



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	アイゲンとゲヴェーレ・補論 ー岩野英夫氏の批判に接してー
Author(s)	石川, 武; ISHIKAWA, Takeshi
Citation	北大法学論集, 40(3), 17-82
Issue Date	1990-02-01
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16686
Type	departmental bulletin paper
File Information	40(3)_p17-82.pdf



アイゲンとゲヴェーレ・補論

— 岩野英夫氏の批判に接して —

石川 武

はじめに

岩野英夫氏は、「法制史研究」三八（一九八九年）で、「ザクセンシュピーゲルにおけるアイゲン」など三篇の拙稿⁽¹⁾に対し、書評の勞をとって下さった。

岩野氏は、それより先に執筆された拙論「ザクセンシュピーゲルにおけるゲヴェーレ」⁽²⁾をも含めて、概括的には次のように評価される。これら一連の論文は、「各時代各地域の史料に即してゲヴェーレの具体的な姿を一つ一つ明らかにしていく必要（があるという）（かねて石井紫郎氏が唱え、埴浩氏によって支持された）主張に最初に応えた労作である……。ま

た（それは）、……ザクセンシュピーゲルという第一級の史料を正面に据えたわが国における初めての本格的な研究成果であり、とりわけザクセンシュピーゲルの諸条項に、（石川）氏が加えている膨大な注釈はザクセンシュピーゲルの研究に志す者に多くの示唆を与えてくれるであろう」（二）と。⁽³⁾

岩野氏は、こうした概括的評価を述べられた上で、「アイゲン」論文を中心にして、拙論に対して幾つかの疑問を提出されている。ありがたいことに、それらの多くは史料——この場合、言うまでもなくザクセンシュピーゲル——の読み方・理解の仕方にかかわっている。率直にいつて、拙論——一般に、ある学説——が読者の気に入る・入らないというレベルの批判はもちろんのこと、いわゆる「理論」的批判の中には何とも答えようのないものがないわけではないが、こと史料の具体的な読み方に関するかぎり、大部分、はつきりと黒白をつけることができる。そして、改めて指摘するのも気恥ずかしいが、歴史研究の場合、たとえ西洋を対象にしても、史料の所見を無視して「理論」が成立するはずはあるまい。その意味で私は、岩野氏が特に（自ら「第一級の史料」と評価される）ザクセンシュピーゲルの読み方にまで立ち入って拙論を批判して下さったことに対して心から感謝しているし、以下の所論も、そうした岩野氏の労に私なりに酬いるために、ザクセンシュピーゲルの読み方・理解の仕方を中心に、これまでの一連の拙論では岩野氏に必ずしも正確に御理解いただけなかったと思われる私見を重ねて明らかにしようとするものである。

一

岩野氏は、「著者（＝石川）によれば、ザクセンシュピーゲルを編んだ（傍点、石川）アイケ・フォン・レプゴウ自身⁽⁵⁾（ラント法とはアイゲンおよび生命（もしくは首）に関する法である」という）定義を与えているという」が、「アイケ自身が

……ラント法に(そうした)定義を下していると考える余地はない」と批判されている(二・(1))。岩野氏がそうお考えになる根拠として挙げられているのは、第一に、ザクセンシュピエーゲル・レーン法六九・八など関係条項の読み方、第二に、同書に現われる *lantrecht* ということばの語義、以上二点であるが、本節では、まずこれら二点について私見を述べた上で、同書における「ラント」の概念と関連する条項の読み方(二・(2))についても重ねて私見を明らかにしておきたい。

(一)岩野氏の所論と順序は逆になるが、最初にザクセンシュピエーゲルにおける *lantrecht* の語の用法について述べる。岩野氏はこの点について次のように言われる。「ザクセンシュピエーゲルに現れるラント法の語・*lantrecht* に関連して大雑把にいえることは、次の点である。(イ)それが、ラント法全三巻に記録されている(傍点、石川)全条項を指していること。(ロ)それが、以下の法と直接的、間接的に区別されていること。村の法・*dorperecht* など各地域の特別法・*sunderlijk recht*、家人の法・*denstude recht* など各身分の法、教会裁判所の法・*sentrecht* など教会の法、レーン法・*lantrecht* など。(ウ) *des landes rechte* という語で、ザクセン地方・*lande to Sassen* の法が意味されている場合があること」。——この三点をつなげて考えてみると、岩野氏は(そう明言されていないが)、同書に現われる *lantrecht* とは、「(1)ザクセンシュピエーゲル・ラント法全三巻に記録されている全条項を指し、(ロ)レーン法など)他の法と区別される、(イ)ザクセン地方の法のことである」と仰言りたいらしい、ということがわかる。

ザクセンシュピエーゲル(ラント法三巻だけでなく)全巻を調べてみると、*lantrecht* の語は一九(二九)の条項中の二〇(二四)箇所に現われる。したがって、右のような岩野説が正しいかどうか(あるいは、どの程度正しいか)は、これらの箇所を逐一検討してみれば直ちに明らかになるはずである。私自身の検討の結果を摘記すれば以下の通りである。⁽⁷⁾

第一に、(かつて岩野氏が師事されたケープラーの分類を踏襲する⁽⁸⁾) *lantrecht* の語が *objektive Rechtsordnung* を意味

説
する場合七（一六）箇所と全体の半ばに満たず、そのほかに、Rechtsstatusを意味する場合六（七）箇所、Gericht
を意味する場合七（一一）箇所ある。⁽⁹⁾つまり、lantrechtの語は少なくとも常にobjektive Rechtsordnungを意味する
とは限らず、Gerichtをも意味しうるのである。⁽¹⁰⁾

第二に、lantrechtの語は、（単にレーン法など他の法と対比されているというだけでなく）特段の理由（= lenrechtなど他
の法と対比する必要）がある場合に、限って用いられている。⁽¹¹⁾lantrechtの語が（後述するように）lenrechtの語よりもはるか
に少なくしか用いられていないのは（主として）そのためである。このことはまた、lantrechtの用語法をそれだけ切り
離して調べただけでは不十分であり、少なくともlenrechtの用語法との比較が必要なることを示唆している。⁽¹²⁾

そこで第三に、都合九一（九九）の条項中の一一二（一二二）箇所に登場するlenrechtの語の用法を調べてみると、
Gerichtを意味する場合六六（六九）箇所と過半数を占め、次いでRechtsstatusを意味する場合三一（三三）箇所、
これに対してobjektive Rechtsordnungを意味する場合は一五（一九）箇所にすぎない。⁽¹³⁾すなわち、lenrechtの語につ
いては、それがGerichtをも意味しうる、というにとどまらず、少なくともGerichtの語義が最も中心的事であることは明白
なのである。⁽¹⁴⁾

私見によれば、lantrechtの語義（特に、三つのうちどれが最も基本的ないし中心的か）を把握するには、このlenrechtの
用語法を座標軸にしなくてはならないのだから、ここではその問題には立ち入らない。⁽¹⁵⁾（私見によれば）ザクセンシュピー
ゲルにおける「ラント法」概念に関して最も重要なレーン法六九・八を読み解くためには、さしあたりlantrechtおよび
lenrechtの語がGerichtの意味でも用いられる、ということを明らかにしておけば足りるのだから――。

（二）次にレーン法六九・八について。前稿ですでに繰り返し引用したのでいささか気が引けるが、⁽¹⁶⁾行論の必要上、
まずこの条項（の関係箇所）を掲げておこう。

「主君のアイゲンであるレーンに關しある判決が非難されるならば、人はそれにつき最後には帝国（＝国王の裁判所）の前に持ち出すべきである。けだし国王は、あらゆる人の首に關するおよびアイゲンに關するおよびレーンに關する裁判官に選ばれているからである。それゆゑにすべてのラント法およびレーン法（all lantrecht unde lenrecht）は彼（＝国王）に始まりを持つ、けだしヘーアシルトは彼に始まるからである」。

この条項は全体として、見られるように、「主君のアイゲンであるレーン」について判決が非難された場合のことを問題にしている。因みにここで「主君のアイゲンであるレーン」（字者のいわゆる Eigenlehn）というのは——すでに「アイゲン」論文に明記しておいたように——des rikes gut（帝国領）と對置される概念で、（後者のように）最初の出发点が「帝国領」にあつて主君が（直接には）上級主君から授封されたものをさらに自分の家臣に（又）授封した場合ではなくて、（国王以外の）ある主君が（誰かある上級主君から授封されたのではない）自分のアイゲンを家臣に授封した場合を言う。「帝国領」であるレーンについて判決が非難されれば、当然、レーンが下りてくる階梯を逆に辿つて、事案は最後「帝国」（＝国王の裁判所）の前に持ち出される。しかし、問題のレーンが「帝国領」ではなく、「主君のアイゲン」である場合には、下から逆に辿るべき（レーンの）階梯がその主君のところまで切れているのでそうはいかない。この場合、判決非難はいったいどこに持ち出せばよいのか。——レーン法六九・八の主題になつてゐるのはこの問題である。

レーン法六九・八によれば、それもまた最後「帝国」（＝国王の裁判所）の前に持ち出されるべきである、ということになるが、われわれが注目しなければならないのは、そこで挙げられている論拠である。もちろんこの場合、国王が「レーンに關する（最高の）裁判官」に選ばれているのだから、ということでは、（レーンの階梯は主君のところまで切れているから）そのための論拠にはならない。彼が言わなければならない（逆に、論理的にはそれだけ言えば足りる）のは、国王が「アイゲンに關しても、（最高の）裁判官」に選ばれているのだから、ということである。

ところがこの条項は、ごらんの通り、その点について「あらゆる人の首に関するおよびアイゲンに関する裁判官」と言っている。なぜ「あらゆる人の首に関する」という（ここまでのところでは、さしあたり論理的に必ずしも必要でない）一句が付け加えられた（あるいは、付け加えられなくてはならない）のか。その理由は、右の引用の後段によつて明らかになる。すなわち著者は、すぐ後のところで「すべてのラント法とレーン法は国王に始まる」という意味のことを言おうとしている。したがつて、それと対応させるためには、「アイゲンに関するおよびレーンに関する裁判官」と言っただけでは足りず、あらかじめ「あらゆる人の首に関する」の一句を付け加える必要があつたのである。こうしたいわば純粹な「文理解釈」によつても、ここで著者の言っている「ラント法」が（国王の）あらゆる人の首に関するおよびアイゲンに関する裁判官（としての機能ないし地位）と深く関係していることは、すでに明らかではなからうか。¹⁸

ところでこの条項で、「すべてのラント法およびレーン法が彼（＝国王）に始まりを持つ」とされている（あるいは、さるる）のは、どうしてだろうか。もしこの「すべてのラント法」の語を、岩野氏のように、「ザクセンシュピーゲル全三巻に記載されている全条項を指し、（レーン法など）他の法と区別される、ザクセン地方の法のことである」と解するとすれば、そのような法が「国王に始まりを持つ」ということを、われわれはいつたい具体的にどう表象すればよいのか（国王が「すべてのラント法およびレーン法」を制定した、とでもいうのだろうか）。改めて指摘するまでもないことだが、「国王に始まりを持つ」al lantrecht unde leurechtとは、（現代風にいえば）「すべてのラント法上およびレーン法上の裁判官（権）」のことであつて、今日われわれが「法」として真先に表象する（客観的）法規範ではありえない。

こうした読み方は、この条項がさらに畳みかけて（＝「すべてのラント法およびレーン法が国王に始まる」ことの根拠として）、「ヘーアシルトは彼（＝国王）に始まる」と言っていることによつて、決定的に支持され確認される。この文章について最も注目されるのは、それが単に「すべてのレーン法が国王に始まる」ということだけでなく、「すべてのラント法

が国王に始まる」ということの論拠もなっている、という事実である。少なくとも「帝国領」であるレーンについては、レーンとともにそれに関する裁判権が、国王に始まり（通常の場合）順次ヘーアシルトの階梯を下りてくることは明らかである。しかし、「それ自体レーン法上の法制である）ヘーアシルトが国王に始まる」ことが、なぜ「すべてのラント法が国王に始まる」ことの論拠たりうるのであろうか。すでに別稿で論じておいたように、また、すぐ後のところで論ずるラント法三・五二・二にも明らかのように、それは、ヘーアシルトが同時にラント法上の裁判権が国王から順次下りてくる階梯にもなっているからにほかならない。²⁰

以上、この条項を叮嚀に読んだだけでも、ザクセンシュビーゲルの著者が「ラント法」の概念を簡潔に説明しようとするときにまず思い浮べたものが、「あらゆる人の首（もしくは、——後述するように——生命）」と「アイゲン」に関する裁判権であったということは、ほぼ完全に明らかになったと考えるが、いかがであらうか。²¹

(三)次にラント法三・五二・二について。ここでも念のためにまず条文を掲げておこう。

「国王を人は、アイゲン、およびレーン、に関するおよびあらゆる人の生命に関する裁判官に選ぶ。皇帝（＝国王）はしかし、すべてのラントに居合わせ、そして常時すべての犯罪を裁く、(al ungerichte richten) ことをえない。それゆえ彼は、諸侯にグラーフ職 (gravescap = Grafenschaft) を、そしてグラーフたちにシュルトハイス職 (sculteidum = Schuttheibentum, Schult-heibenam) を封与する。」

この条項の直前に位置するラント法三・五二・一は、まずドイツ人による国王の選挙および司教たちによる（国王への）祝別について述べたのち、「（彼＝国王が）アーヘンの椅子（＝カール大帝の玉座）に即くならば、そのとき彼は国王の権力と国王の名を有する」という（そのあとの、教皇による皇帝への祝別については、ここでは省略する）。三・五二・二が国王の裁判官としての地位ないし権限について述べているのはこれを承けているのであって、そのことよってすでに、国王

の持つ裁判権が(三・五二・一)の「国王の権力」の中で少なくとも最も重要なものであることが示唆されている、ということに注意しておきたい。

三・五二・二は、こうした文脈の中で、まず前段において、(実質的には)国王がラント法上およびレーン法上(最高の裁判官に選ばれていることを述べ、後段において、国王はしかし、その裁判権をすべて自ら行使するわけにはいかないので、(特にそのうち犯罪を裁くための)それを順次、諸侯および(諸侯を経て)グラフに「封与」する旨を述べている。——以上が三・五二・二の主題である。

こうしたことを念頭に置きながら、次にこの条項の表現を、前述のレーン法六九・八と細かく比較してみよう。この条項の前段は、国王が裁判官として持っている権限(ないし、管轄)について、実質的にはレーン法六九・八と同じことを言っているのに、次の三点でそれと表現を異にしている。第一に、「あらゆる人の首」が「あらゆる人の生命」となっている。第二に、国王の権限(ないし、管轄)の順番および括り方が、「あらゆる人の首に関するおよびアイゲンに関する、およびレーンに関する」から、「アイゲンおよびレーンに関する、およびあらゆる人の生命に関する」となっている。第三に、lantrechtおよび lenrecht の語が登場してこない。

これらのうち第一点については、すでに前稿で、「首」および「生命」は実質的には同義であつて、いずれも中世の平和運動(＝具体的にはラントフリーデ)によって生み出された「生命刑」を指す、ということを明らかにしておいたので、ここではそれを繰り返すことはやめ、まず第二点を手がかりにして考えてみることにしたい。

この条項では、国王の権限(ないし、管轄)がなぜ「アイゲンおよびレーンに関する」と「あらゆる人の生命に関する」という順番および括り方になっているのであろうか。その理由は、ここでもまた、直接には後段とのつながりに求められる。すなわち、前段では国王の持つすべての裁判権が問題になっているのに、後段ではそのうち特に「犯罪を裁く」

(ungerichte richten)⁽²⁴⁾ ためのそれだけが問題になる。そこで著者は、国王の持つ裁判権の中からまず「犯罪」とは関係のない「アイゲンとレーン（の帰属）に関する」ものを括り出し、その上で「犯罪を裁くため」のそれと同義の「あらゆる人の生命に関する」それを挙げたのである。

以上のように見てくると、ここで国王の権限（ないし、管轄）の並べ方や括り方がレーン法六九・八と異なっているのは、決して単なる偶然ではなく、正確に当該箇所における著者の関心の焦点に対応していることがはつきりする。さらに、この「アイゲンとレーン」および「生命」という括り方は、前述した「ラント法」および「レーン法」の概念に対応していない。したがって、この条項で少なくともレーン法六九・八のような（管轄事項と対応させた）形で「ラント法」や「レーン法」の概念を用いることのできない理由も頷けるであろう。

ところで、三・五二・二は、前段において国王の持つ裁判権一般を問題にしているのに、なぜ後段において主題を「犯罪を裁く」ためのそれ——いわゆる「流血裁判権」——に限定しているのだろうか。もちろん、この条項は「ラント法」の部に属しているのだから、「レーン（の帰属）に関する」裁判権を除外しても、そのこと自体は格別不思議ではない。しかし、問題をラント法に限ってみても、前述したように、国王は「アイゲン（の帰属）」に関しても（最高の）裁判官であるはずである。それなのに、なぜここでは、国王から順次「封与」される裁判権が「犯罪を裁く」ためのそれに限定されているのであろうか。

すでに前稿において私は、サクセンシュピールゲルにおける「法」にとつて最大の関心事は「平和」であり、それを実現していくためのほとんど唯一の武器が「裁判権」であることを強調しておいた。⁽²⁵⁾ こうした見解に立てば、「ラント法」概念の二本の柱のうち、「（直接に「平和」を破壊する）犯罪を裁く」ための裁判権がより決定的な重要性をもつことはむしろ当然のことにすぎず、サクセンシュピールゲルが「ラント法」を「あらゆる人の生命に関する」（＝流血）裁判権で代表

させることがあつてもおかしくはない、ということになるが、この問題については本稿においてはすぐ後のところで「国王罰令権」との関連においてさらに詳述することにし、ここではその前に、この「あらゆる人の生命に関する」裁判権（あるいは、それによって代表されるラント法上の裁判権一般が、国王から諸侯へ、さらに諸侯からグラーフへと順次「封与」(Hien = verleihen, zu Lehn geben)される、ということ自体について、念のために二・三コメントを加えておきたい。

第一に、この封与された裁判権は、ザクセンシュビーゲルそのものによつても *len an gerichte* (学者のいわゆる *Gerichtslan* = 「裁判権、レーン」と呼ばれており、それが「レーン」であることには疑問の余地はないが、この裁判権レーンは、「特別なレーン」として「普通(ないし、一般)のレーン」とは区別され、いわばその「公的」な性格が強調されていること⁽²⁷⁾。第二に、国王——(世俗の)諸侯——グラーフは、それぞれ「第一の手」・「第二の手」・「第三の手」と呼ばれているが、これは(基本的には)ヘーアシルトの階梯に対応していること⁽²⁸⁾。これを要するに、「裁判権レーン」であるこの「あらゆる人の生命に関する」裁判権ないしラント法上の裁判権も、ほかならぬヘーアシルトの階梯を通つて順次下りてくることを、われわれはこの条項によつて改めて確認できるのである。

(四)とこで岩野氏は、すでに引用したように、これら(二)の条項に「アイゲンヤレーン、生命に、関わる、事件は、国王罰令権が関与する重大事件であること」(傍点、石川)を読み取つておられる。そこで次に、「国王罰令権」の問題を取り上げることにする。

結論的に言ふと、岩野氏はこの点でごく初歩的な誤りを犯しておられる。「国王罰令権」が「レーン」(の帰属)に、関わる、事件」に、関与することはないのである。ザクセンシュビーゲルでは、(教会の)「破門」(Kirchenbann)を意味するものを除くと、*bann*の語は(基本的には)すべて *koniges bann* (= *Königsbann*)の形で「ラント法」の部にだけ登場してくる⁽²⁹⁾。すでにそのことによつて、「国王罰令権」がラント法上の法制であることが示唆されているが、ザクセンシュビーゲルが

この「国王罰令権」にいかなる法的(ないし、国制的)機能を帰しているかは、以下の二つの条項によって容易に把握できたはずである。

(まず、ラント法三・六四・五)「国王の罰令権は、国王自身のほか、なんびとも(これを)授与してはならない。国王は、適法には、裁判権が(すでに)封与されている者に対し、罰令権を授与することを拒むことをえない。罰令権を人(≡国王は臣従、礼なしに、(ane manscap = ohne Lehnseid od. Huldigung — Mannschaft = homage) 授与する。」

これによって、国王罰令権は、(ラント法三・五二・二の)「裁判権」を「封与」されている者に対し、——いわば後追いの形ではあるが——国王自身から直接に、(すなわち、「諸侯」を介さずに)、しかもレーン制とは別な原理(学者のいわゆる「官職(法的)原理」)にもとづいて授与されることがわかる。

(次に、ラント法一・五九・二)「あらゆる種類の訴えおよびすべての犯罪を裁判官は、彼の裁判管区内で(あれば)どこであれ彼の居るところで、裁くことができる。ただし、人がアイゲンについて訴え(≡アイゲンを訴求し)、もしくは、ある参審自由人について、(≡を相手どって)犯罪を訴える場合は除く。これ(らの事案)について裁判官は、正規の裁判集会の場で、しかも国王罰令権の下でなければ、裁くことをえない。」

見られる通り、ここでは、(ラント法上の)裁判官(著者が念頭に置いているのは「グラフ」のことである)は(原則として)あらゆる種類の訴えとすべての犯罪を裁くことができるが、アイゲン(の帰属)を争う訴えと参審自由人の犯罪についての訴えは、「国王罰令権」がなければ裁くことができない、と明記されている⁽³⁰⁾。したがって、(この場合「裁判官」は、実質的には「封与された裁判権」と「国王罰令権」の双方を併せもっているから、あまり実益のない議論ではあるが)少なくともザクセンシュピーゲルの著者の考える理論構成からすれば、次のように考えなくてはならない、ということになる。すなわち、アイゲン(の帰属)および参審自由人の犯罪に関する裁判権を行使するには、裁判官に(国王から間接に)「封与

された裁判権」だけでは足りず、国王から（直接に）「国王罰令権」が授与されることによつてはじめて可能になるのだ、と。以上のように見てくると、前述したラント法三・五二・二が、ラント法上の裁判権を「犯罪を裁く」ためのそれに限定しているのは、単に前述した「流血裁判権」の重要性だけによるものではなく、今一つには、岩野氏の所説とはまったく反対に、「封与」とのつながりで、ラント法上の裁判官が（理論上）「国王罰令権」の授与を待たずに裁くことのできる事案だけを念頭に置いたからではないか、という推定さえ成立することになる。³¹

ところで岩野氏は、史料の文言上かくも明白な「国王罰令権」について、なぜこうした初歩的な誤解をなされたのであろうか。おそらく氏は、（参審自由人が）犯罪を犯して有罪とされた結果、アイゲンやレーンを判決をもつて剝奪されるケースと、³²前述した二つの条項における「アイゲンおよびレーン（そのものの帰属）に関する」事案とを混同されたのであろう。念のために言っておくと、ザクセンシュピールゲルはこの両者を峻別している。³³すでに「国王罰令権」に関連して引用したラント法一・五九・一をもう一度ごらんいただきたい（ここでは、「アイゲンの訴求」が「参審自由人の犯罪」と並んで現われている）。なお、念のために一言すると、同書「レーン法」の部には、主君による家臣の問責の結果、家臣から（罰として）レーンが剝奪されるケースが数多く登場してくるが、こうした事案はラント法上の「犯罪」とは峻別されており、それを裁くのものももちろん国王罰令権は不要であつて、これも上述してきた「レーンに関する」裁判権に含まれているのである。³⁴

最後に、手短かに「国王罰令権」の国制的機能に触れておきたい。すでに前稿で論じたように、ザクセンシュピールでは、アイゲンの持主として主に参審自由人の階層が問題になっている。³⁵そのアイゲンに関する事案と参審自由人の犯罪（＝生命）に関する事案を裁くには、（間接に）「封与された裁判権」では足りず、国王自身によつて直接に授与された「国王罰令権」が必要であつたとすれば、「国王罰令権」に期待された主要な国制的機能が、（その主要な持主であり、もと

もと自立的な存在であった) 参審自由人および(彼等の持つ) アイゲンを「法」(ないし、「裁判権」)の中に組みこみ、あるいは、それに服させるようにすることにあつた、⁽³⁶⁾ という推定に辿りつくのはいたつて自然なことではなからうか。

(五) 以上で「ラント法」の概念についての補論的考察を終り、次に「ラント」の概念に関係する「ラント法二・五六」の一の読み方の問題に移る。⁽³⁷⁾ 念のために、ここでもまずこの条項全体を再掲しておく、以下の通りである。

「いかなる村々であれ、水辺に在つて洪水からそれら(の村)を守る堤防を持つている場合には、各村は洪水に対してその堤防(中)の各自の持分を固めるべきである。しかるに洪水が来て堤防を破り、そして人がそのラント、内に居住している者たちを叫び、声をもつてそこへ呼び集めるならば、彼等の中でその堤防を修理することを助けぬ者は誰であれ、彼がその堤防内に持つてゐる相続財産(erve)を失つた(verarcht)ことになる。」

この条項の「ラント」を私が「裁判管区」と解したのに対し、岩野氏は「ここでの「ラント」は、裁判管区ではなくて、堤防を基点にして、そこからそう遠くない範囲内の地域(傍点、石川)を指す語」である、と私見を批判される。その理由として氏が挙げておられるのは、「(ここ)で問題になっているのは、今まさに堤防が決壊した緊急災害時である。人はなにをおいても堤防まで駆けつけなければならぬ。そのためには、人はなによりもそれが可能な距離の所に住んでいなければならない」(以上、二・(2))、ということだけである。

正直に言つて、この点に関する岩野説に私は失望せざるをえなかつた。lantの語義にかぎつても、私は——この語が「裁判管区」の意味で用いられる場合がある、ということのほか——「この語が漠然と「地方」を指していることは(他では)一度もない」ことを指摘しておいた。しかし、この条項についての私見の眼目は、それを「判決をもつて」アイゲンが剝奪される場合」の一つに数えた点にある。しかも、その論拠として私は、——lantの語義のほかにも——①そこで「相続財産」と言われているのは、アイゲンのことであること、② verwerkenの語は、(生命・健康・名誉・各人生得の)

法、所領などを)「罰として失う」、ないし、「判決をもって奪われる、という意味で用いられていることを挙げた上で、「ラント民としての義務を果たさなかつた者からアイゲンが(判決をもって)剝奪されるのは、実は……「叫び声をもって」始まる犯罪についての(刑事)訴訟手続が準用された結果である」という結論を述べておいたのであるが、それらの点はまったく岩野氏のお目に止まらなかつたようである。

常識的には、あるいは岩野氏のような解釈も一見成立しそうに見えるであろう。しかし、ここでわれわれが問題にしているのは、(著者アイケの構想に従つて一定の規範構造をもつ)「法書」の一条項である。その意味で私は、次の諸点について、もう一度岩野氏の御意見をうかがわなくてはならない。第一に、ザクセンシュピーゲルには、(ほかに)Landの語で漠然と(＝法的意味を持たない)「地域」を指しているケースがあるか。第二に、その条項で *verwerken* (「失う」と言われているのは具体的にどういふことなのか(まさか自然になくなってしまふ、という意味ではあるまい)。第三に、そこで *erben* (「相続財産」と言われているものは具体的に何を指しているのか。第四に、それを「失わ」せる(あるいは、奪う)にはどういふ手続が必要なのか(別な言い方をすれば、「堤防を基点にして、そこからそう遠くない範囲」に住む人々が、いかなる権限のない法的根拠にもとづいて、持主からそれを奪うことができるのか)。第五に、およそある犯罪が現に起こり「叫び声をもって」人が助けに呼び集められる場合、岩野氏の論法を借りれば、そこに集まることのできる者もまた、「なによりもそれが可能な距離に住んでいなければならぬ」はずである。ザクセンシュピーゲルは、それにもかかわらず、なぜ「叫び声」を「訴えの開始」と位置づけているのか、また、同書には、「叫び声」をもって呼び集められる人が「裁判管区民」であることを示す条項はほんとうに存在しないのであろうか。³⁹⁾

ほかに、「ラント」の性格などについて重ねて論じたい問題がないわけではないが、⁽⁴⁰⁾すでにかなりの紙幅を費してしまつたので、「アイゲン」に関する問題は以上で終り、節を改めて「ゲヴェーレ」に関する問題に移ることにする。

「ゲヴェーレ」の問題については、岩野氏の拙論に対する御批判を、氏自身、次のように要約されている。「(イ)ゲヴェーレの語は法廷譲渡されたアイゲンに限らず、相続されたアイゲンにも関係して使用されている。(ロ)したがって(傍点、石川)、法廷譲渡されたアイゲンが「ほんらい」のアイゲンに近づくための補助手段がゲヴェーレであつたとする、著者(石川)の見解は再検討を必要とする」(二・(3))。

これら二点のうち、ザクセンシュピールゲルの読み方に関係するのは(イ)だけであり、(ロ)は「したがって」の語が示しているようにその論理的帰結にすぎない。そこで本節では、以下、岩野氏が(二・(3)と(4)で)この(イ)に関して挙げられた条項を逐一検討していくことにするが、その前に誤解のないように一言しておく、私が「ゲヴェーレ」の語が用いられていないと主張したのは、「相続されたアイゲン」一般についてではなく、(些か大雑把な表現をしたときでも)「(代々)相続されたアイゲン」についてであり、より厳密には、「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」という理解に立って、「ゲヴェーレの語が明示的に(特に、新たに)相続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」ということである。⁽⁴³⁾

(一)まず岩野氏は、「婦人が、相続財産であるアイゲンの所有者として現れている条項がある。その中の二条項(ラント法一・三二・二、一・四五・二)で、アイゲンの語とゲヴェーレの語とが対応する形で(傍点、石川)使用されている」と言われる(二・(3))。

紙幅の関係で、これらの条項中、「ゲヴェーレ」の語が現われる箇所だけを引用すると、次の通りである。「彼(二妻)は彼女(二妻)の財産(gut)——すぐ後のところで「アイゲン」および「動産」と言い換えられている)すべてを法定後見人た

るの地位にもとづき (to rechter vormunschap) 彼のゲヴェーレの中へと取得する」、「夫は彼の妻の財産について、彼が最初に彼女とともに後見 (vormunschap) の中へと受領した以外、他のいかなるゲヴェーレをも獲得することをえない」(以上、一・三一・二)⁽⁴⁴⁾、「妻はまた、彼女の夫の承諾なしに、彼女の財産を譲与すること、またアイゲンを売却すること、また一期分を譲渡することをえない、(以下、意識的に直訳すると) 彼は彼女とともにゲヴェーレの中に居る (he miter in den weren sit) からである」(一・四五・二)⁽⁴⁵⁾。

これらの箇所においては、確かに「ゲヴェーレ」の語は「アイゲン」に(も)かかっている。しかし、これらの箇所においては、いずれも一見明白に、ゲヴェーレを持つのは夫、ゲヴェーレの対象は妻のアイゲンであつて、夫が彼の父祖から相続した(自分の)アイゲンについてゲヴェーレを持つ、と言われているわけではない。そこで私は、前稿「ゲヴェーレ」においても、この点を明記した上で、この「法定後見人たるの地位にもとづくゲヴェーレ」を、(代々)相続されたアイゲンについての議論とはつきり分離しておいたのである。⁽⁴⁶⁾ その点が岩野氏のお目に止まらなかったとすれば残念である。

(二) 次に、ラント法一・五二・三について。岩野氏はこの条項について、「先行する」ラント法一・五二・一から、この不法に取得された物の中に、相続されたアイゲンが含まれていることが分かる」と言われる(二・③)。ここでは(おれわれの『邦訳』に問題があることもあるので)念のために条文を掲げておくと、以下の通りである。

「しかし、何であれ彼(B)が誰か(A)から不法に (mit unrechte) 取得していたものは、彼(B)はそれを彼(A)に彼(A)のゲヴェーレの中へと返還する (weder laten in sine gewere) ことができる。この場合かの者(A)はその(返還の)後いかなる譲渡をも(IIそれをBに譲渡したとは)主張することができず、(Aが主張できるのは)それが彼(A)から取得された(II Aが Bにそれを不法に譲渡した)以前に、彼(A)がそれについて持っていた権利 (recht) (および義務) である」⁽⁴⁷⁾

この条項は、後代（一二七〇年より少し以前）の補遺にかかるものであるが、率直に言つて論旨を把握することが困難な条項の一つである。⁽⁴⁸⁾しかし、これに先行する一・五二・一はアイゲンおよび体僕の適法な譲渡（①相続人の同意と②法廷譲渡が要件）について、また、一・五二・二は動産とレーンの適法な譲渡ないし授封（①譲渡人ないし授封者が「一口の剣と一箇の楯とを帯びて、高さ一ダウメレの石または切株から、（他）人の助力なしに、乗馬に跨ることができること」、つまり一言にして言えば、騎士としての武装能力ないし戦闘能力を持つてゐることが要件）について述べているから、一・五二・三（の特に「不法に」）が、これらとの対比において、「不法な譲渡（や授封）」、つまり先行する条項に定めている要件を充たさず（あるいは、手続を履まずに）おこなわれた譲渡（や授封）について補足しようとした条項である、ということだけは確かである。もちろん、一・五二・三が直前の一・五二・二だけを補おうとした（つまり、動産とレーンの場合だけを念頭に置き、アイゲンと体僕のことについては問題にしていない）可能性もあるが、⁽⁴⁹⁾本稿ではアイゲンとゲヴェーレの関係が問題なので、一・五二・三は一・五二・一の補足にもなつてゐる（つまり、アイゲンの不法な譲渡のことをも含めて書かれてゐる）と想定して論を進めよう。そうすると、この条項では（岩野氏の言われるように）、明示的にはアイゲンの語は用いられていないが、実質的にはゲヴェーレの語がアイゲンにもかかわつてゐるということになる。

しかしその場合、見落してならないのは次のことである。第一に、「ゲヴェーレ」の語が用いられてゐるのは、（譲受人であり、少なくとも一時的な）占有者であるBについてではなく、譲渡人でありもとの持主であるAについてであること。⁽⁵⁰⁾第二に、しかしそのAにとつても、このアイゲンは、もはや（代々）相続された（Aの家系内における相続以外に）動きのないアイゲンではなく、（不法ではあれ）一旦第三者に譲渡ないし引渡されたものであり、「ゲヴェーレ」の語はそのアイゲンが返還された後の事態についてはじめて登場すること。⁽⁵¹⁾すなわちこの場合、「ゲヴェーレ」の語が実質的にアイゲンにかかると想定してみても、そのアイゲンは（代々、あるいは、新たに）相続されたアイゲンとは言えず、むしろ（一旦）

譲渡の対象となったアイゲンである、と言わなくてはならないのである。⁽⁵²⁾

(三) 次にラント法二・四四・二について。これについては岩野氏は、この条項の中に「相続されたアイゲンの意味に理解できる語・*put*がある。……この条項でも注目されるのは*put*というアイゲンに置き換えることのできる用語とゲヴェーレの語とが、一つの条項の中で対応するかたちで、(傍点、石川)使用されていることである」、と言われる(二・(3))。ここでも念のために条文を掲げておこう。⁽⁵³⁾

「しかし誰であれ、ある所領(*bes*)をゲヴェーレの中に持つ者(B)があり、それ(Ⅱ所領)が彼に(前主Aの)死亡により帰属した(*irstorven*)ものであり、もしくは彼に(前主Aから)譲渡または封与(*gelegen*)されたものであって、彼(B)自身がそれを誰からも(実力で、あるいは、不法に)奪つて(*nim*)いない場合、彼からその所領が(判決をもつて)取り上げられても、彼がそれ(Ⅱ所領)から取得しているもの(Ⅱ収益)を、彼は(正当な持主と判決された者に)返還するを要しない、彼がそれ(Ⅱ所領)についていかなる法(Ⅱ裁判)をも拒まないかぎり」。

細かいことだが、まず指摘しておかなければならないのは、この条項の*bes*を直ちにアイゲンに置き換えるわけにはいかないということである。「封与される」(*gelegen*)という表現が示しているように、この*put*はアイゲンまたは、レーンと解するのが正しい。⁽⁵⁴⁾このうちレーンについては、*irstorven*(前主(A)の死亡により帰属)するケースには、必ずしも「相続された」場合だけでなく、「ゲディングゲ」が実現されるケースも含まれる。⁽⁵⁶⁾しかし、ことアイゲンに関するかぎり、*irstorven*するケースは「相続される」場合と等置することができるので、この条項は実質的には「相続されたアイゲン」についても、それを「ゲヴェーレの中に持つ」と言っていることには変わりはない。そこで以下、アイゲンが相続されたケースにしほり、改めてこの条項がどのような事案を念頭に置いたものかを具体的に考えてみたい。

すでに前稿「ゲヴェーレ」でも指摘しておいたことだが、この条項は「適法な(あるいはむしろ、法定)ゲヴェーレ」

(rechte Gewere) の成立について論じたラント法一・四四・一の直後に(一二七〇年近くになってから)補足されたものである。そうした文脈の中で見ると、この条項の論旨は、たとえある者が一年と一日以上ある所領を「実力で」(mit gewalt⁽⁸⁸⁾)占有していても、それだけでは「適法な(ないし、法定)ゲヴェーレ」が成立することはない、という一・四四・一後段の論旨を敷衍したものである、ということがわかる。したがって、この条項に含まれる「アイゲンが相続された場合」というのも、(典型的なケースを例にとると)具体的には次のようなケースを念頭に置いているのである。

誰かある者(A)がアイゲンを「実力で」占有(あるいは、「不法に」取得)していた。しかしAは死亡し、そのアイゲンは息(B)に相続されている(したがって、現在はBが占有者)。そこでこのアイゲンの本来の持主(C)がBを相手どってそれを訴求する。裁判の結果、Bは敗訴しアイゲンはCの手に戻る。つまり、A(とB)がこのアイゲンを一年と一日以上「実力で」(あるいは、「不法な」取得にもとづき)占有していても、また、その間にこのアイゲンがAからBに相続されていても、Cの権利はそれによつて損われることなく、Bからこの所領を取り戻すことができる(その意味では、Aによる実力占有ないし不法取得の責任ないしマイナスの効果は相続人Bにまで及ぶ)のである。この条項はそのことを前提にした上で、このアイゲンを自ら実力で奪ったのではなく、それを相続したにすぎないBについては、たとえ裁判でそのアイゲンについての占有権が否認されても、その間に所領から上がった収益までCに返還する必要がない、と言っているのである。

裁判の結果から見て、その場合、このアイゲンがほんらいCの家系で代々相続されるべきものであったことは明らかであろう。それが一時(Aに)「実力で」(あるいは、「不法に」奪われ、(Aの死亡によつてBに)相続されたにすぎないのであって、この場合「ゲヴェーレ」の語は(Cの家系に代々)「相続されたアイゲン」についてではなく、むしろ一旦(Cの家系から)「(実力で、あるいは、不法に)奪われたアイゲン」について用いられている、と言わなくてはならないのであ

論
括して扱ふ。

(四) 次に、本節の論点に関して岩野氏が挙げられた条項のうち、(私見によれば)「平和」の問題に関連したものを一
 (1) まずラント法二・七〇と二・二四・一について。

(まずラント法は二・七〇は次のように言う)「人はなんびとをも、彼がゲ、ヴ、エ、レ、の中に持つている *part* (≡所領) から
 逐い出してはならない、彼からそのゲ、ヴ、エ、レ、が判決をもつて、(mit rechte) 取り上げられないかぎり」。⁽⁶¹⁾

(次に、ラント法二・二四・一はこの論旨を次のように敷衍する)「人はなんびとをも彼のゲ、ヴ、エ、レ、から裁判所の職権を、
 もつて、(van gerichtshalven) 逐い出してはならない、たとえ彼がそこへ不法に、(mit unrechte) 到達して (≡それを不法に、
 手に入れて) いても、人がそれ (≡ゲ、ヴ、エ、レ) を彼に対し、彼自身が居合わせているところで、適法な (≡法廷での) 訴え
 をもつて破る (breken) か、あるいは、(彼がそこに居合わせていない場合) 人が彼を裁判所の職権をもつて彼の適法な (≡裁判
 所の定めた) 裁判期日に召喚し、しかも彼がそのとき (≡召喚された裁判期日) に出頭しないのではないかぎり、この(後の)
 場合、人は彼からゲ、ヴ、エ、レ、を判決をもつて、(mit rechte) 剥奪する」。

私見によれば、この兩条項には明示的にアイゲンの語は現われていないが、二・七〇の *part* は(主に)アイゲンとレー
 ンを念頭に置いたものであって、それが(形式上) (代々) 相続されてきたアイゲンをも含むことは明らかである。さらに、
 これらの規定が、所領の占有を奪うには正式な裁判手続を経る(具体的には、占有者自身を相手どつた訴訟において占有権否
 認の判決を得る) 必要がある、としている点で、(事実としての) 所領の占有それ自体に対して、「法的保護」を与えている
 ことも明らかである。⁽⁶²⁾ ただし、その場合見落してならないのは次の諸点である。

第一に、アイゲンに関しては、その占有者(あるいは、アイゲンの占有それ自体) に与えられる法的保護は(ほぼ) これ

に尽きること。⁽⁶⁴⁾ 第二に、二・七〇は、平和、破壊(者)に関する一連の規定(「ラント平和(令)群」)の真只中に位置しており、しかもある(二三世紀前半の)ラント平和令から取られたものであること。すなわち、こうした(事実としての)占有に対する法的保護は、ザクセンシュピールの成立当時にはまだ新しい考えであり、しかもその背景にあるのは、所領をめぐる紛争を實力(「フエーデ」)によってではなく法(「裁判」)によって解決させようとする平和への関心であったこと。⁽⁶⁵⁾ 第三に、これらの規定で保護されているのはあくまでも(事実としての)占有それ自体にすぎず、いわば「物権」ないし「本権」に関する訴訟では「不法に」取得した占有が敗れることが予定されていること。⁽⁶⁶⁾ 第四に、これらの条項が実質的に関係するのは、所領の帰属をめぐる紛争が起こりうる場合、特に所領が「不法に」占有されている場合であり、別な言葉で言えば、(代々)相続されているアイゲンではなく、その社会的(権利)関係に異動のあったそれであること。⁽⁶⁷⁾ なお、「平和」の問題、特に最後の第四の点については、さらに本項・(3)で後述する。

(2) 次に、右に述べた二・二四・一の直後につづくラント法二・二四・二について。ここでも念のためにまず条文を掲げておく(ただし次の訳文は、意識的に各文章の順序が変わらないようにしてある)。⁽⁶⁸⁾

「あらゆる人は彼の適法な(「彼が適法に占有している」)所領(sines rechten gudes)⁽⁶⁹⁾を適法に(mit rechte)(i)失うことがあ(りう)る、彼がそれを売却または質入または譲渡し、あるいは、彼が彼の主君に対して(レーンの相続または授封更新請求のための)年期を懈怠するとき、あるいは、それ(「所領」)がラント法廷においてまたはレーン法廷において彼から判決をもって剝奪され⁽⁷⁰⁾(a)、あるいは、いかなる仕方であれ彼がそれ(「所領」)を強制されることなく手放す(あるいは、断念する)ときには、彼はゲヴェーレ(i)を適法に(mit rechte)(ii)失ったことになる。それゆえに、人はなんびとからも彼のゲヴェーレ(ii)を適法には(mit rechte)(iii)証人(の証言)をもって取り上げる(あるいは、否認する)(b)⁽⁷⁰⁾ことをえない、ゲヴェーレ(iii)を持つかの者(「なんびと」と同格)からは——、「判決をもって(mit rechte)(iv)それ(「

ゲヴェーレ」が彼から取り上げられ（II否認され）ない（C）⁽⁷⁰⁾かぎり、彼の居合せているところで——、あるいは、（彼が居合せていない場合）彼がそれ（IIゲヴェーレ）について訴えられまた彼の適法な（II裁判所の定めた）裁判期日に召喚されないかぎり」。

岩野氏は、この「ラント法二・二四・二によれば、自分の正当な財産（sines rechen gudes）を適法に失うことは、自分の有するゲヴェーレを適法に失うことでもあった。（中略）ここに、（売却、質入、譲渡、年期懈怠、判決による剝奪、任意の放棄など——石川）土地が移動する複数の原因を見ることができるといふ。土地が移動することは、土地に対する権利が移動することでもある。したがって、この条項からも、土地に対する権利（傍点、石川）がゲヴェーレという語で言い表されていることが窺われるように思われる」（二・（4））⁽⁷¹⁾、と言われている。

この二・二四・二も、決して理解の容易な条項ではない。それを正しく読み解くには、何よりも（遠くは）前述した二・七〇および（直接には）先行する二・二四・一とのつながりを見失わないことが重要であろう。

そうした前提に立つてまず指摘したいのは、この条項の「ゲヴェーレ」（i）および（iii）は、冒頭の *ganz* と同義の「所領」（あるいは、せいぜい事実としての占有）⁽⁷²⁾、と解する方が自然ではないか、ということである。つまり、この「ゲヴェーレ」（i）および（iii）については、「（土地に対する）権利」という含意があるかどうか、そもそもそのことが疑問なのである。しかし、「ゲヴェーレ」（ii）の方には、裁判所で争われ（判決をもって）奪われ（あるいは、否認され）うるものであるから、なんらかの意味で「権利」という含意があることは否定できない。しかし、この場合の「権利」とは、実質的には、——「土地に対する権利」一般、ないし、「実体的な権利」（通説のいう「物権」ないし「本権」）ではなくて——ラント法二・七〇および二・二四・一について前述したような意味での「占有権」、つまり所領ないしその占有は占有者自身を相手として訴えを起こし、占有権否認ないし剝奪の判決を得なければ奪うことができないという、いわ

ば形式的・手続(法)的な権利にすぎないのである。

もちろん、そうは言っても、この条項の「ゲヴェーレ」の語(i)が、実質的には(代々)相続されてきたアイゲンにもかかわっていることに変わりはないのではないか。こうした疑問に対しては、ここでもまた念のために、次のことを指摘しておかなくてはならない。すなわち「ゲヴェーレ」の語(i)は、ここでもまた(代々)相続されてきたアイゲン一般についてではなく、(売却、質入、譲渡、判決による剝奪など)その(社会的)権利関係に動きのあつたものに限って用いられている⁽⁷³⁾、ということがそれである。さらに、その点に留意した上でもう一度条文を読み直すと、この条項の冒頭で(むしろ「適法に占有している所領」一般のことを言おうとする場合に)は *des* の語が用いられ、それに対して議論を「所領(の占有ないし占有権)」を失うケースにしほつた後にはじめて *were* (i) の語が現われてくることも、単なる偶然ではないのではないかとさえ思えてくるのである。⁽⁷⁴⁾

(3) 岩野氏がゲヴェーレに関連して挙げられた条項はもう一つ残っている。ラント法三・二〇・一がそれである。これについて氏は次のように言われる。「アイゲンの帰属をめぐる紛争が発生する可能性は、そのアイゲンが相続されたものであるか否かを問わずに存在している。他人の土地を勝手に耕作している者と、その土地は自分のものだと主張する者との間に起る争い(ラント法三・二〇・一)などはその一例である。ゲヴェーレとは、一つには、そうした紛争に關わつて、土地に対する権利(傍点、石川)を言い表す法的概念であつたのではなからうか(二・4)と。

実は、この条項(および後述する関連条項)には「ゲヴェーレ」の語は現われ⁽⁷⁵⁾ないし、この岩野氏の発言にはほかにも単純な誤解が含まれている。そのことをはつきりさせるためにも、まず三・二〇・一の全文を掲げておこう。

「誰であれ他人(A)の土地を(それと)知らずに耕作する者(B)がある場合、それにはいかなる償い(wandel || 贖罪金と罰金)をも伴わない。しかし、誰であれ彼が自分のものと主張する土地を耕作する者(同じくB)があり、それ(IIその土

地)が彼から(あるいは、彼に対し)判決をもって (mit recht) 取り上げられる (II その占有権が否認される) (af gewonnen)⁽⁷⁶⁾ならば、彼はそれ (II 他人の土地を不法に耕作したこと) を償わなくてはならない。

見られる通り、ここには「ゲヴェーレ」の語は出てこない。また、この条項で争っているのは、「他人の土地を勝手に耕作している者」と「その土地を自分のものだ」と主張する者」ではない。この条項で争っているのは、前段においても後段においても、「他人」(あるいは、その土地の正当な持主) (A) と「Aの土地を(不法に)耕作する者」(B)である。ただ前段においては、Bが「知らずに」耕作した(換言すれば、Aから不法耕作を咎められその責を問われたとき、「あなたの土地とは知りませんでした」と言つて素直に自分の非を認めた)場合の法的帰結、後段においては、Bが(自分の非を認めようとはせずに)その土地は「自分のものだ」と言い募つて、その土地の帰属をめぐる訴訟でAに敗れ)た場合のそれが述べられているのである。

しかし、もつと重要なことは、この条項においては問題の土地がA (II 他人) のものだということが前提されている、ということである。この点については、同じく他人の土地の(不法)耕作を扱つたラント法二・四六・一も参考になるが、⁽⁷⁷⁾この条項の直後につづくラント法三・二〇・二 (II 「彼 (II その土地の正当な持主、三・二〇・一のA) はまた彼の土地の上で、それ (II 彼の土地) を耕作する者 (B) を、裁判官の許可なしに差押えることができる、それによつて彼 (A) が法 (II 裁判官いし判決を獲得することができるように」)⁽⁷⁸⁾を見れば、このことはいちだんと明白になる。その土地の正当な持主(A)が「差押える」必要があるのは、(三・二〇・一前段の)「他人の土地を知らずに耕作する(そして、素直に自分の非を認める)者」ではなく、(後段の)「(その土地を)自分のものと主張する者」(しかも、裁判所に訴えても出頭しないおそれのある者)であろう。⁽⁷⁹⁾こうした者に対しては、(通説の立場からすればそうなりそうなものだが)占有者として何らかの「実体的な権利」が認められるどころか、まるで「刑事被告人」並みの扱いがなされているのである。これに先行する三・二〇・

一にBの敗訴(裏から言えば、Aの勝訴)の場合しか書かれていないのも決して単なる偶然ではなく、そこでは(たとえ、不法耕作者Bが自分の土地であると言ひ募つて、土地の帰属を争う訴訟にまで及んでも)Bの敗訴、つまりAが(依然として)その土地の正当な持主であることが予定されているのである。

それだけではない。私見によればこれに関連して最も重要なのは、さらにその後につづくラント法三・二〇・三が次のように論じていることである。「他人II Aの土地の耕作によつて、なんびと(B)も彼の生命を、また彼の健康をも、(罰として)失うことはありえない、彼からその土地が法廷で(判決をもつて)剝奪されて(verlehet)⁽⁸⁰⁾おり、しかもその(土地の)上に平和が付与されているのでないかぎり」。

この条項の前段は、三・二〇・一後段の論旨(「他人の土地を耕作している者が、それを自分の土地と主張して争ひ、その土地の帰属をめぐる訴訟で敗れた場合には、償いII贖罪金と罰金の支払いが必要)を、三・二〇・二のきびしい規定(「そうした主張をして抵抗する不法耕作者を裁判にかけるために差押えてもよい)の後で、誤解のないようにいわば裏から(「不法耕作に対する罰は贖罪金・罰金の支払いが限度であつて生命・身体刑には及ばない、という形で)再確認したものであるが、われわれにとって重要なのは、この前段に対する例外規定を定めている後段の方である。

後段には、「その土地が法廷で(判決をもつて)剝奪された(verlehet)者」が登場してくる。用語法の分析などから、これは具体的には「土地の帰属をめぐる訴訟において(特に不出頭のために)敗れ、その土地の占有権を(否認、ないし)剝奪された者」と推定できる。⁽⁸¹⁾後段は、もし不法耕作者がこうした者であつて、問題の土地に「平和」が付与されている場合は例外で、(もともとせいぜい贖罪金と罰金とまりである)不法耕作が生命・身体刑に及ぶことになる、としている。この——不法耕作者に対する罰を一举に重くする——「平和」とはいかなる平和であり、また、なぜこの「平和」が不法耕作者から「法廷で(判決をもつて)剝奪された」土地に付与されるのであろうか。⁽⁸²⁾

当時の「平和運動」(あるいは、ラント平和令)は、まだフェーデを全面的に禁止するにはいたっていない。すなわちそれは、フェーデの適法性は容認した上で、しだいに実力行使の余地を狭めようとしている。特に保護を必要とする対象に「平和」を付与して実力行使から除外しようとする試み(Ⅱ狭義の Pax)は、こうした努力の(歴史的には最初の)現われである。しかしながら、この(学者のいわゆる)「特別平和」(Sonderfriede)の存在は、その反面、当時における「平和(運動)」の限界をもちつきりと示している。もし、近代国家におけるような「全般的平和」(allgemeiner Friede)がすでに成立して(たとえば、占有一般についても「平和」が確立して)いるのであれば、特定の対象(たとえば、特定の所領やその占有)の「平和」を特に保護することは不要になるからである。

このことをもう一度ラント法二・七〇に即して言い直すと次のようになる。確かに二・七〇は(文言上は)所領の占有一般に対して法的保護を与えようとしている。しかしこの法的保護は、所領の帰属を法廷で解決するまでの間の暫定的なものにすぎない。さらに、法廷で所領の帰属が決まり占有者から「判決をもって剝奪された所領」⁽⁸⁵⁾については、(裁判所の職権をもって)「(この特別)平和」が付与される。したがって、その後もし誰かがこの所領を(実力で)奪おうとしたら、あるいは、(三・二〇・三のように)この所領を剝奪された者が依然としてそこに居坐つて耕作をつづけたりすれば、彼等はこの「平和」を破つたことになり、(生命・身体刑のシステムである)「平和の法」に従つて処断されることになる。⁽⁸⁴⁾しかし、こうした「平和」が付与されているのは、所領(の占有)一般ではなく、(法廷譲渡されたアイゲンと並んで)「判決をもって剝奪された所領」⁽⁸⁵⁾だけである。すなわち、ザクセンシュピールゲル全体——したがって、二・七〇——が特に関心を抱き特別な法的保護を与えようとしているのも、(実質的には)その(社会的)権利関係に動きがあつて将来紛争が生じやすい、あるいは、すでに紛争が生じてしまった所領(の占有)だけである、と言わなくてはならないのである。⁽⁸⁶⁾

以上で、岩野氏が拙論を批判するために挙げられたザクセンシュピーゲルの諸条項の検討を了えたので、⁽⁸⁷⁾本節では、同書の規範構造の中でアイゲンが占める位置——私が用いた表現で言えば、「アイゲンの世界」と「法の世界」の関係——についての岩野氏の御批判にお答えすることにしたい。しかし、あらかじめお断わりしておく、この点についての岩野氏の御批判はすべて拙論を根本的に誤解されたことに端を発している。

(一) 岩野氏はこの点に関する拙論を、「著者(石川)によれば、「ほんらい」のアイゲンは、法の外にあるという」、と要約された上で、「そうであれば、法廷譲渡されたアイゲンも相続を経てやがては「ほんらい」のアイゲンになるのであるから、アイゲンは基本的にはすべて(傍点、石川)法の外にあったということになる」として、アイゲンが「人と人が取結ぶ様々な法的諸関係の中に置かれている」こと、「人々の織り成す法の世界に組み入れられている」ことを強調されている(以上、いずれも二・(5))。しかし、岩野氏はこの点に関する拙論をまったく誤解しておられる。

前稿「アイゲン」において、私はまず「アイゲンの自有地・自由世襲地としての側面」(六頁)を詳しく検討した(二・六頁以下)。そして、それが「ほんらい……父親から相続され、さらに子孫に相続させていくべき相続財産である、と考えられていたこと」(七頁)、その相続の過程には「裁判官または裁判所が登場してこない」こと(それはようやく相続人曠缺の場合に姿を見せるにすぎないこと)(二〇〜二二頁)⁽⁸⁹⁾、アイゲンの持主は「特定の身分——具体的には騎士の出自またはヘーアシルト——を持つ者」(二二頁)(「いわゆる『封建身分』に限られていること、その中心をなす『参審自由人(少なくともその上層)はおおむね小領主的存在であった」(二八頁)と考えることができ、事実アイゲンには体僕と小作人に対する(いわば自立的な)支配権が内包されていて、アイゲンが「一たび外部からの攻撃にさらされると、彼(持主)は

それを実力に訴えてでも防禦」(二四頁)できたこと、などを明らかにした。私がかりに「アイゲンの世界」と呼んだのは、「こうした小領主およびその所領が多数、しかも(基本的には)相互に独立に存在しているような社会」のことである(二四頁)。

しかし、ザクセンシュピールゲルにはこうした「アイゲンの世界」がそのまま生の形^{なま}で出てくるのではなく、「法の世界」(あるいは、裁判権)と絡み合った形で現われる(二四頁末尾)。そこで私は次に、節を改めて(三、二五頁以下)、この「自由地・自由世襲地としてのアイゲンが、法(または裁判)とどのように関連し、あるいは、それに組みこまれているか」(二五頁)を、アイゲンの(法廷)譲渡、アイゲンの帰属をめぐる訴訟、持主が犯罪を犯したことの帰結としてのアイゲンの(判決による)剝奪、などについて逐一検討した上で、その結果を次のように要約しておいた。

「以上、本節においては、Sfd.におけるアイゲンがどのように法に捉えられ、「法の世界」の中に位置づけられているか、を見てきた。

法(「国家」と言ってもよい)はまずアイゲンの持主がもつ社会的地位を彼等の法として捉え、彼等の社会的特権をしいに訴訟手続上の特典へと化しつづつある。法の最大の関心事は平和(「実力闘争の回避・禁止」)であり、それを実現していくための(当時にあつては「国家」が手にしうるほとんど唯一の)武器は裁判権^{レイト}である。(最も重要な)アイゲンの持主である参審自由人は、国王から直接に(流血)罰令権を授与されるグラーフの裁判所に参加し、参審員として活動することによってそれを積極的に支えるべきものとされる。こうした公的な裁判制度を軸として、グラーフの裁判管区が(主に)参審自由人(能動的)構成員とする「ラント」としての性格を帯びていく。

参審自由人自身が(暴力的)犯罪を犯すと、彼等のもつ法は失われ彼等のもつアイゲンも剝奪される。法(「国家」)はまたアイゲンの譲渡にも介入し、自分自身(「裁判制度」)の維持をはかると同時に、それをめぐって起こりうる紛争をすべ

て法廷で解決させようとする。アイゲンの帰属をめぐる訴訟においては、法廷(で)讓渡を受けた者は著しく優位に立つ。しかし、(本来の意味での、つまり代々相続された)アイゲンは、それ自体としては、(傍点は今回新たに)依然として「法の世界」の外部に立っており、法(＝国家)はまだアイゲンそのもの(同上)を直接に(同上)保護の対象として捉えるにはいたっていない(三七～三八頁)。

岩野氏が拙論を「ほんらいのアイゲンは、法の外にある」と要約したのは、この引用のいちばん最後の文章にもとづいている。⁽⁹⁰⁾しかし、右の引用に明らかかなように、私はこの文章でザクセンシュピールゲルにおけるアイゲンが完全に、「法の世界」の外部にある(＝裏から言えば、ザクセンシュピールゲルには「アイゲンの世界」が生なまの形で出てくる)などと主張したのではない。それがすでに(間接的に、また、いろいろな契機から部分的に)「法の世界」に捉えられていることを前提にして、代々相続されたアイゲンそれ自体に対しては、(法廷讓渡されたアイゲンに対するような)直接の法的保護(ないし、法的介入)が及んでいない、と言ったのである。⁽⁹¹⁾もちろんこの箇所は、それまでに詳論したことを要約したものであるから、そこだけ読むといささか「舌足らず」の感を免れないであろう。そこで念のため以下に、私がそこで何を考えていたかを、やや具体的に補足しておきたい。

まず「ゲヴェーレ」について。所領(ただしここでは、アイゲンの場合にしぼる)の占有は、たとえそれが不法に取得されたものでも、占有者を相手どつて訴えを起こし、「ゲヴェーレ」(＝占有権)否認ないし剝奪の判決を得た上でなければ、それを奪うことができない。その意味では、(すべての)アイゲンの占有は(文言上)法的保護の対象となつていて、と言うことができる。しかしその場合、主たる関心はむしろ不法に取得された所領に向けられており、その帰属をめぐる訴訟では当然それを不法に取得した占有者が敗訴し、そのアイゲンは正当な持主の占有するところとなる。一方、アイゲンが法廷(で)讓渡される(厳密には、讓渡の契約が結ばれる)と、讓受人はその時点で「ゲヴェーレ」(＝占有権、ただし

この場合、厳密には占有のための権原⁽⁹²⁾を取得し、それ以後譲渡人が「譲渡」(の契約)を否認しても所領は譲受人のものとなる。しかしこの時点では、所領はまだ完全に譲受人のものになり切つてはいない。譲受人は(第三者から所領の帰属をめぐつて訴えられたとき)一年間は譲渡人(あるいは、前主)の追奪担保^(Gewehr)を必要とするからである。しかし、譲渡人が(第三者から訴えられることなく)一年と一日その占領を占有していると *rechte Gewere* (適法なゲヴェーレ、むしろ法定、ゲヴェーレと訳したい)が成立し、その所領を法廷で擁護するためにはや前主の追奪担保を必要としなくなる⁽⁹³⁾。これに対して、本稿でも改めて論じたように、代々相続されているアイゲンについては、そもそも「ゲヴェーレ」の語が用いられておらず、ここに要約したような法的保護(ないし法的介入)も及んでいない。

次に(一部本稿で新たに得られた知見をも加えて)「平和」について。所領が法廷(で)譲渡されると、その所領には占有引渡に際し裁判所の職権によつて「平和」が付与される。同じように、「判決をもつて剝奪された」所領にも「平和」が付与される。したがつて、誰かがその後これを(実力で)奪おうとすると、彼はこの「平和」を破つたことになり、(平和破壊者として)「平和の法」に従つて処断される。しかし、こうした「特別」平和も、代々相続されているアイゲンには付与されていない。念のために言つておくと、代々相続されているアイゲンでも「所領強奪」(*roflieke were*)の対象となることはありうるだろうが、この場合、事案は——アイゲンの帰属(＝占有のための権原の有無)をめぐる係争としてではなく——「強奪」(＝強盗)の現行犯として処理される⁽⁹⁴⁾。しかもその場合、所領の持主には自分の所領を実力で防禦することも許されているのである⁽⁹⁵⁾。

私が前稿で「本来の意味での、つまり代々相続された」アイゲンは、それ自体としては依然として「法の世界」の外部に立つており、法(＝国家)はまだアイゲンそのものを直接に保護の対象として捉えるにいたつていない」と言つたのは、「ゲヴェーレ」ならびに「特別」平和」の概念に即して言えば、大要以上のような事態である。したがつて、「法廷譲渡され

たアイゲン」も相続を經ればやがて「ほんらいの（つまり、代々相続された）アイゲン」になることは確かだが、それもまた決して完全に、「法の世界」の外に出でしてしまうわけではなく、もはや（それまでとはちがつて、右のような）直接の法的保護を必要としなくなる、というだけのことである。

なお岩野氏は、（同じ誤解にもとづいて）「法の外にあつたアイゲンが、いかにして物権法という法の基礎でありえたのか」と拙論に疑問を投げかけておられる。確かに私は、「ゲヴェーレ」論文の末尾に、「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ぐ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ぐとしたアイゲン（＝自分の土地）であつた、ということにならざるをえまい（この箇所の傍点は今回新たに）」と書いた（四一〜四二頁）。しかし、これはもちろん、「ドイツ私法（学）」の通説に対して、通説の立場に立てば論理的にはそういうことになるはずだ、という批判を述べたのであつて、「アイゲンこそ古ドイツ物権法の基礎である」という私見を主張したわけではない。現に「アイゲン」論文では、同じことを「……ゲヴェーレの概念は（古）ドイツ物権法の基礎などではありえない。（それを言うのなら）（傍点は今回新たに）（古）ドイツ物権法の基礎は、むしろ（同上）、右の両者がゲヴェーレの助けを借りてそれに接近しようとしたアイゲンでなければならぬ」と書いておいた（三頁）。言うまでもなく、これもまた、「ドイツ私法（学）」（の通説）を批判するための問題提起の件りの一部であつて、そのまま私見ではない。本稿でも右にその梗概をまとめることになつたこの「アイゲン」論文全体をお読みいただければ明らかのように、私が主張したかったのは、——この際岩野氏のような誤解を避けるためにはつきり言わせたいたたくと——中世においては「ドイツ私法学」が説いてきたような「ドイツ私法」なる法（のシステム）はおよそ存在しないし、また、「物権法」なる分野も（少なくとも独立した形では）まだ存在していないということである。⁽⁹⁶⁾

(二)ところで、私が前稿「アイゲン」のある註の中で、「私がここで「アイゲンの世界」と呼ぶものを御理解いただくためには、たとえばジョン・ロックの描く「自然状態を思い浮べていただいた方が手取り早いかも知れない」(註19)として、ロックの(いわゆる)『市民政府論』を引き合いに出したのに対して、岩野氏は次のような疑問を提出されている。

「著者(Ⅱ石川)が考えられる場合の「自然状態」は、法の外の世界にあつたものなのであるか。そうではなくて、むしろそれこそが中世における「法的状態」そのものであつた(傍点、石川)と考えるべきではなからうか。また、ロックによれば(同上)、「自然状態」から成立したのは近代国家(同上)であつた。著者(Ⅱ石川)によれば、アイゲンは、「アイゲンの世界」に対決し、それを克服すべき「法の世界」を構想していたという。ロックのいう「自然状態」と「アイゲンの世界」とが、仮に重なるのであれば、この「法の世界」とは近代国家(同上)を意味している、ということにならざるをえない。アイゲンは、一、三世紀前後(前半の誤り?——石川)の時代に(同上)すでに近代国家(同上)を構想していた……と著者(Ⅱ石川)はいわれようとしているのであろうか」(二・6)。

ここでも、まず岩野氏の単純な誤りを指摘することから始めなければならない。すなわち、ロック自身は、「自然状態」から「近代国家」が成立する、などとは言っていない。自然状態にあつた人々が契約ないし協定を結んで作り出したものは、commonwealth, civil society, political societyなど、いろいろな言葉で表現されているが、要するに「国家(共同体)」のことである。もちろん、この(ロックのいう)「国家(共同体)」を(われわれが)「近代国家」と特徴づけることができるかどうか(あるいは、どの程度またいかなる意味でそうできるか)は、われわれが「近代国家」をいかなる国家と定義するかによって決まる問題である。しかし、ここではその問題には立ち入らず、まず、——私の理解に従つて——ロックにおける「自然状態」と「国家(ないし、社会)状態」の關係について述べる。

ロックのいう「自然状態」においては、各人(と言つても、もちろん——通常「召使」(servant)などの従属的労働力をも

含む——家族を従えた家長は、完全に自由な状態で自立的に（＝「国家（ないし、社会）」を作ることなく）生きていく。ロックは——「ホップズとちがい——」「自然状態」と「戦争状態」とを等置せず両者の区別を強調しているが、さればと言つて「自然状態」が常に「平和状態」であるわけではない。暴力によって他人の生命や自由を奪おうとする者が出てくるからである。こうした「戦争状態」が起こりうることに、それが「自然状態」のもつ「不便さ」の最たるものであり、それを避けることが、人々が「自然状態」を去つて「国家（ないし、社会）状態」に入る大きな理由、とされている。この点は、もつと詳しくいうと、次のように説明されている（特に第九章、一三三——一三二）。

人は「自然状態」においては、第一に、自分自身および人類の自余のものが生きていくために適切であると自分が考へることを何でもなしうる権力（ないし、権利）、第二に、とりわけ、自分のもの（property）＝生命・自由（土地）（財産）を他の者が侵害するとき、それを（＝彼が人を殺せば、彼を殺すことをも含めて）自分で処罰する権力（ないし、権利）をもっている。したがつて、「自然状態」においては人は自分の一身および財産の絶対的な主人であり王である。しかし、彼はこうした権利を確実に享受できるかというところはいかず、この権利はたえず他の者によつて侵害される危険がある。なぜなら「自然状態」においては他の者も——彼と平等に——王であり、しかもその多くは衡平や正義を厳格に守るとは限らないからである。換言すれば、「自然状態」においては「自分のもの」を守るためには多くのもの、特に以下の三つのものが欠けており、人々がそれらの欠を補つて「自分のもの」を守ろうとすると、どうしても「国家（ないし、社会）状態」に入らざるをえなくなる。

特に「自然状態」に欠けているのは次の三つである。第一に、「制定され、確立された、公知の法」。第二に、「制定された法に従い権威をもつてすべての紛争に決着をつける、公知のまた中立的な裁判官」。第三に、「判決が正しいとき、それを支持・援護し、また、それに適正な執行を与える権力」。以上三つがいずれも「法」、それも社会的紛争の「裁判」

による解決に関連していること、また、裏から言えば、「国家（共同体）」を作るのは（主として）この三つのものを新たに作ることである、ということに注意されたい。因みに「国家（ないし、社会）状態」に入ったとき、各人は彼が「自然状態」においてもつていた二つの権力（ないし、権利）を放棄することになる。すなわち第一の権力は、自分自身およびその社会（≡国家）の自余のものが生きていくために必要なかぎりでこれを放棄し、その社会（≡国家）によって作られた法の規制を受けることになる（ただし、この法の目的は唯一つ「自分のもの」を守ることにあるから、法の規制を受けることによって「自分のもの」はより良く守られることになる）。第二の権力（≡自然的処罰権、あるいは、自然法執行権）の方は、そつくり放棄して、彼の自然（的）な力を、法が要求するところに従つて、その社会（≡国家）の執行権を助けるために用いることになる。「国家（ないし、社会）状態」が「平和状態」であるのは、（主として）この第二点（≡自然的処罰権の放棄）による、ということに注意されたい。

以上のような「国家」、すなわち社会的紛争の「法」あるいは「裁判」による解決を主眼とした「国家」が、（特に、そうした属性を具えているというだけの理由で）「近代国家」と言えるかどうかは、私にとつてはさしあたり問題でない。私が前稿で指摘したのは、「自分のもの」の實力による擁護と社会的紛争の法、≡裁判による解決のコントラストという一点に關するかぎり、ロックにおける「自然状態」と「国家（ないし、社会）状態」の關係とザクセンシュピールに見られる「アイゲンの世界」と「法の世界」の關係との間にははつきりした共通点を認めることができる、ということである。⁽⁹⁸⁾もちろん、「近代国家」においては社会的紛争の法（≡裁判）による解決という原則（≡別な言い方をすれば、「全般的平和」）がすでに実現されている。その意味では、ザクセンシュピールに見られる「法」は、この側面（ないし、属性）に關するかぎり、すでにまっすぐ「近代国家」に接続する契機を内包していたと言つてよい。むしろ私は、ザクセンシュピールに見られるような「中世法」を（従来のように）単に近代法の「反転像」（ないし、裏返し）として捉えることはでき

ないのであつて、そこにはすでに近代法へと接続していく契機（あるいは、あらゆる相違にもかかわらず、中世法が「法」として近代法と共有している要素）も含まれていたことを見落してはならない、と主張したのである。⁹⁹

ところで岩野氏は、右の引用において、「むしろそれ（＝「自然状態」こそが中世における「法的状態」そのものであつたと考えるべきではなからうか）、と主張されている。中世において（ロックのいう）「自然状態」がそのままの形で存在しているはずはないから、岩野氏はこの文章で、「アイゲンの世界」（は法の世界の外にあつたと石川は言うが、むしろそれ）こそが中世における「法的状態」そのものであつた、と仰言りたいらしい。もしそうだとすれば、ザクセンシュピートルにおける「アイゲンの世界」が「法の世界」に組みこまれた形で存在していることについてはすでに前項（一）で述べておいたので、お答えとしてはそれで十分なのかも知れないが、念のために、このような岩野氏の主張に関連して、さらに二つのことを指摘して本節の締めくくりにしたい。

第一点。ロックのいう「自然状態」には周知のように「自然法」が存在している。しかし、この「自然法」は「万人に」共通の理性の法とも呼ばれており、さらに、実質的にそれと同じことが（右の「自然状態」の要約にも示しておいたように）「衡平と正義」と言われることさえある。そうしたことから分かるように、この「自然法」は、実質的には、各人の内にある「理性」や「道徳（観）」のことにすぎず、その意味では「自然状態」にはまだ「法」（＝「実定法」）は存在していない。また、この「自然法」を執行する権利は各人がもっており、「自分のもの」を守るために各人がそれを行使すれば「戦争状態」に陥らざるをえなくなる。そして、（繰り返しになるが）人々が「自然状態」を去つて「国家（ないし、社会）状態」に入ろうとするのは、こうした問題を解決するためであつて、「法」（および社会的紛争の「裁判」による解決）はこのときにはじめて作られるのである。¹⁰⁰ 第二点。ドイツ中世においても、「法」は決して「実力」（＝フエーデ）の側には立っていない。それどころか「法」は、（基本的には）常に「実力」（＝フエーデ）の対極、つまり「平和」の側に立つて

「実力」(「フエーデ」)を克服し、社会的紛争の「裁判」による解決を押し進めることによって(少しずつ)育ってきたのである。⁽¹⁰⁾ ザクセンシュピーゲルの規範構造を読み解く作業によって浮び上ってくるのは、何よりもまずこのことにほかならない。

おわりに

以上で、岩野氏による拙論の御批判についての検討は終る。⁽¹¹⁾ 特にザクセンシュピーゲルの読み方については、岩野氏が拙論を批判されるために挙げられた条項を逐一検討してみた。⁽¹²⁾ しかし、その結果は残念ながら、岩野氏による御批判がごとごとく拙論に対する誤解、および、ザクセンシュピーゲル関係条項の誤読ないし表面的な理解にもとづくものである、ということを確認することに終った。ただし、二・三の条項については、岩野氏の書評がきっかけになって、今まではつきりしなかつたことがはつきりしたり、あるいは、今まで考えていなかった(新しい)解釈の可能性に思いついたり、私にとつても収獲がなかつたわけではない。⁽¹³⁾ それも、岩野氏がザクセンシュピーゲルの諸条項に即して具体的な批判を展開して下さったお蔭であり、私としては特にその点について改めて岩野氏にお礼を申し上げたい。

言うまでもなく(Exegeseだけのこと足れりとするわけではないが)、少なくともExegeseを抜きにしては「法史学」は成り立たない。私自身は、特に「ゲヴェーレ」論文いらい、このことを痛感させられている。しかし残念なことに、戦後のわが国の「狭義の」西洋法制史「学界において、Exegeseという最も基礎的勉強ないし作業が軽視されつつづけてきた。私は、わが学界のこうした欠を補うためにも、岩野氏がこれにお懲りになることなく、(本稿で具体的にお願ひした諸点をも含めて)本稿で私が述べたことについて、重ねてザクセンシュピーゲルの諸条項に即した御高見を発表されることを心

から期待している。

註

- (1) 「ザクセンシュピペーゲルにおけるアイゲン」、「法制史研究」三六、一九八七年、「人についてのゲヴェーレ・小考」、「北大法学論集」三七の四、一九八七年、「Eigengetreue」, 同上、三七の五、一九八七年——以下それぞれ「アイゲン」、「人」、「アイゲンゲヴェーレ」と略記する。
- (2) 「北大法学論集」三七の二、一九八六年——以下、「ゲヴェーレ」と略記する。
- (3) 以下、岩野氏の書評からの引用は、一、二、三、ないし、二・(1)、二・(2)などの区分のみを挙げる。
- (4) 岩野氏の書評は、直接の対象である前記三篇の論文中、「人」および「アイゲンゲヴェーレ」の二篇についてはほとんど具体的な論評を加えていないが、それとは対照的に、直接には書評の対象になっていない「ゲヴェーレ」論文については、史料の典拠にまで遡って詳しい論議を展開されている。本稿が「アイゲンとゲヴェーレ・補論」という形をとらざるをえなかったのはそのためである。
- (5) これでは、岩野氏の書評だけ読まれる読者には、石川はアイケがザクセンシュピペーゲルを(自らの論理に従って書き下ろした著作ではなく、既存の法¹¹いわゆる慣習法を単に)「編んだ(にすぎない)」と解しているように誤解されるであろう。しかしこれは、ザクセンシュピペーゲルに関する岩野氏の理解(ないし、先入観)であつて、私見ではない。私は最近の一連の論文の中で、ザクセンシュピペーゲルは読めば読むほど単に既存の法を記録したものでなく、(もちろん、当時の現実をまったく無視しては、と言うのではないが)著者が一定の視点に立ち一定の論理に従つて新たに書き下ろした「著作」(ある意味では、「法学的著作」とさえ呼ぶうるもの)であることがわかつてくる、ということを強調してきたつもりである。今回岩野氏の書評の対象となつた三篇の論文の中では、その点を最も明確に主張したのは「アイゲンゲヴェーレ」論文であるが、岩野氏が同論文について立ち入つた論評を加えて下さらなかつたのはその意味でもきわめて残念である。なお、アイゲンゲヴェーレに関する岩野説については、後に註(74)で簡単に触れる機会がある。
- (6) 「諸侯主の出自について、二箇所」、ラント法一・三・三、(一・四)、(一・六・三)、(一・一四・一)、(一・一四・二、三箇所)、一・二五・二、一・二五・三、一・二五・四、(一・二六・b)、一・四一、一・四四、一・六一・四、(二・二二・

四、二箇所)、二・二四・二、二・五八・一、三・六三・二、三・六五・二、三・七九・二、三・八一・二、(三・八二・一)、(三・八七・一)、レーン法〔序〕、二六・九、六八・九、六九・八、七〇、七一・一六、七九・三(二箇所)。

なお、ザクセンシュピエーゲルにおけるキイ・ワードの分析にあたり、私は「ゲヴェーレ」論文らしい、(必要な場合)アイケ自身が執筆したとされている部分とアイケ以後の補筆にかかる部分とを区別し、「」内に後者の条項・箇所およびそれを含めた数を示すことにしているが、本稿でもそれに従う(ただし、研究が進むにつれて、通常アイケ自身の補筆とされているドイツ語第二版(Ordnung 5)は別人の手に成るのではないか、という疑問が深まってくる——次註(7)に掲げる「ラント法とレーン法」(一)、註(132)を参照されたい——が、本稿では、特に必要のないかぎりこの問題には立ち入らないことにする)。

(7) 現在私は、ザクセンシュピエーゲルにおける *lantrecht* および *lenrecht* の用語法を包括的に検討中であり、その成果の一端は、すでに「ザクセンシュピエーゲルにおけるラント法とレーン法」(一)、「北大法学論集」三九の五・六、下、一九八九年——以下「ラント法とレーン法」(一)と略記する——で公けにしている。したがって以下においては、特別の必要のないかぎり、一々論拠を挙げることは省略させていただく。ただし、本稿と直接に関係する *lantrecht* の用語法の分析は本稿よりも公表の遅れる(二)に予定されているので、*lantrecht* の用語法に限っては、岩野氏が(二)の公表を待つまでもなく私見を御理解いただけるよう、一部(二)との重複をいとわずに論を進める。

(8) GERHARD KÖBLER, *Land und Landrecht im Frühmittelalter*, ZRG. GA. 86, 1969, S. 1 ff., bes. S. 5.

念のためにあらかじめ一言すれば、このケープラーによる語義の大別そのものは大局的には誤っていない。しかし彼は、三つの語義のうちどれが最も基本的ないし中心的か、ということまで踏みこんで考察していない。後述する *lenrecht* の用語法を座標軸にして考えれば、以下に挙げる順番は実は正反対にならなければならないのである。

(9) ケープラーは彼の読み方を個別的に明示していないので、私見に従って *lantrecht* の用例を三つに大別しておくこと次のようになる。

objektive Rechtsordnung ≡ ラント法〔一・四〕、(一・一四・一)、(一・一四・二)、(三箇所)、(二・二一・四)、(二箇所)、

二・五八・一、三・七九・二、三・八一・二、(三・八二・一)、レーン法〔序〕、二六・九、六八・九、七〇、七一・一六。

Rechtsstatus ≡ ラント法一・三・三、一・二五・二、一・二五・三、一・二五・四、(一・二六・b)、三・六三・二、三・

六五・二。

Gericht = [諸侯主の出自について、二箇所]、ラント法(一・六・三)、一・四一、一・四四、一・六一・四、二・二四・二、(三・八七・一)、レーン法六九・八、七九・三(二箇所)。

(10) 前註(9)で Gericht に分類した(一一)箇所のうち、最大限をとれば、レーン法六九・八と七九・三(二箇所)を除く四〔八〕箇所は 'objektive Rechtsordnung(=ラント法上)ないしラント法に従い」と読んで読めないことはない。ケープラーは、おそらくそれらのうち幾つかを objektive Rechtsordnung と読んで、三つの語義を使用頻度の高い順に並べたと推定されるが、そうした(いずれとも解しうる)場合に、まずもって Gericht と解してみるのが正しいということは、後述する lanrecht の用語法との比較によって明らかになる。ただし、本稿ではこの点には立ち入らないが、岩野氏には、(レーン法六九・八の読み方は本稿における論点の一つなので)せめてレーン法七九・三(二箇所)の lanrecht の語も、氏の仰言するような意味に解しうるかどうか、是非御自分で検討されるようおすすめておきたい。

(11) lanrecht の語が登場する条項においては、ほとんどすべての場合、それと対比される法が明示的に述べられている。この点で例外をなしているのは、ラント法一・四一と一・四四の二箇所だけである。そこでこれらの条項について簡単にコメントしておきたい。

この両条項はいずれも、「未婚の娘または寡婦」がその「法定後見人」を彼が彼女のアイゲンまたはレーン、または一期分(ただし、一・四四では、同じものが「彼女の所領」として一括されている)を奪う旨訴える「ケースにかかわっている」。この場合、「レーン」「一期分」の中にも「レーン」について設定されるそれがあるが、ここでは省略する)については、彼女等は当然主君の「レーン法廷」にこの訴えを持ち出すこともできるはずである。しかし、(少なくとも)彼女等がそうはしないのでそれを「ラント法廷」に持ち出した場合には(私見によれば、ザクセンシュピエゲルは、この場合、事案は「後見人」にかかわるのである)、と主張したいのだと思われるが、本稿ではそこまで立ち入らない)、というのがこれらの条項の論旨であり、そのこと lanrecht も潜在的には to lenrecht と対比されているのである。

なお、序に——一々論拠を挙げることは省略するが——「他の法」との関係についての岩野説中、不正確と思われる点を指摘しておくこと以下の通りである。第一に、対比される相手としてレーン法が占める圧倒的な比重の大きさが不明確なこと。第二に、「レーン法など」の「など」は不要であること。第三に、「村の法……など各地域の特別法」という表現は紛らわしいこと(=これに関連してザクセンシュピエゲルに出てくるのは「特別な村法」だけであって、それ以外の「各地域の特別法」、特に「都

市法」は登場してこない。

(12) 詳しくは、別稿「ラント法とレーン法」に譲るほかないが、ほんの一例を挙げると、たとえば mit lenrecht という表現が「レーン法」の部の一四箇所に出てくるが、これに対応するはずの mit lanrecht という用法は全巻を通じてまったく見当たらない。そこで、(実質的にはラント法に関連して) mit lanrecht と言っても良さそうな箇所を当たってみると、(少なくとも大部分の場合)単に mit rechte と言われている。こうした用語法は次のことを示唆している。

第一に、前述したように、lanrecht の語は他の法との対比が必要な場合に、限って用いられているのだから、それだけを切り離して考察しても、(偶然に)そうした例外的ケースに用いられている用語だけを拾い集めて考察したという結果に終るのであって、用語法を手がかりに「ラント法」概念を明らかにするためには、さらに進んで(少なくとも名詞形の、あるいは、実質的には「ラント法」を意味する)recht の語の用法をも併せて考察しなければならない、ということ。第二に、lanrecht の語が他の法との対比が必要な場合に、限って用いられ、しかも他の法との対比が必要でない場合には同じものが単に recht と言われているとすれば、ザクセンシュピエーゲルの著者にとっては、「ラント法」こそが「法」であり、あるいは、「法」と言えばまずもって「ラント法」のことではなかったのか、ということがそれである。たとえばこうしたことは、lenrecht の用語法との比較をおこなわないかぎり、気づかれないままに終るのであり、事実、今まで誰も気がつかなかったのである。

(13) これを先ほど挙げた lanrecht の場合と比較されたい。両語の用法を比較しながら考察しようとする場合、真先に問題になるのは、実は、なぜ lanrecht の語の方が全体としてかくも頻繁に用いられている(あるいは逆に、なぜ lanrecht の語は控え目にしか用いられない)のか、ということである(これについては、本稿ではさしあたり前註(12)および後註(14)を参照されたい)。なお(一)内の数字を比較していただければ一見して明らかのように、lenrecht の語はその圧倒的大部分が古いテキスト層に属しているのに対して、lanrecht の語は新しいテキスト層に属するものの比率がはるかに高い(この点、ケープラーが lanrecht の語について「これらのうち圧倒的多数は最も古いテキスト層に属している」と言っている(a. a. O. S. 3)のは、明らかに事実に戻している。つまり、ザクセンシュピエーゲルの著者本来の用語法も lenrecht の語を調べなければはつきりしないのである。

(14) 実はそれにはとどまらず、(二)Rechtsstatus, objektive Rechtsordnung に数えた箇所のうち相当数が、少なくとも Gericht の含意をも併せもっている。しかも、今日の「法」概念に最も近い「実体的な」準則ないし法規範」を意味する場合はいずれも少数であるだけでなく、いずれも新しいテキスト層に属している。

序に言っておくと、「レーン法」の部一〇箇所に *binnen lenrechte* という表現が出てくるが、これに対応する(はず) *binnen lanrechte* という表現は全巻を通じて見当たらず、その言ひもおおしくはなさそう(な箇所はほとんど)すべて *vor gerichte* となっている。これは、*lenrecht* の語が(しばしば) *Lehngericht* の意味で用いられている、というだけでなく、さらに(実質的には)「ラント法」と同義の)「法」そのものと *gerichte* とが深いかわりをもっている、ということをも示唆するものである。

因みに、暫定的な数にすぎない(すなわち、一度調べただけで繰り返し精査していないので、最終的には若干増える可能性がある)が、*gerichte* の語はザクセンシュピールゲル全巻に都合(一八五)回ほど現われる。この語の用法について最も注目されるのは、*gerichte* と言えば特段の断わりがなくても(第一義的には)ラント法上の裁判(所など)を指すこと、具体的には、*gerichte* の語は——ラント法上の裁判(所など)をも併せて指す場合を除き——もっぱらレーン法上の裁判(所など)を指す場合にはまったく用いられていないこと、である。同じことは、(一六六)箇所ほどに現われる *richter* (e)、(五一)箇所ほどに現われる *richten* の語についても言える——なお、これらの語の歴史(「それらが「裁判」などの技術的意味をもつようになったのは、ようやく紀元一〇〇〇年を大きく遡らないころになってからであること)については、さしあたりクレッセル著・石川監訳『ゲルマン法の虚像と実像』、一九八九年、創文社、五六―五八頁を参照されたい——。また、(五一)箇所ほどに現われる *ungerichte* の語は、言うまでもなく「犯罪」を指しているが、「犯罪」が用語の上で *gerichte* の否定態、あるいは、その対極にあるものと扱えられていることの意味も、こうした文脈においてのみ正しく理解できるであろう。本稿でも改めて後述するが、この点から言っても、岩野氏の御批判にかかわらず、ザクセンシュピールにおけるラント法(ないし、法そのもの)の概念が、アイゲンに関する裁判権と並んで、(あるいはむしろ、それ以上に)まさしく「生命」に関するそれ、すなわち、この「犯罪」に対して刑罰を科するための裁判権を軸にして成り立っていることがうかがわれるのである。

- (15) 詳しくは、別稿「ラント法とレーン法」に譲るほかないが、この点についての私の結論は前註(8)に述べておいた。
 (16) 「アイゲン」一頁、「ザクセンシュピールにおける相統法の位置」(『北大法学論集』三八の五・六、上、一九八八年——以下、「相統法」と略記する) 六六頁、および、「ラント法とレーン法」(一)、二・(一)・(一)・(a)、三七〇頁。
 (17) 「アイゲン」五―六頁。

- (18) 「あらゆる人の首に関するおよびアイゲンに関するおよびレーンに関する裁判官」と「ラント法およびレーン法」の(実質

的な) 対応関係に気づきさえすれば、「レーン法」が「レーンに関する法」であることは常識に属するであろうから、著者が「ラント法」とは「あらゆる人の首に関するおよびアイゲンに関する法」であると言おうとしていることは、改めて論ずるまでもなく容易に理解されるはずである。もともと問題なのは、むしろこの「……に関する法」が何を指しているかである。

(19) 「相続法」六五〜六八頁。

(20) だからこそ、それ自体としてはれっきとしたレーン法上の規定であるラント法一・三・二が、「ラント法」の部の冒頭に近い重要な場所に位置していなければならないのである。この点についても、前註(19)に挙げた箇所を参照されたい。

なお、これに関連して岩野氏にお願いしておきたいことがある。もし、この条項の *lantrecht* が氏の仰るような意味での「法(規範)」であるとすれば、それと「ヘーアシルト」とがいったいどう関係するのか、その点については是非御高見を承わりたい、ということがそれである。

(21) もちろん、ザクセンシュビーゲルの「ラント法」概念が「あらゆる人の首(もしくは、生命)とアイゲンに関する裁判権」を軸にして構成されている、と私が考える根拠は、レーン法六九・八の「文理解釈」に尽きるのではなくて、究極的にはむしろザクセンシュビーゲルに見られる(少なくとも「ラント法」と同義の)「法」の規範構造そのものがこれら二つに関する裁判権を軸にして成り立っているからである。この点については、兼ねて予定している同書における *recht* の用語法の全面的検討までお待ちいただくほかないが、さしあたり拙稿「相続法」にその一端を読み取っていただければ幸いである。

(22) 三・五二・二の前段は、直接には、国王の(最高の)裁判官としての地位ないし権限の由来が選挙にあることを述べている。しかしこれは、「国王(への)選挙」とは別に、「裁判官(への)選挙」がおこなわれた、という意味ではなく、「国王選挙」が「裁判官の選挙」を含んでいるという「解釈」——ないし一種の「擬制」——と解すべきであろう。ただし、本稿ではこの問題に立ち入っているゆとりがない。

(23) 「アイゲン」一〜二頁、および、特に註(5)を参照されたい。

(24) *ungericht* および *richten* の用語法については、さしあたり前註(14)で述べたことを参照されたい。

(25) 「アイゲン」、特に三七〜三八頁の要約的叙述をもう一度参照されたい。なおこの要約については、本稿においても、岩野氏による御批判との関連で必要なかぎり、後に「法の世界」と「アイゲンの世界」の関係について再論する際に改めて引用する機会がある。

- (26) ラント法三・五四・一およびレーン法六一・二。
- (27) 「裁判権レーン」に特有な制約(ないし、性質)については、「ラント法とレーン法」(一)、註(92)にまとめておいた。御参照いただければ幸いである。
- (28) この条項の直後につづくラント法三・五二・三を参照(そこでは、直接には、シュルトハイスを「第四の手」と呼んでいるのだが——邦訳、訳註(1)をも参照)。なお、本文においては、問題を簡単にするため、シュルトハイスの問題は省略してあるが、この問題については、すでに「相統法」六五〜六八頁で論じておいたので、詳しくはそれを参照されたい。
- (29) 因みに、「レーン法」の部では、管見の及ぶかぎり、(Kirchenbanを意味する) banの語が「二三・一」に一度登場するだけである。また、たとえば後述するラント法三・六四・五には、banの語が単独で(=Königsを伴わずに)都合「三」度現われるが、それらが冒頭のKöniges banを承けていることは一見明白である。そうした場合を除き、banの語が単独で用いられているときは、すべてKirchenbanを意味している(たとえば、ラント法「二・六三・二」三・六三・二——なお、ラント法三・五四・三ではdes Paveses banと明記されている)。
- (30) この点についてはすでに前稿「アイゲン」二二頁、および、特に三〇〜三二頁で論じておいた。岩野氏のお目に止まらなかったとすれば残念である。
- (31) 正直に言えば、これまで私は、この点(三・五二・二において、「封与」される裁判権が「あらゆる人の生命に関する」ものにしほられる理由)をここまで突きつめて考えてはいなかった。今回岩野氏が(私見によれば、初歩的な誤解によってではあるが)「國王罰令権」の問題を前面に押し出されたことで、これまでではつきりしていなかったことをはつきりさせることができた。その点では、私は岩野氏にお礼を申し上げたい気持である。
- (32) この点についても、すでに前稿「アイゲン」三二〜三四頁で述べておいた。ただし、そこでも述べておいたように、「アイゲンおよびレーンが判決をもつて剝奪される」と明記しているのはラント法一・三八・二だけであり、他の箇所では、「彼等の生命もしくは彼等の健康もしくは彼等の名譽に及ぶ」(二・一二・二)、「彼等の生命もしくは彼等の名譽もしくは彼等の相続財産に及ぶ」(二・一二・二)、「彼の名譽もしくは彼の健康もしくは彼の生命に及ぶ」(二・二九)、「彼の生命もしくは彼の名譽もしくは彼の相続財産に及ぶ」(三・一九)などという間接的な表現になっている(この後段、特に「名譽」の概念については「ラント法とレーン法」(一)、註(88)を参照されたい)。

(33) この点については、すでに前稿「アイゲン」において、「アイゲンの帰属が争われる訴訟」(三・三二——二九頁以下)と「アイゲンの持主(主に参審自由人)が犯罪を犯した場合(三・四)——三三頁以下)とを、誤解のないようにわざわざ項をわけて叙述しただけでなく、すでに「ゲヴェーレ」論文でも、別な文脈においてではあるが註(53)に指摘しておいた。岩野氏のお目に止まらなかったのは残念である。

(34) 後註(70)で *verdelen* の用語法を分析するが、そこにレーンが剝奪される場合の用例も挙げることになるので、それを参照されたい。

なお、ラント法一・四〇には、不忠 (*truwelos*) と帝国勤務(ないし、帝国出陣中の軍隊)からの脱走 (*breivuchich*) の罪を犯した者は、「彼の名譽および彼のレーン法(上の能力)」を剝奪されるが、「彼の生命」を剝奪されることはない、旨が明記されている。これら二つの罪はいずれもレーン法上の事実と考えられるものであるが、それなのに、なぜこの条項が「ラント法」の部に置かれているのか、という疑問が生ずる。その理由は、一応、ラント法一・三八・一〜一・三九との対比において、念のために不忠や脱走が「生命」(ないし、各人のもつ法)に及ぶ(ラント法上の)「犯罪」には属さないことを明らかにしようとした、という点に求めることができよう。しかし、このラント法一・四〇については(もつと考えなくてはならぬ問題もあるので)、「ラント法とレーン法」(二)で改めて考察することにしたい。

(35) 「アイゲン」一一〜一三頁。

(36) この点については、本稿でも後に「アイゲンの世界」と「法の世界」の問題との関連で改めて触れるが、とりあえず「アイゲン」三七〜三八頁の要約的叙述のほか、「相続法」、特に六九〜七〇頁および八一〜八二頁をも参照されたい。

(37) 以下に述べることは、基本的には、すでに「アイゲン」三五〜三八頁で述べておいたことの再論にすぎない。

(38) ラント法一・六二・一および一・五三・一を参照。この点はすでに、「ゲヴェーレ」、註(17)に対応する本文で指摘しておいた(ただし、註(17)に「一・三八・一」とあるのは間違いであり、この機会に右のように訂正しておきたい)。

(39) ラント法二・七一・三〜五(ただし、二・七一・四の末尾を、私は現在——われわれの「邦訳」とは異なり——次のように読んでいる。もし彼(平和破壊者)がただちに他の裁判管区(*gerichte*)の中へ逃げこむならば、彼等(叫び声に応じて馳せ参じた者)は彼をそこ(他の裁判管区)で野の上で(村落または都市の域内、または城の中でなければ)捕えることができる。そこにその *lant* (他の裁判管区) 民が来合わせないならば、彼等は彼を(自分たちの裁判管区へ)連れ戻す(ことができる)。

(40) 前述したように岩野氏は、*lantrecht* の語義を論ずるに当たり、*des Landes recht* を(あつちりと) *lantrecht* と等置した上で議論を進めておられる。しかし、前稿「ラント法とレーン法」(一)、註(4)でやや立ち入って述べておいたように、また、すでに法制史学会第三三回総会における報告「ラント・ラント法・ラント平和」(要旨、「法制史研究」三二、三九五頁)でも触れておいたように、「領邦の法」と「一つの「法圏」としての、つまり、レーン法など他の法と区別される)「ラント法」との間には、そう簡単には架橋できない溝がある。その点に関連して、私はもともと「アイゲン」論文、三の(四)と(五)の間で、いわゆる属人法主義から属地法主義への転換においてアイゲン(および参審自由人の犯罪)に関する法が果たす役割について論ずべきであったし、改稿の機会があればそれを補足したいと考えているが(「相続法」、註(82)、ここでは岩野氏の御参考までに次のことだけを摘記しておく)。

(ザクセン人が保持した) シュヴァーベン人の法(ラント法一・一八二)はザクセン人の法と次の二点で異なっている。第一に、婦人が *weiblos* であり、したがって女系から遺産を取得することはない(一・二七・二)、また、第七のジツペをこえても、ヘーアゲヴェーテおよび(普通の)遺産を取得することができる。第二に、(ザクセン地内に住む)シュヴァーベン人は、彼等自身の間では(ザクセン地内においてではなく)シュヴァーベン地内において判決を非難することができる(一・一九二)。シュヴァーベン人の法がザクセン人の法と異なるのはこの二点だけである(同上)。私が兼ねて「判決非難」の問題に関心をもっているのは、一つにはこうした脈絡において——つまり、「人の法」と「ラントの法」とのちがいが、および、前者から後者への移行を具体的な事案に即して明らかにしたい、と考えているから——である。そこで、岩野氏にもお願いしたいのは、この「(シュヴァーベン)人の法」が「(ザクセン・)ラントの法」に同化するには、どの点がどう変われば良いのか、また、そうした変化の契機は(ザクセン)シュピーゲルの説く法の中に、具体的にどのような形で存在しているのか、今一度お考えになってみていただきたい、ということである。

(41) 「アイゲン」二頁。

(42) 「ゲヴェーレ」一三頁。同旨のことは、「アイゲン」七頁でも繰り返して述べておいた。

(43) 「ゲヴェーレ」九頁。なお岩野氏は、私見を「ゲヴェーレ」の語が相続(傍点、石川)されたアイゲンについて明示的に用いられていることが「一度もない」と要約されるに当たり参照を求めておられるのは、「アイゲン」二頁、「ゲヴェーレ」九頁の二箇所であるから(三四五頁、上段、前註(41)および本註(43))に対応する本文に引用した箇所をそのように要約されたこ

とは明らかである。

(44) なおこの条項については、すでに前稿「ゲヴェーレ」、註(42)でも論じておいた。

(45) この条項、特にその最後の件りにについても、同じく「ゲヴェーレ」、註(41)に対応する本文および註(208)で関説しておいた。

(46) 前稿「ゲヴェーレ」八〇九頁(ただし、このたびの岩野氏による御批判が契機となつて、「妻の全財産」と書いたつもりが「妻の全財産」となつてゐるミス・プリントに気がついた。お詫びして訂正しておきたい)。

なお、一・三一・二の「彼が最初に彼女とともに」、一・四五・二の「彼は彼女とともに」という表現に関連して、これらの条項は、少なくとも間接的には、(夫だけでなく妻自身も(彼女の父祖から相続した)彼女のアイゲンについて「ゲヴェーレ」を持つてゐる、と言つてゐることにならないか、という問題が出てくる(こうした問題に関連する条項としては、もう一つ「ゲヴェーレ」、註(42)で触れたラント法(一・二〇・四)がある)。

この問題について全面的に答えるためには、「後見」(あるいは、夫のもつ「法定後见人たるの地位にもとづくゲヴェーレ」の問題を考究しなくてはならないが、私は今のところそのゆとりも用意もない。しかし、議論を空回りさせないために、暫定的な見解にすぎぬことをお断わりした上で、今その点について私の頭に浮ぶことを摘記すれば、以下の通りである。

まず、「夫と妻は、彼等の存命中、いかなる分離された財産(nantwert gut)をも持たない」(一・三一・一)という条項だけを読むと、ザクセンシュビーゲルは「夫婦財産共有制」の原則に立つてゐるかに見える。しかし、妻がその財産(Ⅱアイゲンと動産)を夫に贈与することはできず、妻の財産はその死後妻の法定相続人(Ⅱ血族)に相続されることになつてゐる(特に、一・三一・二の後段)から、(妻が「特有財産」を持つてゐる、とは言わないうまでも)少なくとも妻の財産は特定できなければならぬはずである。そのことと、前述した「いかなる分離された財産をも持たない」という規定とは、どのような関係に立つのか。

夫は妻の法定後见人である(特に、一・四五・一——なお、妻が後见人としての夫を法廷に訴えるケースは、おそらくまったく予想されていない)。したがつて、夫はそうした地位にもとづき、自分の財産と妻の財産すべてを一括して(Ⅱ「分離せずに」管理した、と解される。すでに本文に引用した一・四五・二「妻は夫の承諾なしに……ことをえない」)は、そのことを示唆している。この条項はさらに、「未婚」の娘および夫のいない婦人(Ⅱ寡婦および離別された妻)は、彼女等の後见人の承諾なし

に、彼女等のアイゲンを売却することができる」としているから、財産の処分権に関するかぎり、妻は夫に対して（妻以外の女性が夫以外の法定後见人——具体的には最近・最年長の親類——に対するよりもっと）自立性をもっていないことは明らかである。

しかし、それならば逆に、妻は夫の存命中自分の財産については何の発言権もないのであろうか。そうではなさそうである。前述したように、たとえ夫の強力な後見の下にあるとはいえ、妻の財産は依然として妻の財産である。また、夫は（後見の名の下に）妻の財産を（自分に贈与させて）自分の財産にしてしまうことはできない（この贈与禁止条項がなければ、特に子がない場合、事実上、妻のアイゲンが妻の血族に相続されなくなることは言うまでもない）。その意味では、夫の後見権にはやはり限界があるのであって、夫は妻の財産についての管理を百パーセント自分の意思だけでなすものではない。たとえ夫が主、妻が従という形ではあっても、妻も夫と一体になって（あるいは、夫の蔭の立ちながら）、自分の財産について（さらに、夫の財産についてさえも——（一・二〇・四）を参照）管理していた、と考えるべきではないのか。さらに、前述の両条項における「夫が妻とともに」というのは、そのことを指しているのではあるまいか（もう一度、前註（44）に引用した「ゲヴェーレ」、註（28）を参照されたい）。

お断わりしておいたように、これはあくまでも暫定的な見解にすぎない。しかし、以上のように解すると、妻が自分のアイゲンについて（一定の、あるいは、ささやかな）「ゲヴェーレ」を持つていても一向におかしくない、ということになる。ただし、この場合忘れてはならないのは次のことである。第一に、この「ゲヴェーレ」はもはや通説の（つまり、占有 \parallel 占有権という）意味でのそれではなく、むしろ「権利」（特に「管理権」という含意が強いこと、第二に、この「ゲヴェーレ」は、妻が婚姻によって夫の後見に服したときにはじめて問題になるものであって、それ以前から存在していたものではないこと、がそれである。因みに、ザクセンシュピールゲルにおいては「ゲヴェーレ」の語が（法廷）譲渡を受けたアイゲンと（主君から）授封されたレーンを中心に用いられている、という私見は、別の言い方をすれば、（代々相続されてきた——その意味で「家」の外の社会的（権利）関係には動きのない——アイゲンではなく、社会的（権利）関係に動きのあつた所領を中心に「ゲヴェーレ」の語が用いられているということである。その点では、婚姻によって社会的（権利）関係に動きのあつた妻のアイゲンも（法廷）譲渡を受けたアイゲンおよび（主君から）授封されたレーンの延長線上にある、と言つてよい。

(47) この条項については、すでに前稿「ゲヴェーレ」、註（67）以来かなりの程度「邦訳」における理解を改めてある。ただし、

「ゲヴェーレ」、註(67)の邦訳、および、六三頁の叙述に関しては、AとBの補記を(本稿のように)そっくり入れかえるべきであった。そうしないと、六四頁の叙述と整合しただけでなく、先行する両条項とのつながりもはっきりしなくなる。お詫びして訂正しておきたい。

(48) 『邦訳』九九頁、註(1)。なお、そこで引用してあるヒルシュは、具体的には「Die zweifelhafte Nach-Erkestellung」と言っている。

(49) 私は「ゲヴェーレ」、註(67)で、「こうした「不法な」譲渡によつて生ずる事態(B(前註(47)参照)が取得する権利、ならびに、Aに依然として残る責任)が動産の貸与(または寄託)の場合と基本的には同一のもと考えられることを指摘しておいた。そのことを突きつめていくと、さらに一・五二・三が動産のことだけを念頭に置いた可能性も頭からは否定できないということになるが、本稿では私にとつてより有利なこうした前提には立たない。

(50) 改めて説くまでもなく、通説によれば、ゲヴェーレとはゲルマン法上の占有であるが、この占有は——ローマ法の *possessio* や近代法の占有とは異なり——物権(ないし本権)の現象形態であり、それと不即不離の関係にある、その意味でゲルマン法には、占有と所有権(その他の物権)との明確な区別が知られていなかった、とされる(たとえば、ミッターイス著、世良・広中訳『ドイツ私法概説』、一九六一年、創文社、一六六―一六七頁を参照——本稿においても、必要がある場合、こうした通説を「占有」占有権と略記する)。この通説の立場に立てば、適法な手続ないし要件を欠いていても、譲渡を受けた譲受人はその財産ないし所領を「占有」していることに変わりがないはずで、占有者(B)とその財産ないし所領との関係について「ゲヴェーレ」の語が出てきても良さそうなものであるが、この箇所ではそうならない。

(51) 前註(46)の末尾で述べたことを参照されたい。

(52) この一・五二・三は具体的にどのようなケースを念頭に置いているのであろうか。それについての私見を、アイゲンの場合に限つてまとめておくと、以下の通りである。

まず、アイゲンの「不法な」譲渡は、一・五二・一との関係で、①相続人の承諾を得ないで譲渡した場合、②正規の裁判集会を経ずに譲渡した場合(以下、法廷外譲渡という)、以上二つに大別される。このうち①のケースがどうなるかは、一・五二・一の後段に明記されている。(相続人がおそらく譲渡人を相手どつて訴えを起せば)「相続人は判決をもつて(II)判決を得た上で(それ(II)アイゲンを)を(実際に)占有する、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」と。つまり、この場合アイゲンは相続人のものになる。なお、この点はすでに、「ゲヴェーレ」一五〜一六頁、「アイゲン」二五頁、「人」二〇三頁などで、繰り返し述べておいた。

難しいのは、②の法廷外譲渡のケースである。この点についても、すでに「アイゲン」二六〜二七頁に私見をまとめておいたので、詳しくはそれを御参照いただくことにし、ここではそのうち(二七頁、③で述べた)すでに引渡の終わったケースを繰り返し述べておきたい。すなわち、法廷譲渡を経て引渡がおこなわれた場合には、譲渡人(前主)は一年の間追奪担保人となればよく、譲受人は一年と一日アイゲンを適法な異議(法廷における異議申立を受けること)なしに占有すれば、いわゆる「適法な(あるいはむしろ、法定)ゲヴェーレ」を取得し、それ以後追奪担保を必要としなくなる。これに対して、ラント法三・八三・三によれば、法廷外譲渡(あるいは、「單なる引渡」)の場合には、譲渡人(一・五二・三のA)は「生きていて、間」追奪担保人とならなければならず、譲受人(同じくB)は、もしそのアイゲンをめぐって訴えられたときには、一年経った後でもその所領を、「彼(A)がそれを(法廷でそれを訴求する第三者に対して)擁護すべき間、(訴訟に)勝つも敗けるも彼(A)のゲヴェーレ(追奪担保)——この点については、「ゲヴェーレ」、註(79)を参照)に委ね(taten in sine gewere)なくてはならない」。三・八三・三はこのあとその理由を、「けだし、それが譲渡されたかの者(一・五二・三のB)は、それについて(同じくAから)譲渡(されたということ)しか主張できないからである」と述べている。

この(せいぜい)一時的返還を前提する(三・八三・三と(最終的返還を前提しているかに見える)一・五二・三の関係をどう理解すべきかはかなり難しい問題であるが、この三・八三・三と比較してみると、一つの可能性として、一・五二・三の *weder laten in sine gewere* も、「彼(A)譲渡人、前主)の追奪担保の中へと返還する(委ねる)」と理解する余地のあることがわかる(この場合さらに、三・八三・三で、Bが主張できるのはAから「譲渡」を受けたということだけである、と言っているのと同じことを、一・五二・三では、いわば裏側から、AはBに対して「譲渡」してしまった(から自分には責任がない)と主張するわけにはいかない、と言っている、というように理解することが可能になる)。今のところ私は、これを最終的結論として主張するつもりはなく、従って本文では一応「彼のゲヴェーレ(占有)の中へ返還する」という解釈を前提にした議論にとどめておいたが、「ゲヴェーレ」論文執筆当時にはこうした可能性にはまったく気がついていなかった(因みに、三・八三・三も「ドイツ語第二版」(前註(6)参照)に属する)。この点でも私は、この条項を再考するきっかけを与えてくれた岩野氏に感謝したい。

(53) なおこの条項については、すでに前稿「ゲヴェーレ」、註(53)と(66)でかなり立ち入って検討しておいた。以下の叙述

は基本的にはその繰り返しにすぎない。

(54) この箇所、「邦訳」では「剽奪される」とあったのをこのように改めた。この点については、後註(70)を参照されたい。

(55) なおこの点は、すでに前稿「ゲヴェーレ」、註(38)で指摘しておいた。残念ながら、岩野氏のお目には止まらなかつたようであるが――。

(56) ゲディングンについては、「ゲヴェーレ」一九〇二〇頁および「アイゲンゲヴェーレ」七〇八頁を参照されたい。なお、ゲディングンが(誰かに) *isterven* する、という用例は、レーン法一八と五七・一に見られる。

(57) アイゲン(およびレーン)については、さらに「一期分」が(二期分権者の死亡によって)相続人(または主君)に *isterven* するケースが含まれる(ラント法一・二二・二――この条項については、「アイゲンゲヴェーレ」一二頁を参照)が、「実力で」(あるいは「不法に」)取得されたアイゲンについて(正式に)一期分が設定されることは考え難いであろう。

(58) ザクセンシュピールゲルにおける *mit gewalt* の用法については、「アイゲンゲヴェーレ」、註(11)にその要点をまとめておいた。御参照いただければ幸いである。

(59) ただし、厳密に言えば、Cは必ずしもそのアイゲンの世襲的な持主とは限らず、たとえばCがそのアイゲンを代々相続してきたDから法廷譲渡を受けたのに、すでにそれを占有・支配していたAがおり、そこでCがAを相手どって所領引渡の訴えを起こしていた(あるいは、起こそうとしている)間に、Aが死亡したため、所領がBに相続された、という可能性もある。しかしこの場合は、すでに「ゲヴェーレ」一〇〇―一頁および註(62)・(65)、「人」、註(14)で論じたラント法三・八二・二のケースに還元されるので、ここでは省略することにする。

(60) その意味では、この条項の「ゲヴェーレ」の語も、(代々)相続されてきた――「家」の外との社会的(権利)関係に動きのない――アイゲンについてはなく、社会的(権利)関係に動きのあった所領(前註(46)の末尾を参照)について用いられる、と言うことができる。

また、岩野氏はこの条項について、私が「この場合のゲヴェーレの語は所持(傍点、石川)しているという事実をただ単に指しているにすぎず、法的な意味(傍点、石川)を持たない」と述べた、と解された上で(私の言ったことは、厳密には、「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」ということである――「ゲヴェーレ」、註(53)を参照――が、ここではその点は不問に付する、ラント法二・七〇や二・二四・一を挙げて拙論に反駁を

加えておられる。しかし、これらの条項については、項を改めて次の(四)の(1)で論ずることにする。

(61) 因みに、レーン法三八・四に、「人はなんびとをも彼のゲヴェールから逐い出してはならない、それ(IIゲヴェール)が彼から判決をもって取り上げられないかぎり」という同旨の条文がある(「ゲヴェール」二四頁参照)。これをラント法二七〇と比較することによって、この(レーン法三八・四の)「彼のゲヴェール」が(ラント法二七〇の)「彼がゲヴェールの中に持っている所領」を意味することをはっきり確認できる。なお、ラント法二七〇の末尾、「邦訳」では「剝奪され(ない)……かぎり」としているが、今回本文のように改めた。その点については後註(70)を参照されたい。

(62) この場合の「ゲヴェール」も、「事実としての」占有、あるいはむしろ、端的に「所領」と解すべきであろう。前註(61)を参照されたい。

(63) 前稿「ゲヴェール」一一頁。

(64) 同上。なお、ここで「ほぼ」としたのは、前述したラント法二・四四・二を考慮したからであるが、それがここでいう「占有それ自体の法的保護」に当たらないことについては、「ゲヴェール」、註(66)を参照されたい。

(65) 「ゲヴェール」一二頁および次註(66)をも参照されたい。

(66) したがって、これらの条項は「占有II占有権」という通説(前註50)を支持するものではない。

因みに、ミッタイス(世良・広中訳『ドイツ私法概説』一六七頁)は、ローマ法の「占有の保護は、権利(本権)の保護ではなくて、法務官の特示命令 *Interdicta* による警察的保護なのであり、この特示命令は、不法な自力行使、すなわち、原初的には自力による権利の貫徹、のちには占有の平和に対する一切の侵害、に対して向けられたものであった」と述べているが、これらの条項におけるゲヴェールの保護は、この(通説の理解する)ローマ法の場合とまったく同一の趣旨・目的に発したものである。それだけではない。前述したように、ラント法二・七〇およびレーン法三八・四が(二三世紀前半の)特定のラント平和令から取られたとすれば、これらの条項の起原が教会法ないし(間接には)ローマ法にある可能性さえまったく否定するわけにはいかなくなるであろう。

(67) 重ねて前註(46)の末尾を参照されたい。

(68) この条項については前稿「ゲヴェール」、註(38)・(48)・(50)・(51)・(52)・(53)・(57)・(60)・(62)・(68)などで触れているが、条項全体をまとめて論じたことはない。なお今回、一部、「邦訳」および前稿「ゲヴェール」(上掲箇所)における

理解を改めたところがあるが、それについては、以下それに関連した記述に際して明記する。

(69) この箇所は、「邦訳」では、「正当な財産」となっているが、今回このように理解を改めた(ただし、前稿「ゲヴェーレ」ですでに「*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)。(註38)としているから、本稿と基本的に同一の理解に立っていた)。「財産」を「所領」に限定した理由は、主として、先行する二・二四・一が全体として、また、この二・二四・二の後段も、実質的には、もっぱら「所領」のことを扱っていると解されるので、それとのつながりを重視したからである。なお、後註(74)をも参照されたい。

(70) (a)・(b)・(c)の三箇所は、「邦訳」ではそれぞれ「剝奪され」、「証人をもって奪う」、「剝奪されない」となっていたが、今回はそのうちの(b)と(c)を本文のように改めたものである。理由は、(b)と(c)はいずれも所領の帰属をめぐる(いわば民事)訴訟にかかわるのに対して、(a)は所領の持主が犯罪を犯し、あるいは服務紀律違反を問責されて(いわば刑事訴訟ないし(家臣に対する)懲戒手続において)有罪(ないし有責)とされた結果、(罰として)所領を剝奪されるケースと解される(この点については、本註で後述することのほか、後註(74)をも参照されたい)ので、両者の対照を鮮明にしようとしたからである。

因みに、(a)の箇所の原文は *of itz eme verdelit wert* であるが、サクセンシュビーゲルにおける *verdelen* の用法を、(従来の私の経験では完全を期し難いが)取り急ぎエックハルトの「索引」(*Sachsenspiegel Lehnrecht*, MGH, Tomi I Pars II, S. 157 ff, *Glossar der Wortformen*)に挙げられている箇所について検討してみると、大要次のような結果が得られる。

verdelen の語は *verurteilen* (「有罪にする、有罪の判決を下す」の意味で用いられることもある(ラント法二・一九・二、三五五・二——「邦訳」では「彼等の生命を(罰として)失い判決によつて奪われた場合」となっているが、その後段を(したがってまた、「アイゲン」、註(22)の關係箇所も)、「有罪」とされた場合」に改めたい——三・五六・三、三・六八・一——「邦訳」では「判決による(破壊を)宣告された城または建物」となっているが、「判決をもって有罪を宣告された城または建物」(つまり、城または建物そのものが有罪とされる、の意)と改めたい——)が、大部分の場合は *gerichtlich od. mit Urteil absprechen* (ここでは中立的に訳しておく)、「裁判(所)によつて、または、判決をもって奪う」という意味で用いられている。そこで次に、何が「奪われる」かを調べてみると、まず「ラント法」の部については、次の三つのグループに大別することができる。

第一のグループ。一・八・一——(各人生得の)法・生命・健康、一・三八・二——アイゲンとレーン(前註32)、一・三八・三——

アイゲン、一・四〇〇名譽・レーン法(上の能力)・生命(前註(34))およびそれに対応する本文、一・六五・二〇生命・手、一・六六・三〇生命、二・一四・一〇首、二・三八〇生命・健康、三・五四・四〇(フランク人の)法・帝国(間接には生命)。以上によつて、圧倒的に大多数を占めるこのグループが「犯罪」ないしそれを裁く「刑事訴訟」に関係していることを容易に確認できる(なお以上の結果を、本稿一・(四)で再説したラント法二・五六・一の *verwaken* に関連して、すでに前稿「アイゲン」註(20)で挙げておいた「失う」ものと比較されたい)。第二のグループ。一・四一〇後見権、二・二四・一〇ゲヴェーレ(〇〇占有権)、二・四一・二〇権利(ただし、実体的なそれではなく、いわば訴権——この条項の後段、およびすぐ後で述べる「レーン法」の部の用語法と比較されたい)。これらのうち、一・四一・一〇と二・二四・一〇はいずれも「裁判所への」不出頭」のケースであり(後者については、本項(一)の本文を参照)、二・四一・二〇は、裁判所に差押えられたアイゲンについて相続人が一年と一日以内に引戻手続を取らない、つまり「裁判所に対する」手続懈怠」のケースであつて、後見権・ゲヴェーレ・所領引戻のための「訴権」などがそれ(〇〇不出頭や手続懈怠)に対する罰として失われることになる(それゆえ、二・二四・一〇では、第一のグループと同様、「剝奪される」と訳しておいた)。第三のグループ。(この)二・二四・二〇(a)〇〇所領、(後出の)三・二〇・三〇土地。この二つの条項は本稿に直接に関係するが、厄介なことにこの二つはいずれも、なぜ、あるいは、どういう経緯で所領や土地が「奪われる」のか文言上はつきりしない(なお、これらの条項についても、「剝奪される」と訳すべきこと、および、それが実質的に前出二つのグループのいずれに属するかについての私見は、行論の過程でおいおい明らかにするつもりである)。

次に「レーン法」の部に移ると、この語は二・三、八・一、八・二、一四・三、四二・一、四三・一、四五・四、五三、五九・二、六五・二〇、六五・二二、六五・二二、六六・三、七一・五、七二・四、七二・五、七六・四などに出てくる。これらの条項について「判決をもつて奪われるもの」は何かを調べてみると、次に掲げるものを除き、すべて「所領」(〇〇レーン)である。四二・一〇〇〇所領についてのすべての請求権(いわば「訴権」)、五三〇〇ゲヴェーレ、五九・二〇〇〇 *ansprake dar an* (= *an dem gude*)、六六・三〇〇〇 *ansprake an dem gude*、七一・五〇〇〇裁判権(〇〇特殊なレーンの二つ)、七二・四〇〇城塞レーン(同上)、七二・五〇〇城塞レーン(同上)。次に、これらの所領(ないし、レーン)あるいはそれについての「訴権」(やゲヴェーレ)がいかなる理由ないし経緯で「奪われる」かを見てみると、それがわかるのは次の条項だけである。八・二〇〇手続懈怠(同時に、服務紀律違反)、五九・二〇〇手続懈怠、六五・二〇〇不出頭、六五・二一〇不出頭、六五・二二〇不出頭、六六・三〇〇不出頭、七二・五〇〇服務紀律違反。つまり、少なくともこれらの条項においては、

所領等が奪われるのは主君による「問責」の結果であること(したがって、この語は「剝奪される」と訳すべきであること)を確認することができる。

次に、念のために、これらの条項の中に、所領の帰属をめぐる(いわば民事)裁判の結果、所領(についての権利)が「取り上げられる」(＝否認される)ケースが含まれていないかどうかを検討してみると、一応その可能性があると考えられるのは次の二つの条項だけである。一つは、(verdelenと後述する brekenとが並んで出てくる)五三であるが、これについては(brekenとの関連で)後述する。もう一つは、四三・一「主君が彼の家臣(A)からもう一人の家臣(B)の訴えによって所領を verdelenする場合、原告(B)を主君はその所領のゲヴェーレ(＝占有権)の中へ指定すべきである」。Bの訴えによってAの所領が奪われ、その所領の占有権はBに与えられるわけだから、これがAとBの間の所領の帰属をめぐる訴訟にかかわることが明らかである。それならば、この条項では、例外的に所領の帰属をめぐる(いわば民事)訴訟の結果そのものについて verdelenの語が使用されているのだろうか。そうではない。この条項の後段は、「しかしながらかの者(A)は彼の所領を引戻すべき彼の年期を有する」と言う。所領の帰属をめぐって訴訟がおこなわれBの勝訴と決まったのちに、なぜAは所領を引戻すことができるのか。——おそらくこの条項も、BがAの占有する所領の帰属をめぐりAを相手どって訴えを起こしたところ、Aが出頭しなかったため、いわばそれに対する罰として占有権が(一旦)Bに与えられるケースであろう。したがって、この条項においても、verdelenは「剝奪する」と訳しうる(あるいはむしろ、訳すべきだということになる)。

次に、(C)の箇所の原文は *se ne werde eme af gewonnen* であるが、同じようにして、*af(ge) winnen* = *abgewinnen*, *abnehmen*, *absprechen* (＝「取り上げる」(判決をもつ)奪う)の用例を調べてみると、次のような結果が得られる。まず、*af(ge) winnen* されるもの。ラント法二・一四・一(被害者の親族がそれを受領すべく出頭しないため、正当防衛による傷害致死の加害者が、一時占有(Bestitt)していた)人命金、(三)二・二四・二(C)「ゲヴェーレ(＝所領ないしその占有権)」、二・三六・八(「アーネフアングの対象となった) *dat gut* (＝動産)」、二・四四・二(前主が不法取得した) *dat gut* (＝所領)(前出(三))、註(54)に対応する本文)、二・七〇「ゲヴェーレ(＝所領ないしその占有権)(前出(四))」の本文)、三・二〇・一(不法耕作している他人の)土地(後出(四))、(3)の本文)、三・四三・一「不法に(把握・占取して)わがものとしたもの(＝動産)」、(三・六七は「不法に城を奪う」という事実行為を指しているので省略)、三・八六・二「所領(＝不法に耕し取りあるいは囲い込んだ)村民共有地、レーン法三八・四「ゲヴェーレ(所領ないしその占有権)(前註61)。

これらの条項のうちラント法二・三六・八、二・四四・二、三・二〇・一、三・四三・一、三・八六・二が「不法に取得した財産」にかかわること、したがってそれが「取り上げられる」(あるいは、その占有権が否認される)のはその財産の帰属をめぐる(いわば民事)訴訟の結果であること(ただし、アーネファンクが純粹な民事訴訟と言えないことについては、「ゲヴェーレ」六頁を参照)を容易に確認できる。また、二・一四・一についても、正当防衛による傷害致死の加害者が(後に)「いわば自首してきて罰金と人命金の支払」という判決を受けた段階で、いわば刑事訴訟の局面は終つてしまひ、被害者の親族が出頭しないために加害者が(一旦)占有している人命金を(その後になつてから)加害者から受領する(「取り上げる」)ためには、被害者の親族が新たにいわば(人命金の帰属をめぐる)民事訴訟を起す必要がある(mit Klage)。「訴えをもつて、訴えを起して」という表現に注意)、ということがうかがわれる。そうだとすれば、「ゲヴェーレ」が「取り上げられる」(ないし、否認される)それ以外の三つの条項、すなわち、(この)ラント法二・二四・二(C)、二・七〇、レーン法三八・四も、不法に取得・占有されている所領について正当な持主がその帰属を争う(いわば民事訴訟を念頭に置いたものである)ことが、用語法の面からも確かめられることになるであろう(なお、ここに掲げた条項中、「邦訳」で「剽奪」となっている箇所は、前出 verdrert との区別をはつきりさせるために、それとは別に訳した方がよいであろう)。

とつて、(ge)breken || brechen (「破る」の語が(訴訟手続に関連して)この at (ge)winnen と同一ないし類似の意味(= gerichtlich absprechen, streitig machen, zunichte machen)で用いられることがある(たとえば、(四)・(一)に前出のラント法二・二四・(一)。そこで、念のために、こゝうした場合に限つて同じやり方で (ge)breken の用例を調べてみると、以下の通りである。ラント法一・九・五 || de were (「追奪担保——この条項については、「人」註(15)を参照)、一・一五・一 || 証言、一・二二・二 || 期分(この条項については、「アイゲンゲヴェーレ」二頁を参照)、一・三三 || (父のレーンについての)「ゲディング」、一・五六 || lenrecht (「レーン法上の(具体的には、授封を受ける)権利——この条項については「ラント法とレーン法」(一)、註(10)をも参照)ただし、「破る」の語はそこに引用した直後に、(ge) || tenrecht)を目的語として現われるが、この場合の(ge) || tenrecht)は、(前の文章の lenrecht ||レーン法上の義務の裏返しで)「レーン法上の権利」という意味になる)、二・一五・二 || de were (「訴訟遂行上の(保障)、二・二四・一 || ゲヴェーレ(四)・(一)に前掲)、三・七五・一 || 期分、レーン法五・一 || ゲディング、一三・一 || ゲヴェーレ(「いわゆる「適法な(むしろ、法定)ゲヴェーレ」、(あるいは、直前の des Ienes gewere (「Lehngewere) を承ける可能性なしとしないが、いずれにしても)「占有(のための)権(原)」の意、前掲)ゲヴェーレ」三五—三六頁を参照)、二六・

一〇〇 de Ienunge (＝授封 (されたレーン))、三一・二二 (主君がある婦人に「生涯」与えると明言して封与した) レーン、五三〇
 ゲヴェーレ (すぐ後に別に論ずる)、五九・四四 (「見せかけの授封」をおこなった家臣が失うレーンについての) 権利 (この条項につ
 いては、前稿「ゲヴェーレ」二四二―二六頁を参照)、六九・二二 証言。これらの箇所もすべて所領の帰属をめぐる (いわば民事)
 訴訟にかかわることは、容易に確認することができる (なお、事の序に一言すれば、(ge) brok (＝Abbruch Mangel) という名詞
 が用いられている箇所——ラント法・一・一五・一―追奪担保人、二・一五・二―de were (＝訴訟遂行上の) 保障、二・三六・
 五―追奪担保人、二・三六・七―追奪担保人、二・四四・三―(自分のアイゲンゲヴェーレであるであると主張した) レーンおよび (女性
 親のもつ) 一期分 (なお、この条項については、前稿「アイゲンゲヴェーレ」で立ち入った分析を加えておいた)、レーン法六八・六―
 (所領についての) 証人 (の証言)、六九・三二 (提案した) 判決 (が少数で敗れる) —— についても、基本的には (＝レーン法六
 九・三がやや趣きを異にするほかは) 同じことを確認することができる)。

因みに、以上のように見てくると、verdelen と (ge) breken の両語が並んで出てくるレーン法五三―主君 (A) が家臣 (B)
 の所領を別な家臣 (C) に封与し、C の追奪担保人となっても、「そのゆえにかの者 (B) は以前のレーン・ゲヴェーレを欠くべきでは
 ない (＝欠くことにはならない)、主君 (A) が、彼 (＝自分) は彼 (B) から (あるいは、彼に対し) 彼のゲヴェーレ (＝所領ないし
 その占有権) をレーン法廷の判決をもって verdelen した また (ge) breken したことを、証人によって立証しえないかぎり) も、もとも
 とのレーンの帰属をめぐる (いわば民事) 訴訟にかかわるものであって、(ge) breken の方は B が居合わせている場合、ver-
 delen の方が B が出頭しなかった場合のことを指す、と理解されよう。

最後に、(b) の箇所の原文は、nemande (dat) sine were af getugen であるが、この afgetugen (＝durch Zeugen ab-
 winnen) の語は、もう一箇所、レーン法四二・一に出でくる。これは次のような事案である。「主君が家臣を、彼 (＝家臣)
 は (所領の授封 (更新) を) 希求すべきまたは (所領を) 引戻すべき年期を懈怠した、として問責するならば、家臣はそれにつ
 いて彼の宣冤宣誓をおこなう (＝それによって問責を却ける) ことができる。ただし主君がそのとき、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) 所領についてのすべての請求権 (al ansprake ——むしろ「訴権」) が剝奪
 (verdelen) されたことを、証人をもって立証できる場合はこのかぎりでない。(この場合) 主君は彼の家臣から彼の所領を六
 人の家臣とともに (都合七人で) 証言をもって取り上げることができる。すなわちこの場合、まず主君が年期を懈怠した家
 臣に対し彼を相手どって所領の返還を求める訴えを起し、その訴訟に家臣が出頭しなかった結果、所領についての彼の権

利(むしろ、「訴権」はその時点ですべて剝奪されてしまっている。その後で家臣が雪冤宣誓をおこなっても、主君はこんどは(改めて家臣を相手とって訴えを起こす必要はなく)(自分とも)七人の証人の証言で家臣の雪冤(ないし、否認)宣誓を却けることができる(なお、これは、ちょうどラント法一・八・一に対応する手続であることに注意されたい)。これに対して、ラント法二・二四・二の(b)は、所領を占有している者に対し、彼を相手とって訴えを起こすことなく、いきなり証人の証言だけでその占有権を否認するわけにはいかない、という論旨であり、前出二・二四・一の冒頭の「裁判所の職権をもって」というのも実質的にはこれに同じことを指している、と解される。

なお、私はこれまで、ここに詳論した *verdelen* と *afwinen* の用語法のコントラストを——*verdelen* の第二のグループに分類した用例が蹟きの石となって——このように明確な形は把握することができなかった。この点、再考のきっかけを与えてくれた岩野氏の書評に感謝したい。

(71) 前註(70)のほか、後註(74)をも参照されたい。

(72) 前稿「ゲヴェーレ」においては、(どういうわけか)(i)の読み方は明記されていないが、これと同義と解される(iii)を「事実としての」占有」と読んでいた(同上、一〇頁、(ii)の二、五行目および註(57)——ただしそこでも、具体的には、*de werhevet* という表現が「実際に(その所領を)占有している者」を指す、と言っており、実質的には本稿における理解とそう大きく違っているわけではない)。因みに、同じ註(57)に挙げているラント法三・八二・二(iii)の *gewere* も、「所領」と解することが可能である。

(73) もう一度、前註(46)の末尾を参照されたい。

(74) 本文では紙幅の関係でこれ以上立ち入らないが、この条項の理解を困難にしている最大の理由は、むしろ次の点にあると言ってよい。すなわち、後段の冒頭に「それゆえに」の一句があるが、前段と後段がこの一句によってすんなりつながっていない、あるいは、前段が必ずしも後段の理由ないし根拠の(すっきりした)説明になっていない、ということがそれである。具体的には以下の通りである。

この条項の後段は、(要約すれば)誰かから(彼が占有している)所領を適法に取り上げるには、直接彼を相手とって(それを訴求する、あるいは、その帰属を争う)訴えを起こし、(占有権否認ないし剝奪の)判決を得なくてはならない、ということ述べている(因みにこれは、二・二四・一が述べているのと実質的には同じことである——前註(70)の末尾近く、(C)の *algetugen*

について述べたことを参照されたい。換言すれば、二・二四・二は全体として、新しい事案について述べたのではなく、二・二四・一の理由ないし根拠を説明しようとした条項である。こうした結論を導く（あるいは、二・二四・一の理由ないし根拠を説明する）ために、二・二四・二の前提で何を述べるべきかを考えてみると、前段がたとえば次のような論理構成になっていた方がよほど説得的であろう、と思われる。

たとえ誰かが所領を適法に占有していても、それが彼の意思に反して、「適法に」彼から奪われることがある。第一に、（彼が犯罪を犯して有罪とされるか、あるいは、主君に対する服務規律に反して問責された結果ラント法廷またはレーン法廷においてその所領が判決をもつて彼から剝奪される場合（前註（70）で述べておいた *repleyn* の用語法を参照されたい。なお、この箇所が所領の帰属をめぐる訴訟における被告Ⅱ占有者不出頭の場合を含まない、と解するのは次の理由による。①もしそれを含むと解すると、この条項の前提（Ⅱ理由）と後段（Ⅱ結論）とで（部分的に）同じことを言っていることになり、（その限りで）前段は後段の論拠となりえない。②そうしたケースは「適法に占有している所領」を失うという前提にも適合していない——裏から言えば、所領の帰属をめぐる訴訟で被告Ⅱ占有者が出頭しないのは、彼自らがその所領を「不法に」占有していることを自認しているケースが多いであろう。第二に、主君に対して授封（更新）を希求しあるいは所領を引戻すべき年期を懈怠した場合（前註（70）で *afgetogen* の用語法について引用したレーン法四二・一を参照）。なおこの場合にも、レーンが「判決をもつて」剝奪されることに注意されたい。占有者の意思に反して適法にその所領を奪うにはこうした手続（Ⅱ訴えと判決）が必要なことから、かりに占有者がその所領を「不法に」占有していても、彼の意思に反して適法にその所領を奪うには、後段に述べるような（Ⅱ実質的には二・二四・一で述べたような）手続（Ⅱ訴えと判決）が必要なのだ、と。

ところが、二・二四・二の前段は実際にはそのような形になっていない。適法に占有している所領を適法に失う場合として真先に挙げられているのは、「売却、質入、譲渡」という自分の意思にもとづく処分であり、自分の意思に反して所領を奪われるケース（Ⅱ年期の懈怠と判決による剝奪）はようやくその後に出てくる。さらに厄介なことに、「あるいは、いかなる仕方であれ彼かそれを強制されることなく手放す（あるいは、断念する——たとえば、レーンを主君へ返還することなどが考えられる）とき」の一文が（売却、質入、譲渡）の後にはなくその後につづいていて、読む者の頭を混乱させる。因みに、この条項に挙げられている「強制されない」（Ⅱ自分の意思にもとづく）処分のうち、少なくとも「質入」と「譲渡」は（正式には）「法廷で」おこなわなくてはならないが、「裁判官の許可」、したがっておそらくは「判決」をも必要としない（「ゲヴェーレ」

一六頁、「アイゲン」二五頁、「人」二頁を参照)。このため *mitrechte* について、前段の (i) と (ii) およびそれを承けた後段の (iii) は、「判決をもって」と訳すわけにはいかず、その点後段の (iv) と対立している。ある意味ではこの点に、この条項の前段と後段のつながりの悪さが集約的に示されている、とも言える。以上のように見てくると、あるいは著者自身も、こうしたつながりの悪さを意識し、はじめに *but* と書き起こしたものを前段の終りでは *were* (i) の語でしめくくり、*were* (ii) と (iii) を論ずる後段へのつながりを少しでも滑らかにしようとしたのかも知れず、この点から言っても、*but* と *were* (i) を使い分けたのは、単なる偶然とは言い切れないものを含んでいるのである(なお、所領の帰属をめぐる紛争を——実力によってではなく——法廷で解決させるために、この条項がこういう苦しい説明をしているのも、当時そうしたやり方が決して自明でなかったことを物語っている。この点に関しては、すぐ後の (3) で「平和」に関して述べるところをも参照されたい)。

なお岩野氏は、本文で引用したように、この条項の前段を「自分の正当な財産を適法に失うことは、自分の有するゲヴェーレ(なる権利——石川)を適法に失うことでもあった」と解しておられる。しかし、この条項の後段の要旨は、前述したように、「ゲヴェーレを有している人からそれを適法に奪うには、証人(の証言)だけでは足りず、彼を相手どって訴えを起こし、「それゆえに」の一句を介してこの後段とうまくつながるであろうか。私にはとうていそうは思えない。前述したように、この *were* (i) には何らかの意味で「権利」とりわけ、「物権」ないし「本権」という含意が認められるかどうかがそもそも疑問なのであって、岩野氏は通説を前提にしてそうした疑問を飛びこえ、(すべての、とは言わないまでも、できるだけ) *de* *were* の語にいわば機械的に通説を読みこもうとされているにすぎない。

氏はさらに、「このように異なる言語(「アイゲンとゲヴェーレ——石川、以下同様)で表現された土地(「アイゲン」と権利(「ゲヴェーレ」とを、合わせて一語で表現したのが、……「アイゲンゲヴェーレ」であったのではなかるうか、とも言われる。もし氏がこの文章で、(代々相続されているそれをも含めて、およそすべての)アイゲンの占有にはアイゲンゲヴェーレと呼ばれる権利が存在している、ということを抑言りたいのであれば、残念ながらそれは、少なくともザクセンシューピゲルに関するかぎり、いかなる史料の根拠をも欠いた「空想」にすぎない、と言わざるをえない。失礼な言い方だが、もう一度、拙稿「アイゲンゲヴェーレ」を熟読された上、この概念について史料の典拠にもとづいた御高見を承りたいものである。

(75) したがって岩野氏には、なぜこの条項から「ゲヴェーレとは、一つには、そうした紛争に関わって、土地に対する権利を

言い表す法的概念であつた」という結論を引出せるのかを、史料の典拠を挙げて示していただかなくてはならない(そうでなければ、これも氏の「空想」にすぎない、ということになる)のだが、氏はそうしたことをまったく意に介しておられない。

(76) 前註(70)で述べた *at (ge)winnen* の用語法を参照されたい。

(77) 「また誰であれ他人(A)の土地を、あるいは、彼(B)に他人(C)が委ねた土地を、(Aの土地とは)知らずに耕作する者(B)があり、彼(B)がそれ(Ⅱその土地)を耕作している間に、その責を問われる場合、それ(Ⅱその土地)をかもの者(A)が(自分の土地として)立証(取得)するならば、彼(B)はそれについての彼の労働を失う。しかし、誰であれそれ(Ⅱその土地)を彼に委ねた者(C)は、彼(B)に対し彼(B)の損害を補償すべきである」。

この条項を三・二〇・一と比較することによって、次の三つのことがわかる。①三・二〇・一の前段(ⅡBは償いなしですむ)は、この二・四六・一の前段(ⅡBは彼の労働を失う)の補足になっていること。②Bがその土地を自分のものと主張するケースは、二・四六・一(およびそれにつづく二・四六・二、四)では予定されていないこと(あるいは、そのケースは、「償いを伴わない」ことに触れた三・二〇・一においてはじめて、それとの対比において(すなわち、償いを要する場合として)登場してゐること)。③——本文で述べたことと直接の関係はないが——二・四六・一には、(三・二〇・一には出てこない)「彼(B)に土地を委ねた者」(C)が登場してくる。ザクセンシュルピゲルにおいては、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およびフフレイクハフテの階層であるが、そのうち少なくとも参審自由人については「小領主的存在」であつたことが推定される(「アイゲン」二頁および一五頁以下を参照)。もちろん、アイゲンの持主(特に、「封建身分」の最下辺に位置すると推定されるフフレイクハフテ)が自ら耕作に従事する可能性はないわけではないが、ザクセンシュルピゲルが想定するような「(小)領主的世界」において、(基本的にはラントザッセとラーテの階層に属する)「小作人」が直接に他の「領主」の土地を耕作して後者と争う、というケースは考え難いであろう。その意味で、二・四六・一にC(最も普通には、小作人(B)の領主)が登場してくることは頷けるし、われわれは三・二〇・一〜三の条項を読むときにも、そのこと(つまり、Aと争うのは直接には単にBとされているが、Bの背後にあるCでもありうることを念頭に置く必要がある)であろう。

(78) この最後の箇所の原文は *dorch dat he rechtens mede bakome* である。「邦訳」では「それによって彼が権利を保全するために」となっているが、それは間違いであり本文のように訂正したい。なお、これと同じ用法は三・八一・一にも出てくる。

(79) 前註(77)を参照されたい。ただしAが差押えることができるのは、(Bの背後にあるCではなく)現実にその土地を耕作し

ている者にかぎられるであろう(が、BがCの小作人である場合、法廷でその土地を自分のものと主張するのはCということになる)。(80)前註(70)で述べた *verdelien* の用語法を参照されたい。なお、この条項が具体的にどのようなケースを念頭に置いているかは、次註(81)で述べる。

(81)前註(70)で分析した *verdelien* の用語法によれば、この「その土地が法廷で(判決をもって)剝奪される」のは、犯罪を犯し(刑事)訴訟において有罪とされた結果であるか、あるいは、所領の帰属をめぐる(民事)訴訟に出頭しなかった結果であるか、そのいずれかということになる。しかし前者は、犯罪を犯してたとえば死刑の判決を受けた者がいわゆる「換刑贖罪金」(「人命金」相当額)を支払って死一等を減じてもらった場合であり、しかも剝奪されたアイゲンについては(一旦)「国王の権力」に帰属し、相続人が一年と二日以内に引戻すことができる(ラント法一・三八・二および「アイゲン」三二〜三四頁を参照)とされているので、こうした「法喪失者」が所領の不法耕作をつづけ、正当な持主であるA(「グラーフまたは自分の相続人」と争う、とはまず考えられない)。

それならば逆に、「その土地が法廷で(判決をもって)剝奪された者」は、このような「所領の帰属をめぐる(民事)訴訟に出頭しなかった者」に限られるであろうか。この条項に明記されているように、この場合、「その(土地の)上に平和が付与され(ている)」る。しかし、持主が変わった場合に平和が付与されるのはこのケースだけではない。本文ですぐに後述するように、法廷(で)譲渡されたアイゲンについても、占有引渡のさいに、裁判所の職権によつて「その(アイゲンの)上に平和が付与される」(ラント法三・五六・三——「アイゲン」二六頁参照。念のために一言すれば、この場合には、アイゲンは持主の自由意思で譲渡されるわけであるから、前主がそのアイゲンの上に居坐つて耕作をつづける可能性は小さいが、占有者⇨譲受人と前主⇨譲渡人の相続人との間で紛争が起こる可能性はある)。それならば、所領の帰属をめぐる占有者を相手どつて訴えが起こされ、占有者が出廷して「彼から判決をもつて所領が取り上げられる(⇨占有権が否認される)」場合はどうであろうか。この場合、占有者が出頭しないケースと較べると、(その危険はより小さいではあるが)占有者の意思に反して所領(の占有権)が奪われることには変わりがないから、この場合にも「平和が付与される」と考えた方が自然であろう。以上の理由によつてこの箇所を、所領の帰属をめぐる訴訟において不出頭のゆえに所領を「剝奪」される者を主として念頭に置いてはいるが、出廷して敗訴しその所領の占有権を「否認」された者も含む、と解したのである。これは、前稿「アイゲン」執筆当時、私にははつきりしていなかった点であり、補筆の機会があれば是非補いたいと考えている。

- (82) 以下に述べることは、私がすでに前稿「アイゲン」(二三頁)で次のように述べておいたのと、基本的には同じことである。「当時のラント平和令は、一般的にはまだフェーデの適法性を容認した上で、しだいにフェーデの舞台をせばめ、あるいは、フェーデの手段・方法を少しずつ奪おうとしているにすぎない」。岩野氏の御理解が得られなかったのは残念である。
- (83) 念のためにもう一度前註(81)を参照されたい。
- (84) これは、すでに前稿「アイゲン」(二六頁)で、法廷譲渡されたアイゲンについて述べておいたことである。
- (85) 前註(81)を参照。なお、譲渡されたアイゲンに付与される「平和」が「神の平和および国王の平和」と考えられていたことについては、前稿「アイゲン」、註(108)を参照されたい。
- (86) 重ねて前註(46)の末尾を参照されたい。
- (87) 厳密に言えば、岩野氏は以上で論じたもののほか、次の条項にも触れておられる。まず、(B)の語義に関して)ラント法一・二八と三・六一・二。岩野氏は、これらの「条項中のラントの語も、それをグラーフ裁判管区の意味で理解すべきか否かについては、解釈が分かれるであろう」と言われている(二・②)。しかし、本稿一・(五)で再論した二・五六・一の解釈にとつて必要なのは、(B)の語が「裁判管区」を指すことがありうるということであり、しかも、私は前稿「アイゲン」、(註24)において、岩野氏が指摘された两条項については、「解釈が分かれ(うる)ことを前提にして議論をしているので、本稿ではこれら两条項に立ち入ることは省略した。次に岩野氏は、われわれの『邦訳』でアイゲンの語に「所有権」の訳語が宛てられている箇所として、ラント法一・三二、一・三四・二、二・四四・三の三箇所を挙げられている(二・④)が、この点については後に「おわりに」で触れる。さらに岩野氏はアイゲンが「法の世界」に組み入れられている例としてラント法一・五二・一と一・二九を挙げておられる(二・⑤)が、これは本節で述べるように拙論に対する誤解にもとづく議論なので、この两条項そのものに立ち入る必要は認められない。岩野氏が挙げられた諸条項のうち右に掲げたものを除くすべての条項については、本稿の一と二で立ち入った検討を加え、私の読み方・解釈をはつきり提示しておいたつもりである。
- (88) この箇所に岩野氏は(拙稿「アイゲン」の)(三七〜三八頁)と付記されているから、この要約の基礎になったのが後に本文で引用する拙文であることは明らかであろう。
- (89) 同じことを前稿「ゲヴェーレ」(二五頁)では、「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」と言っている。これをレーンの「相続」の手続(同上、二〇〜二二頁)と比較されたい。

- (90) 前註(88)を参照されたい。なおこの要約はさらにつづくが、それについては本節・(二)で後述する。
- (91) 現にこの箇所が付した註(22)では、「この点について最も示唆的と思われるのは、前稿(II「ゲヴェーレ」(we Gewere))、三・(二)です。すでに述べておいたように、(代々——今回補足)相続されたアイゲンについては「ゲヴェーレ」(we Gewere)の語が用いられていない、というだけでなく、(少なくとも代々——同上相続された)アイゲンに関して実体的な権利を意味する *recht* の語も一度も用いられていない、という事実であろう」とした上で、「前稿(II「ゲヴェーレ」および本稿(II「アイゲン」)をまとめる過程で気づいた限りで」とお断わりして、*recht* が「実体的権利」を意味する場合をまず「ラント法」の部について検討し、「これらを通じて共通に見られるのは、この意味での「レヒト」の語がわれわれの感覚から言えはむしろ「権利」の弱いもの・不確かなものについて用いられていることである…」、と指摘している。次いで、同じ検討を「レーン法」の部についておこなった後、総括的に、「以上のように見てくると、実体的権利概念は、実質的に「権利」の強いものでなく、むしろ法(II裁判)の保護を受けたものから成立していく、ということにならないだろうか」、という見通しまで述べている。
- この見通しの最終的検証は、別稿「ザクセンシュピーゲルにおける法」(仮題)に譲るほかないが、その後 *tenrecht* の用語法の検討をおこなった結果、この語が「実体的権利」を意味する場合についても、そこで「ラント法」の部について述べておいたことがそのまま妥当することが明らかになった、ということをお記しておきたい(「ラント法とレーン法」(一)、二・(二)・(1)・(b)、三七七〜三七八頁)。
- (92) この点については、特に「人」四頁および註(14)・(15)をも参照されたい。
- (93) 特にこの点を強調すれば、*rechte Gewere* はむしろ「法定、追奪担保」と訳した方がわかりやすいくらいである。
- (94) ラント法一・二五・一および「ゲヴェーレ」一〜二頁を参照されたい。因みに、「所領を *mit gewalt* (実力をもって) 奪う」行為がすべて「所領強奪」に当たらない、ということ(したがって、裏からいえば、「所領強奪」とは持主が現にそこに住んでいる「家・屋敷」および「所領」を力づくで奪い取り持主をそこから逐い出すことであること)については、特に「アイゲンゲヴェーレ」、註(11)をも参照されたい。
- (95) 「アイゲン」二二〜二四頁で論じたラント法三・七八・五を参照。
- (96) 私が当面、*recht* の用語法を目標にして、ザクセンシュピーゲルにおけるキー・ワードの検討をおこなっているのは、ザクセンシュピーゲルに内在する法の規範構造を明らかにするためである。それを明らかにしないかぎり、中世法の体系的な記

述は中世法を何らかの（特に、近代法のそれを前提にした）外在的なシステム（ないし、枠組）の中に押しこむことに終らざるをえないであろう。

(97) 以下については、拙稿「いわゆる『市民政府論』（ロック）に関する覚書」（一）、「北大法学論集」三六の一・二、一九八五年を参照されたい（以下、特に必要のある場合を除き、一々典拠を挙げない）。

なお、自然状態から成立した「国家」を指す言葉としてロックが最も多く用いているのは *commonwealth* の語であるが、これについてはロック自身、それを *civitas* の意味で用いることを明言している（二三三）。また *civil society, politic(al) society* は、直訳すれば、「キヴィタス共同体」・「ポリス共同体」のことであつて、いずれも「国家共同体」の意味である。なお、「国家共同体」という訳語は、村上淳一氏がイェーリング『権利のための闘争』（岩波文庫版、一九八二年）の邦訳らしい用いられているものである（村上淳一「権利のための闘争」を読む、一九八三年、岩波書店、一三九頁以下を参照）。

(98) そのことは、少し簡単にはあるが、すでに「アイゲン」、註(150)でも述べておいたつもりである。

(99) 私はすでに前稿「アイゲン」（三八頁）において、本節(二)に引用した箇所（ひきつづぎ（行を改めた上で）次のように述べておいた。「その意味では、法（＝国家）の「アイゲンの世界」に対する挑戦は、まだ始まったばかりとまでは言わなくても、この先かなり長い道程を歩まなくてはならないであろう。しかしながら、アイゲンの持主がすでにほかならぬ参審自由人として捉えられていること、彼等がすでに「ラント」（＝法・平和共同体）の構成員とされていること、「平和の法」（＝平和運動の所産である新しい身体・生命刑のシステム）にはすでに身分（的特権）の障壁をのりこえていく萌芽が秘められていることなどに、「法の世界」は最後には（傍点は今回新たに）「アイゲンの世界」を克服していくことが予示されている（同上）」。岩野氏に十分御理解いただけなかったのは残念である。

(100) ロック自身、繰り返し、「地上に訴えるところ（＝裁判官）がなければ天（＝実力）に訴えるしかない（あるいは、神自身を審判者にしてその審判を仰ぐしかない）」、という意味のことを述べていることに留意されたい。

(101) （オットー・ブルンナーを毛嫌いされているらしい）岩野氏の御参考までに申し上げておくが、ここに要約的に述べたフェーデーに関する私見はブルンナー説と同じものではない。ブルンナーは（中世法Ⅱ「良き古き法」という前提に立っていることもあつて）フェーデーの適法性（もつと言えは、フェーデーも（中世）法の中にあること）を強調する。しかし、私見によれば、この（皮肉なことに、「自然状態」そのものが中世の「法的状態」であつたとする岩野説に近い？）ブルンナーの見解は、すべて中世後期の事例を

基礎にしたものであって、すでにフェーデが「平和運動」によって追いこまれ自分自身を正当化せざるをえなくなつた段階の姿にすぎない(この点はすでに、前註(40)で触れた学会報告において指摘しておいたが、身辺の事情に妨げられこの学会報告をまだ論文の形で公表してほしくないことをお詫びしておきたい)。なお、ブルンナーにも関係する「ラント」論の問題については、まず本稿一・(五)で再論したラント法二・五六・一の読み方を解決しておく必要があるもので、そこでお願ひしておいたように、もう一度岩野氏の御高見を承わつた上で、(必要があれば)さらに私見を明らかにすることにしたい。

(102) 岩野氏はほかに、私が世良晃志郎教授のゲヴェール論をきびしく批判したことにも触れ、「著者(＝石川)の研究の実証的態度といささかそぐわぬ感をいだかされた」(三)と述べておられる。本来ならばこの点についてもお答えすべきであろうが、御承知のように世良教授は今年四月一六日に急逝された。それに私自身、本稿と並行して世良教授への「追悼の辞」を(二)執筆しなければならぬという状況なので、少なくとも今現在、重ねて世良説の批判にわたるようなことは書きたくない、というのが正直な心境である。御理解いただければ幸いである。

ただ、今後とも議論がザツハリヒに展開されることを願つて、次のことだけは指摘しておきたい。(この点は川島説も同様だが)(事実としての)占有の中に(同時に)本権の現象形態を見(あるいは、その歴史的根拠を、中世は「自然経済」(正しくは「現物経済」と訳すべきだと思ふが)の社会であり、そこでは土地の「交換価値」ではなく「使用価値」が問題であつた、という点に求めようとする通説的ゲヴェール論は、ゲヴェールの問題をいわば(その社会的権利関係に)動きのない土地を中心にして考えている。これに対して私は、本稿でも繰り返し強調したように、ゲヴェールの概念は(その点、まったく逆に)(その社会的権利関係に)動きのあつた土地を中心にして成立する、と考えている。もし(もちろん、ザクセンシュピールに関するかぎり、ということだが)この点に関する私見が正しければ、川島・世良両教授のような説明が成り立たなくなることは言うまでもあるまい。したがつて、もし岩野氏が議論のザツハリヒな展開を望まれるのであれば、是非ともこうした具体的な論点に即して私見に対する御批判を重ねて展開していただくようお願いしたい。

(103) 厳密に言えば、まだ検討していない条項が三つある。というのは、岩野氏が、「アイゲンが所有権など物に対する権利を意味する語として現れることは皆無に近い」ということの論拠として、われわれの『邦訳』の中で「関係する五五例のアイゲンの語のうち所有権の訳語が当てられているのは僅かに三例(ラント法一・三二、一・三四・二、二・四四・三)である」ことを挙げておられる(二・(4))からである。しかし、これら三つの条項のうち、一・三四・二についてはすでに前稿「ゲヴェー

レ」、註(80)で新しい訳を示し、さらに二・四四・三にいたっては前稿「人」の全篇を費して分析の対象とした条項であつて、いずれの場合にも「所有権」という訳語は意識的に避けている(もう一つの一・三二の末尾も、今なら「彼女はそれについてアイゲン(の権利)および一期分(の権利)を二つとも失うことになる」と訳して、「所有権」の訳語は避けるであろう)。私は、特に「ゲヴェーレ」論文の執筆いらい、われわれの『邦訳』が不十分なことを思い知らされ、(本稿でもそうだが)機会あるごとに修正の希望を表明しておいた(逆に岩野氏にお訊ねしたいのだが、氏はザクセンシュピールに「所有権」の概念が存在することお考えなのだろうか)。岩野氏にお願いしておきたいのは、今後ザクセンシュピールについて議論をされるに当たつて、(本人も不十分さを自認している)『邦訳』だけを基礎にされるのではなく、(できたら私の「修正」の申し出をも考慮に入れていただければありがたいが、当然「レーン法」の部をも含めて)是非原典をお読みになつた上でのことにしていただきたいことである。

(104) 前註(31)・(52)・(70)・(81)を参照されたい。

Eigen und Gewere—Ein Exkurs

Takeshi ISHIKAWA*

Neuerdings hat H. IWANO meine Aufsätze, die sich auf Eigen und Gewere im Sachsenspiegel beziehen, besprochen¹⁾. Obwohl er sie im Allgemeinen sehr hoch schätzt, hat er doch in einigen wesentlichen Punkten meine Ansicht kritisiert. Dabei beruht seine Kritik leider einfach auf dem Mißverständnis meiner Ansicht und der Quellenstellen. So sehe ich mich beinahe dazu gezwungen, in diesem Aufsatz, um ihm meine Ansicht verständlich zu machen, erneut einschlägige Stellen des Rechtsbuches eingehend zu erklären. Aber besonders für die Leser dieser deutschen Zusammenfassung wäre es zweckmäßiger, unten nur zwei Punkte davon hervorzuheben.

(1) In meinen früheren Aufsätzen habe ich etwa folgendes behauptet: Im Sachsenspiegel erscheint das Wort (*ge*)*were* nie in Bezug auf ein von Vätern vererbtes Eigen²⁾. Vielmehr kommt es in der Hauptsache in Bezug auf ein (gerichtlich) aufgelassenes Eigen und ein (vom Herrn verliehenes, rechtes) Lehen vor. Nach IWANO sei das Wort (*ge*)*were* im Gegensatz zu meiner Ansicht auch in Bezug auf ein geerbtes Eigen gebraucht. Dabei führt er als Beleg folgende Artikel an: Ldr. I 31 §2, I 45 §2, I 52 §3, II 44 §2 (unten 1. Gruppe genannt) sowie II 24 §§1 u. 2 und II 70 (unten 2. Gruppe genannt).

Aber, was die 1. Gruppe angeht, bezieht sich die (*ge*)*were* in allen angeführten Artikeln nicht auf ein von Vätern vererbtes Eigen. In I 31 §2 und I 45 §2 kommt zwar das Wort *were* vor. Dabei handelt es sich jedoch um die *were* (*to rechter vormuntscap*) des *man*(nes) über das Gut seiner *wif*, also nicht um sie über sein eigenes (von seinen Vätern vererbtes) Eigen. In 52 §3 und II 44 §2 ist die (*ge*)*were* nicht ausdrücklich erwähnt. Freilich können die beiden Artikel sachlich ein Eigen mit einbegreifen. Aber auch dann handelt es sich dabei nur um ein *mit unrechte* dem eigentlichen Inhaber genommenes (od. von ihm dem derzeitigen

*o.Professor für (westliche) Rechtsgeschichte an der juristischen Fakultät der Hokkaido-Universität.

1) "Hoseishi-Kenkyu", Bd. 38, 1989.

2) Die Gewere im Sachsenspiegel, in Festschrift f. Hans Thieme, 1986, usw.

Besitzer übergebenes) Eigen (I 52 §3) oder um ein Eigen, das einmal mit Unrechte dem eigentlichen Inhaber genommen wurde und dann (wegen des Todes des unrechten Besitzers) dem Erben (meistens seinem Sohne) geerbt ist (II 44 §2). Beide sind also nicht ein innerhalb der Familie des eigentlichen Inhabers von dessen Vätern vererbtes Eigen.

(2) Die 2. Gruppe bezieht sich, nach meiner Ansicht, auf den *vrede*. II 70 steht inmitten der sog. "Landfriedensgruppe", ist in der Tat einem bestimmten Landfrieden entnommen.

II 70 lautet: *Men ne scal nemanne wisen van sime gude, dat he in geweren hevet, eme ne werde de gewere mit rechte af gewonnen*".³⁾ So scheint der Rechtsschutz, nach dem Wortlaut dieses Artikels, über die *gewere* (=Besitz) jedes, also auch des von Vätern vererbten Eigens zu erstrecken.

Diesen Grundsatz konkretisieren II 24 §§1 u. 2 etwa folgenderweise: Um einen unrechten Besitzer aus dem Gut auszuweisen, muß man im voraus ihn deswegen vor Gericht klagen und ein Urteil, ihm die *were* abzusprechen, erhalten. Der Rechtsschutz in II 70 dauert also nur bis zu dieser Klage und dient ausschließlich dazu, *mit rechte* (also nicht mit Gewalt, sondern durch gerichtliches Verfahren) darüber zu entscheiden, wem das Gut eigentlich gehören sollte. Vorausgesetzt ist dabei als selbstverständlich, daß der unrechte Besitzer in dieser Klage verliert. Anders gesagt: der Beitz gewährt ihm keineswegs ein Recht, das Gut weiter zu behalten.

Nun lesen wir in Ldr. III 20 §3 folgende Bestimmung: "*Mit erene ne mach neman sinen lif verwerken noch sin gesunt, it ne si dat eme dat lant vor gerichte verdelet si, unde vrede dar over gewarcht si*". Aus anderen Artikeln können wir ohne weiteres feststellen: Wer diesen Frieden über das Land wirken läßt, ist niemand als Richter und dieser Friede, der widrigenfalls die Strafe wesentlich erhöht, ist nichts anders als *pax* (im engeren Sinne), die ein Ergebnis des Gottes- und Landfriedens darstellt⁴⁾.

Wir können also auch in diesem Artikel den Friedensgedanken sehen, der ein Leitmotiv des Spieglers bildet. Eben darin liegt jedoch auch die Grenze des Friedensgedankens im Sachsenspiegel. *Pax* ist und bleibt doch ein Sonderfriede, kein allgemeiner Friede. Wenn ein allgemeiner Friede bereits beherrscht und jeden Besitz eines Gutes unter seinen Schutz genommen hätte, würde es überflüssig

3) Vgl. dazu auch Lnr. 38 §4 (*Men scal nemande van sinen geweren wisen, se ne si eme af gewonnen mit rechte.*)

4) Auch über das Eigen, das gerichtlich aufgelassen ist, läßt man (=der Richter) diesen Frieden wirken (Ldr. III 56 §3).

gewesen sein, z. B. über ein dem unrechten Besitzer gerichtlich abgesprochenes Gut einen besonderen Frieden wirken zu lassen. So können wir folgende Schlußfolgerung ziehen: Auch in der 2. Gruppe richtet sich das wirkliche Interesse des Rechtsbuches ausschließlich auf das mit Unrechte dem eigentlichen Inhaber genommene, deshalb leicht zum Objekt des Streites zu werdende Eigen, nicht aber auf das von Vätern vererbte und in der gleichen Familie verbleibende Eigen.