



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	人についてのゲヴェーレ・小考
Author(s)	石川, 武; ISHIKAWA, Takeshi
Citation	北大法学論集, 37(4), 1-27
Issue Date	1987-03-25
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16527
Type	departmental bulletin paper
File Information	37(4)_p1-27.pdf



人についてのゲヴェーレ・小考

石川 武

はじめに

ザクセンシュピエーゲル・ラント法三・三二・六に次のような条文がある。「誰であれ、ある人についてゲヴェーレを有する者は(Swe de gewere hevet an eneme manne)」、それを欠く者よりもまさる権利をもって、彼(『その人』)が自分の体僕であること(を証人により立証することができる)。

「ドイツ私法学」(Deutsches Privatrecht)の通説によれば、ゲヴェーレとはゲルマン(古)ドイツ物権法上の占有であり、しかもその占有は——近代法のそれとはちがつて——同時に権利(『本権』)をも表現している。したがって、ある人(間)についてゲヴェーレが成立するのであれば、その人間は物と同一視されていることになる。事実、右の条項は(後述するよう)egen man(体僕、厳密な意味での不自由人)に関する一連の規定の真只中に位置しており、そこで en man(ある人)と

言われている者が体僕であることは明白である。それだけではない。(通説の立場に立つて読むと)この条項は体僕を占有している者が占有していない者よりも証明手続上優位にあると説いている。これこそまさしくゲヴェーレ(占有)本権の表現)の効果ではないのか。

本稿の目的は、ザクセンシュピীগエルに現われるこの「人についてのゲヴェーレ」とは何かを検討し、右のような通説的理解が成立する余地のないことを論証するにある。これが前稿「ザクセンシュピীগエルにおけるゲヴェーレ」で展開した私見の補足であることは改めてお断わりするまでもあるまい。⁽³⁾

一

本題にとりかかる前に、ごく簡単にザクセンシュピীগエルにおけるアイゲンの譲渡について見ておきたい。⁽⁴⁾

(一) ラント法一・五二・一(以下、ラント法からの引用は巻・条・項の数だけを挙げる)には、「相統人の承諾なしには、また、正規の裁判集会(echtdink)グラーフが年三回、国王罰令権のもとに開く定期裁判集会で、参審自由人が参加の義務を負う)なしには、なんびとも彼のアイゲン、または Jude(= Leute)(広くは、一般に従属民の意)を譲渡することをえない」という規定がある。これによって二つのことが明らかになる。

第一に、アイゲンの(いわば正式な)譲渡には、「相統人の承認を得て」および「正規の裁判集会において」という二つの要件が必要とされたこと。⁽⁵⁾第二に、——その Jude は譲渡の対象になつていたので、まず間違いなく「体僕」と解されるが、そうだとすれば——体僕の譲渡についても、これと同じ二つの要件が必要とされたはずであること。

因みに、これがあらかじめアイゲンの譲渡について見ておきたいと考えた理由である。すなわち、それによって、体僕の譲渡および体僕への身売——それはある言い方をすれば自己譲渡である——⁽⁶⁾のことを考えるために不可欠な予備知

識が得られるからである。ただし以下においては、本稿の主題と関連することを二・三摘記するにとどめる。

(二) 持主が右の第一の要件を無視して、すなわち相続人の承諾を得ないで、アイゲンを譲渡すればどうなるか。解答は同じ条項の中に明記されている。「相続人は判決をもつて(=判決を得た上で)それ(=アイゲンを)を(実際に)掴まえ占取する、あたかも彼、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に」。すなわちこの場合、アイゲンは持主の手を離れ、相続人がいわばそれを「相続」してしまう⁽⁷⁾。

(三) これに対して、持主が第二の要件を無視し、正規の裁判集会を経ないで——すなわちいわゆる「法廷譲渡」(gerichtliche Aufassung)⁽⁸⁾によらないで——アイゲンを譲渡した場合にはどうなるか。第一の要件の場合とはちがつて、ザクセンシュピーゲルはこれについて直接の解答は与えていない。したがって、この間に全面的に答えるのは実は容易ではないのだが、ここでは次の二点にしぼって私見を述べておくことにする。

(a) まず、譲渡の契約が成立してから実際に占有が引渡されるまでに一定の時間的間隔がある場合を考えてみる。もしこの間に譲渡人が譲渡契約を結んだことを否認し、あるいは、それを撤回しようとするればどうなるか。

ザクセンシュピーゲルには、約束または約定要するに、契約⁽⁹⁾について、次のような一般原則が存在する。すなわち、契約は堅く守りあるいは履行しなければならないが、もし本人が後にそれを否認(または撤回)しようとする場合には、単独の(否認)宣誓をもつてそうすることができ、しかも相手方はこれを証人をもつて反駁することができない、というのがそれである⁽⁹⁾。

しかしこの原則には例外がある。すなわち、契約が法廷で結ばれた場合は格別、とされている。具体的に言えば、この場合、相手方は裁判官と二人(都合三人)の証人によつて、他方の本人一人の(否認)宣誓を上廻ることができた⁽¹⁰⁾。ただしこれは一般の契約についてであつて、アイゲンの譲渡については、本人が法廷で結んだ契約を否認(ないし撤回)しようと

する場合、相手方は裁判官と「彼のために判決を発見する人々」(おそらく参審員の意)(六人と都合七人の証人)によって、本人の否認を上廻つて譲渡契約の存在を証明(契約の履行)アイゲンの引渡を要求することができる。⁽¹¹⁾

正規の裁判集会を経ないでアイゲン譲渡の契約が結ばれたときは、もちろんこの例外規定は適用されない。したがつて、後になって譲渡人がその契約を否認(ないし撤回)しようとするれば、譲受人はそれを反駁してアイゲンの引渡を迫るための法的手段をまつたく持たないことになる。⁽¹²⁾

(b) 法廷譲渡がおこなわれると(厳密には、正規の裁判集会でアイゲン譲渡の契約が結ばれると、所領について(それを占有するための)権原は、基本的にはすでにその時点で(すなわち、占有引渡を待たずに)譲受人に移つたものと思われる。だからこそ、法廷譲渡を受けた者は、所領を第三者が占有しているとき、自ら原告となつてその引渡を請求できるし、また、所領の引渡がまだなされない間に第三者がその帰属をめぐつて争うときにも、(直接に)譲渡人を訴えるのではなく、まだ所領を占有していない譲受人を相手にして訴を起すことができるのである。⁽¹⁵⁾

ゲヴェーレの語は、ザクセンシュピーゲルにおいては、このとき譲渡人から譲受人に移る「占有権」または(占有のための)「権原」という意味でも用いられている。前稿「ゲヴェーレ」において展開した私見によれば、通説が長い間信じてきたのとはちがつて、ゲヴェーレの語の原義はむしろこの「権原」(ないし占有権)支配権の賦与なのだが、本稿ではそこまで立ち入る必要がない。

二

以下、本題に入り、体僕の帰属に関する問題を扱つた三・三・二・二(以下、たとえば同条二などと略記する)を逐一検討していくが、本節ではまず同条二、三、九の三つを取り上げる。

(一) まず同条二。「誰であれ自分は自由人であると主張する者(A)があり、しかして他の者(B)が彼(A)は自分の体僕であり、しかも彼(A)は自分に身売をしたのだと主張するならば、かの者(A)は潔白になる(単独の雪冤||否認宣誓をもつてBの主張を却けることができる)、ただしそれ(||身売)が法廷で、おこなわれた場合はこの限りでない」。

念のために一言すると、この場合、否認宣誓がおこなわれるのだから、AとBは法廷で争っている。どちらが原告でどちらが被告か。もちろんBが原告でAは被告である(自分を自由人と主張するAには、訴を起す理由がない)。Bが、Aは自分に身売し自分の体僕になると約束したのにそれを履行していない、としてAを訴えているのである。したがってこの場合、BはAを占有(ないし現実支配——以下同様)していない。

見られる通り、身売の約束(=契約)が法廷でなされていなかった場合には、Bが敗ける。BがAを占有していないからだろうか。そうではない。すでに右の一・(三)・(a)で見ておいたように、契約が法廷で結ばれていなかった場合には、本人が後にそれを否認(ないし撤回)しようとするれば単独の宣誓をもってそうすることができ、相手方にはそれに対抗して彼の否認を覆えすための証明手段が認められていないからである。

これに対して、身売の約束が法廷でおこなわれていたときはどうなるのか。おそらく(少なくともある証明手続を履めば)逆にBが勝つのだろうと見当はつく。しかし同条二はそのことを明記していない。これを宿題一と呼ぶことにしよう。

(二) 次に同条三。「彼(B)がしかし、彼(A)は自分の生まれながらの体僕であると主張するならば、彼(B)は自分の体僕二人とともに(都合三人で)聖遺物にかけて(宣誓することによって)彼(A)を(自分の生まれながらの体僕として立証し)取得(または保持)することができる」。

この場合にも、Bが原告であること、また、BがAを占有していないことは明白である。Bは、Aが自分の生まれながらの体僕であるにもかかわらず自分の占有から離脱している(あるいは、逃げ出した)、と主張して、Aに対して訴を起

こしているのである。

この場合にはBが勝つ。どうしてか。BはAを占有していないのだから、占有はその理由としてはおよそ問題にならない。そうではなくて、Aがおこなう単独の(否認ないし雪冤)宣誓よりも、それに対抗してBが自分の体僕(一人)とともに三人でおこなう宣誓の方が強い。そのように法が定めているからである。

この場合Bに求められている証明手続は、他人の手もとにある動産を自分のものとして立証・取得するためのそれと類似している。動産についてはたとえば次のような規定がある。「誰であれ他の者に彼の動産を、期限つきまたは(確定)期限なしに、貸与または質入または寄託する者があり、彼に対してその後かの者(『占有者』が、あるいは、彼(『占有者』の死後彼の相続人がそれについて否認しようとする場合には、この者(『本来の持主』はそれを自分とも三人で(宣誓することにより)、かの者(『占有者』が単独でそのために宣誓するよりも優先して、(立証し)取得することができる。つまり、他人の手もとにある自分の物については、占有者が単独の宣誓で否認しても、本来の持主は三人で宣誓することによつてそれを自分のものとして立証・取得できるわけである。⁽¹⁶⁾

しかし、そういうことになると、直ちに次のような疑問が生まれるであろう。すなわち、もしAが事実自由人であるとしたら、そんな動産並の証明手続で簡単に誰かの(生まれながらの)体僕にされてしまつてよいのか、と。もちろんザクセンシュピエゲルは、このケースを同条二のケースとははつきり區別しており、換言すれば、同条二はAが自分を自由人と主張するケースを含んでいない、と解される。

たとえば次のような条項がある。「人(後述が誰であれある者(『右の場合のA』)を出生にもとづきまたは職業にもとづき不真正(unecht)の場合、rechlos⁽¹⁷⁾ 法喪失と同義)と主張する場合、それを主張する者は、彼等の法について完全な人々(六人)と自分とも七人で、彼(A)に対してそのことを(証人により)立証しなければならぬ」(三・二八・一)⁽¹⁸⁾。同条二のB

もこの条項の「人」に含まれると考えれば、Aが自分は自由人だと主張するとき、Bはこれを同じ（『法レクにおいて完全な人々と七人で、という証明方法をとらなくてはならなかったはずである。

しかしこの推定は必ずしも確実とは言えない。というのは、右の条項は、（Aの主人ではない）第三者がAは生まれながらの体僕である（から、たとえばこの件について証人にはなりえない）ということを立て証するための手続であつて、BがAを自分の生まれながらの体僕として立証・取得するための手続はそれとは違ひもう少し重いものかも知れない、という可能性が残るからである。これを宿題二としておこう。

もう一つ、Bがこの条項三・二八・二の手続に従つてAは自分の生まれながらの体僕であることを立証すれば、（自らを自由人と主張する）AはもはやBには対抗できないのだろうか。これは宿題三と呼ぶことにしよう。

（三）ここでテキストの順を変えて同条九を見てみる。

「また誰であれ、自分がある主人（B）に（体僕として）属していることを否認し、そして自分はある別な主人（C）に（体僕として）属すると主張する者（A）があれば、人（『裁判官は彼（C）を法廷へ召喚する、そして彼（A）が自分はその人に（体僕として）属すると主張している彼の主人（C）が、彼（A）を代表・擁護すべく出頭しないならば、彼を訴求する者（B）は、自分の親族と自分とも三人で（立証し）彼（A）を（自分の体僕として）取得（または保持）する、（ただしこれは）彼（B）が彼等（『親族を有する場合である）。彼（B）が彼等（『親族）を有しない場合には、彼（B）は自分の生まれながらの体僕二人とともに（三人で）彼（A）（が自分の体僕であることを）証人により立証することができる」。

この条項は、今までのとはちがい、かなり詳しく書かれているので、一読すれば必要なことはだいたいわかる。Bが原告、Aが被告であることは明記されている。ここでもBはAを占有してゐない。Bは、Aが自分の体僕であるのに自分の占有から離脱した、といつてAを訴えているのである。

これに対してAは、自分が体僕(身分)であることは否認せず、ただBの体僕であることを否認している。ここまでは同条三のケースとまったく同じである。しかしそれから先が異なる。Aは自分はCの体僕だと主張するのである。裁判所はもちろんCを召喚し、Aを「代表・擁護する」ことを求める。わかりやすく言えば、Aに代つてBの相手になれ、というわけである。²¹⁾ところがCは出頭しない。Aが敗けるのは当然の帰結であろう。

しかし、この場合でもBは、Aが(Cの体僕であること)立証に失敗したこと、自動的にAの主人であると認められるわけではない。A単独の(Bの体僕であることを)否認(する)宣誓を上廻るためには、原則としては、自分の親族と三人でという同条三の場合よりも重い立証手続を履まなくてはならない。²²⁾Bはその手続を履むからこそ(Aについての権利を認められ)Aの主張を却けることができるのである。

ところで、Bはなぜ原則としては自分の親族と三人でという(同条三とくらべて)重い証明手続を求められるのであろうか。現にCは法廷に出頭してAに対する自分の「権利」を主張しようとしなかったのだから、一般的には、CがAに対してもつ「権利」は堂々と法廷で主張できるものではなかった、と推定できる、最もありそうなのは、Bのもとから逃げ出したAをCがそのまま支配していたというケースであろう。しかし、Cが出頭しないのは、必ずしも常にAの責任とは言いつれず、Cの責任かも知れない。それにもかかわらず、裁判所はAに対するBの「権利」を最終的に確定しようとする。そこで法は、いわば安全係数を見こんで、証明手続を加重しているのではあるまいか。²³⁾

ところでこの場合、もしCが裁判所の召喚に応じて出頭し、実際にAを代表・擁護すればどうなるのか。一般的には、Bがその主張を貫徹することはもつと難しくなると推定できるが、同条九からは具体的なことはわからない。これは宿題四としておこう。

三

本節では同条四と五を検討する。

(一) またテキストの順番に戻って、同条四。「彼(A)をもう一人別な主人(C)が訴求するならば、この者(C)に対しては彼(B)は、自分の親族、または真実を知る人々、(warhafte Iude = wahrhafte Leute)⁽²⁴⁾(六人)と自分とも七人で彼(A)を(自分の体僕として立証し)保持することができる」。

この条項は先行する同条二や三とかなり趣きを異にしている。まずBはすでにAを占有しており、新たに原告としてCが登場してくる。Bは一転して被告の立場に立つ。ここで争っているのは、もはやB対AではなくC対Bである。Cは、Bが占有しているAは実は自分の体僕なのだから引渡せ、とBに請求する。これに対してBは、「自分の親族または真実を知る人々と七人で」(Aが自分の体僕であることを立証すれば、Cの請求を却けることができる)。

この場合、Cは現にAを占有しているBを相手どってわざわざ訴を起しているのだから、一般的には、その主張には相当な根拠があると推定される。それにもかかわらず、同条四は、Bが右の証明手續を貫徹できればCの請求は認められない、と定めている。そうしたCの請求の根拠として想定されるのは、何よりもBからAの譲渡を受けたという事実であろう。しかし、それが法廷譲渡によらないものであれば、すでに一・(三)・(a)で上述したことから、Bはもつと簡単にCの請求を却けることができるはずである。逆に、法廷譲渡がおこなわれた場合には、同じく一・(三)・(a)で述べたところから、そう簡単にCの請求が却けられるとは思えない。法廷譲渡の場合のことは宿題五として残しておくことにしよう。したがって、厳密にはその場合を除いて、たとえCがどのような根拠にもとづいて(また、どのような証人を持ち出して)Aを請求してもBには勝てない、と同条四は言っていることになる。

そうだとすれば、すぐに次のような疑問が出てくるであろう。なぜこの場合、Bはそれほど強い立場に立つのか、そ

これはBが現にAを占有しているからではないのか、と。これまでのところでもすでに、一般に訴訟に勝つ理由は、占有にあるのではなくて、それぞれのケースについて法が定める立証手續を貫徹できるからである、ということを明らかにしてきたつもりである。しかし、この同条四の場合には、BがAを占有していることから、さらに次のような疑問が残る可能性がある。Bが「自分の親族または真実を知る人々と七人で立証するのは、Bの(Aについての)占有であり、したがってBがCに対して圧倒的な優位にある根拠も、詮じつめれば結局占有ということになるのではないか、と。

この疑問に答えるために、土地(具体的にはレーン)の占有について立証する手續を見てみよう。[Lanes gewere (Lehnsgewere)を人(=家臣)は(同じ)主君の家臣、六人とともに(都合七人で)(証人により)立証しなければならぬ。(これに対して)単なるゲヴェーレ (blote gewere = blode gewere)をある者(または、ある家臣)は、誰であろうとも彼等の法(25)について非議される余地のない人々(六人)と自分とも七人で(証人により)立証すれば足りる、とされている(レーン法七四・二)。(26)とは少なくともレーンとしての占有、突きつめて言えば(主君からの授封)によって賦与される)レーン占有のための権原である。

ところでこのレーン法七四・二を、上述二・二で引用した三・二八・一と比較してみよう。土地の占有を証明するための手續は、(自分は自由人であると主張する)ある者が出生にもとづき法を喪失している(=生まれながらの体僕である)ことを立証すると、まったく同じものになっている。この一致は決して偶然ではない。ある人間が生まれてからずつと誰か他の人間に占有されているのだとすれば、それは前者が(誰かの)生まれながらの体僕である(=生まれながら体僕身分に属している)ことの証拠にほかならないからである。

以上の所見を念頭において、もう一度、同条四に定められている証明手續を見てみよう。この場合、Bは現にAを占

有している。それにもかかわらずCはAを訴求している。Cが主張しているのは、Bの占有には法的根拠がない、ということである。したがってその主張を却けるには、Bは(現時点における、あるいは、長期にわたる)占有の事実を挙げただけでは足りず、Aがある法的根拠にもとづいて(あるいは、生まれてからずっと)自分の体僕である、ということを立証しなければ十分ではない。しかるに、「法レヒトについて完全な人々と七人では、単なる(事実としての)占有、あるいは、Aが(自由人ではなくて)誰かの生まれながらの体僕である(『生まれながら体僕身分に属している』)こと、をしか証明できない。そこで、Aが自分の(生まれながらの)体僕であること、すなわちBがAを占有する法的根拠を立証するためには、手続がさらに加重される必要があつたのではないか。

以上のように、同条四でBに求められている手続が、単にAについての占有の事実ではなくその法的根拠をも証明しうるほど重いものであつたとすれば、この条項がCの主張(およびその根拠)に関心を示さず、いわばBの勝訴を予定していることも頷けよう。なお、これによって宿題二が解決されたことは、改めて指摘するまでもあるまい。

さらに同条四を以上のように解することによって、もう一つ宿題を解決することができる。先に扱つておいた同条九のケースを想い出してみよう。同条九ではBが(自分は占有していない)Aを相手に訴え、Aは自分の体僕であると主張している。これに対してAは、自分はBの体僕ではなくてCの体僕だと主張する。ところがCは出頭せず、Aは敗けてしまう。宿題四は、もしこのときCが出頭してきてAを代表・擁護すればどうなるのか、ということであつた。この場合、ことはもはやB対Aの争ではなく、B対Cのそれへと発展し、実質的にはBがCに対してAの引渡を要求することになる。ここでBとCの符号を入れ換えて考えてみれば明らかのように、これはほとんどそのまま同条四のケースである。違ふのは同条四ではC(同条九のB)がはじめから(Aではなく)B(同条九のC)を訴えていることだけである。したがつて、同条九の場合にも、Cが出頭してきてAを(同条四に定める方法に従い)自分の(生まれながらの)体僕であることを立証

できれば、CはAを保持することができた、と考えられる。念のために一言すれば、この場合にも、Bは法廷譲渡によらない譲渡を根拠にしたのではとうていCとは太刀討できず、また、法廷譲渡の場合についてはまだ明示的には何も述べられていない(宿題五)。

(二)次に同条五。「かの者(A)がしかし、三人は父方また三人は母方から、自分の親族である者(六人)と自分とも七人、彼の自由身分を立証できるならば、彼(A)は彼の自由(身分)を保持し、また彼等すべての者(後述)の証言を却ける(ことが出来る)」。

この場合、Aが誰かある主人(前条までのB)に(彼の体僕であるといつて)訴えられ、それに対抗して自分は自由人であると主張していることは明らかである。ただし、法廷外の身売はもちろん(同条二のケースになるはずだから)、法廷身売も(し)かるべき手続を履めばBが勝つはずだから(ここには含まれない(念のために一言すれば、Aがはじめから体僕であることを前提する法廷譲渡は、ここでは問題になる余地がない)。

さらに、先行の同条二から四までのうち、実質的にこの五と関係しうるのは三だけである。二と四では、そもそもAが自由人か(生まれながらの)体僕かという問題は争われていない。したがってこの同条五は、直接には先行する三を承けて、Bによつて自分の生まれながらの体僕であると主張された自由人Aが、どうすればBの主張に対抗することができ、それを明らかにしたものであることになる。これによつて宿題三は自ずから解決する。

以上の限りでは、この条項はきわめて明快で何の問題もないように見える。しかし、いささか気になるのは「彼等すべての者」という表現である。もしこの条項がもつばら同条三とだけ関係するのだとすれば、そこに出てくる証人は都合三人にすぎず、「彼等すべての者」というのはちよつとオーバーではないか。それに、なぜこの条項は、それと直接に関係するはずの同条三の後ではなく、同条四(そこには七人の証人が出てくる)の後に置かれているのだろうか。

ザクセンシュピールゲル(少なくともそのラント法の部)全体の叙述が一・二・三・七という *Glückszahl*(ラッキー・ナンバー)の系列に従っている、ということは夙に指摘されているが、⁽²⁷⁾ 実は体僕の帰属に関する三・三二の叙述の順序を決めているのも、この一・二・三・七という数の系列である。すなわち、一、は身売をしたとされる自由人による単独の否認宣誓(同条二)、二、は身売をして体僕になった者と生まれながらの体僕という二種類の体僕(同条二、三)、三、は生まれながらの体僕を主人が追及する場合の証人の数(同条三)、七、は(自分の生まれながらの)体僕を他の主人から請求されてそれを却ける場合の証人の数(同条四)。

それだけではない。七人の証人による立証が求められているケースを、文言の表面には出てこないものをも含めて整理すると次のようになる。法^{レヒト}について完全な人々と七人(同条三)、自分の親族または真実を知る人々と七人(同条四)、そして自分の親族だけ七人(同条五)。すなわち、同じ七人の証人でも、軽いものから重いものへの順に叙述が進められているのである。

このことは当然次のような想定につながる。すなわち、ザクセンシュピールゲルの著者アイケが同条五を執筆するに当たって、同条三のケース(したがって潜在的には、自ら自由人であると主張する者に対して、彼が生まれながら体僕身分に属していることを立証する三・二八・一の手続)だけでなく、同条四の手続もまた、まさにある「自由人」が特定の主人の(生まれながらの)体僕であることを立証する手続という側面で、同条五の対極にあるものとして彼の意識の中にあつたのではないか。同条五に「彼等すべて、の者」とあるのも、そう考えれば首肯できるし、かりにこの想定が誤っていても、客観的には、同条五が「自分の親族だけと七人で」という同条四よりも重い立証手続を求めることによって(同条四に潜在的に含まれていた)ある「自由人」を特定の主人の(生まれながらの)体僕として立証・取得する手続をも上廻っていることは事実なのである。⁽²⁸⁾

四

本節では、いよいよ問題の同条六を直接に取り上げ、併せて残った同条七と八を扱う。

(一) もう一度同条六の条文を、一部これまで用いてきた符号を入れて掲げておこう。

「誰であれ、ある人(A)についてゲヴェーレを有する者は、それを欠く者よりもまさる権利をもつて、彼(A)（が自分の体僕であること）を証人により立証することができる」。

まず、通説に従つて、ゲヴェーレの語を「占有」と読んでみることにしよう。「ゲヴェーレを有する者」の後に(B)、「それを欠く者」の後に(C)を補つてみれば一見して明らかのように、これは同条四とまったく同じケースになつてしまふ。果たしてザクセンシュピールゲルは、この決して数多いとは言えぬ体僕の帰属に関する条項の中で、同じことを二度も繰返しているのだろうか。しかも、(残りの同条七と八がそれと関係ないことはすぐに後述するが)まだ二つも宿題(一)と五)を残しているのに、それを放置したままで――。

そこで、上述一・(三)・(b)で明らかにしておいたところに従つて、ゲヴェーレの語を(法廷譲渡によつて譲受人に移つた)「占有権」あるいは(占有のための)「権原」と読んでみることにする。そして、こんどは逆に、「ゲヴェーレを有する者」の後に(C)、「ゲヴェーレを欠く者」の後に(B)を補つてみよう。そうすると、これは同条四の繰返しではなく、その継続であることが明らかにする。すなわち、同条五は主要次のことを言おうとしているのである。

体僕(A)を占有しているその主人(B)が、もう一人の主人(C)からAの引渡を訴求された場合、一般的には、自分の親族または真実を知る者と七人でAが自分の(生まれながらの)体僕であることを立証すれば、Cの請求を却けることができる(同条四)、BがCに対しAを譲渡することを法廷で契約し、それによつてAについての占有権(ないし権原)がすでにCに移つている場合はその限りでなく、BはCにAを引渡さなければならぬ、と。

この場合、たとえBが法廷讓渡を否認しても、すでに一・三三・(a)で上述したように、「裁判官が彼のために判決を發見する人々(参審員)六人とともに(都合七人で)証人になる」ことよつて、Bの否認は却けられる。こうして、先ほど指摘した七人の証人の系列(法について完全な人々と七人——自分の親族または真実を知る人々と七人——自分の親族だけと七人)が、「裁判官が参審員六人とともに都合七人で」という立証方法によつて最終的に完結する。因みにこれは、およそザクセンシュピーゲルに出てくる立証手続上最も重いものである。

したがつて、ゲヴェーレの語を「占有権」ないし(法廷で確認されている)「権原」と理解すれば、同条六は四の繰返してないということになるだけではなく、宿題五も自ずから解決される。念のために付言すれば、同条九のBも、法廷讓渡を受けている場合には、(法廷に出頭してきてAを代表・擁護する)Cに勝てるのである。

それだけではない。すでに述べたように、同条五が(三の後にではなく)四の後に置かれていることに、著者アイケが同条五と(三だけでなく)四とのつながりを意識していたことがうかがわれる。同じように、この同条六が(以上に述べたように)直接に関連する四の後にではなく五の後にでてくることから、著者アイケが五とのつながりをも意識していたこと(あるいは、少なくとも客観的には、同条六が五ともつながってくることを読み取ることができるといへば、この条項は大要次のことをも含意しているのではないか。

同条五によれば、たとえある自由人が特定の主人の(生まれながらの)体僕であると主張されても、「自分の親族(だけ)と七人で」(自分が自由人であることを)立証すれば、その主張を却けることができる。したがつてまた、たとえある自由人が身売をして体僕となりすでに(かなり長期にわたり)ある主人の支配に服していても、いざとなればそれと同じ手続を用いることによつて、自分が自由人であることを証明できるはずである。しかし、その自由人が法廷で身売をしていて、その事実を(同条五の手続とくらべて)もつと重い同条六の手続で、すなわち「裁判官と参審員六人、都合七人で」証明される

ならば、彼はもはや自由身分を保持することができず、その主人の体僕であることが法的に確定される。⁽²⁹⁾

以上のことを念頭において、同条六の条文中「ゲヴェーレを有する者」の後に(B)、「それを欠く者」の後に(A)を補つてみよう。そうすると、この場合のBは法廷でAの身売を受けてAを体僕として支配する権原を法廷で確認されている者、Aは法廷で身売をしたことよつて自分自身を自分自身の意思に従つて支配する権能を失つたことを同じく法廷で確認されている者、ということになる。もちろん、同条六はもともとAに対する支配権を二人の者が争うケースについて定めたものではあるが、以上のように考えると、少なくともそれが法廷身売の場合について類推する有力な根拠を提示してくれることだけは明らかであろう。

因みに、以上のように解することよつて、宿題一も——したがつてすべての宿題が——解決したことになる。

(二) 同条七と八は比較的簡単にすませることができる。

まず同条七。「誰であれ法廷で体僕へと身売をする者(A)がある場合、彼の相続人はそれ(＝身売)に適法に異議を申立て、しかして彼(A)を彼の自由(身分)に連れ戻すことができる」。

次いで同条八。「彼(A)をしかし主人(B)が彼(A)の死亡にいたるまで保持するならば、彼(B)は彼(A)の死後彼(A)の遺産を取得する、また、彼(A)が身売後に儲けた彼(A)の子たちをも(取得する)、彼等(＝子たち)が彼(A)に従つて(Bに(体僕として)属している場合には)」。

これについてコメントすることは二つしかない。

第一に、同条七は、一・(一)で上述した一・五二・一を参照すれば、おそらく法廷身売には——アイゲンの譲渡と同じく——相続人の承諾が必要であつて、承諾を求められていなかった相続人は、法廷身売の際にそれに異議を申立てることができる、という趣旨の規定と解される。しかし、その後にAの死亡後のことを定めた同条八が続いていることによつ

て、一見、同条七の相続人の異議申立がAの生存中ならいつでも可能であると受け取れるようになってゐる。⁽³⁰⁾

第二に、なぜ法廷身売のことが同条六の後に出てくるのか。もちろん同条七と八は(同条九とともに)補足的条項であるから、後廻しになること自体は不思議でない。しかし、通説のように、同条六のゲヴェーレの語を「占有」と解するならば、体僕の帰属をめぐる問題を扱つたこの三・三二——そしてザクセンシュピীগエル——全体で法廷身売に触れているのは、それを先送りした同条二と、補足的条項にすぎないこの七と八だけで、法廷身売の本体、そのものについての規定はどこにも見当たらない、ということになってしまう。

それに対して、上述した私見に従えば、法廷身売のことは、潜在的にはすでに同条六でも考えられはじめており、それどころか体僕の法廷譲渡と並ぶ(蔭の)主題となっている。したがって、同条七に法廷身売のことが出てくるのは決して突然のことではなく、まさに同条六を承けてそれを補足しようとしたからにはほかならない。

おわりに

以上をもつて、体僕の帰属に関するザクセンシュピীগルの諸条項の検討は終る。それによつて次のことはほぼ完璧に証明することができたと言えるであろう。第一に、三・三二・六に出てくるゲヴェーレの語は、「占有」を意味するものではありえず、「占有権」、それも法廷で確認された(占有ないし支配のための)「権原」を意味する。第二に、体僕の帰属をめぐる訴訟についても、決め手になるのは、占有の有無ではなく、両当事者いずれが定められた証明手続を貫徹することによつてより、強い「権利」を証明できるかである。

最後にザクセンシュピীগルの著者アイケの自由(身分)の問題に対する姿勢について一言して本稿の結びとしたい。アイケが熱烈な自由(身分)の擁護者であつたことはよく知られている。事実彼は「人が法を最初に定めたとき、いかな

る家人（＝体僕と同じく不自由人も存在しなかつたし、われわれの祖先がこの（サクセンの）ラントにやつて来たときには、すべての者が自由人であつた⁽³¹⁾と述べているし、しばしば引用されるように、「かくして正しい真理に従えば、体僕制は強制と拘禁と不正な暴力に起源を有するのであつて、それを人は昔から不正な慣行の中に引入れてきたが、今や法（あるいは、正しいこと）と見なそうと欲している」（三・四二・六）として、体僕制に対する憎悪をあらわにしている。そうしたアイケにとつて、体僕への身売は——自由（身分）がその分だけ減少することになるから——とりわけ苦々しいものであつたことは、容易に推定できるところである。

ところでアイケは他方において、むしろそれ以上に熱烈な法の擁護者であり推進者であつた⁽³²⁾。そうしたアイケにとつては、とりわけ法廷における体僕への身売はきわめて始末の悪い法制であつたに違いない。そこではまさしく法が自由（身分）の喪失をバック・アップし、それに強力な「権原」を与えているのだから——。自由の擁護者アイケにとつては、法廷外の身売が法的効果をもたないこと、また、法廷における身売でも相続人が異議を申立てれば取消しうることは、むしろ大いに力説しなかつたところであろうが、法廷身売の手續や法的効果には可能な限り触れなすすま⁽³³⁾せ、それが不可能な場合にはせめてあまり目立たぬ形の叙述にとどめたい、という心理が働いたのではないか。私見によれば、三・三二・六において、ゲヴェーレ（＝権原といういわばテクニカル・チームを用いることによつて具体的な叙述を避けようとしたのは、そうした心理的葛藤の所産であると思われる。それが数百年の長きにわたつて後世の人々を誤らせる結果を招いたとすれば、いささか罪作りな話と言わなくてはならない。

註

- (1) たとえばハインリッヒ・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）、特に一六六頁以下を参照されたい。
- (2) すべし WILHELM EDUARD ALBRECHT, Die Gewere als Grundlagen des älteren deutschen Sachenrechts, 1828, S. 302 ff., bes. S. 304, Anm. 855 以下、このことを明確に指摘している。
- (3) 本誌、三七の二（一九八六年）。以下、前稿「ゲヴェーレ」と略記する。なお、本稿におけるザクセンシュピールゲルからの引用については、底本、アイケ自身の手になるテキストとアイケ以後の補足にかかるそれとの区別、邦訳との関係等、すべてこの前稿に従うこととし、ここでは繰返さない。
- (4) アイゲンとは、一言にして言えば、借地ではない自分の土地、自有地ないし自由世襲地のことである。それについては（その譲渡の問題を含めて）、拙稿「ザクセンシュピールゲルにおけるアイゲン」（『法制史研究』三六、一九八七年）において論じておいた。なおこの論文は、以下において前稿「アイゲン」と略記する。
- (5) 「正規の裁判集会において」は「裁判官の許可を得て」までは意味していない。「裁判官の許可なしに（Ⅱがなくても）ある人は彼のアイゲンを相続人の承諾を得て（Ⅱがあれば譲渡することができる）（一・三四・一）のである。
- (6) 本稿で「身売」と訳しているのは、名詞形では gave (Ⅱ譲渡) (三・三三・八)、動詞形では sek (to egene) geven (Ⅱ自分を体僕へと譲渡する、すなわち、自分を譲渡して体僕になる) (三・三三・二と七、三・四二・三、三・四五・九) が原語であり、この gave, geven はまさに動産・不動産の譲渡について用いられる語である。
- (7) ただし、これは単なる比喩にすぎないことに注意されたい。前稿「アイゲン」、二で詳しく論じたように、アイゲンの相続は裁判所とは関係なしに自動的に行なわれるのであって、アイゲンが「判決をもって」相続人に移る不法譲渡のケースは、厳密には「相続の開始」と同列に論ずるわけにはいかない。
- (8) 本稿で「法廷譲渡」という場合、厳密には法廷で譲渡の契約を結ぶことを指す。後註(14)で引用する三・八二・二に明

らかなように、その後占有引渡に際して、裁判所の職権による「占有指定」が行なわれるが、特に必要がない場合、この両者を一々区別せず、一括して「法廷讓渡」と言うこともあるので、あらかじめお断わりしておきたい。

- (9) 一・七。さらに一・一八・二では、「人が法廷で約さなかつたことは、それがいかに周知のものであろうとも、それを彼は雪冤、宣誓をもって免れる。そして(他の)人はそれについて彼を証人によつて(反駁し)承服させることをえない」とまで言っている。その趣旨はもちろん、契約は守らなくてもよい、というのではなく、法廷で結んでいない契約については裁判所は関知しない、ということである。この原則は、裏からいえば、当時の法(『裁判所が「平和」に直接に関係しない事柄については関心を持っていない、あるいは、持つゆとりがなかつた、ということを示しているが特に、前稿「アイゲン」、三・(二)を参照)、ここではさらに次のことを指摘しておきたい。

当時の裁判は、特別の場合を除いて実体的真実には関心がなく、原告ないし被告が法廷である事実を主張しようとする際には、事柄に応じて定められている(いわば形式的な)証明手続を履むことを求められる。それを履んだ者は——極言すれば実体的真実とは無関係に——自分の主張を裏づけたことになる。したがって、原告・被告の主張が対立するとき、それぞれが主張の内容に応じた証明手続を履むことになる。その場合、基本的には単独の宣誓、三人の証人、七人の証人という三つの証明方法があり、その順でウェイトが重くなっていく。しかし法は、例外的な場合や紛らわしい場合には、どちらがどの証明方法をとれば自分の主張を立証して勝訴できるかを、あらかじめつきり定めてある。当時の法は、むしろ大部分、こうした形式的な手続の集成と言つてもよいほどである。したがって、以下の行論についても、特に証明手続に御注目いただきたい。

- (10) 一・七。なお、前註(9)に引用した一・一八・二をも参照。

- (11) 一・八・一。

- (12) (一・九・六)に、「しかるに、それ(『所領』を引渡すべきであつた者(『讓渡人』が死亡するならば、彼の息(『第一順位の相続人』はそれを(讓受人)に引渡す義務はない、彼(『息』がそれ(『引渡』をみずから誓約したまたはそのために保証人を立ててい

ない限り」という条文がある。「誓約」をしたり「保証人」を立てるのは法廷でのことであり、したがって、法廷譲渡の場合にだけ問題になりうることである。要するに、譲渡人が引渡の前に死亡した場合にも、法廷譲渡によらない譲受人の立場は絶望的なものとなる。

(13) ここで「基本的には」という限定を付したのは、——後註(15)に明らかのように——占有引渡までの間はもちろん、その後さらに一年の間、第三者に対抗するためには、譲渡人(ないし前主)による追奪担保を必要としたからである(三・八三・二、および、(二・四二・二)を参照)。占有引渡後一年と一日「適法な異議(『法廷で異議を申立てられることなしに』)所領を占有している」と、いわゆる「適法なゲヴェーレ」(rechte Gewere)が成立し、もはや追奪担保を必要としなくなる(二・四四・一および(二・四二・二)を参照)。これに対して、法廷譲渡によらず「単なる引渡」を受けた者は、第三者から争われた場合、譲渡人(ないし前主)が生きている間、所領を「訴訟に勝つも敗けるも彼の追奪担保に委ねなければならない」(三・八三・三。なおこの箇所の「ゲヴェーレ」——「追奪担保」という理解については、前稿「ゲヴェーレ」、註(79)を参照)。

(14) 三・八二・二には(従来のゲヴェーレ論を前提にすればきわめて難解な)次のような条文がある。「誰であれある所領を、彼(A)自身はそれにつきゲヴェーレ(i)を持つていなかったのに、他の者(B)に譲渡してそれを彼(B)のゲヴェーレ(ii)の中へと引渡す(あるいは、ゲヴェーレに委ねる)者(A)があり、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)を持つ者(C)は、(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(ゲヴェーレから)逐い出すことができる。けだしある人(この場合)については、Cは、彼(同上)がそれについて訴えられ期日を定められた裁判集会に)召喚されない限り、彼のゲヴェーレ(iv)を明渡す義務ないからである。その後(『BがCを訴えた結果)かの者(B)にゲヴェーレ(v)が判決をもつて与えられ、それから彼(B)が裁判所の職権によりその中へ(入るよう)(占有指定されるならば、人は(もちろん)Cも)彼(B)をそこから逐い出してはならない。人(この場合、おそらくCは除かれる)がそれを(改めて)判決をもつてしない限り」。

ここに五度現われるゲヴェーレの語をどう解釈するかが、この条項を正しく読み解く鍵である。最も簡単なのは(iii)と

(iv)で、いずれも「占有」を意味する。したがって(i)も「占有」ということになる。ところで、AがBに所領を譲渡した後に裁判所の職権による占有指定がつづいていっているから、それは「法廷譲渡」であつたことがわかる。所領を占有していないAが、それにもかかわらず法廷でBに譲渡できるものは何か。(ii)のゲヴェーレは「占有権」以外のものではありえない(また、占有を欠いているのにそれを正式に法廷で譲渡できるAは、まず——最近死亡した持主の——相続人、ということになる)。だからこそ、こんどはBが原告となつてCを訴えることができる。しかし、法廷譲渡によつてBに移つた占有権はまだ完全なものでない。Cを相手とする訴訟の結果、裁判所によつて確認されたとき、それははじめて権原として完全なものになる。それが(v)である。なお、この条項については、前稿「ゲヴェーレ」、三・(二)と註(62)・(65)でも論じておいた。

(15) (一・九・五)に次のような条文がある。「また誰であれ他の者(A)に、彼(A)がそれ(Ⅱ所領)を彼(B)に引渡すべき(時より)以前、所領を彼(A)のゲヴェーレ(i)に委ねている者(B)があれば、彼(A)がそれを彼(B)に引渡していない間は、彼(B)が彼(A)の追奪担保を必要とするときにはいつであれ、彼(A)は彼(B)をゲヴェーレ(ii)において代表・擁護すべきである。しかるに彼(A)ただし、次のコメントを参照)にとつて、もしくは(oppo)「換言すれば」または「すなわち」とも読める。その場合、直前の彼はBということになる彼(A)がそれを引渡すべき者(B)にとつて、ゲヴェーレ(iii)が判決をもつて破られるならば、彼(A)は彼(B)に、彼(A)にその(所領の代価として与えられていた彼(B)の財物を、返還すべきである」。

ここでもゲヴェーレの語の中で、最も容易なのは(i)Ⅱ「占有」である。(ii)と(iii)はいずれも「追奪担保」と読むこともできる(その場合、(ii)の箇所は、むしろ「ゲヴェーレの形で」となる)。しかし、AがBに追奪担保を与えるのは、所領の占有権がすでにBに移つていることを前提にしている。そこでもう一步踏みこんで、両者を「占有権」または「占有のための」権原」と読みたくなる(この場合、(iii)の前のoppoは「換言すれば」ないし「すなわち」と読むことになる)。いずれにしても、まだ所領の引渡を受けていないBが、第三者に訴えられていることには変りはない(右のような理解は、われわれの邦訳におけるそれを、かなり大幅に改めていることをお断わりしておく)。なおこの場合、もしAが所領の不法取得者ないし不法占

有者であるとするれば、Bを相手に訴を起す第三者は所領の本来の持主ということになるが、もしAが所領の適法な持主だとすると、Bを相手に訴を起すのはまずAの相続人、それも譲渡に際して承諾を求められていなかった、または、与えていなかった相続人ということになる。つまり後者は、一・(二)で上述した第一要件を無視した(不法)譲渡の場合である。

(16) 前註(14)と(15)に引用した三・八二・二と(一・九・五)を参照されたい。

(17) (二・二五・一)。なお、前稿「ゲヴェーレ」、註(28)で、邦訳の「宣誓することによって」という補足を疑問視したのは、前註(8)で述べたことを考えると、いささか早計であった。当時においては、若干の例外を除けば、証人のおこなう証言も基本的には本人の宣誓と同質のものであった、と考えるべきであろう。なお後考を重ねたい。

(18) 同条二が体僕の主人に求めている「自分の体僕、二人」とともに三人でおこなう立証は、私見によれば、物について(任意の二人とともに)三人で立証するよりも重い(または強い)、と考えるべきであろう。実体的真実を知りうる立場にある者を証人に立てるといふ配慮が多少は加わっているからである。

(19) 三・二八・一。なお、法とは各人が身分毎に生まれつき持っているそのことであり、*rectius*とはこの法を喪失する状態をいう。この法が実質的にいかなる内容のものかを説明することは容易ではないが、私は今のところそれを、原告および被告となつて、それぞれの身分に応じて認められる訴訟上の手続ないし特典を用いつつ、自分の権利を擁護しあるいは実現する能力(一言にすれば、*Gerichtsfähigkeit* 裁判能力)のことだと考えているが、詳しくは、いずれザクセンシュピールゲルにおける*recti*の用語法を網羅的に調査した上で執筆したいと考えている「ザクセンシュピールゲルにおける法」までお待ちいただかなくてはならない。

なお、ザクセンシュピールゲルにおいて、この意味での法を持つものとして現われるのは、自由人・聖俗諸侯、フライエ・ヘレン、参審自由人、プフレークハフテ(およびピアゲルデ)、ラントザッセ)のほかに、非自由人であるラーテであるが、たとえばこの条項の「彼等の法において完全な人々」にラーテも含まれるかについては多少疑問がある。なお、家人はアイ

ケ以後の補足では法を持つ者とされているように思われる。これらの点については、前稿「アイゲン」、二・(四)～(六)をも参照されたい。

(20) われわれの邦訳では、裁判所に召喚されるのはAとしてゐるが、本文で述べたようにCと改めたい。

(21) *verstan, vorestan* の語は、(後の方の形に明らかなごとく)もともと「……の前に立つ」の意味であるが、ザクセンシュピールゲルにおいては、最も多く所領(および財物)について用いられる(一・九・五) 前註(15)、(一・七〇・一)、(二・四二・二)、(二・四二・三)、(三・五・一)、(三・八二・二) 前註(14)、(三・八三・三)、レーン法一四・三と四、一五・一、四八・二、五七・三) — 因みに、アルブレヒトのゲヴェーレ論は、通常 *gerichtliche Vertretung der Sache* と要約されるが、この *Vertretung* は *verstan, vorestan* を抽象名詞化したものである (ALBRECHT, S. 27 ff. 参照) —。次いで、これらの語は人について用いられるが、そのほとんどすべては「後見人」にかかわり(一・二三・二)、一・四二・二、レーン法二六・一、五六・一)、それぞれ一度づつ、「死者」(一・六四)と「体僕」(三・三三・九)にかかわる。またこの語は、一度だけ「国王は帝国をその法について *vorstan* する」という脈絡で現われる(三・五四・二)。いずれも法廷で何か(あるいは誰か)を代表してそれについて(あるいはその者の)権利を主張・擁護する、という意味である。体僕については、「後見人」のことを考えれば最も理解しやすいであろう。

(22) 体僕の主人は、前稿「アイゲン」、二・(六)で述べたように、少なくともプフレックハフテ、特に参審自由人以上の自由人と考えられる。したがって、その親族も原則として少なくとも参審自由人の身分に属している。

(23) 盗品が翌日以降に他の者ののもとで見出されると、いわゆるアーネファング手続が開始されるが、その場合相手方が、「誰かからは知らないが」公開の市場で買得した旨、宣誓すると、彼は窃盗(や強盗)の罪に問われることはないが、盗品を代価なしに返還しなくてはならない。ただし、原告は「それが彼から窃盗または強盗により失われたことを承知している、彼等の法について、完全な人々と自分とも三人で、聖遺物にかけてそれを請求する」ことを求められている(二・三六・四)。先に引用した(一・一五・一)と比較されたい。この二・三六・四も、あるいは相手方本人には落度はなく、もう少し注

意深ければ、「追奪担保人」を引合いに出し自分に代って原告の追求を引受けてもらえたかも知れないケースである。

- (24) warhafte Jude は、普通に読むと、まず「正直な（あるいは信頼するに足る）人々」と解されるであろう。しかしそれでは法的な意味がはつきりしない（ある証人が正直か否かを法廷はいかにして判断するのか？）。一つの可能性は「彼等の法レヒトについて完全な人々」と同義と解することである。今一つの可能性は、ここで一応そう訳しておいたように、「真実を知る人々」と解することである。

warhafte の語は、ザクセンシュピエゲルではこの箇所にはしか出てこないが、warheit という名詞は数箇所に現われる。それらのうちあるものは（キリスト教的）「真理」を意味するが（三・四二・三と六。これは体僕制を批判した件りである）、明らかに「真実」を指している場合もある（一・四二・二、二・三二・二）。それに、一箇所だけに出てくる war という形容詞も、やはり「真実」という意味である（レーン法五・二〥「それが彼のレーンであることを真実と承知している家臣たち」。ただしそれは授封を自撃した者である必要はない）。さらに前註(23)に引用した二・三六・四の「……を承知している」を参照。以上のことから、私は三・三二・四の warhaft も（レーン法五・二と同じ意味で）A が B の生まれながらの体僕であることを（たとえば長年にわたり A を何度も B のもとで見かけたなどの事実をもとに）「真実と承知している」という意味ではないか、と考える。しかし、かりにこの解釈が間違っているとしても、「彼等の法レヒトについて完全な人々」という解釈が成立しさえすれば、以下の論旨は影響を受けない。

- (25) なおレーン法三八・三では、「単なるゲヴェーレ」と同じものを「普通のゲヴェーレ」[gemene gewere = gemeine Gewere]とも言っている。

- (26) 前稿「ゲヴェーレ」、四・(五)を参照されたい。なお、ザクセンシュピエゲルには全巻を通じてただ一度だけ、二・四四・三に egenlike were (= Eigengewere) という表現が出てくる。これも、通説の説く Eigengewere (ミッターイス [邦訳]、一六九頁の「自主ゲヴェーレ」)とは何の関係もなく、少なくともアイゲンとしての占有、突きつめればアイゲン占有のための権原を意味するが、それについても、「参審自由人六人とともに(都合七人で)証人になるという加重された証明手続が

求められている。なお、この条項については、近く別稿「Eigengewere考」(仮題)で立入って論ずる予定である。

(27) KARL KROESCHEL, Rechtsaufzeichnung und Rechtswirksamkeit. Das Beispiel des Sachsenspiegels, in: Vorträge und Forschungen, Bd. 24, 1977, bes. S. 349f. なお、この論文は、カール・クレッシェル著、石川武監訳『ゲルマン法の虚像と実像』(創文社、近刊予定)に第四論文として邦訳されているが、特にその一七五頁を参照されたい。

この Glückszahl の系列については、前註(19)で言及した別稿において本格的に論ずる予定であるが、とりあえず、一、神は法(「序言」)、二、聖俗裁判権・そのシンボルとしての二口の剣(一・一)、三、三つの裁判所と三種の自由人(一・二・一〜四)、七、七つの世・七つのヘーアシルト・七つの親等(一・三・一〜三)、という叙述の展開の仕方に注目されたい。また、本稿で論議している立証手続も、一、単独の宣誓による法廷外契約の否認、二、法廷外契約と法廷における契約、三、法廷における契約を立証する証人の数(以上、一・七)、七、アイゲンの譲渡(および質入)と(犯罪による)法の喪失について立証する証人の数(一・八・一)という順序で叙述が展開されていることを見落してはならない。

(28) 因みに、アイケ以後三・二八・一に加えられた補足では、出生にもとづく法の喪失を証人により立証するよりも、それを証人によつて反駁して法を持つことを立証する方が強い、という趣旨のことが付記されている。しかし、ある自由人が、特定の主人の(生まれながらの)体僕であることを立証する手続は、三・三二・四に潜在的な形で認められるだけで、それとして明示的には述べられておらず、ましてそれを反駁するための手続は何も述べられていない。したがって、生まれながら体僕身分に属することを主張された自由人はそれを反駁できるが、特定の主人の(生まれながらの)体僕であると主張された自由人はそれを反駁する手段を持たない、という誤った解釈を生むことにもなりかねない。

(29) 一・八・一では、アイゲンの法廷譲渡は法の喪失と同列に並べられて現われ、それについて否認する者を証人によつて承服させるためには、裁判官と参審員六人、都合七人の証人が必要とされている。ところで、三・二八・一および二と比較すれば、この一・八・一の法の喪失は、窃盗・強盗など刑事犯罪を犯して法廷で喪失した場合にだけかわり、出生や職業にもとづくそれを含まない。しかし、三・二八・一と二では、法廷身売の場合については何も述べられていない。本

文で述べた私の理解は、法廷身売はいわば体僕の自己讓渡であるから、アイゲンの讓渡に準じて扱われたはず、という推定にもとづいているが、右の点を考慮に入れると、法廷で身売をした者は犯罪を犯して法を喪失した者と同列に置かれていることになる。したがってあるいは、それはいささか酷ではないかという疑問を持たれる向きもあるかも知れないが、そうした疑問については次の二点を指摘しておきたい。第一に、法廷身売と犯罪にもとづく法の喪失は、出生にもとづくそれとは異なり、いずれも法廷で行なわれること。第二に、一般に、証明手続が重ければ重いほど、一度それが貫徹されたときの効果は大きい、反面、それを貫徹することはそれだけ困難なこと。すなわち、重い証明手続は——この場合、法廷身売にもとづいて体僕だと主張されている自由人にとって——必ずしも酷とだけは言い切れないこと。以上の二点がそれである。

(30) 因みに、一・(二)で上述したように、アイゲンの(法廷)讓渡が相続人の承諾なしに行なわれた場合にも、相続人はこれに異議を申立てることができ、いわばそのアイゲンを「相続」することになるが、この相続人による異議申立がいつまで可能であったかははっきりしない。しかし、一・三八・二、二・四一・二などを参照すると、一年と一日以内、つまり讓受人の「適法なゲヴェーレ」が成立する以前、という可能性が大きい。

(31) 三・四二・三。ここから、すぐに引用する同条六にいたるまで、延々と体僕制批判がつづく。なおこの条文は、法が最初から人間によって制定されたものとして点で、いわゆる中世的法觀念(「古き良き法」)説とは対立する。

(32) 拙稿「アイゲン」、特にその三を参照されたい。

(33) 聖書を典拠にして体僕制に対する批判を展開した三・四二・三でも、アイケは「われわれはまた今日なおわれわれの法の中に、なんびとも彼の相続人が適法にそれを取消すことをえないように自ら自分を体僕へと讓渡することをえない、ということ(「規範、法規」を有している)ことを強調しているが、その件りで体僕の身売や讓渡に触れているのはこのことだけである。

(34) もう一度、前註(28)・(29)で述べたことを御参照いただきたい。

《 Summaries of Contents 》

De gewere an eneme manne

Takeshi ISHIKAWA*

Im Sachsenspiegel befindet sich der folgende Artikel : *Swe de gewere hevet an eneme manne, de mut ene mit mereme rechte vertugen, den jene de er darvet* (Ldr. III 32 § 6).

Die Gewere sei nach der herrschenden Lehre der Grundbegriff des älteren deutschen Sachenrechts, bedeutet in erster Linie den Besitz. Wenn dieser Begriff sich auch auf einen Mann beziehen soll, so müsse der Mann mit einer Sache gleichgesetzt werden. In der Tat steht dieser Artikel inmitten der Bestimmungen über Streitigkeiten um Zugehörigkeit der Leibeigenen. Außerdem dürfte dieser Artikel als ein Beleg für die herrschende Lehre herangezogen werden, denn der Besitzer nimmt dort gegenüber dem Nicht-Besitzer eine bevorzugte Stellung im Beweisverfahren ein.

In diesem Aufsatz soll genau analysiert werden, was *de gewere an eneme manne* in dem zitierten Artikel heißt. Damit ist etwa folgendes festzustellen : sie bezeichnet nicht, wie die herrschende Lehre annimmt, den Besitz eines Leibeigenen, sondern zunächst denjenigen Rechtstitel zur Herrschaft über ihn, den der frühere Herr dem neuen durch die gerichtliche Auflassung übertragen hat. Außerdem kann sie aber (wenigstens implizite) auch denselben Rechtstitel bedeuten, den ein früher freier Mann dem Anderen durch die gerichtliche Selbstgabe zum Leibeigenen überlassen hat.

So stellt dieser Aufsatz eine kleine Ergänzung meiner Abhandlung über die Gewere im Sachsenspiegel dar, wo der Rechtstitel zum Besitz als eigentlicher Sinn des Wortes Gewere festgestellt worden ist (vgl. Bd. 37, Heft 2 dieser Zeitschrift und Festschrift f. Hans Thieme, 1986).

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