に対応する本文を参照されたい。

(170) 二六・二。

(171) 二六・三。

(172) 六九・二。なお、これについては前註(99)をも参照されたい。

(173) この点については、HOMER, I. S. 427, Glosse zu Geld, Geltをも参照。

(174) 二・五八・二。

(175) 一一・三および六九・二。なお、これについては前註(99)をも参照されたい。

(176) 一・五四・四。なお、これについては同条一および三、さらに、後註(188)に対応する本文をも参照。

(177) これによって、前註(94)に紹介したようなアルブレヒトの折衷的見解が誤りであることは明らかであろう。

(178) 一三・三。因みに、これがザクセンシュピーゲル全巻を通じてただ一つ、——小作地かレーンか争われている土地についてではあれ、また、否定態においてであれ——ゲヴェーレの語が形式上ともかくも小作地に關係づけられて用いられている、と解しうる箇所である。これについては、家臣の主張を前提とする限り、ゲヴェーレの語はやはりレーンである所領について用いられていることになる、ということは改めて指摘するまでもあるまいが、もっと重要なのは次の事実である。すなわち、この条項はアイケの原テキストにおいてははもと一三・一——ここでは本節(七)で詳述するように「適法なゲヴェーレ」についての定義的説明が与えられている——の直後に位置していた。こうした脈絡から、この一三・三で説明しようとしているのは次のような趣旨である、ということ容易に推定できるであろう。すなわち、たとえある土地(あるいは、所領)を一年と一日以上占有していても、それだけでは *causa possessionis* (ないし占有のための権原) の変更にはつながらない。したがって、小作地について、一年と一日以上の占有を根拠として、それを自分の(＝自分が受領した)レーンであると主張する者は、単に長期にわたる占有の事実を証明しただけでは足りない。彼は必ず「レーン・ゲヴェーレ」、したがって結局は授封の事実を証明しなくてはならない。——以上のように見れば、著者アイケがここで小作地についても(通説の意味での)ゲヴェーレ(占有＝権利)を認めようとしているのではない、ということきはきわめて明白であ

ろう。

(179) 六〇・一。因みに、この条項は、本節(四)で「不法なゲヴェーレ」の概念について論述した際に引用した五九・一、四の直後に位置している。

(180) siten の語については、後註(208)をも参照されたい。

(181) 六〇・二。

(182) この点については、前註(175)およびそれに対応する本文を参照されたい。

(183) しかしこのことは必ずしも、レーンのピラミッドの最末端に位置なる家臣あるいは小さなアイゲンの所有者が時にその所領を(一部)自ら耕作し(あるいは、下僕に耕作させ)(たとえばラント法二・五八・三および三・七六・三を参照)、また、彼の(≡彼が占有している)所領の一部を小作料と引きかえに借地として借り受けていることさえある、ということを排除するものではない。そうでないとしたら、たとえば一三・三のようにケース(前註178)はそもそも生じえないであろう。

(184) たとえば、七三・一の「ある領主が、ある土地(あるいは、所領)を貸与し、そこに tinsgelden (小作料支払義務者)が生まれ、ついで、おり、あるいは、tinsgelt (小作料支払義務)の中へと身売したりしている場合、それ(≡小作地、あるいは、小作関係)にもとづき何らかの奉仕(あるいは、役務)をおこなう義務を負っている者は……」という叙述を、七三・二の「それが en vri. but (自由な土地、あるいは、所領)であつて、そこではなんびとも tinstecht (借地権、むしろ小作料支払の義務)を持つ者がなく、また(そこにはなんびとも小作人として)生まれ、ついで、おらず、しかして彼(≡領主)がその土地(あるいは、所領)を eneme gaste (ある客人、あるいは、他国人)に——この点については次註(186)参照(借地として)貸与するならば……」という叙述を比較されたい。

(185) 前註(184)所引の七三・二を、ラント法三・四五・六の「その他の自由人はラントザッセ(ン)と呼ばれ、この者たちは in gastes wise (客人、あるいは、他国人のごとくに)来てはまた去り、この(ザクセンの)ラント内にいかなるアイゲンをも持たない」という叙述と比較されたい。ラントザッセは——アイゲンを持つていないのだから——領主の土地を借地する

ほかない、あるいは、少なくとも借地することが多かったわけである。なお、ラントザッセ一般については、この三・四五・六（贖罪金は一五シリング、人命金は一〇ポンド）のほか、一・二・四（ゴークラフまたはフォークトの裁判集会への参廷義務）をも参照されたい。

(186) 以上、いずれも七三・二。

(187) ラント法二・五九・一。

(188) ラント法一・五四・四。なおこれは、前註(176)に対応する本文で触れた条項である。

(189) ザクセンシュピーゲルには、すでに *erve tinsgut* あるいは *erweisrecht* (いずれも、いわゆる *freie Erbleihe* = 自由世襲借地を指す) という表現が現われてくる (ラント法(一・五四・五)、三・七九・一)。また、*tinsgenoten* (同じ領主の小作人仲間) によって構成される裁判所(いわゆる *Hofgericht*) も、今まさに成立しつつあることが認められる(しかしながら主君は、彼が彼の家臣たちの面前で(『彼のレーン法廷で』彼(『ある家臣』)に対し彼等(家臣たち)の法(または、権利)(『裁判』)を拒んだのではない限り、上級主君の面前で(『レーン法廷で』(その)彼の家臣に応答(『応訴』)する義務がなく、また、彼(『主君』)が彼(『彼の小作人』)に対し彼の(『彼から借地している』小作人仲間の面前で(『ホーフゲリヒトで』法(または、権利)を拒んだのではない限り、(上級主君の面前で(『その)彼の小作料支払義務者(『小作人』)に対し(応訴する義務もない)——六八・五)。

(190) 前註(189)で指摘したことから、①自由な借地であること、②事実上世襲できること、③同身分者によって構成される裁判所によって権利が保護されること、少なくとも以上三つの属性をそなえない限り、小作地が(正規の)レーンに近づくことはできない、ということを推定できよう。

(191) 時に *sines herren len* (彼の主君のレーン)(六五・四)あるいは *sines herren gut* (彼の主君の所領)(二四・三、四八・二)という表現が現われるが、これらはいずれも主君に対して上級主君から封与されている所領のことを指している。

(192) 小作人の(『小作人が借地している』土地という意味でそう言われているのは、ラント法(一・五四・五)、レーン法六〇・一(上述・本文参照)である。これに対して領主の(『領主が借地に出している』土地という意味に用いられているのは、レ

イン法二三・三（上述・本文参照）である。なお、参考として、いずれもすでに本文で引用した「彼の（＝彼が借地に出している）所領^イ」という表現（ラント法二・五九・四、一・五四・四）をも参照されたい。因みに、たつた二つの用例ではあるが、「彼の世襲小作地」（＝自由世襲借地）（ラント法（一・五四・五））と言う場合の「彼」は「小作人」を指していることにも注意しておきたい（前註（189）を参照）。

(193) 前節（五）を参照されたい。

(194) 七・五に次のような条文が出てくる。「ある主君が彼の家臣に対し、それ（＝どれかある所領）が彼の（他の）家臣の死亡により最初に彼（＝主君）にとつてレーディヒ（自由）になる時にはいつでも（それを家臣にレーンとして引き渡す）という条件で、所領を封与し、しかも（彼＝主君が）それ（＝所領）につき他には何も（取り）決めていない（＝さらに別な家臣に対しその所領を特定してゲディングゲの形で封与していかない）場合には、その家臣は主君にとつてレーディヒになる最初の所領を、それがレーディヒであろうと封与されていようと（＝陪臣に対して又授封されていようと）いまいと、取得す（haben）（あるいは、占有す）べきである」。因みに、七・一によつて明らかのように、ゲディングゲには、（将来占有すべき）所領を特定しておくなわれる場合とそうでない場合とがある。後者が（狭義において）wardunge（期待権）と呼ばれるケースであつて、右の七・五はこのケースを念頭に置いたものである（なお、広義における wardunge の用法については、たとえばラント法（三・八四・三）および一・五二・二（wardende）を参照されたい）。

(195) 上級主君による新しい主君の指定については、八〇・一―四に詳細な記述が見られるが、すでに前註（113）で述べたところを御参照いただければ、必要なことはすべて明らかにするはずである。

(196) 二六・六。

(197) ここで、前註（130）に対応する本文に引用した「主君は所領を、……自らゲヴェーレの中に持たない限り、なんびとも封与することをえない」（五三）という規定に立ち戻ることにする。もし、このゲヴェーレの語を（通説のように）「占有」の意に解するならば、この条項は私が本文で述べた事実——つまり、上級主君は現実に占有していない所領でも彼の

家臣(Ⅱ下級主君)に対して封与することができるといふこと——とは矛盾することになり、ひいては、五三における著者アイケの叙述は間違ひである、という結論に落ち着かざるをえまい。確かに五三の記述はミスリーディングであり、in bewerteten の代りに ledich (自由な、あるいは、授封されていない状態で)と言つた方が厳密であつたろう。しかし、すでに以上の行論によつて明らかかなようにゲヴェーレの語は占有を意味するとは限らず、レーンを占有する権利、あるいは、より厳密には——又、授封権を含め——レーンを(レーンとして)支配する権利についても用いられている。五三の場合も、「自らゲヴェーレの中に(Ⅱ又、授封権をも行使しうる完全な権利の中に)持つていない限り」と読めば、ミスリーディングではあつても、決して間違ひとは言えないことがわかるだろう(この場合、間違つてゐるのはもちろん、頭からゲヴェーレ「占有」と決めこんでいる方である)。ここまで来れば、少なくともゲディングとの対比において「ある所領をゲヴェーレの中に持つ」と言われる場合(前註(188)を参照)、もしその家臣が同時に下級主君の立場にあれば、その所領を自分の家臣(Ⅱ陪臣)に又授封していること(すなわち、その所領を直接には占有していないことがありうることは、改めて指摘するまでもなく御理解いただけるであろう。そうだとすれば、厳密にはこの場合の「ゲヴェーレ」も、五三のそれと同じく、必ずしも「占有」を意味するとは限らず、むしろ——又、授封権をも含め——「レーンを(レーンとして)支配する権利」である、ということになる。

(198) 一三・一(ii)、一三・四、一四・一(iii)、二六・九(i)と(ii)、(三一・二(i))、三七・三(i)と(ii)。

(199) 六週間と一年という期間については、前註(113)を参照されたい。

(200) 一四・一。なお、besitten の語については、前註(81)を参照されたい。

(201) 本節(三)の末尾に引用した三八・四を参照。言うまでもなく、正式の訴がなければ所領剝奪の判決は下せない。

(202) 前註(134)の(d)で論じた五・二を参照されたい。

(203) 五三、四九・一、四八・二、三三・三(前註184)などのほか、ラント法三・八三・二(前註(79)に対応する本文)をも参照されたい。

(204) 七・二。しかしながら、その直後に明示的に述べられているように、「彼の家臣仲間(husgenot)に対しては」、つまり家

臣仲間との間で所領の帰属が問題になるときは、もはや「証人なしで」というわけにはいかないのである。

- (205) 前註(134)の(d)で論じた五・二を参照されたい。なお、五・二に「彼がそれ(『証人による立証』を必要とする場合)」というのは、第一に家臣が主君との間で所領を争う場合、第二に他の家臣(仲間)との間で所領を争う場合(前註204)、以上の二つのケースに要約できるであろう。家臣が(家臣仲間でない)第三者と所領を争うときは、——相手方は同じレーン法廷には属していないから——ラント法廷に持ちこまれたはずである。主君が保障人(『追奪担保人』)として現われるのはこの場合である(ラント法二・四二・一、前註(78)を参照されたい)。

- (206) ラント法上の適法なゲヴェーレに認められる訴訟手続のうち、前節(四)の(a)で述べた三回目の裁判期日に応訴すればよい、という特典がレーン法についても妥当することは、ラント法二・三・一(前註75)に対応する本文にアイケ以後の手に成る「レーン」という補足があるということからだけでなく、前註(146)で論じた五九・二によってもはつきり推断できる。したがって、一三・一に現われる上述の二点は、厳密には、レーン法に固有な訴訟手続上の特典というべきであらう。

- (207) 前節(四)、特に(c)で論じたところを今一度想起されたい。

- (208) 一三・二。なお、mit sime gude siten let という表現については、ラント法一・四五・四——he mit er in den weren sit(彼_主夫、後_見人)が彼女(妻、被_後見人)とともに、ゲヴェーレの中に居る——前註(41)に対応する本文を参照)、レーン法五六・四と七五・二——se in den(ge)weren sit(彼女_主ある婦人、レーンの)ゲヴェーレの中に居る)、六〇・一——in unrechter were sit(不法なゲヴェーレの中に居る——前註(100)に対応する本文を参照)とも比較されたい。これらすべての箇所において、in(ge)weren sitten という表現は、せいぜい一時的な権利にもとづく占有か、時には正当な権利を欠く占有について用いられている。なお、前註(81)で論じた besitten の用語法をも参照されたい。

- (209) 一三・三。この条項については、前註(178)を参照されたい。

- (210) 六三・一。「なんびとも、彼がその管理人である土地について、それを自分の(『自分に授封された』)レーンであると主張する場

合、そのゲヴェーレ（＝管理人としての占有）をもつてそれ（＝土地）を彼の主人から遠去けることをえない、けだし彼（＝管理人）には彼の主人は彼の（＝管理人が預っている）すべての土地を彼のゲヴェーレ（＝占有）の中へと寄託した（bevolen hevet）（にすぎない）のであるから」。

(211) なお、本節（五）（前註（154）・（155）に対応する本文）で詳説した三八・一のケースをも参照されたい。

(212) 六〇・一と二。これについては、なお本節（四）、特に前註（146）を参照されたい。

(213) 本節（五）、特にその最後の二節を参照されたい。

(214) 以下については、全体として二六・一―一一を参照。

(215) 二六・二。

(216) この表現については、すでに前註（153）でも触れたように、七四・一を参照。

(217) 二六・七。なお、これについては、前註（127）をも参照されたい。

(218) 二六・九。なお、本文引用中省略した箇所はそれぞれ、（A）は「また（それを）質入（されること）によって」、（B）は「ラント法または」である。そこで、特にこの（B）を補うと、「ある子にラント法またはレーン法にしたがい……遺されたその子の所領」について、「その子に相続された適法にして以前からあるゲヴェーレ」が存在する、つまり、相続されたアイゲンについても適法なゲヴェーレがあり、後者もまたアイゲンそのものとともに相続人に相続される、とも読めるであろう。しかしながら、このレーン法二六は、全体として封相続人の後見人に関する規定であって、そのうちの九は、後見人が子（＝封相続人）の所領のアンゲフェレを授封されることによって、あるいは、（その地位を濫用して）（事実上占有している）子の所領（の収益）を他の者に授封したり、質入したり、（断念し）譲渡したりしても、それによって子がもともと所領についてもっている権利を侵すことはできない、ということを書いておられるのは明らかである。ところで、著者アイケの立場からすると、「質入」は *to lantrecht*（ラント法廷）においてのみ行なうことのできるものである（誰であれ所領を質として、封与すると言う者は、間違ったことを言っている、というのは、なんびとも質を封与することはできないからである。人が所

領を、それが助けになる（『法的に有効な』）ように、質入すべきであるとするれば、それはラントの裁判官（des landes richtere）の前（『法廷』）で行なわれなくてはならない——五五・八）。当時おそらくすでにレーンの質入の慣行が現実には成立しないし進行しつつあったと思われるが、アイケはそれに対してここで法理の立場から「筋」を通そうとしている（……すべきであるとするれば）、とも言える。もともとこの二六・九は、Ordnung Ib（アイケ自身の補筆にかかるテキスト）に出てくる箇条であるが、アイケはこの二六・九を補うに当たって、質入はほんらいラント法廷で行なわれる（したがって、ほんらいはアイゲンを対象とする）場合に限られる、という筋論が頭にあつて、to lantrechteの語をも付け加えたのではあるまいか。この想定が誤っていないければ、この二六・九は——ただちにそれを相続されたアイゲンについてもゲヴェーレないし適法なゲヴェーレが存在したという証拠として使えないことはもちろんであるが——、むしろ通説の方向でのザクセンシュピーゲルの誤読がなぜ（一部は早くも中世末期に）始まり、また広く普及したのか、という問題を解く鍵を与えてくれるかも知れない。因みに、アイケが（かなり一貫して）こうした「法理論」的考察を行なっていることについては、前註（84）で触れた別稿においても論ずる予定である。

（219） 本節（三）の（b）、および、前註（123）を参照されたい。

（220） 「父が彼の息に彼の主君の面前で（『ホーフまたはレーン法廷で』）所領を譲渡するならば、息はそれ（『所領』）につき ervelen（世襲レーン、あるいは、世襲レーンとしての権利）を持たない、たとえそれ（『ervelen』）が父のものであったとしても——けだしそれ（『所領』）は彼（『息』）に相続されたものでないから。誰であれ彼の ervelen を（主君に対し）（断念）譲渡してそれをもう一度受領する者があれば、彼はそれ（『所領』）につき ervelen（の権利）を持たない」（三七・一）。五五・九においては、この erflen が recht len（正規のレーン）からも区別されている（「何であれ主君が家臣（の）もつ」封として（manleke）（あるいは、少なくとも実質的には、臣従礼にこたえて）封与するものは、recht len もしくは erflen もしくはブルク・レーン、もしくは、それが主君にとってレーディヒ（自由）になるときに（という条件で）、ある特定された（他の）家臣の（持っている）所領についてのゲディング、もしくはある特定されない（『他の』）家臣の（持っている）所領についての期待権（wardunge）（のいずれか）であ

る」。「世襲レーン」と(その他の)「正規のレーン」が以上のようにはっきり区別できるとすれば——前者は右の二つの条項以外では後者に包摂されている——、両者の相違はいったどこにあるのだろうか。それについてアイケは明示的には何も述べていないが、*erelen*の場合、父は息に、通常のゲヴェーレだけでなく、適法なゲヴェーレをも相続させる、ということ以外には考えられない。因みに、*erelen*の成立要件については、(その語が右の二箇所にしか出てこないの)はつきりしたことはわからないが、三七・二では、この*erelen*のことを念頭に置きながら、「また誰かある家臣がある所領について、彼がそれにつき(現に)持っている(正規のレーンとしての権利)以外の(たとえば*erelen*としての)権利を自分のものと主張し、彼がそれにつき自分のものと主張した(たとえば*erelen*としての)権利を(立証)貫徹しえないならば、彼はその所領について彼のすべての権利を失ったことになる」として、いわば*erelen*を欠く者がそれを主張した場合のことが扱われ、その上で三七・三で——私の理解するところでは——こんどは逆に*erelen*を持つ場合のことが論じられているのである。

(22) 厳密に言えば、適法なゲヴェーレのもつ利点は、もう二つ見られる。(d)「家臣は、一つの宅地(*word*)または一モルゲン(の土地)または一人の人間(「体僕」)(の帰属が問題になる場合、それ)を、それが彼の所領に含まれており、彼がそれ(「所領」)を適法なゲヴェーレの中に持っている場合には、彼が別な主君に対してフォルゲンする(「授封更新を求める」)ときでも、彼の主君に対し聖遺物にかけて(の単独の宣誓をもって)(立証)取得(あるいは、保持)することができる」(二三・四)。この場合、「一つの宅地、一モルゲン(の土地)、一人の人間(「体僕」)が基本的には所領の付属物と考えられていること、また、この規定が所領そのものの帰属をめぐる争訟とは関係ないことは明らかであろう。なお、「一人の人間(「体僕」)については、前註(44)をも参照されたい。(e)「しかし、ある主君がある婦人に対し、ゲディングゲの法によってではなく(もつと)特定された言葉をもって、彼女の生涯の間(に限って)所領を封与するならば、彼女の夫がこの所領について適法なゲヴェーレの中で死亡する限り、……彼(「主君」)はこの(婦人に与えた)レーンを彼女の生涯の間、確実に保持しなくてはならない」(三一・二)。この規定は、見られる通りもともと一期分(したがって、所領の一時的帰属)にかかわるものであ

るが、(彼女自身はまだ適法なゲヴェーレを持っていないのだから)適法なゲヴェーレの効果といわんよりも、土地を新たに取得した者の権利は一年と一日の経過後にはじめて最終的に確定する、という一般的な原則に由来する(前註(80)を参照)と考えた方が良さそうである。いずれにしても、これまた、本文で述べたことと直接に関係のない規定であることは明らかであろう。

- (222) Albrecht, *bes. S. 63f.* この点については、GERHARD KÖBLER, *Die Herkunft der Gewere*, TRG, Bd. 35, 1975 を参照。なお、この論文はすでに岩野英夫氏によって邦訳されているが(「同志社法学」一五二、一九七八年)、前掲・拙稿(前註(96)参照、一四九頁、註(21))でも指摘しておいたように、この邦訳は率直にいつて必ずしも上出来とは言えないし、岩野氏による同論文の紹介・解説(「同志社法学」一五四、一九七八年)の方を参照しても、この論文の意義は必ずしもはっきりするわけではない。残念であるが、今のところ、直接に原論文を参照するほかないであろう。

- (223) ゲヴェーレの語の語原については、前註(222)に挙げたケーブラー論文のほか、前掲・拙稿(二四四～五頁)で紹介したクレッシェル氏の簡潔にして要を得た発言をも参照されたい。因みに、ミッターイス(・リーペリヒ)(前註2)も、この点についてすでに次のように述べている。「言語的には *gewere* は *varjan* (= *custodie* (見守る、保護する)の意)と関連している。ラテン語の史料は、*vestire* (という動詞) それをもとに *vestitura*, *investitura* (という名詞) を用いている(が、この名詞は)占有の衣を着せること (*Bekleidung mit dem Besitz*) (という意味である)。フランス語の *saisine*、英語の *seisin* は、*einsetzen* (中へ入れる、指定・任命する)を意味する *sazjan* から(出たものである)」「(第二十六章、一・(三))。ミッターイスはここで、「占有の衣を着せること」の代りに、「占有のための権利の衣を着せること」(*Bekleidung mit dem Recht zum Besitz*)と書くべきだったのである。なお、この最後の点については、前掲・拙稿(同上頁)で紹介した小川浩三氏の貴重な発言をも参照されたい。

- (224) この意味におけるゲヴェーレの語は、すでに妻の財産に対する「法的後見人たるの地位にもとづく(夫の)権利」、および、妻(および女性親)の「一期分に対する権利」についても用いられているが(前註(42)および(44)を参照)、これらは

いずれも一時的・過渡的な権利にすぎず、土地ないし財物の最終的帰属の問題と直接には関係がないので、以下の要約においては省略してある。

(225) 平和への関心については、前註(35)・(70)・(71)・(90)・(135)、および、それに対応する本文を参照されたい。

(226) 占有の語義が必ずしも古いとは言えぬことについては、前註(58)・(102)を参照されたい。

(227) 所領および家・屋敷という語義が——その具体性から予想されるのとはちがって——これまた必ずしも古いものと断定できぬことについては、前註(13)・(135)を参照されたい。

(228) 因みに、ザクセンシュピエゲル以後、中世末期の史料に、本稿で明らかにしたのは異なった用語法が出てきた場合、それは当然、まずもって後代の(しかも、特に都市法における)発展を示すものではないか、という角度から吟味して見る必要がある。その場合、基本的には、ある特定の法史料を(二二三、一括できるものもあろうが)個別的に(しかもその都度、網羅的に)検討し、それぞれの史料に内在する、規範的論理構造をそれとして把えることが何よりも重要であろう。従来の「ドイツ私法」に欠けていたのはまさにこの態度である。

(229) なぜアルブレヒトが(ge)wereの語に何よりもまず占有を見ようとしたのか、ということとは、当時サヴィニーの占有論(FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Recht des Besitzes*, 1803——アルブレヒトのゲヴェーレ論はそれよりちょうど二五年後に公刊されたわけである)が一世を風靡していた状況を抜きにしては、おそらく考えられないであろう。言うまでもなくサヴィニーは、ローマ法源の分析にもとづき占有の権利を描き出すことによって、近代私法体系の礎石をすえたただし、サヴィニーが描き出したローマ法の占有像は、近代法における占有と完全に同じものではない。彼はまず、単なる(事実としての)所持と法的意味における——特示命令によって保護される——*possessio*とを区別し、さらに後者の中で *possessio civilis* には取得時効という法的効果をも認めている。その意味では、彼の場合、占有は同時に権利としての性格をもつ——一部は本権ともつながる——反面、物の所持ないし事実的支配のすべてが占有と認められていたのではないことに注意。この点については、小菅芳太郎「サヴィニー「占有法」雑感」北法二三の二、一九六二年を参照)。その圧倒的印象の下に、アルブレヒトの世代の問題関心は、はじめから何よりもまず占

有の問題に向いていたのである。そうした問題関心の下に、ドイツ中世後期の史料を読んでいくと、占有を意味する(*zu*)*were*の語が出てくる。しかもこの語は、他方において色濃く権利の含意をも持っている。したがって彼がそれを、サヴィニーの描いたローマ法の *Possessio* に匹敵するゲルマン法上の「占有」と捉えたことは、むしろ自然な成り行きでさえあった。それだけではない。ゲルマン法においては、このゲヴェーレが成立する対象は——ローマ法とはちがい——特定の物には限定されていない。これこそ、ローマ法にはないゲルマン、物権法の基礎概念ではないか。——この「発見」に心踊らせたアルブレヒトが、情熱をこめてそのゲヴェーレ論を書き進めたことは、想像するに難くないところである。しかし、占有一般がいかなる特質をもつかという——彼の時代によりやく可能となった——形で問題を立てた瞬間に、実は彼は中世法をそれに内在する論理構造に即して把握する可能性を捨て去っていたのである。アイゲンとレーンの峻別、もろもろの身分、とりわけ封建身分の存在、さらにいえば、中世においては封建身分に属する者だけが法共同体ないし国家の構成員でありえたこと、それらの——少しでも中世の法史料を読んだことのある者にとってはあまりにも当然自明の——事実さえ、もはや彼の目には入らなくなってしまう。その後なぜこのアルブレヒトの見解が——その根本的誤謬に気づかれぬまま——一五〇年余の長きにわたり、基本的にはそのままの形で「ドイツ私法」に受け継がれたのか、という問題については、前註(4)であげたクレッシェル論文(「ゲルマン法の虚像と実像」、六、「ゲルマン的」所有権概念説について)を参照されたい。

(230) 「法律的ゲヴェーレ」・「観念的ゲヴェーレ」の問題については、前註(126)を参照されたい。因みに、たとえばミッターイス(「リーペリヒ」、第二章・三の「観念的」ゲヴェーレ)、同じく四の「ゲヴェーレの効果」(例の「防禦的」、「攻撃的」、「移転的」というあれ。学生時代に試験の前夜、なかなか覚えられなくて悩まれた記憶をお持ちの方も少なくないであろう)の件りを、ゲヴェーレの語を「権利」と置き換えながらお読みになっていただければ、それが何の変哲もないごく当り前のことを言っているにすぎない、ということ在即座に御理解いただけるであろう。中世における法のあり方が難解だったのではなく、それを誤って捉えた(特にゲヴェーレ)学説が難解だったのである。

(231) なお、この論点をさらに裏づけるために、いわば本稿の続篇である「ザクセンシュピーゲルにおけるアイゲン」を準備

中であることを付言しておきたい。

(232) 最後に、前註(3)でも触れた世良論文(「ゲルマン法」の概念について)にもう一度立ち戻って、次のことを付け加えておきたい。世良教授はそこで、「ゲヴェーレ法の基礎となった氏族制社会(古ゲルマン時代)にも「ゲヴェーレ法」があった!!」および封建制社会においては、……何らかの形で物に対する「現実的支配」の形に表現せられないような物権は、(国家権力による)法的保障を享受しえなかった」とも言われる(前掲書、二二三～四頁)。この箇所は(久保正幡教授や特に川島武宜教授の受け売りではなく)オリジナルなお考えを展開された件りであると思われるが、その点はともかくとして、次のように自問自答しただけで、右のような説明がいかに荒唐無稽であるか、ただちにおわかりになったはずである。すなわち、そもそも物(特に土地)を「自力で」現実支配しえたのなら、なぜわざわざ(国家権力による)「法的保障」が必要だったのか、あるいは、物(特に土地)を自力で現実支配しうるほど強力な人間に対して、(まだきわめて弱体な)当時の国家はそもそもいかなる「法的保障」を与えたのか、と。せっかく「ゲルマン法」概念の非歴史性を批判してみても、(それ自体「ゲルマン法」概念の所産である)ゲヴェーレ学説の誤謬を世界的に(つまり、すべての氏族制社会および封建制社会に)撒き去らしたのでは何にもならない。これは、薄弱な史料典拠にもとづく教科書的な叙述だけをたよりに、「理論」と称して恣意的な空想を重ねた結果陥った悲惨な誤謬であって、私が前註(3)で「俗流社会科学」と評したゆえんもそこにある。

Die Gewere im Sachsenspiegel

Takeshi ISHIKAWA*

Nach der herrschenden Lehre des Deutschen Privatrechts gilt das Wort die Gewere, wie bekannt, in erster Linie als Bezeichnung des Besitzes. Dieser Besitz im germanischen Recht hat aber im Gegensatz zum römischen und modernen Recht eine merkwürdige Beschaffenheit. Er ist nämlich gleichzeitig die Erscheinungsform der dinglichen Rechte. Die Gewere ist also einerseits ein Faktum, andererseits drückt sie aber gleichzeitig auch ein Recht aus.

Dazu schreibt z. B. HEINRICH MITTEIS in seinem Lehrbuch das folgende; "In Rom war der Eigentumsbegriff sehr hoch entwickelt, das Eigentum in städtischen Verhältnissen leicht feststellbar. Daher ist der Besitzschutz nicht Rechtsschutz, sondern Polizeischutz durch prätorische Interdicta; sie richten sich gegen verbotene Eigenmacht...". "Das deutsche Recht kannte keine so scharfe Scheidung zwischen Besitz und Eigentum oder sonstigem dinglichen Recht. In schriftlosen Verhältnissen sind die Rechtsbeziehungen...oft schwer feststellbar, daher muß der Besitz das Recht vertreten, hinter dem Besitz das Recht vermutet werden..."

Wenn es im deutschen Mittelalter wirklich so gewesen wäre, so erhebt sich gleich eine Frage: nämlich, wie konnte man damals überhaupt unterscheiden zwischen der eigenen Sache und der fremden Sache, die man im Besitz hatte? Im folgenden beschränke ich mich ausschließlich darauf, die Terminologie im Sachsenspiegel auf das Wort Gewere hin erschöpfend zu überprüfen. Bei der Gestaltung der herrschenden Lehre über die Gewere hat doch der Sachsenspiegel mindestens als eine der Hauptquellen eine nicht geringe Rolle gespielt.

I

Im Sachsenspiegel erscheint das Substantiv *were* oder *gewere* an einer Stelle der Reimvorrede, an 71 (oder 92)** Stellen des Landrechts und an 109 (113)

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

** Im folgenden soll zunächst die Zahl in den eikischen Texten (Ordnung Ia u. Ib), dann die Zahl einschließlich der nach-eikischen Texten (Ordnung Ic, II a, IV c usw.) genannt werden.

Stellen des Lehnrechts. Davon bieten 15 (19) im Landrecht und 6 im Lehnrecht das Maskulinum, das Gewahrsmann oder Auctor bezeichnet. Die anderen geben alle das Femininum. An einer Stelle der Reimvorrede und an 2 Stellen des Landrechts bedeutet das Wort *were* jeweils Waffe, Wehr (od. Verteidigung) oder Verweigerung. An weiteren 14 Stellen des Landrechts und 2 Stellen des Lehnrechts bezeichnet das Wort *were* od. *gewere* Gewürschaft (od. Gewährleistung).

Diese Stellen ausgenommen, sollen im folgenden hauptsächlich 40 (57) Stellen des Land- und 101 (105) des Lehnrechts, wo das Wort *were* od. *gewere* vorkommt, behandelt werden. Um es vorläufig zu sagen, bedeutet das Wort an diesen Stellen a) Haus und Hof (od. etwas erweitert, Gut), b) Besitz als Tatsache oder c) Besitz mit od. aufgrund irgendeiner Berechtigung oder Besitzrecht selbst.

Aus dieser kleinen Statistik lassen sich bereits folgende Tendenzen klar feststellen: Im Landrecht erscheint das Wort Gewere verhältnismäßig häufiger in den nach-eikischen Texten, auch falls es im uns hier interessierenden Sinne gebraucht ist. Trotzdem kommt das Wort im Lehnrecht wesentlich häufiger vor als im Landrecht. Jede Lehre über die Gewere, die nicht ganz über unser Rechtsbuch hinweggehen will, muß also eine hinreichende Erklärung für diesen Befund bieten.

II

Zunächst über die betreffenden Stellen im Landrecht.

1) An 2 nach-eikischen Stellen wird davon gesprochen, daß ein Ereignis *binnen sinen geweren* geschieht. Es geht dabei selbstverständlich um die Lokalisierung eines Geschehnisses. Die Gewere bezeichnet hier ganz konkret Haus und Hof, wo das Ereignis eintritt. Auch an 5 Stellen, wo der Ausdruck, der auf die Grundform *binnen sinen (ge)weren* zurückzuführen ist, vorkommt, handelt es sich ebenfalls um Haus und Hof, innerhalb dessen sich eine Sache oder ein Haustier befindet. An weiteren 3 (4) Stellen, wo man eine Sache *in sinen (ge)weren hevet*, versteht man unter dem Wort Gewere konkret Haus und Hof, oder etwas erweitert, Gut. Aber die einfache Lokalisierung eines Ereignisses oder einer Sache hat nicht oder doch kaum etwas mit der Gewere im Sinne der herrschenden Lehre zu tun.

2) Wenden wir uns nun also zu den Stellen, wo sich das Wort *(ge)were* ausdrücklich, und zwar ausschließlich, auf die fahrende Habe bezieht. Solche Stellen machen insgesamt, einschließlich auch der oben genannten, 10 (13) aus. An diesen Stellen ist zu lesen, daß man etwas nicht nur, wie oben bereits

angeführt, *binnen sinen (ge)weren* od. *in sinen (ge)weren hevet*, sondern es *ut van sinen weren let* (= aus seiner Gewere läßt) od. *ut van jenes mannes weren gebracht hevet*. Obwohl auch hier das Sinngehalt von Haus und Hof, mehr oder weniger deutlich, mit einbegriffen bleibt, ist das Wort *(ge)were* an diesen Stellen doch auch mit dem Begriff Besitz wiederzugeben. Aber dabei kann von einem Besitzrecht keine Rede sein. Denn diese Gewere (= Besitz) gewährt dem Inhaber keinen rechtlichen Schutz, sondern sie kann sogar negative Wirkung mit sich bringen.

III

Beschäftigen wir uns nun mit den übrigen 30 (42) Stellen, die in 18 (28) Artikeln des Landrechts erscheinen! Wenn wir uns in den bisherigen Ausführungen nicht geirrt haben, so stellen sie alles dar, was man an unmittelbar auf die Gewere (im Sinne der herrschenden Lehre) bezüglichen Stellen im Landrecht finden kann.

1) Zunächst untersuchen wir, worauf sich das Wort *(ge)were* an diesen Stellen bezieht oder was der Gegenstand der Gewere ist. Wenn ich mich hier auf die Hauptergebnisse beschränken darf, sind sie etwa wie folgt zusammenzufassen:

In 4 Artikeln ist nur festzustellen, daß es sich um *gut* handelt. Aber die fahrende Habe erscheint nur noch in 3 Artikeln, und zwar immer neben dem Eigen. Zwei Artikel davon beziehen sich auf *de were to rechter vormuntscap*, der dritte auf den Verkauf des Gutes. Obwohl es sich hier um das Landrecht handelt, hat das Lehn bereits hier einen größeren Anteil: aufs Lehn können sich nämlich wenigstens 6 (14) Artikel beziehen. Auf der anderen Seite können sich wenigstens 10 (15) Artikel auf das Eigen beziehen. Zu bemerken ist dabei, daß 6 (9) davon das veräußerte Eigen und ferner 1 (3) von diesen gleichzeitig das mit Urteil abgesprochene Eigen behandeln. Das Wort Gewere ist dagegen kein einziges Mal ausdrücklich in Bezug auf das (frisch) vererbte Eigen gebraucht. Eine Bestimmung wie Lnr. 6 §1 ist nämlich im Landrecht überhaupt nicht vorhanden. Als Gegenstand der Gewere ist das Zinsgut nicht ausdrücklich erwähnt.

2) Wollen wir nun die Bedeutung des Wortes Gewere untersuchen!

Auch hier erscheint der Ausdruck, daß jemand ein Gut *in (ge)weren hevet*, an 3 (5) Stellen und auch hier bedeutet das Wort Gewere den Besitz (als Tatsache). Der Ausdruck, *de (ge)were hevet*, heißt an zwei Stellen ebenfalls derjenige, der tatsächlich besitzt. An weiteren 4 (7) Stellen ist das Wort *(ge)were* ebenfalls als (tatsächlicher) Besitz zu begreifen.

An einer Stelle wird jedoch jemandem *de were irdelt*, an weiteren 2 (3)

Stellen wird sie *mit rechte* (=mit Urteil) *gebroken* od. *mit rechte verdel*t od. *af gewonnen*. Was man jemandem mit Urteil zu- oder absprechen kann, kann nicht mehr bloßer Besitz (als Tatsache), sondern muß Besitzrecht in irgendeinem Sinne sein. Die letztere Bedeutung des Wortes Gewere zeigt sich besonders deutlich im Fall III 82 §2. Hier gibt nämlich ein Mann dem Andern ein Gut, obwohl er daran keine Gewere (= Besitz) hatte, und läßt das Gut in die Gewere des Empfängers. Übrigens muß in diesem Fall die Veräußerung des Gutes vor Gericht geschehen, weil ihr die Einweisung von Gerichtes wegen folgt. Was ist denn die Gewere, die man trotz des fehlenden Besitzes dem Andern freiwillig vor Gericht geben kann? Sie kann nichts anders sein als Besitzrecht oder Rechtstitel zum Besitz.

3) Kein Zufall ist jedoch, daß das Wort *gewere* hier bei Immobilien eine Doppelbedeutung (Besitz und Besitzrecht) hat. Denn dem Besitz selbst ist, soweit es um Grundstücke geht, ein rechtlicher Schutz gewährt.

Nach II 70 soll man niemanden aus seinem Gut ausweisen, das er in Gewere hat, es sei denn, daß ihm die Gewere mit Urteil abgesprochen wird. Dieser Grundsatz wird sogar folgendermaßen ergänzt: a) auch nicht *van gerichtes halven*, und b) auch dann nicht, wenn er sie auch *mit unrecht* erlangt hat. Das heißt: Um den Besitzer aus seiner Gewere (= Besitz) auszuweisen, muß man im voraus eine rechte Klage gegen ihn erheben und ihm die Gewere (= Besitzrecht) mit Urteil brechen. Aber das ist schon beinahe alles, was dem Besitzer eines Gutes an Rechtsschutz gewährt ist. Eine Bestimmung, wie sie ihm einen Vorteil in einer gerichtlicher Verhandlung bringen könnte, ist nicht zu finden.

Klar ist übrigens, daß der Fall der *rofleke were* (=durch Raub erlangte Gewere) von diesem Rechtsschutz ausgenommen ist. Sie stellt doch einen Raub und folgerichtig einen Friedensbruch dar. Es sei hier daran erinnert, daß der Artikel II 70 inmitten der Bestimmungen über Friedensbruch und Friedensbrecher steht und ausgerechnet einem Landfrieden entnommen ist. Dem rechtlichen Schutz des faktischen Besitzes selbst liegt also das Interesse am Frieden zugrunde. Man will damit nämlich Erledigung der Streitigkeiten um Güter nicht durch Fehde, sondern vor Gericht fördern.

4) Wenn man ein Gut Jahr und Tag ohne rechten Widerspruch in seiner Gewere (= Besitz) hat, so entsteht ihm, wie bekannt, die rechte Gewere an dem Gut. Wie lange er es auch mit Gewalt behält, kann er aber nie die rechte Gewere daran erhalten, solange ein Anderer auf das Gut klagt und die Klage bezeugen kann.

Als Unterschied dieser rechten Gewere von der bloßen oder gemeinen Gewere ergeben sich aus den Texten, wo der Begriff rechte Gewere vorkommt,

zunächst die folgenden beiden Punkte.

a) Während der Beklagte in einer gewöhnlichen Klage sofort antworten muß, darf derjenige, der Eigen (oder Lehn) in der rechten Gewere hat, erst am 3. Gerichtstermin dafür antworten, auch wenn er in seiner Gegenwart um das Gut beklagt wird. Aber das bedeutet für den Ausgang des Prozesses nicht viel. Denn das Endurteil des Gerichtes kann damit zwar verschoben, aber nicht geändert werden.

b) Derjenige, der an einem Gut die rechte Gewere hat, verliert auch dann den Prozeß nicht, auch wenn ihn sein Gewährsmann in der rechten Gewährung im Stich läßt. In diesem Fall kann also der Inhaber der rechten Gewere auch ohne Gewährung des Auctors sein Gut gerichtlich verteidigen. Das entspricht ganz genau einer anderen Bestimmung, daß man während eines Jahres nach der Belehnung oder (gerichtlichen) Veräußerung eines Gutes dafür Gewährung leisten muß.

Zu bedenken ist allerdings folgendes. Die Gewährung des Auctors kann nur bei einem veräußerten Gut in Frage kommen. Einem vererbten Eigen fehlt dagegen von vornherein ein Gewährsmann. Ferner bringt ein bloßer Besitz über Jahr und Tag keine Veränderung der *causa possessionis* oder keinen neuen Rechtstitel zum Besitz. Um davon nur ein Beispiel zu nennen, bleibt das Lehn immer Lehn, wie lange es auch ein Mann besessen hat. Es wurde nämlich auch durch einen sehr langen Besitz nie zum Eigen des Besitzers, es sei denn daß diesem der "Eigentümer" mit Erlaubnis seines Erben das Gut vor Gericht aufgelassen hat.

c) Aus dem Zusammenhang, in dem der definitiorische Artikel II 44 §1 steht, ist übigens als eine weitere, und zwar unmittelbar materielle Wirkung der rechten Gewere folgendes zu schließen. Während derjenige, der aufgrund der Veräußerung das Eigen für sich anspricht, im allgemeinen dem Erben unterliegt, kann er auch gegen diesen gewinnen, falls er es in der rechten Gewere hat.

Zu bemerken ist dabei jedoch folgendes. Das stellt nämlich die einzige materielle Wirkung der rechten Gewere dar. Ferner kommt auch dieser prozessuale Vorteil der rechten Gewere nur für denjenigen in Frage, der das Gut über Jahr und Tag nach der gerichtlichen Auflassung besessen hat. Dagegen kann der Erbe davon nicht Gebrauch machen. Er braucht sich aber, anders formuliert, überhaupt nicht auf die rechte Gewere zu berufen, um sein Recht auf das vererble Eigen geltend zu machen. So selbstverständlich war damals, daß das Eigen ihm oder seiner Familie zugehörte.

IV

Schließlich wenden wir uns den 101 (105) Stellen des Lehnrechts zu.

1) Wollen wir auch hier zunächst vorsichtshalber überprüfen, worauf sich das Wort (*gewere*) bezieht. Das Ergebnis ist erwartungsgemäß ganz eindeutig. Soweit es sich feststellen läßt, bezieht sich das Wort ausschließlich auf das Lehn, und zwar meistens auf ein Grundstück. Auch hier ist das Zinsgut als Gegenstand der Gewere kein einziges Mal erwähnt.

2) Auch im Lehnrecht erscheint der Ausdruck *in sinen (geweren hevet* an 16 Stellen. Hier ist die Bedeutung des Besitzes als Tatsache am deutlichsten zu erfassen. An weiteren 18 (21) Stellen, wo ein Ausdruck, der als seine Variation anzusehen ist, gebraucht wird, tritt der gleiche Wortsinn ziemlich klar zutage. Ferner kommt die Gewere auch im Lehnrecht vor als etwas, was *mit lenrechte verdelet* oder *gebroken wert* oder *was men mit rechter klage breken mach*. In diesem Fall bezeichnet das Wort eher ein Besitzrecht.

Aber was das Lehnrecht angeht, so brauchen wir es eigentlich gar nicht Wort für Wort zu untersuchen, um die Doppelbedeutung des Wortes (Besitz und Besitzrecht) festzustellen. Vielmehr sei hier einfach daran erinnert, daß das Wort Gewere im Lehnrecht manchmal im Gegensatz zum Gedinge gebraucht ist. Im Lehnrecht erscheinen auch Ausdrücke wie *der (gewere darvet, ane were* oder *sunder were*. Mit ihnen ist manchmal auch das Gedinge gemeint. Infolgedessen können auch Ausdrücke wie *in der geweren hevet* oder *de gewere daran hevet*, die ihrerseits manchmal bewußt im Gegensatz zum Gedinge gebraucht sind, eine technische Bedeutung haben. Bereits dieses von einem Vasallen wirklich besessene Lehn hat im Vergleich mit dem bloßen Gedinge klare rechtliche Vorteile. Wohlgemerkt gilt das jedoch nur für das rechte Lehn, nicht aber für den Grundbesitz überhaupt.

3) Wir müssen uns aber weiter fragen: Welche rechtlichen Vorteile oder Rechte hat die Gewere (=Besitz) des rechten Lehns im Vergleich mit dem bloßen Gedinge? Sie sind in folgenden 3 Punkten zusammenzufassen: a) das Recht der *volge*, b) das Erbrecht und c) das Recht der Unterbelehnung.

a) Das Recht der *volge* heißt folgendes. Der Vasall, der ein Lehnsgut wirklich besitzt, kann nämlich, falls ein Wechsel auf der Herrenseite wie beim Herrenfall eintritt, von dem neuen oder Oberlehnsherrn die Lehnserneuerung begehren, was übrigens vom neuen oder Oberlehnsherrn kaum zu verweigern ist. b) Falls der Vasall stirbt und einen Lehnserben (=Sohn) hinterläßt, so vererbt der Vater auf den Sohn die Gewere des Gutes zusammen mit dem Gut selbst. Diese beiden Rechte zusammen ermöglichen also, daß der Vasall das

ihm einmal verliehene Gut sicher auf seine Nachkommen weiter vererbt und auch das Lehn sich damit dem Eigen dicht annähert.

Nicht zu übersehen ist dabei nur folgendes: Die Mannschaft und die darauffolgende Belehnung sind nämlich unentbehrliche Voraussetzung dafür, daß der Vasall ein Gut als rechtes Lehn besitzt. Auch bei der Lehnfolge sowie beim Erbgang muß der Vasall oder der Lehnserbe innerhalb eines Jahres nach dem Wechsel des Lehnsherrn oder nach dem Tode seines Vaters mit der Mannschaft die Belehung begehren. Sonst verliert er das Recht auf den Besitz des Lehnsgutes. Darin ist auch der Grund zu suchen, warum im Lehnrecht nicht nur das Gut selbst, sondern auch die Gewere daran im Moment des Todesfalls auf den Erben vererbt wird. Sonst müßte der Besitz des Gutes durch den Erben bis zu seiner Lehnsbegehrung, wie es sich noch zeigen wird, unrechtmäßig werden, weil ihm noch die Belehnung fehlt.

c) Aber der Vasall verfügt außerdem noch über das Recht der Unterbelehnung, nämlich, ein Recht, wenigstens sein rechtes Lehn seinen Vasallen (= Untervasallen) weiter zu verleihen. Dazu braucht er keine Erlaubnis seines Herrn. An einer Stelle des Lehnrechts ist sogar davon gesprochen: Der Herr kann niemandem das Gut verleihen, es sei denn, daß er selbst es *in geweren hadde*. So könnte auch hier die Gewere im Sinne des Besitzes als entscheidender Grund für das Recht der Unterbelehnung erscheinen.

Aber auch hier ist folgendes zu bedenken. Das Recht der Belehnung selbst beruht im allgemeinen auf dem Heerschild, nicht also auf dem Beitz. Freilich kann man nicht das Gedinge, etwas also, was man noch nicht in seinem Besitz hat, weiter geben. Aber auch wenn man ein Gut wirklich besitzt, darf man es nicht zu Lehn verleihen, falls einem der Rechtstitel daran fehlt. Im übrigen kann man auch Eigen zu Lehn verleihen und dieses sog. Eigenlehn bewahrt in einigen Hinsichten immer noch die Beschaffenheit als Eigen.

So erweisen sich alle Rechte, die beim ersten Anblick die Gewere (= Besitz) zu Lehnrecht als so inhaltsreich erscheinen lassen, als etwas, was auf die Belehnung durch den Herrn zurückzuführen ist. Das Lehn ist und bleibt ein Gut, das einem Andern zugehört. Wegen dieses mangelnden Eigen-Charakters bedarf es einen von oben her gewährten Rechtstitel zum Besitz. Erst mit dessen Hilfe kann es sich dem Eigen wenigstens annähern.

Nach dieser Ausführung bleibt im Lehnrecht nur noch ein Vorteil übrig, der Gewere (= Besitz) unabhängig vom Rechtstitel gewährt ist: es handelt sich nämlich um 38 §4. Aber wir haben die gleiche Bestimmung auch schon im Landrecht kennengelernt. Auffallend ist nur, daß im Lehnrecht eine ausdrückliche Erwähnung des Falles, daß er die Gewere auch *mit unrechte* erlangt hat,

fehlt.

Nicht zu übersehen ist also, daß im Lehnrecht die Worte *unrechte were* an zwei Stellen erscheinen. Im Lehnrecht hat dieser Ausdruck eine bestimmte definitorische Erklärung: *unrechte were* ist nämlich *were ane lenunge*, also Besitz eines Lehns ohne Belehnung. In diesem Fall braucht man die Gewere nicht immer *mit rechte*, also mit Urteil, zu brechen. Man kann sie nämlich auch mit *minnen* des Herrn brechen. Unrechte Gewere kann also im Lehnrecht sogar vom rechtlichen Schutz für den Besitz selbst ausgenommen werden.

4) Auch die Überprüfung des Wortgebrauchs von *lenes gewere*, der an 8 Stellen des Lehnrechts zu finden ist, führt zum gleichen Ergebnis. An einigen Stellen ist nur festzustellen, daß es sich dabei nicht bloß um einen Besitz als Tatsache handelt, sondern jedenfalls um den Besitz zu Lehn, z. B. im Gegensatz zur *gewere van vormuntscap*. Aber die Worte *lenes gewere* werden auch dazu gebraucht, um die Belehnung durch den Herrn oder den Rechtstitel aufgrund der Belehnung zu bezeichnen.

Im Artikel 38 §1 ist folgender Fall zu finden. Ein Vasall (C) läßt ein Gut, das er von seinem Herrn (B) zu Lehn hat, dem Oberlehnsherrn (A) auf. Dann empfängt er (C) es vom A wieder und besitzt es Jahr und Tag ohne rechten Widerspruch. Aber derjenige, dem das Gut zusteht (also, Unterherr=B), weißt davon nichts. Dadurch verliert dieser (B) nichts. Er muß aber binnen Jahresfrist einen Eid darauf leisten, daß er von der Auflassung nichts wußte, und er muß die Klage zur Zurückforderung des Gutes erheben. Wer von ihnen beiden gegenüber dem Oberlehnsherrn (A) mit dessen Vasallen zu siebent beweisen kann, daß er zuerst *lenes gewere* von diesem (A) erhalten hat, der behält das Gut.

In diesem Fall ist also ganz klar, daß der Vasall (C) über die Gewere im Sinne des Besitzes verfügt, dagegen fehlt sie dem Unterherrn (B) von vornherein. Trotzdem gewinnt er (B), falls er im Stande ist, seine frühere Belehnung zu beweisen. Um ihn zu übertreffen, muß der Vasall (C) entweder seinerseits die noch frühere Belehnung oder den mangelnden Rechtstitel des Unterherrn (B) beweisen. Ein Beweis des bloßen Besitzes als Tatsache hilft ihm nicht.

Erst unter dieser Voraussetzung ist auch der oft zitierte Artikel 14 §1 richtig zu verstehn. Es heißt hier nämlich: "Ein Gut kann mehreren Herren zugehören, in der Weise, daß es einer vom anderen erhalten hat, die Gewere daran muß jedoch e i n e m zugehören. Wer es *in nut unde in gelde* hat und Zins daraus nimmt, es sei Frau oder Mann, der hat daran die Gewere". Was gleichzeitig mehreren Herren zugehören kann, kann also nicht die Gewere im

Sinne der herrschenden Lehre sein, sondern nur die Lehnsgewere, und zwar im Sinne des Rechtstitels zur Verfügung über Lehnsgut aufgrund der Belehnung durch den Herrn. Dagegen kann die Gewere *in nut unde in gelde* nur e i n e m zugehören, und zwar einem Vasallen, der jeweils auf der untersten Stufe der Lehnshierarchie steht und aus dem Gut Zins einzieht.

5) Auch im Lehnrecht erscheint der Begriff rechte Gewere an 7 (8) Stellen. Eine definitorische Erklärung ist im Artikel 13 §1 zu finden. Danach gewinnt ein Vasall die rechte Gewere an dem Gut, wenn er es nach der Belehnung 6 Wochen und ein Jahr ohne rechten Widerspruch des Herrn besessen hat. Als Unterschied zur gewöhnlichen Gewere (= Lehnbesitz innerhalb eines Jahres) lassen sich folgende zwei Punkte feststellen. Wenn ein Vasall mit seinen 7 Mitvasallen die rechte Gewere bezeugen kann, so kann er die Lehnsgewere allein durch den Eid auf die Reliquien bekräftigen und das Gut auch ohne Zeugen behalten. Was bedeutet dieser Unterschied?

Bei der gewöhnlichen Lehnsgewere (innerhalb eines Jahres) muß der Vasall zu selb-siebt, also mit 6 Mitvasallen, die übrigens nicht immer Augenzeugen zu sein brauchen, doch noch die Belehnung durch den Herrn beweisen. Dagegen braucht er, falls er die rechte Gewere hat, nur noch den tatsächlichen Besitz über ein Jahr und 6 Wochen zu beweisen. So könnte das, wenn man es isoliert betrachtet, als ein wesentlicher Unterschied gegenüber der gewöhnlichen Gewere erscheinen. Denn die Tatsache des Besitzes scheint hier endlich die Belehnung als Rechtstitel abgelöst zu haben. Aber das bleibt doch nur der Anschein beim ersten, flüchtigen Anblick. Denn der Vasall muß auch in diesem Fall, wenn auch allein auf die Reliquien, eigens zusätzlich die Lehnsgewere selbst beweisen.

Auch über den 2. Punkt ist folgendes zu bedenken. Wenn der Herr seinen Vasallen mit einem Gut belehnt hat, so wird er während eines Jahres dessen Gewährsmann. Aber das gilt nur für das Verhältnis zu Dritten. Was das Verhältnis zum Herrn selbst angeht, so behält der Vasall auch ohne Zeugen sein Gut, soweit es der Herr anerkennt. Wenn aber der Herr die Belehnung verneinen will? Dann muß sich der Vasall, um sein Gut gegen den Herrn zu verteidigen, auf das Verfahren mit den Zeugen berufen. Bei der rechten Gewere wird nur dieses Verfahren mit den Zeugen überflüssig, und zwar erst nachdem der Vasall nicht nur die *rechte were* mit 7 Mitvasallen, sondern auch *des lenes gewer* mit seinem Eid bewiesen hat.

Das ist schon fast alles, was der Artikel 13 §1 über die Vorteile der rechten Gewere besagt. Ihre Funktion besteht also in der Hauptsache darin, den Lehnbesitz über ein Jahr und 6 Wochen gegen die Willkür des Herrn—des

Auctors also in diesem Fall—zu schützen. Ferner ist auch hier folgendes hinzuzufügen: Der bloße Besitz über Jahr und Tag bringt keine Veränderung der *causa possessionis* oder des Rechtstitels zum Besitz. Weder der Besitz eines Zinsgutes, noch der Besitz eines Gutes durch den Verwalter über Jahr und Tag erzeugen den Anspruch, daß ihm das Gut deswegen zu Lehn zugehöre. Auch die rechte Gewere kann nicht rechtfertigen, daß ihr Inhaber das Gut ohne Belehnung weiter verleiht. Die unrechte Gewere bleibt in diesem Sinne immer unrecht.

Aber im Lehnrecht kommt noch ein Vorteil der rechten Gewere vor. Im Artikel 37 §3 heißt es nämlich: "Wer die *rechte were* an einem Gut hat, der soll es mit besserem Recht behalten, als derjenige, der der *rechten were darvet* (keine rechte Gewere hat)." Soweit man von der herrschenden Lehre ausgeht, bleibt dieser Rechtssatz immer unverständlich. Denn, hätte einer ein Gut bereits über Jahr und Tag rechtmäßig besessen, dann hätte es niemand sonst in seinem Besitz haben können. Hätte der Spiegler hier eigentlich, statt *de der rechten were darvet*, einfach *de der were darvet* schreiben sollen?

Nein, das trifft nicht zu! und zwar nicht nur deshalb, weil das zu selbstverständlich gewesen wäre, um es eigens zu erwähnen. Im Lehnrecht des Sachsenspiegels kommt nämlich sogar ein konkreter Fall vor, wo der Inhaber der rechten Gewere das Gut doch nicht in seinem Besitz hat. Es handelt sich um den Fall der Vormundschaft während der Minderjährigkeit des Lehnserben.

Während der Lehnserbe noch *binnen sinen jaren* (= noch nicht 12 Jahre alt) ist, kann der Herr sein Vormund werden und das *angevelle* (= Nutzungsrecht) unverliehen behalten um Einkünfte des Gutes selber zu nehmen. Oder er kann auch das Kind oder den anderen Vormund mit dem *angevelle* belehnen. In einem Artikel heißt es weiter: "Niemand kann (aber) mit dieser Belehnung eine rechte Gewere gewinnen an des Kindes Gut, so daß er diesem seine rechte und seine frühere Gewere brechen könne, die auf das Kind vererbt ist". Der Lehnserbe hat also auch die rechte Gewere von seinem Vater geerbt, er kann aber das Gut wegen seiner Minderjährigkeit nicht in seinem Besitz haben!

Wenn dem so ist, so besagt Art. 37 §3—der sich übrigens an 37 §1, der das *ervelen* klar von dem anderen rechten Lehn unterscheidet, anschließt—etwa folgendes: Der Lehnserbe, der trotz des fehlenden Besitzes die rechte Gewere hat, kann das Gut mit besserem Recht behalten, als der Vormund, dem trotz des langjährigen Besitzes die rechte Gewere fehlt. Damit erweist sich auch die rechte Gewere am Lehnsgut, im Grunde genommen, als Rechtstitel, nicht aber als Besitz.

Damit geht unsere Untersuchung über den Gebrauch des Begriffs Gewere

im Sachsenspiegel langsam zu Ende. Sehr deutlich hat sich gezeigt, daß sich der Begriff um zwei Zentren gruppiert, nämlich um das gerichtlich aufgelassene Eigen im Landrecht und um das (rechte) Lehn im Lehnrecht. Was haben denn die beiden gemeinsam? Einmal: sie sind beide kein von den Vätern vererbtes Eigen. Deswegen brauchen sie beide, um sich dem Eigen im eigentlichen Sinne anzunähern, einen von außen oder oben her gewährten Rechtstitel. Aber zum andern haben sie noch eines gemeinsam: Sowohl in Bezug auf die gerichtliche Auflassung als auch auf die Belehnung war früher die lateinische Bezeichnung (*in*)*vestitura* gebräuchlich. Das führt uns beinahe zwangsläufig zu folgender Annahme:

Das deutsche Wort (*ge*)*were* entstand zunächst als Übersetzung des lateinischen (*in*)*vestitura*. Die Gewere gewährte anfangs als solche dem veräußerten Eigen und dem Lehn den Rechtstitel, der ihren mangelnden oder fehlenden Eigen-Charakter ergänzte. Besonders durch die verstärkten Vasallenrechte, aber auch durch das erwachte Interesse für den Frieden befördert, wurde dann der Besitz des Gutes intensiver in Schutz genommen. Parallel dazu nahm das Wort auch die Bedeutung Besitz an. Daraufhin wurden auch der Gegenstand und das Zentrum des Besitzes (Gut und Haus u. Hof) ebenfalls mit dem Wort bezeichnet. Nur soweit ist aber die Entwicklung im Sachsenspiegel abzulesen. Das Wort (*ge*)*were* ist weder auf das Zinsgut, noch auf das vererbte Eigen angewandt worden, geschweige denn auf die fahrende Habe. Diese Annahme — und wahrscheinlich nur sie — paßt sich reibungslos dem Befund im Sachsenspiegel an.

Dagegen hat die herrschende Lehre, meiner Ansicht nach, von Anfang an den Irrweg betreten, indem sie in diesem Wort primär den Besitz sehen wollte. Dieses Irrtum zeigt sich am deutlichsten in ihrem allzu künstlichen Begriff juristische oder ideelle Gewere, die auch im Sachsenspiegel kein einziges Mal belegt ist. Ein Mann nahm ein Gut für sich in Anspruch, auch im Mittelalter, einfach aufgrund der Tatsache, daß das Gut, wenn auch gegen seinen Willen genommen, immer noch sein eigenes bleibt. Was ihm dabei übrig bleibt, ist nämlich sein unanfechtbares Recht auf das Gut, keineswegs aber die juristische oder ideelle Gewere, die als Besitz in Wirklichkeit nicht (mehr) existiert. Auch die Grundlage des Sachenrechts im älteren deutschen Recht ist das Eigen, dem sich das veräußerte Eigen sowie das (rechte) Lehn mit Hilfe der Gewere annähern konnten, keineswegs aber die Gewere, die den beiden nur Hilfsmittel dazu anbot! ***

*** Die deutsche Fassung dieses Aufsatzes wird bald auch in: Festschrift für Hans Thieme zum 80. Geburtstag veröffentlicht.

Die Alexander von Humboldt-Stiftung hat meinen Studienaufenthalt in Freiburg vom 1. 10. 1985 bis zum 31. 3. 1986 finanziell unterstützt. Der rechtzeitige Abschluß dieses Aufsatzes wurde erst dadurch ermöglicht. Dafür bin ich der Stiftung zu herzlichem Dank verpflichtet.