

熊本大学法学会発行

熊本法学 第二十九号（一九八〇年十月） 抜刷

森林犯罪告発人制度管見（二）

— 領邦国家と農村共同体 —

若 曾 根 健 治

森林犯罪告發人制度管見(一)

— 領邦国家と農村共同体 —

若 曾 根 健 治

- 一 問題の提起及び若干の予備的考察
- 二 「仲間警察」と森林犯罪告發人(以上本号)
- 三 「領邦警察」と森林犯罪告發人
- 四 むすびに代えて

—

一 本稿は、先の「ティロール森林令雜考——領邦立法史研究覚書——」の続篇をなすものである。すなわち、筆者はそこで、十五世紀・十六世紀の交わり以降ティロール領邦における森林官の定期的巡回活動が地方組織を中央組織に組み込む契機となった一つとして、ラント裁判権所有者(領主貴族)たる在地(土着)権力にたいする統制の作用に言及した。他の地方組織である農民団体の自治(土着)権力にかんしては、森林官の活動が「森林犯罪告發人設置を通して『官憲の警察』を生」み、これが「農民団体の『村の警察』と対立してゆく」と概括するに止め、その展開を別稿に残した。今やこれを本稿で果たしたい。

さて、「森林犯罪告発人」の設置は、一五〇二年九月十六日マクシミリアン一世公布のティロール領邦森林令第一条ではじめて定められるのだが、この第一条は、当森林令が「森林警察令」である所以を示す簡条でもある。それは次のように述べる。「朕が定めし〔森林〕令の第一条は以下の如し。農民団体は各部落において、当該部落〔を含むラント裁判区〕の裁判官の同意を得て毎年、自らの中から二人を告発人に決定し選出する〔べし〕。彼ら〔二人の告発人〕が〔共同地森林の利用にかんし農民団体を〕監視する〔べし〕。これにより朕の以下に定めし〔森林〕令は生命を保持し且つ遵守されることにならう。そして〔告発人は〕かかる〔朕の森林令に定められし〕ことに違反せし者を〔ラント〕裁判官及び朕が任命せし〔共同地森林〕森林官に申告する〔べし〕。こうすることによって、〔森林令〕違反者は処罰されることにならう。ところで裁判官は、このように〔農民団体自身によって〕決定される二人〔の告発人〕を〔本来はただ〕確認する〔に止む〕べし。しかるに、農民らが何びとをも〔告発人に〕決定しようとせぬときは、裁判官は、彼らの中から二人〔の告発人〕を自ら〔独自に〕選出し、且つその者らにたいし、右に述べられしこと〔「森林令違反者の申告」を毎年行なうべく命令する権限を持つべし〕。森林令違反告発職務に携わつたこの官吏〔「告発人 (rueger)」を本稿は「森林犯罪告発人」(Rüger über etwaige Forstfrevel)と呼ぶ。〔森林犯罪告発人〕は後代、領邦君主の森林令(一五一⁽¹⁾、一五二⁽²⁾、一六〇〇⁽³⁾年)、農民団体の判告法(一五一⁽⁴⁾九年)及び村規則・森林規則(一五四⁽⁵⁾八、一六一⁽⁶⁾六、一六三⁽⁷⁾一、一六五⁽⁸⁾〇、一六九⁽⁹⁾九、一七三⁽¹⁰⁾二年)、聖界領主の荘園法(一五三八、一七二⁽¹¹⁾三年)などに知られ、rueger と呼ばれる以外に rieger, holzrüeger, holzrieger と呼ばれた。ここで次の二点に注意したい。第一に「森林犯罪告発人」は比較的数多くは農民団体制定の村規則・森林規則に現われたが、これら村規則・森林規則は森林令公布を受けて制定され、そこでの「森林犯罪告発人」任命は森林令におけるその設置命令に基づいた。これは村規則・森林規則が、「森林犯罪告発人」から告発される森林犯罪者を「領邦君主より共同地森林官宛の」訓令及び森林令に基づき (inhalt der instruction und waldordnung) 」。〔森林令簡条

に従つて (inhalt des artigls der waldordnung) 「処罰するところに窺える。第二に「森林犯罪告発人」は、設置当初より或は時の経過と共に森林犯罪告発職務に止まらず、森林にかかわつた他の様様の勤務に就き或は就任するに至つたので、本当はひろく「森林監視吏」(Holzheger) とするのが適當と思われるが、本稿は森林監視吏が携わつた森林犯罪告発の職務を特に強調して取立て、右述諸史料の森林監視吏を「森林犯罪告発人」と呼ぶ。

ところで、「森林犯罪告発人」制度が現行森林法の諸制度と一体如何なる系譜関係にあるかは、残念ながら審らかにし得ない⁽¹⁸⁾。更に、ティロール森林令に現われた「森林犯罪告発人」のような専門吏が他のドイツ諸邦において設置されたかについても、諸領邦の森林令を参照し得ない現段階では残念ながら審らかにし得ない⁽¹⁹⁾。ただ後世マルクスが、一八四二年「ライン新聞」紙上で木材窃盜取締法にかんするライン州議會の議事を論評した中で、「枯枝をあつめる人」すなわち森林利用者(彼は「まさしく所有權そのものの本性がくだした判決を、執行する」に過ぎない)をも木材窃盜者として処罰する同法案を批判し、「森林所有者のおかかえ」(「領主制的な」)森林監視人||「告發權をもつ森林保安官 (der denunzierende Schutzbeamte)」に言及しこれを「告發人としても保安官としても専門家たる資格がない」と極付けた事例に思い当るに過ぎない。しかし一般に、十六世紀には領邦君主が森林法令をもって「總ての森林經營に對する審察權及び指揮命令の權能を行使する爲め、村落の役員の資格を自ら專領⁽²⁰⁾し、又勝手にこれ⁽²¹⁾を任命を行つた」とき、他邦にも領邦君主によって「森林犯罪告發人」類似の専門吏が置かれたと思われ⁽²²⁾。例えば、一五六三年ザルツブルク大司教ヨハン・ヤコブは同大司教領に森林令を發布したが、この第一条には、溪谷或は村区 (wert) 毎に当該地域の農民団体の中から二人の「森林監視吏 (zuesnocher oder fürstner)」がラント裁判区行政官・裁判官・直轄領裁判官・下級森林官の四者の合議で任命されるべきこと(任期は二年で一年毎に半数が替る)、更に第二〇条には、右述「森林監視吏」が自己の怠慢な勤務狀態の故に処罰に値するときは、「下級森林官 (underwaldmaister)」は「領邦上級森林官 (obristen waldmaister)」にこの旨を申告すべきことが定められ

た。⁽²¹⁾当森林令は「森林監視吏」の森林犯罪告発職務については述べないが、二人の「森林監視吏」が「下級森林官」にたいし森林令違反事件の告発をも行なったものと思われるのである。

本稿は、一五〇二年森林令第一条の解剖を通して「森林犯罪告発人」設置の持つ歴史的意義を究明するものである。すなわち「森林犯罪告発人」設置は、ティロール農村共同体史上の一面期をなした事件である。インスブルック中央政府 (Stahaler und regenten zu Ynspruck) は、「森林犯罪告発人」制度を設けることで、農村共同体の中に一つの明瞭な印を刻み込んだ。この刻印が「官憲思想⁽²²⁾」である。確かにそれは、およそ「官憲思想」がティロール農村共同体に浸透した最初の出来事ではないが、それが明瞭であったがゆえに、その意義は決して小さくない。本稿は、この「官憲思想」を「領邦警察」の中に見たい (Obrigkeit als Repräsentantin der Polizei)⁽²³⁾。無論告発人の設置は「領邦警察」の一部を形成するに止まり、告発人設置によって直ちに、農村共同体にたいし「官憲思想」が全幅的に浸透したわけではない。にも拘らず、「森林犯罪告発人」制度は、「官憲思想」浸透を目差して領邦君主 (政府) が地方組織にたいし採用した堅実な一政策の意義を決して失なうわけではない。したがって当制度の歴史的意義の解明を通して、十五世紀末葉・十六世紀 (ドイツ領邦国家史上の一変革期) における「領邦国家と農村共同体」交渉史の一考察を行なうことができよう。しかもこれを前述「領邦警察」と、農村共同体に展開した「仲間警察」との対置を中心に行ないたい。叙述の順序としては、森林令第一条が右述の如く、「森林犯罪告発人」設置方法の点で前段・後段に分け得る (すなわち、前段Ⅱ村民自身が告発人を選挙する。これを「仲間警察」の一発現と見たい。後段Ⅱラント裁判官が告発人を任命する。「領邦警察」の一発現) ので、これに即し第二節は森林令第一条前段を、第三節はその後段を各々取り扱かう。

二 ところで、筆者が「仲間警察」・「領邦警察」の警察概念を立てる直接の契機となったのは、伊藤栄「ドイツにおける共同地利用の封建的特質について」にたいする一疑問であったので、本稿の問題を一層鮮明にするためにそ

れにふれたい。伊藤教授は、(A)ゲノッセンシャフト(「村落共同体」)における共同地(特に「共同森林」)利用の「変質過程」に論及する。すなわちそれは、(a)共同地の利用が「嚴重な規制を必要とせず、〔共同地の利益〕権利の大きさは平等であり」「〔利用にあたっては〕各自の需要を基準とした」時期(九世紀以降十一・十二世紀迄)から、(b)「共同地利益権に対して種々の制限が付けられ」「農業経営規模に従って共同地利用資格に差」が生じ、「農民は各自の保有地の大きさによって」共同地を利用しなければならなくなった時期(十三世紀以降、とりわけ十五・十六世紀)への移行である。この移行は、中世末期における植民・開墾の進展、特に都市の「手工業の発展・鉱山業の勃興」によって森林資源の需要が増大し：「このため」全村落共同体員の需要の充足が不可能となつたことに原因があった。他方教授は、(B)ヘルシャフト(「裁判領主」或は「領邦国家」)における共同地(特に「共同森林」)をめぐる「歴史的動向」に言及する。すなわちこれは、裁判領主或は領邦国家が「農村民の共同地利用を制限し」たことに現われた。この制限は、「中世末期〔十四、十五および十六世紀〕における都市の手工業および鉱山業の勃興によって、木材需要が激増し、著しい価格騰貴」が起こったことに原因があった。以上が、本稿が問題とする伊藤教授所論の要旨である。

さて、この伊藤教授所論によれば第一に、(A)ゲノッセンシャフトにおける共同地森林利用の「変質過程」・(B)ヘルシャフトにおけるその「歴史的動向」のいずれも要因は中世末期(とりわけ十五、十六世紀)における都市手工業・領邦鉱山業の発展・勃興による木材需要にあり、第二にそれらにおける森林利用規制の諸形態はいずれも、伐採を許される樹木の種類の制限(特にかしとぶなどについては「保護」或は「保護育成」のための伐採禁止)、建築用材の伐採における許可の必要、伐採木材の売却禁止である。更に第三に、「〔裁判〕領主の役人が〔村落共同体の〕村役人と共に」、共同地森林用材で建立された村内建築物について検査・監督を行なう。「〔裁判〕領主も村民も、森林に対する放火を特別に警戒し」放火者は火刑等に処せられる。これらに共同地森林をめぐる裁判領主と村落共同

体との共通の利害が現われている。以上伊藤教授所論から推察すると、共同地森林利用をめぐる「村落共同体」(26)「裁判領主」・「領邦国家」とで、同一時期(1155・16世紀)に同一対応(11)形態をほぼ同じくする規制(26)が併行し相互にほぼ独立して展開し、しかも、これらの規制の目標は両者ともに単に森林資源の確保を目差すと言うことに過ぎず、規制に性格上の相違が見られなかったことになる。

それでは、共同地森林をめぐる(A)「変質過程」と(B)「歴史的動向」とは、各々固有の歴史的意義を持たないものか。両者とも、単純に共同地森林利用上における一変遷と位置づけられるに過ぎず、特質は持たないか。伊藤教授は本当に、(A) (B)は同じものと見るのか。いずれも否である。(A) (B)は各々別個の歴史的意義を持つ。それらを単に森林利用上における一変遷とのみ一括してしまふことはできないのだ。伊藤教授自身も「農民共同地は：領邦国家体制に再編成され」としており、更に「領邦国家の成立過程」が共同地森林を含めおよそ「村落共同体の再編成の過程」であり、これにより「中世的村落自治の変質」が生じると見る。したがって教授の構想の中には、ゲノッセンシャフトにおける共同地森林利用規制にたいしヘルシャフトにおけるその持つ歴史的意義ははっきりと観念されている。にも拘らず両者の違いが、教授の所論から伝わって来ないのは何故か。それは、「変質過程」「歴史的動向」各々に働いた観念が何であり、それぞれ如何なる特質を担ったかが教授の所論からは容易に観取できないからである。

かくして、伊藤教授の所論を一步進め、本稿は右述ゲノッセンシャフトにおける「変質過程」、ヘルシャフトにおける「歴史的動向」に働いた観念を「警察」(Polizei)に求め、特に前者のそれを「仲間警察」、特に後者のそれを「領邦警察」に求めたい。これらの内容については本論に委ねたく(そこでは、仲間「警察」・領邦「警察」により「仲間」警察・「領邦」警察に論及するはずである)、ここでは「警察」観念自体に極く簡単にふれておきたい。かつて栗生武夫教授は、中世の王の任務・近世のランダスヘルの任務を論じ、前者は「消極的であり、司法的であり、治

安警察的」、後者は「積極的であり、行政的であり、助長警察的」と見たが、これは「警察」の性格の相違を述べたもので、「警察」そのものは不問に付した。コーイング教授は、「警察なる概念は」当初は「アリストテレスの趣旨における国家指導」(Staatsführung)と理解されたとし、十六世紀の警察条令は「良き国家指導 (gute Staatsführung) に要するものとされたあらゆる種類の措置や規制を含んだ」と指摘した。これは特定時期の警察を述べたものに過ぎない。本稿は Polizei (「警察」) 概念を規定するにあたり「警察」を「行政」と捉えたい。村上淳一教授は端的に例えば「領邦君主による行政」・「プロイセンの絶対主義とその行政」の如く、「ポリツァイ」|| 「行政」と見る。但し、教授は、「領邦君主とその機構としての国家が、公共善 (salus publica, Gemeinwohl) の実現をめざして、行政 (Polizei) を展開」したと述べて「行政 (Polizei)」は「近世の領邦における国家建設」に仕えるものと把握する。ここにはコーイング教授におけると同様特定時期の「行政」が取り扱かれている。ただ村上教授によればこの「行政」は特にその初期においては、「法共同体としての国家の観念」・「良き旧き法の伝統」と正面から(或は全面的に) 対立するものではなかった。本稿は「警察」|| 「行政」と捉えるとき、これを「良き国家指導」・「公共善の実現」にのみ拘わらず、もっと広義に解釈したい。そこで「行政」とは、辻清明教授が簡明に述べる如く、「行政(中央ならびに地方)・企業・教会・国際機関など」の「社会集団の目的を実現する手段としての行動または過程」と見たい。

ところで「警察」|| 「行政」と捉え、「行政」を右述のように広義に解釈するのが、シュメルツァイゼン教授である。すなわち教授は「行政」とは「社会的指導 (soziale Führung)」と見、これにかんしウェーバーの所論を紹介する。「マックス・ウェーバーは、家支配をあらゆる『行政』の始源的な担い手と呼び、こう呼ぶことによって、社会的指導——彼は『行政』でこれを想起した——の本質を、実に具象的に特色づけた」。ウェーバーによれば「行政」の「特徴的な固有の本質」は、「既得の主観的権利」「現行の客観的法」を「尊重し・実現することだけ」に止まら

ず、「他の実質的な諸目的——政治的・倫理的・功利的……の實現」を目差すことにあった。この「実質的な諸目的の實現」のために「行政」は、これに「服する人人にたいし必要に応じて多種多様の義務を課す」のであったが、この「義務づけること (Begründung von Pflichten)」が右の「社会的指導」を意味したのである。

これが「社会的」指導であるのは、「行政」が様様の「社会集団 (Sozialkreis)」、当初は「小規模社会集団」、やがて「比較的大きな行動半径を持った」「社会集団」(近世諸領邦・都市の「官庁」・「政庁」)の内部において展開されたことによる。先ず、「小規模社会集団」における「行政」である。「小規模社会集団」とはシニメルツァイゼン教授によれば、家共同体・ジッペ・荘園団体・封建団体・手工業組合・マルクゲノッセンシャフト・都市・聖俗の領域支配体を指すが、これらにおける「行政」||「義務づけ」の「行動または過程」は、これら「社会集団各々の〔現行〕秩序を、予見的計画的に具体的必要 (Bedürfnisse) へと適応させようとし、亦〔実際に〕適応させ」ることである。この場合「人民法」・「国王或は教会の権利」が「小規模社会集団」にたいし「規制的に (reglementarisch) 働き得るときも、それは「小規模社会集団」の内部にはなく「小規模社会集団」相互間において(しかも規制の「余地と必要」があるかぎりで)生じるものに過ぎない。これは、ウェーバーがジッペ相互間、に交わされた「贖罪契約および証拠契約にもとづく」「仲裁手続」にかんし述べたこととも関連するであろう。すなわち「ジッペ間の仲裁手続」においてのみ、ジッペの「〔既得の〕主観的権利が論ぜられ、〔法発見の形式をとって〕判決が下され」たが、これにたいして「家長」の下の家共同体(「行政の始源的な担い手」たる「社会集団」)内部にあっては「主観的権利が論ぜられ」るが如きことはなかつた。このことは、「ジッペの長」或は「ジッペの長老たち」の下の「社会集団」たるジッペについてもあてはまった。すなわち、ジッペには「訴訟手続」と「これによって保障された既得の主観的」権利」とは存在せず、したがって「ジッペの内部的な紛争解決は、一つの行政問題 (Verwaltungsangelegenheit) であつた」。このように家及びジッペ内部に展開された「始源的な」「行政」とは異なつて、家及び

ジッペ以外の「小規模社会集団」における「行政」は、「訴訟手続の形式をと」り、「一種の裁判手続の形で進行し、裁判から形式的に分離されることがな」⁽⁴⁵⁾ かったのである。こうなってくると「行政」は「既得の主観的権利」によって制限を被ることもあつた。次に、「小規模社会集団」に展開した「行政」は、次第に、言うなれば大規模「社会集団」の手に握られていく。そして、後者の「社会集団」においても、「既得の主観的権利」が「行政」にたいし制限附加的に作用し得るが、しかし必ずそうであつたわけではない。すなわち「警察的命令は、後期自然法の影響下にあつても、ことのほか活潑な展開を見せた。〔けだし〕社会契約説 (contract social) は、国家権力による法創造の独占を承認した」⁽⁴⁶⁾ がゆえにである。こうして、むしろ、大規模「社会集団」における「行政」は「既得の主観的権利」⁽⁴⁷⁾ Ⅱ「身分的諸特権」に反対し、「身分的諸特権の支配と裁判や行政の身分制的性格」とを取り除こうとする。

三 以上、「警察」Ⅱ「行政」の観念を指摘し、その歴史的展開を概観した上で、早速森林令第一条の解剖に入らねばならないが、ただこれに直ぐ移る前に本論の一層の理解のために次の三点を述べておきたい。

第一は、本稿の「農村共同体」の用語である。本稿はこれを、あたかも都市の市民団体が「都市共同体」と称呼されると同じ単純な意味で、農村の或る領域に根を下ろした「土地保有者たちの特定の人的範囲 (Kreis von Mensch und Ort)」と捉えたい (「土地所有の規範Ⅱ共同」⁽⁴⁸⁾)。したがって「村民団体」・「農民団体」と言い替えても、単に「共同体」と称しても同じものである。更にいわゆる「マルクゲノッセンシャフト」・「村落共同体」・「ドルフゲノッセンシャフト」・「ドルフゲマインデ」などもこれに含めてよい。ただ、差し当たりは単純な「荘園団体」は考慮に入れないでおく。⁽⁴⁹⁾ 無論「土地保有者たちの特定の人的範囲」と言つても、「単純な農民の集落」と言う意味ではない (大塚久雄教授) し、亦、「一つの場所に共に住みついて」いるのものではない (仁井田陞教授)。すなわち、そこには農民の生産活動に止まらず「日常生活のあらゆる面」に及ぶ「共同態規制」が行なわれており、亦、そこには「共同地」が存在しており、これが農民たちに一つの「結集力」⁽⁵⁰⁾ をもたらした。次に、「農村共同体」の構成員で

ある土地保有者たちの定住形態について言えば、これは、聚村（ドルフ）でもあるし部落（ワイラー）や散居（「荘宅」）でもある。これにかんしかつて大塚久雄教授は、共同体の世界史上に「ゲルマン的」形態の共同体を位置づけるに際し、「ゲルマン的」共同体の定住形態を「土地占取者の隣人集団」としての「村落」と捉え、しかもこの「村落」の言葉を、聚村に限定せず「散居制」をも含む「余裕ある用語法」として比較的広く解した⁽⁴⁷⁾。以上のかぎりでは本稿の「農村共同体」は教授の構想の「ゲルマン的」共同体と同じ意味のものである。そしてこの「農村共同体」における個々の土地保有者を、本稿も「村民」（ゲノツセ）と呼んでおこう。ただ教授の場合、「ゲルマン的」共同体をめぐる論述は実際はもっぱら、「耕区制」の下の「混在耕地制」「村落」——しかも「宅地および庭畑地」・「共同耕地」・「共同地」を持つ——について展開する。例えば「ゲルマン的」共同体を支配した特有の原理として教授が指摘する「形式的平等」は、教授自身これを「何よりも『耕区制』を基礎とし、そのうちに具体化され」たものとする⁽⁴⁸⁾。如く「耕区」内の「地条」にかんして適用されたものであった。このように見ると、「村落」を「散居制」も含む「余裕ある用語法」で使用すると特に断わる教授の意図は必ずしも明瞭ではない。最後に、特に、ティ、ロール「農村共同体」における定住形態の問題である。残念ながら筆者はこの点について未だ立ち入った研究を行ない得ず、別稿でこれを取り扱いたい。ただ、普通ティロールには「散居制」が支配的とされるが、これを一般化するのには問題である⁽⁴⁹⁾。大溪谷の河床地帯及び広い河岸段丘には聚村が展開しており、亦、かつてウェーバーが「散居制」の典型地域たるウェストファリアにおいて「ただかぎられた範圍」でと断わりつつも混在耕地の存在を指摘したように、少なくとも部分的な混在耕地（したがって共同耕地）はティロールにも知られる⁽⁵⁰⁾。このように見れば、同「農村共同体」の定住形態は、聚村・部落・散居のいずれをも含むと見て大過ない。一点注意すべきは同「農村共同体」は周知の如く、「ラント裁判制共同体（Landgerichtsgemeinde）であったことである⁽⁵¹⁾。オーストリア・シュタイエルマルクとは異なり、ティロール・上部バイエルン（亦、ザルツブルクの一部）においては、ラント裁判所組織が早期にしかも広汎

に成立・展開⁽⁵³⁾し、極く僅かに存在したにすぎない領主直轄領内荘園団体(いわゆる「ホーフマルク」)は除き、「農村共同体」は基本的に「ラント裁判民団体」として出現した。「農村共同体」の国制は同時に「ラント裁判所」のものであり、村民は絶えずラント裁判官と交渉を持った。以上の如く、ティロール「農村共同体」がラント裁判所組織を通してまとめ上げられて国制上一つの「人的団体」(ein menschlicher Verband)を構成した——一層具体的に言えば「農村共同体」集会はラント裁判所集会だった——とすれば、「村落共同体」ではこのラント裁判所組織に代わるのが「ドルフ」である)、本稿は、同「農村共同体」の定住諸形態の相違やこれに基づく「共同体」諸形態の相違の問題には立ち入らず、同「農村共同体」を「ラント裁判民団体」と規定することで所論を進めたい。

第二に、「森林犯罪告発人」による告発の対象とされる森林犯罪とこれにたいする刑罰とである。これらの内容を一五〇二年森林令第十六条ないし十九条前段から紹介したい。それは以下の通りである。(第十六条)「〔森林令〕違反者にたいする刑罰につき朕は次の通り定める。伐採を許可された樹木数及び割当てを受けた樹木数を超えて伐採せし者は、罰金として〔伐採〕樹木一本毎に ein phund perner を支払い、且つ、〔伐採せし〕樹木は〔すべて〕朕に没収されるべし⁽⁵⁴⁾」。(第十七条)「禁制林内において樹木を伐採せし者、或は伐採せし上でそれを森林地から搬出せし者は、〔罰金として伐採せし〕樹木〔搬出せし樹木〕一本毎に、zwaintzig phund perner を支払うべし⁽⁵⁷⁾」。(第十八条)「〔朕の森林令に基づき〕伐採せし樹木数を〔自家において〕良いように貯蔵せぬ者、或は〔朕の森林令〕に基づくことなく伐採ししかも搬出せし者は、罰金として xx lb. perner [「xx phund perner」] を支払うべし⁽⁵⁸⁾」。(第十九条前段)「〔禁制林・官有林・共同地森林の〕森林地において地面を切開き、焼き払い或はその他の方法で森林を切り刻み、樹皮を剥ぐ者は、罰金として x mr. perner [「100 phund perner」] を支払い、或は行為の態様に応じて〔罰金を〕支払うべし⁽⁵⁹⁾」。これら諸箇条には、領邦政府が森林利用規制にかんしてとった態度が知られる。すなわち、農民団体(或はその成員)への共同地森林の分割割当て・禁制林の設置・伐採及び搬出方法、木材

貯蔵方法にたいする監視・森林開墾（濫墾・濫伐）の禁止である。森林利用規制の諸形態は決して以上に止まらないが、これら四つに分類できる規制形態は当時、およそ領邦君主（政府）の森林利用規制の最も基本的な形態と称して過言ではない。特にそこで注目すべきは、第一に、伐採・搬出行爲に止まらず、村民各家における樹木貯蔵にたいしても政府（森林官）の監視の眼が行き届いたこと、第二に、森林開墾が（罰金額から推して）嚴重に警戒されたことである。前者は、村民の日常生活にたいして、木材の「良い」貯蔵を目差す政府の警察活動を示唆しており、後者は、村民による濫墾・濫伐が以前より森林に如何に損害を及ぼしてきたかについての政府の自覚を窺わせる。

第三に、ラント裁判官職と君主直屬の共同地森林官職との連繫である。森林令第一空前段は裁判官が村民の「森林犯罪告発人」選挙に同意すべしと、後段はやはり裁判官が告発人を任命すべしと定め、森林官には言及していない。しかし裁判官は同意をし或は任命を行なうにあたり、絶えず森林官と接触を得たか或は森林官の臨席下にあつたと思われる。これにかんしては第一に、森林令の以下の諸箇条に注目したい。先ず、告発人は森林令違反事件を「裁判官及び朕が任命せし森林官に (richtern und unsern Waldmeister)」告発すべきである（第一空前段）、次に、裁判官は各部落において「森林官を相伴ない (misaamt den Waldmeistern)」森林開墾禁止違反にかかわる「あらゆる事件を現場の至る所で取調べ、〔その結果から得た〕彼の判断 (gutbeduncken) に基づき、亦、〔開墾による森林〕被害の情況に依じて」当該違反者を処罰すべきである（第十九条後段）、最後に、「各村民は、共同地森林内で起る自己の「森林令違反被疑」事件にかんし、当該「違反」場所において「ラント裁判区」行政官或は裁判官の面前で、朕の任命せし森林官の同席の下に (in beywesen unserer Waldmeister) 雪冤の証明を行なうべし」(第二十一条)⁽²⁾の諸箇条である。これらによって裁判官職と森林官職との連繫が知られる。第二に、森林令違反被疑事件の裁判開始手続に注目したい。前述森林令第二十一条によれば、森林令違反事件にかんする裁判官面前の審理の際、森林官が同席すべきであるが、これは第二十一条右述箇所に引続き次の如く述べられるところからわかる。「彼〔森林

官」が朕の名において (von unserem wegen) それ「森林令違反事件」を告訴す (Declaren) べし。これから推察して、森林令違反被疑事件の裁判は、森林官が「森林犯罪告発人」から違反事件の告発を直接受理するか、或は、告発人が先ず裁判官に告発を行ない、次いで当該裁判官が森林官にたいし告発人の告発内容を伝達するから開始された。そして、この場合いずれも森林官が、ラント裁判所開催権者・主宰権者である裁判区行政官・裁判官 (ラント裁判権者) にたいして、ラント裁判所 (allgemeine Versammlung) の開設を請求する (或は命令する) か、さもなければ、あたかもフランク時代特にカール大王時代の国王巡察使 (missi dominici) が巡察使裁判所を開設・主宰した如く、自ら「森林官裁判所」の如き特別裁判所 (besondere Gerichtstage) を召集する (—この場合「森林官裁判所」はラント裁判所と異なり、森林官任意の場所で開設され、ラント裁判権者は当「森林官裁判所」に出席を義務づけられることにならう) かで、裁判開始となったと思われる。ラント裁判所においては公訴権者たる森林官が「管轄官司」として (つまり「朕の名において」) 「劾挙すなわち犯人の検挙または弾劾」を行なう弾劾手続が始まり、「森林官裁判所」においては、ウェーバーによって「『行政』が訴訟手続の形式をとる場合」にたいし「法発見が、形式的にも実質的にも『行政』の性格をとり、行政と同様な仕方、明確な形式や期日なしに」「服従者に対するヘルの単純な決定や命令によって、おこなわれる」に「近い形を提供」するものとされる。糾問手続が始まる。これら弾劾手続・糾問手続のいずれが現実採用されたかについては、森林令第二十一条によれば、森林官が告訴を行なう点、罰金はラント裁判権者 (裁判管区長官・行政官・裁判官) に帰属する点、後述する如く「この〔裁判の〕判決に不服な原被両造いずれ (welcher teil) 」も上訴を許される点の諸点を考え併せると、弾劾手続が採用されたものと言えよう。⁽⁶⁷⁾ いずれにせよ、森林事件の裁判手続から見ても、裁判官職・森林官職間に連繋が存在したことは明白であろう。

以上より、裁判官職・君主直屬森林官職間における職務上の連繋の存在は明らかとなる。この連繋に森林犯罪告発人職が加わることで、告発人職・裁判官職・森林官職間に、森林令違反事件の告発とその受理 (告発人→森林官)・

告発とその受理・伝達（告発人→裁判官→森林官）・裁判の開始請求・命令（森林官→裁判官）において、新しい官職序列機構が形成される。更に、森林令第二十一条によれば第一審判決に不服な原被両造いずれもが「朕直屬のハル製塩所」（unsern phannhaws zu Hall）当局に上訴し得、この上級裁判所での敗訴者は第一審裁判所・ハル製塩所裁判所の訴訟費用を「朕直屬のハル製塩所当局に（unsern amt benelts unsers phannhaws）納めるべきところから、⁽⁸⁷⁾森林官職は「朕直屬のハル製塩所当局」を通して領邦中央政府に服属する。このようにして、インスブルック領邦中央政府（具体的には「顧問会議」）——森林官職——裁判官職——告発人職、の新官職序列機構の形成が意図されていることは明らかである。この新官職序列機構の形成によって、ティロール領邦の在地権力（ラント裁判を管掌する領主貴族権力・「部落」に根を下ろす農村共同体権力）と領邦中央政府（「顧問会議」との間）に森林官を通し、次第にラント法にたいする官憲法の命令服従関係が築かれ、これに伴って在地権力の在地における弱体化が招来される。これを今、領主貴族権力の場合——農村共同体権力の場合が本論の課題——で示せば、例えば、森林令第二十一条後段は次のように述べるのである。森林官の告訴にかかる森林令違反事件につき「〔ラント〕裁判区長官・行政官或は裁判官が怠慢にも刑罰を科せんとせぬ〔すなわち、被告人を定められし罰金処分に付せうとせぬ〕ときは、朕は彼らを今後は〔森林官をして〕朕直屬の〔ハル〕製塩所へ召喚させ、そして製塩所当局の前で〔嫌疑を受けし職務懈怠にかんし〕申し開きを行なうよう命ずるであらう⁽⁸⁸⁾」。ここで次の三点が注目される。第一に、ラント裁判権者が職務懈怠の嫌疑を被って弁明のため出頭を命ぜられる場合手続上第二十一条は、事前に森林官がラント裁判権者を弾劾することを予定する。第二に、ラント裁判権者が君主直屬のハル製塩所当局に出頭を命ぜられると言つことは、裁判権者による少なくとも森林令不服従（或は、森林令違反事件の「裁判拒否（Rechtsverweigerung）」）の場合について、領邦の等族（身分）裁判所であるインスブルック領邦官廷裁判所（この裁判所は、南ティロールのポーツェン Bozen にも置かれた。上級ラント裁判所とも言う）が機能せず、領邦君主（政府）親裁

・専権の侯室裁判所(カンマーヤリヒト)(ハル製塩所当局・裁判所或は「森林官裁判所」もこの性格を持つ裁判所の一つである)が当該事件を取り扱かうことを意味する。第三に、君主がラント裁判権者を「今後は(hinfür)」ハル製塩所に出頭を命ずるとは、従来より屢々起こつたと察せられる裁判権者の「裁判拒否」或は「裁判遅延(Rechtsverzögerung)」にたいして君主は今までは制裁の有効な手段を持ち併せていなかったが、「今後は」少なくとも裁判権者の森林令不服従事件にかんし、森林官の持つ裁判権者弾劾の職権を巧みに活用することで、裁判権者にたいして君主(或は政府)権力を貫く。以上ラント裁判権者(領主貴族層)の・在、地、に、お、け、る、・権、力、の、弱、体、化、の、極、く、一、例、を、示、し、た。ラント裁判権者にたいして森林巡回官団Ⅴが果たした統制作用に論及した前稿の補完の一つともなれば幸いである。

以上、「問題の提起」としては本節の叙述は多岐にわたり、多少長くなつたが、これはひとえに、先ず筆者の問題意識を鮮明にせんとし、更に第二節第三節理解のために予備知識を提供せんとし、最後に第二節第三節で述べる余地のない諸事項を本節でまとめようとしたからに他ならない。この点読者諸氏の御海容を乞う次第である。以下第二節では森林令第一条前段とそれにかかわる諸問題とを「仲間警察」(しかも特に「仲間」警察)を、第三節では同森林令第一条後段とそれにかかわる諸問題とを「領邦警察」(特に「領邦」警察)を各々論点に、進めたい。しかしこの前に、もう一つだけ述べておきたいことがある。本稿は、「森林犯罪告発人」制度を、「領邦国家と農村共同体」交渉史の一断面を取り出す点で主に国制史研究の対象とするが、他方「森林犯罪告発人」と言う告発専門吏の「告発」活動——これは森林官と連繫してではあったが——は、当然訴訟法(特に手続開始法)史研究の問題ともかかわるのである。周知の如く手続きの開始としての・告発専門吏による・告発は、都市において誕生し発展したものである(例えばニュルンベルク(註))。一般に市民の告発義務についてはW・エーベル『ドイツ中世都市法の妥当根拠及び形成原理としての市民宣誓』(一九五八)第二部「宣誓義務」が詳細に論ずる(註)。ただ、これは告発者として一般市民・宣誓人・ツンフト長を挙げるに止まり、これにたいし告発をも職務内容とした都市役人、ましてや専門的に告発に従事

した都市官吏(つまり「告発」専門吏)にかんしては言及しない⁽⁷³⁾。ところで、都市に展開した告発活動は耕地・森林にかんする被疑事件に止まらなかつたが、農村には裁判所の一種類として特別に「耕地犯罪及び森林犯罪を解決するための告発裁判所 (Tragegericht) (グリーム) があつた⁽⁷⁴⁾。普通これは、フランク時代(特にカローリング朝)成立の職権的訴追手続(II告発手続⁽⁷⁵⁾)の中世における一適用形態として中世に止まらず十九世紀迄継続したとされる(例えば大公領アンハルト⁽⁷⁶⁾)⁽⁷⁶⁾が、フランク時代と中世間の系譜関係は必ずしも明らかではない。中世ドイツの告発手続一般の詳細な研究はH・ジーゲル『定期裁判集会における告発義務と告発手続』(一八九一)に見られる⁽⁷⁷⁾。しかし以上諸種の叙述は、告発専門吏による告発活動にはほとんど言及しておらず、この点で(たとえ十六世紀初頭でのものとしても)ティロール「森林犯罪告発人」の訴訟法上の意義は決して小さくないと思われる。この点を第四節で少し広い視野の下にふれ、本稿を閉じたい。

さて、こうした「森林犯罪告発人」は十六世紀初頭ティロール領邦に突然出現したのではなく、むしろその設置は農村共同体における既存の組織を基礎にしていたのである。そこで以下では先ずこの既存の組織と、この組織に働いた「ゲノッセンシャフト」の原理との説明に向かわねばならないのである。

(1) 『熊本法学』二七号(一九七八)三八頁。

(2) Und ist das unser fürgenomen ordnung, von erst, daz die nachparschaft in ainem yegklichen oblat mit wissen und willen aines richters daselbs alle iar zwen aus inen zu ruegern fürnemen und erwellen, die ir aufsehen haben, damit söhler unser ordnung geleibt und nachgegangen werde und wehe söhls ubertueren, daz den richtern und unsern waldbaustern antutzzaigen, damit die ubertretter gestrafft, und die richter sollen die zwen, so also fürgenomen werden, bestaten und ob die unnderthanen kainen fürnemen wöllen,

gemacht und aufgericht.)

- (13) T. W., V., S. 129. (Neue dorfs- und holzordnung 1732, so zu Absolus der herrschaft Thaur auf pitten und anhalten alselbstiger gemaint neuerlich errichtet worden.)

- (14) T. W., II., S. 62. (Kloster Stams). (Alte ehafft und bauthaitigung von Stams mit einer anhangenden waldordnung vom jahre 1538 und einem zusatze vom jahre 1586.)

- (15) T. W., I., S. 267. (Stift Wiltten). (Waldordnung in Sigmuntsthal und Praxmär.)

- (16) 『バイエルン森林刑法』(一九六五年)における例に引くは山田辰『ドイツ法概論』(一九九一三〇〇頁参照)。

- (17) 若干の領邦森林令にかんしては、Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, III, 1881, S. 782, Anm. 89, 参照。

- (18) Karl Marx・Friedrich Engels Werke, Bd. 1. (Dietz), 1964, S. 112, 123 (訳文は『マルクス・エンゲルス全集』第一巻(大月書店)一二九頁下段、一四三頁下段によつて)。

- (19) カール・ヘック「林業における組合制度」(一八八七)(植村恒三郎遺稿『共同林と森林組合の研究』)一二五頁。

- (20) なお、東海林邦彦「十九世紀プロセインにおける「林役権」の解体過程」・『法学』三四の一、七三頁以下、八七頁以下、九一頁以下参照。川瀬善太郎「公有林及共同林役」、一八頁以下参照。

- (20 a) スイスのSchwyz における例に引くは、F. v. Wyß, Abhandlungen zur Geschichte des schweizerischen öffentlichen Rechts, 1892, S. 68を引く。

- (21) Die Salzburgerischen Taidinge (ö. W., I), 1870, S. 248, 253.

- (22) 「官憲思想」の指標についてはキールケの所論を掲げておく。「この思想〔官憲思想〕の特徴的な指標は次の如くである。〔第一に〕それ〔官憲思想〕は国家を人民とはどこか異なるものとして捉え、〔第二に〕それは、領域的・人的に完結した特定範囲におけるあらゆる公的権力の総計——したがって当該範囲において、個別利害にたいして一般利害(salus publica)を代表し、秩序と法を創造し、個人と全体との関係を規制する権利と義務——を不可避的に結び附いた統一体とし

- て、国家と言つ抽象概念の中に集中するものである」(Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, I, 1868, S. 642.)
- (23) Gierke, a. a. O., I, S. 643.
- (24) 伊藤栄『ドイツ村落共同体の研究』(増訂版)三〇二頁以下。
- (25) 伊藤栄、前掲書、三三二頁以下。
- (26) 確かに教授は、村落共同体における森林利用規制の固有形態として「木材採取の割当て制」(これは、農民の「土地所有の規模」に応じて行なわれた)、裁判領主における固有形態として「禁制林の成立」を各々挙げるが、「木材採取の割当て制」は決して農村共同体にのみ見られるものでなく、領邦国家による共同地森林利用規制の重要な形態であるし、「禁制林の成立」は教授自身指摘の通り「裁判領主或いはランドスヘル」に止まらず「グルントヘル」による森林規制の一形態である(前掲書、三四三頁註(44)参照)。こうして見ると、「木材採取の割当て制」・「禁制林の成立」各々は、農村共同体・領邦国家各々に固有の規制形態ではないと言わねばならない。
- (27) 伊藤栄、前掲書、三三二―三頁。
- (28) 伊藤栄「ドイツにおける村落の自治形態について」、前掲書、二六三頁。
- (29) 栗生武夫「入会の歴史」『入会の歴史其他』五六―七頁。
- (30) H. Coing, Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland, 3. Aufl., 1976, S. 59. (訳文は『近代法への歩み』八五頁によった。)
- (31) 村上淳一『近代法の形成』三四、三九、一四三頁。
- (32) 辻清明『行政学概論』上巻、一頁。
- (33) G. K. Schmelzeisen, Polizeiornungen und Privatrecht, 1955, S. 5. なお同教授の所論については、辻泰一郎「ポリツマイ条令に関する近時の研究動向(一)」『明治学院論叢』二七六号、一二八頁上段以下参照。
- (34) M. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl., Studienausgabe, 1972, S. 389. (訳文は世良晃志郎訳『法社会

学』七二―三頁によった。))

- (35) G. K. Schmelzeisen, a. a. O., S. 5.
 (36) G. K. Schmelzeisen, a. a. O., S. 6.
 (37) M. Weber, a. a. O., S. 389, 417. (『法社会学』七四頁、一八五―六頁。)
 (38) M. Weber, a. a. O., S. 404. (『法社会学』一三〇頁。)
 (39) M. Weber, a. a. O., S. 389. (『法社会学』七四頁。)
 (40) M. Weber, a. a. O., S. 485. (『法社会学』四四三頁。)
 (41) G. K. Schmelzeisen, a. a. O., S. 7.
 (42) M. Weber, a. a. O., S. 487. (『法社会学』四四七頁。)
 (43) 高橋幸八郎「比較土地制度史論考」『土地所有の比較史的研究』七頁。
 (44) 中村賢二郎「ドイツにおける村落共同体とその自治的権利」『封建社会と共同体』は「十二世紀ないし十三世紀末の荘園法」が「村域内に居住するすべての者」に適用された一例を挙げる(三一―四頁)が、これは注目されよう。ただ、時とともに「荘園法はバン領主の一元的支配下にある被支配民全体に適用される法になり」「いまやかれら全体が荘園団体となった」(三四九頁)と述べるとき、これはもはや「荘園団体」とは呼べないであろう。
 (45) 大塚久雄「『共同体』をどう問題とするか」『大塚久雄著作集』第七卷、二〇二頁。
 (46) 仁井田陞「中国の同族又は村落の土地所有問題」『中国法制史研究・奴隸農奴法・家族村落法』、六九七頁。
 (47) 大塚久雄「共同体の基礎理論」、前掲書、八四頁註(9)。
 (48) 大塚久雄「共同体の基礎理論」、前掲書、九四頁。
 (49) 例えば会田雄次、(紹介) (F. Grass, Parrei und Gemeinde im Spiegel der Weistümer Tirols, 1950)『西洋史学』二九号を参照。

- (50) この土地制度の特殊な問題は、H. Wiesner, Beiträge zur Geschichte des Dorfes und der Dorfgemeinde in Oesterreich, 1946, である。これは、農村共同体をめぐる叙述のほとんどを『テュローン判官文書集』に基づいて展開してあり、定住形態の差異を全く考慮に入れないうままに全オーストリアの農村史を描こうとしている。
- (51) O. Stolz, Die Begriffe Mark und Land, Dorf und Gemeinde in Baiern und Tirol im Mittelalter, VSWG, 37, 1944, S. 37.
- (52) M. Weber, Wirtschaftsgeschichte, 1923, S. 27. (改正版・青山秀夫訳『一般社会経済史要論』上巻、十四頁。)
- (53) 第二節註(5)の本文の事例参照。
- (54) O. Brunner, Land und Herrschaft, 1965, S. 410; O. Stolz, Rechtsgeschichte des Bauernstandes und der Landwirtschaft in Tirol und Vorarlberg, 1949, S. 297ff.
- (55) テュローン裁判所・ノント裁判区の成立をめぐる問題は極めて難解な問題であり、今後改めて論じたい。差し所は、J. Egger, Die Entstehung der Gerichtsbezirke Deutschtirols, MIOG, Ergänzungsbd. IV, S. 373ff. を参照。
- (56) Der straff haben der ubertreter haben wir furgenomen, welher mer stäm, dann im erlawbt und auszigt wurde, sluege, sol zu puss von ainem yeden stam ausrichten und betzalen ain phund perner und das holtz sol uns verfallen sein.
- (57) Item wo aber ainer in den panwälden schlug oder holtzet, der sol von ainem yeden stammen ausrichten und betzalen zwaintzig phund perner.
- (58) Item wo ainer sein antzal holtz nicht wesentlichen ynnhielt oder nicht nach ynnhalt der ordnung holtzet, der sol zu puss betzalen XX lb, perner.
- (59) Item wo ainer in holtzern oder walden reutet prenet oder die wäld in annder weg schwendet, der sol

zu puss betzalen X mr. perner oder nuch gestalt der handlung,...

- (60) 洋の東西を問わず森林荒廢にたいする諸政策として最初に採用されたのがこの「分割割当て」であつたと思われる。近世日本でも「山林を村民に分割使用せしめる」「山分け或は山割」が行なわれ、「村割」のみならず村民に「永代の使用割」を認めた例もある(前田正治編著『日本近世村法の研究』本論六八頁)が、本稿の場合「山分け」の態様は著らかでない。ただ、「村割」(「部落割」)が中心と思われ、「村割」後に各村民に或る樹木数を指定したようである。

- (61) ...darumh die richter an denselben emnden nitsamdt den waldmaistern albeg in all verhandlung sehen und irm gutbedunneken auch gelegenheit des schaden nach darynn handeln sollen.

- (62) ain yeder umb sein verhandlung, die also in den gemainen holtzrn und walden beschehen, vor dem phlegger oder richter an demsellen emnd zu rechtfertiggen in beywesen unser waldmaisterr,...

- (63) Brunner-v. Schwerin, Deutsche Rechtsgeschichte, II, 1928, S. 257f.

- (64) 高柳真三『日本法制史』、一二七頁。

- (65) M. Weber, a. a. O., S. 390. (『法社会学』七四頁。)

- (66) ...in beywesen unner waldmaisterr, der söhls von unusern wegen beclagen und alsdann die puess dem gerichtthern phleggern oder richter zusteen und verfolgen sol, und welher thail sich der urtail daselbs beswär, der mag die dinggen fur den Stain in unserm phannhaws zu Hall...

- (67) ただ、裁判場所は通常の固定場所と異なり、森林事件では被疑事件の当該現場に(ан demselben emnd) 設けられた。これは「言むは一種の Augenscheinsbeweis 手続と称せられたり」。

- (68) ...und so der beclagt daselbs verlussig wurd, sol er die costung, was vor dem Stain und in dem gericht daruber ranngen wäre, auch aufrichten und söhl betzalung unserm ambt bemelts unners phannhaws zusteen. 上の「あつた」裁判開始の主導権は森林官が握り森林事件の罰金収入はラント裁判権者に帰属すると言つてのは、中

中央政府森林官の職務とシムント裁判権者の勢力との間の交渉の経緯か。

- (69) Wo aber die Gerichtsherrn phlegier oder richter in eintziehung der straf sawmig erscheinen, wurden wir die hinfür in unserm phannawss einzziehen lassen und vor dem Stain zu rechterfirtigen bevelhen,...
- (70) E. Schmidt. Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965, S. 84, § 68 (Stadtkläger)
- (71) H. Knapp. Das alte Nürnberger Kriminalverfahren bis zur Einführung der Karolina. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 12, 1892, S. 238ff.
- (72) W. Ebel. Der Bürgereid als Geltungsgrund und Gestaltungsprinzip des deutschen mittelalterlichen Stadtrechts, 1958, S. 99ff. (亦「林毅『中世都市法の発根地』」『エーレン中世都市法の研究』二七八頁の紹介を参照)
- (73) 一説にH. His, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, Teil 1, 1920, S. 377ff. (§ 18. Die Strafwendung. I. Voraussetzung der Bestrafung) を参照。
- (74) J. Grimm. Deutsche Rechtsaltertümer, 4. Aufl., II, 1899, S. 640.
- (75) 森林犯罪の経緯とシムント Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 641.
- (76) Mittels-Lieberich. Deutsche Rechtsgeschichte, 14. Aufl., 1976, S. 92. (世界史地誌『エーレン法制史概論』第14版、一七六頁)
- (77) Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 644, Anm. 43.
- (78) 一説にH. G. Landwehr, Gogericht und Rügegericht, ZRG, G. A. 83, 1966, S. 136f. を参照。
- (79) H. Siegel. Das pflichtmäßige Rügen auf den Jahrdängen und sein Verfahren, Sitzungsberichte der österreichischen Akademie der Wissenschaften zu Wien, Bd. 125 (1891) .

二

一 さて先ず一五〇二年森林令第一条前段である。これによればラント裁判官は、領邦の一言吏としての「森林犯罪告発人」を村民の選挙に委ね、自らは単にその同意或は確認に止まるべきであった。領邦君主（政府）は農村共同体の「警察」——「仲間警察」と呼ぶ——の組織・作用を巧みに活用しようとしたのである。すなわち、農村共同体は自治的執行機関の一つに森林役人（Forster）を置き、これが森林犯罪被疑事件の「告発」（Anzeige）を行ってきたのである。伊藤栄教授の次の指摘もここで参照されよう。「農地（に關する争訟）には農地役人の、アルメンの犯罪（をめぐる裁判）には森役人の証言が最も重んぜられた」。この「森役人の証言」行為は「仲間警察」作用の一つである。こうして、村民に「森林犯罪告発人」の選挙が委ねられたのは、一般に領邦君主（政府）が農村共同体の既存の「仲間警察」組織及び作用を高く評価し或は評価せざるを得なかったことに基づくものと思われる。これは「領邦警察」の未發展或は弱体とも関連があろう。これにかんして近世日本の村の場合が参照されよう。すなわち「畑盜」・「山盜」の探索・制裁が農民の手に委ねられたのは、一つは「領主（幕府・各藩）の警察権が「不徹底」であったこと、二つは畑盜・山盜が「農山村に日常生起する事件」であったことによる。こうして以下では先ず（二一五）、森林犯罪の告発を中心とした「仲間警察」の実態が如何なるものかをティロール領邦を含め広く一般的に概観し、次に（六一八）、この「仲間警察」が果して如何なる觀念に支配されていたかを究明したい。

二 先ず、「仲間警察」の実態の概観である。このために先に農村「仲間警察」研究史を見たいが、その前に、都市共同体の「警察」につき極く簡単にふれておきたい。けだし、都市警察は農村警察と同じく元來「仲間警察」の形態であったし、やがてその發展とともに「領邦警察」の形成に大きな影響を与えたからである。

さて、およそ「警察」の起源を中世都市に見て、この都市警察を「市民集団としての自治体」（「市民の自己防衛集団」）に由来したと見るのが、戒能通孝「警察権の歴史と理論」である。これによれば、近世國家に出現した警察

観念には二種類のものであった。第一は、警察は「裁判権の附属物であり」「既発事件の処理を主要任務」とする。それは「裁判所にひきだすべき人を、実力によって追及し、逮捕すること」である。これにたいし第二は、警察は「主として君主・政府の安全を保障する」ため「すべての人に未発のうちに疑いをかける」ものである。それは「ありうべき一切の危険を想定し、その予防のために情報を集め、実力を行使する予防活動」である。これら二種の警察観念の中で前者が、十四世紀イングランドの治安判事制度下において展開し、それは「犯罪によって自己の権利を侵害されたと考える人々が、単独でもしくは協力して被疑者を捕え、これを治安判事の前につきだす」「自治的な警察」であった。中世ドイツ農村で展開したいわゆる *Geichtstolze* は「仲間警察」の一形態としてまさにこれに類するものと言えよう。この「自治的な警察」観念は教授によれば、一〇七〇年カムブレー市における自治権闘争以後のフランス・ドイツの諸都市において「市民の安全を保障」するため「市民がまず『誓約』をたてて」「都市全部またはその一部において警察・裁判の権利を獲得した」ところの都市誓約団体の警察(この代表が「営業警察」・「市場警察」)の観念に遡るものであった。この警察は「都市領主・都市君主のため」でなく「市民のため存在する」と言う意味で、本稿に言う「仲間警察」と呼べるものである。こうして以上教授の所論は、都市警察が「仲間警察」であることを示す点で貴重なものである。しかし他方で次の疑問は打ち消し難い。すなわち、教授によれば十一世紀以降成立し発展していったフランス・ドイツの都市の「自治的な警察」は観念の上で十四世紀以降イングランドの治安判事制度下の警察と連結したが、他方近世国家における他の警察観念は教授によれば「予防警察」であって、これは近世フランス・ドイツに展開した。とすれば、中世のフランス・ドイツ都市の「自治的な警察」は一体中世以降どうなったのか。都市において「自治的な警察」が支配したフランス・ドイツが近世になって何故「予防警察」を生むに至ったのか。これらの点は教授の所論では知ることができない。これは、教授が都市警察の変遷に留意しなかったことに原因がある。こうして、以下で簡単に特にドイツ中世都市警察の変遷にふれておきたい。

都市警察の変遷は、都市が「団体(ゲノッセンシャフト)」「からやがて」「法人(ケルベルシャフト)」「へと移行する」とつゞき「universitas civium〔市民の総体〕と並んでかつその上位に、civitas〔都市〕が、すなわち独立の行為主体としての都市」が出現することと関連する。ここで、戒能教授自身により「警察法の概説として、現在でも一番簡明なもの一つ」と高く評価されたE・レーニングの所論が参照されよう。すなわちレーニングは、中世における警察の担い手が教会・都市・領邦の三者であったとし、このうちとりわけ都市の警察について次のように述べた。「都市が、商工業生活及び「教会に代わって」精神生活の場となり、中心となるにつれて、ますます、都市住民の中に、「他の何びとによつてでなく」都市政庁(Stadtofrigkeit)の手によつてしか充足され得ない様様の必要(Bedürfnisse)が生じてきたのである。都市諸官庁(Behörden)の「警察」活動の最初は、市場における取引の監視及び規制、度量衡の確定、良質で混ぜ物のない食料品の配慮、であった。後代ますます範囲を広げた都市諸官庁の活動は、十五世紀には広範囲に及ぶ立法と行政を生み出していった」。こうしてレーニングによれば、「現代語で『内務行政(imnere Verwaltung)』と称される「組織・作用が「〔中世〕国家ではなくて「〔中世〕都市において「初めて」成立し展開した」のであった。このレーニング所論における都市警察は「自治的な警察」「私的な警察」としては描かれていない。しかも都市警察の「政庁」警察・「官庁」警察としての位置づけ(「組織された警察」)が、都市警察研究上、普通に指摘されてきているところである。この点から見るならば、戒能教授の中世都市「仲間警察」観は確かに注目すべき成果なのである。しかしながら教授は、中世都市警察の変遷に留意せねばならなかった。都市警察は営業警察一つとってみても、確かに都市内部における力関係如何では同業組合もこれを行なうが、他方「都市の諸官職を通じて、より官憲的に行使され」ることもあり、都市諸官職を支配・統制していったのが都市参事会で、これが「都市政庁」となった。こうして、あたかも立法の面で「市民たちの約定(Bürgerinnungen)に代わって参事会立法(Ratsatzungen)」が成立した如く、「仲間警察」に代わって言わば「参事会警察」が形成された。

このような「参事会警察」の一組織が、中世都市の告発専門吏(職業的告発人)であるが、これについては後に述べることになるであろう。

かつてG・フォン・ペロウは、十六世紀「領邦警察」の形成に中世都市警察が「模範的」な働きを果したと述べた⁽¹⁶⁾が、この場合の都市警察の基本的形態は「仲間警察」ではなく、むしろ右述「参事会警察」であったことに注意すべきである。中世都市における「仲間警察」から「参事会警察」への推移の問題は、都市警察制度史研究の今後の論点の一つとなろう。いずれにせよここで注意すべきは、「警察」が(その極く一部分は教会によって担われた点を除けば)都市ではじめて誕生したとされることである。右述E・レーニングは警察の担い手として農村は度外視した。戒能教授も述べる。中世農村においては「まだ必ずしも山林管理〔すなわち共同地利用規制〕その他特定の目的を超えて、農村住民一般に関連する秩序の自主的維持」は村民によって求められず、(「都市では警察は市民；自体的ものになり得た」に反し)「農村では〔警察は〕農民のためのものになり得なかつた」と。確かに都市と比較して本質的にヘルシャフトリッヒに構成された中世農村(「農村の空気は人間を不自由にする」)には、都市におけるとは異なり「警察」の基盤となり得る農村「誓約団体」は形成され難く、誓約は「農村ではともすれば警察の敵」であった。にも拘わらずこう言わなければならない。早期に都市警察の重要な分野を形成した「ギルド内における強力な営業警察」も「特定の目的」(「価格と商品との統制(Beschau)」)を目差さなかつたか。「山林管理」||共同地利用規制も「農村住民一般に関連する」秩序の自主的維持を目的としなかつたか。このようにして、以下中世農村警察を取り上げる契機を見出すのである。そして、それを「仲間警察」と位置づけたい。

三 さて、農村「仲間警察」研究史に移ろう。「仲間警察」の組織・作用の問題は、ヨーロッパないしドイツ農村法史・村落法史研究で比較的早くに取り上げられ、その重要な一部分を形成してきた。例えば、F・フォン・ヴィースは「スイス農村共同体」(一八五二)で「共同の利益を実現するため、法を定立し、法の違反に制裁を科し、警察

を行なう、本當の意味の共同體⁽¹⁸⁾」が、東部スイス(ザンクト・ガレン、テューリッヒ、トゥールガウなど)、ヴァー
 トラント(Waadtland, ローザンヌ地方)、レーティエン(特にエンガーディン)におけるすでに五世紀ないし八世
 紀の「自由村落」に出現したと述べ、法創造・裁判と併んで警察(Ortspolizei)が農村共同體の本質を形成する一要
 素と見た⁽¹⁸⁾。そして、農村警察(Dorfpolizei, Markpolizei)の組織・作用を具体的に描いて見せたのが周知の如く、
 G・L・フォン・マウラー(先ず『マルク・所領・村落・都市制度及び公權力の歴史序説』(一八五四)⁽¹⁹⁾、後にはと
 りわけ『ドイツ村落制度史』全二卷(一八六五—六六)⁽²⁰⁾)そしてフォン・マウラーの研究に大きく依拠したO・ギ
 ルケ(『ドイツ團體法史』(一八六八)第五章「農村共同體」⁽²¹⁾及び『ドイツ社團概念史』(一八七三)第一〇章「マ
 ルク内部の土地にたいする總有權と個別權」⁽²²⁾)であつた。例えばギールケは、マルクゲノッセンシャフトが定期裁判
 集會において、「非訟事件裁判權或は單なる仲裁裁判權に止まらず正規の裁判權及び科刑權・眞の立法權・本來の行
 政及び警察・農村市場及び開市權の〔マルクゲノッセンシャフト〕内外にたいする保護權」を行使したとし、この点
 でフォン・ヴィース以來の所論を繼承し、更に「仲間警察」の一形態としての「仲間態的森林警察」の展開を論じ
 た⁽²³⁾。現在わが國のドイツ農村共同體研究(例えば伊藤榮『ドイツ村落共同體の研究』第五章「ドイツにおける村落の
 自治形態について」)は、「仲間警察」及びこの「仲間警察」の基盤となつた「ゲノッセンシャフト」の実態にかん
 し基本的には依然、以上の諸研究に依拠している⁽²⁶⁾。これにたいし、ギールケ『ドイツ團體法史』で展開された「ゲノ
 ッセンシャフト」概念を批判したのがK・S・バーダー『ドルフゲノッセンシャフトとドルフゲマインデ』(『中世
 村落法史研究』第二卷。一九六二)であつた。すなわちバーダー教授は次の如く述べるのである。「ギールケがゲノ
 ッセンシャフトの下に果たして何を理解しているかを探つてみると、彼の「ゲノッセンシャフト」思想の持つ途轍も
 無い一面性(großartige Einseitigkeit)が明らかとなる。つまりこうである。ギールケにとつてゲノッセンシャフ
 トとは、人的團體(persönlicher Verband)の中において平和と自由の内に生きる、「ゲノッセ」の權利を意味し

た。しかし読者は、単に見せかけに過ぎないこのような集団主義的觀念に騙されてはならない。けだし「右のゲノッセンシャフト概念に」働く思想こそは個人主義の最たるものだからである。個別的には如何に彼が「ゲノッセンシャフトにおいて展開した」社会的義務を強調しておろうとも、そこで問題となっているのはあくまでも個体 (Individuum) の権利であり、当事者の契約意思に基づいて結成される団体 (gewillkürter Verband) の中において生きる個人 (Einzelmenschen) の権利である」。このようなギールケ批判の根底になっているのは、ギールケを「社団の概念及び社団理論の体系を獲得しようとするために、法以外の諸基礎や諸背景を考察に加えない」法実証主義者とするバーダー教授の觀察である。かくして教授は「仲間態」研究においては「概念的なものから演繹をする方法ではなくて、個別的諸現象から概念を導く方法」が必要であるとし次のように言う。「経済的及び社会的諸事実がゲノッセンシャフト〔の形成〕を招来するのである。こうしてわれわれは、史料に表われた用語を道具にしてそれ〔ゲノッセンシャフト〕を説明する。最初にあるのは言葉で概念ではない」。以上におけるバーダー教授のギールケ批判の適否に立ち入るのは、ここでは差し控えざるを得ないが、「最初にあるのは言葉で概念ではない」の指摘は曠み締められるべきものかもしれない。とは言うものこの中で次のことを述べておきたい。バーダー教授は、別著「中世村落における不動産利用の法的諸形態および諸層」(『中世村落法史研究』第三巻、一九七三)においては盛んに、中世の土地利用における個人利用と集団利用との対立、或は、同じく共同地利用における利用権者個々の利己的利害と村落共同体^{ドムルゲマインダー}或はその他の団体(例えばマルクゲノッセンシャフト)の集団利害との衝突²⁹、に論及する。この点でギールケ批判との関係からバーダー教授の所論に或る疑問が生ずるのである。これは、本節八で取り上げることになる。

四 次に「仲間警察」の実態の概観及び「森林犯罪告発人」とのかかわりの問題である。フォン・マウラーは右述『ドイツ村落制度史』全二巻で農村「仲間警察」の様な形態を紹介したが、特に重要なのは当然耕地警察 (Feldpolizei)・森林警察 (Forstpolizei) である。前者は多かれ少なかれ共同耕地を持つ農村共同体に展開し、後者はこれ

に加えて、共同地を持つ散居の共同体にも行なわれた。この両警察は、共同耕地及び共同地にかかわる「告発事項」(rughbare dinge)——例えば、共同耕地にかんしては隣接耕地の鋤き削り、共同地にかんしては濫墾・濫伐、など——を告発者が定期・不定期の裁判集会において或は村長等村役人にたいし、「告発する」(ruegen, anzeigen, anmelden)形態で展開した。告発者になったのは、村民(裁判集会出席者)一般、村民一般と村役人(村長や判決発見人)一般、村役人のみ、特に森林・耕地役人(waldpürger, forster, banwartなど)が国近世村落の「野廻り番」などである。彼らは一般に告発を義務づけられていた。告発義務は時の経過と共に、村民から諸村役人に移った。最終的にはそれは森林・耕地役人(これを「野番」と呼んでおこう)に負わされていったのが通常と思われる。こうして森林・耕地にかかわった犯罪の告発(無論これに至る森林巡視・耕地監視)はほとんどもっぱらこの「野番」に委ねられた。告発を行なう者が時とともに推移したのは、農村共同体において組織の分化・職務の分業が起こったことによるし、更に、告発義務が村民一般・村役人一般に止まるのではなくその実際の行使——しかも適正・衡平な——が期待できず、専門職の設置が望まれたことによると思われる。

「野番」(とりわけ Forster の名で呼ばれる)は農村共同体の組織(裁判集会和各種執行機関)の中では比較的下位の職務であった(下級村役人)が、元来は、特に自己の権益維持に敏感であった聖界の土地領主或は荘園団体の下の組織として誕生したものであった。こうして「マイエル職(Meierschaft)が「荘園団体の」仲間から、牧人・野番、村の警固番・鐘つき番を選出したのである。現に「野番」はすでにフランク時代聖界領主の下で、森林監視ないし森林犯罪告発の職務に就いており、亦、十三世紀の一聖界史料は「野番」(forestarius, qui dicitur wilforstere)が告発にあたったことを報じる。やがて自治的な農村共同体の形成とともに「野番」職は、村民自身によって選出されるに至り、農村共同体の一執行機関と位置づけられた(この「野番」職の中に、農村共同体が「経済統制団体」(ウェーバー)であったことをはっきり見てとれる)。こうなると、「野番」の職務が村民の経済生活(共

同耕地・共同地の利用)に大きな影響を持つとする自覚下に村民は、「野番」の「不法な職務行為」——例えば衡平を欠く告発——にたいし彼を処罰するようになった。⁽⁴⁵⁾この点は、日本近世村落の「野廻り番」について或る村法が「野廻り番の者油断仕候へは為科料銭二百文可申付事」と定めるのとはば軌を一にする。ところで、「野番」はその職務の故に特に保有地 (vorsterhen)・穀束 (vorstergerben) を得る場合もあり、「野番穀束」は村民が、「野番保有地」はヘルが与えた。⁽⁴⁷⁾これによれば、村民による「野番」職設置は、土地領主或は裁判領主の利害と密接にかかわっていた⁽⁴⁸⁾(けだし、領主は共同地を村民とともに利用していた)ことがわかる。この点の別の事例としては更に、「ハルヴィル家支配領の国制史経済史研究」(一九五二)の中でJ・J・ジークリストが、同家支配領に所屬の諸村落における常置の村役人の中で「野番」(十四世紀に Forster の名で登場)は最古のものであり、しかも「野番」の職は同家主宰の裁判所の裁判廷丁 (Gerichtswelbel) 裁判集會召集吏・判決執行吏) 職と常に結びつき、両職は後代十七世紀末に初めて分離し、村民は新たに森林・耕地役人 (Holzwelbel, Baumwart) を選出したと指摘する⁽⁴⁹⁾のが参照されよう。このように、「野番」職の中にわれわれはゲノッセンシャフトとヘルシャフトとの共通利害の(しかも長期間に及ぶ)担い手の一人を見ることが出来る。そしてこの点がはからずも、ティロール一五〇二年森林令第一条前段における「森林犯罪告発人」設置の性格、すなわちゲノッセンシャフトによる選出とヘルシャフトによる同意との二重性格を知るのに示唆を与える。つまり「森林犯罪告発人」は、村民と領邦君主(政府)との利害が共同地森林利用規制にかんし一致することで設置されたものと解し得るのである。しかもこれは、領邦政府の方が既成の森林「仲間警察」——「野番」——を巧みに活用することによってなのである。

ところでこのように見てくると、「野番」をこれまでティロール領邦に限定せず比較的一般的に述べてきたのが、ここで、一五〇二年森林令の「森林犯罪告発人」設置と「野番」とのかかわりを、既存「野番」の実態を論点に当領邦について探らざるを得なくなる。しかも一五〇二年森林令が対象としたイン溪谷地域(つまり北ティロール)にお

ける既存の「野番」の実態が当面問題である。ところがこれが極めて困難な問題なのである。すなわち南ティロールについては、例えば一三八〇年の文書⁽⁵⁶⁾・一四七一年の文書⁽⁵⁷⁾が各々「野番」(forsner, holzpürgen)に言及し、北ティロールにおいても確かに一五〇二年以後については「野番」が知られるが、一五〇二年以前の北ティロールにおける「野番」のはっきりした存在については、残念ながら手もちの判告文書史料ではほとんど確定できないのである。では本当に一五〇二年以前の北ティロールに「野番」が設けられていなかったか。もしおよそ「野番」が存在しないとすれば、「森林犯罪告発人」の設置は全く新しい試みとなる。しかるにその蓋然性は極めて小だと言わざるを得ない。けだし、北ティロールの農村共同体の一組織として「野番」が一五〇二年以前に置かれなかったとはとても考えられないことだからである。この点を仮に譲り形式的な「野番」の不設置を容認したとしても、実質上「野番」職に相当する職務にあたった村役人は存したと思われるのである。そしてこの点を明らかにしてくる極めて貴重な文書が、一四一一年の判告文書(北ティロール・シュタイナッハSteinach 裁判区所属トリンズ(Trins)村で作製)である。当文書作製の経緯は、文書の前文に明らかであり、これに本稿の問題も関係する。これによれば、シュタイナッハ・ラント裁判所裁判官 Friedrich der Snieherのもとにトリンズ村の村長 Fride der Tost が代弁人と共に訪れ彼に次のことを依頼した。裁判集会を開催し、そこで先ずトリンズ村における古来の良き慣習と法が果たして何であり、次に「dorfmäister, Ironpoten, ezzhai 及び rüger」の各村役人に果たしてどのような古来の良き慣習と法が帰属すると信じられるものかを裁判集会出席者に質問し、次に、彼はそこで発見された慣習と法を文書に認め印章を吊すようにと。これを受けてラント裁判官は裁判集会を主宰し、集会出席者の中で村の古老・評判のよい人間十五人にたいし、村の慣習と法を問うた。以上より当面の問題は右に見えた村役人の中で ezzhai と rüger とである。このうち ezzhai は、共同耕地の垣を検査し、牧草地を監視し、家畜を見張った(この点では牧人と絶えず接触を保った)番人であり、まさに「野番」職の一部を管掌したのである。こうして見ると rüger が、村の耕地、森林、そ

の他の事項にかかわる被疑事件の告発をも行なう番人として、「野番」職に相当したものと云える。後代も両者は似通った職務の村役人として姿を見せた。⁽⁶⁷⁾ ここには形式的な「野番」の存在すら認められるようである。これはともかく、実質上「野番」職に相当する職務にあたった村役人がいたことはほぼ疑いがない。このように見れば少なくともトリンス村にとっては、一五〇二年森林令における「森林犯罪告発人」の設置は実質の上で決して突然の、全く新たな出来事ではなかつたと言える。トリンス村における事情は、前述の如く筆者手もとの判告史料では差し当って証明できないが、一五〇二年以前イン渓谷地域(北ティロール)の諸農村共同体においても多かれ少なかれ存したのではなかるうか。では、農村共同体における現実がこうであったとき、「森林犯罪告発人」の職の設置は如何なる意味を持ったか。それは第一に、イン渓谷地域農村共同体に「部落」単位で共同地森林監視官職の設置が、領邦君主(ないし政府)によって義務づけられたこと、第二に同職は、農村共同体における従来の比較的広い職務範囲をもつ「野番」(Forster)とは異なり、共同地森林のみを管掌した森林専門吏であったこと、第三に同職は、イン渓谷すべての農村共同体に設けられるべきであったこと、第四に同職は、森林令で定められた森林犯罪にかんする被疑事件につき告発を命ぜられた(「告発」専門官)こと、第五に同職によるこの告発は、農村共同体にでなく領邦君主(ないし政府)直属の森林官に向かって行なうべきであったことである。以上述べたところから、一五〇二年当時に於ける、農村共同体の古「野番」職(ないしこれに相当する職)と新「森林犯罪告発人」職とのかわりがどうであったかは明らかとなったであろう。その後、古「野番」職の中の森林役人の職務は「森林犯罪告発人」職に多かれ少なかれ吸収されていったと思われる。そして、一五〇二年森林令(言わば、ティロール領邦森林基本法)に基づき、農村共同体の村規則・森林規則で、森林官に告発を行なう森林監視人(「告発権をもつ森林保安官」)が設けられていったことは既述(第一節一)の通りである。

五 ところで、以上は、農村「仲間警察」の一形態であった耕地警察・森林警察(「野番」)の実態の概観と、併

せてこれと「森林犯罪告発人」との関連を見てきたが、実は、「森林犯罪告発人」の設置が領邦政府における「官憲思想」の現われとすると、これとの関連で叙述される「仲間警察」(その一つである「野番」)の問題はその個々の形態を論及することで済まされ得るはずもなく、今やわれわれは、「仲間警察」の基盤となっていたものに眼を向けるときに達したのである。一五〇二年森林令における「森林犯罪告発人」の歴史的意義は、この「仲間警察」の基盤を明らかにすることによってこそ、充分に考察できると思われるのである。筆者は中世ティロール(そしてそれを一部として含む中世ドイツ語圏域)における「仲間警察」(そして「野番」)の個々の形態及び実態については、前述の如く極く簡単にしか取り上げ得なかったが、それは第一に、「仲間警察」研究は現在迄基本的にはフォン・マウラーやギールケの所論以上にさほど進展しておらず大方は両者の研究を参照することで済み、ことさら個個に叙述の必要はないこと、第二に——これが当面重要なのだが——、「仲間警察」の個々の形態の描写に多くの紙面を費やすよりむしろ、「仲間警察」の基盤自体の問題に眼を向ける方が、「森林犯罪告発人」の意義を究明する上に肝要であることによる。「仲間警察」の基盤とは「ゲノッセンシャフト」の原理である。以下ではこれを叙述したい。その場合、とりたてて中世ティロール或は中世ドイツ諸邦の諸素材を列挙し事例でもって敷衍することはしない。ただせいぜいティロールの一事例を踏まえることで始めたい。それは、先の一四一一年トリンス村の判告文書に見えるものである。すなわち、ラント裁判官 Friedrich der Snieher の質問に応じトリンス村の古老等十五人は一致して、村の現在に至る古き法を判告したが、その中で次のように述べられた。「亦、次のことは彼ら〔トリンス村の古老等十五人〕にとって〔同村の良き古き慣習と法であると〕信じられるものである (ist in ze glauben)。〔すなわち、〕彼ら〔dorfmaister, fronpoten, ezzhai, rüger 各人〕は、どこかある処で、〔作物などに〕害を加えつつある家畜を発見するときは、それ〔家畜〕を差し押え、或はその〔家畜が害を加えつつある〕ことを、裁判所〔ないし裁判区〕の名にないて告発する (von gericht's wegen rügen) ことである⁽⁵⁾。この村長を含め村役人たちによる告

発行為は、南、テ、イ、ロ、ール地域では通常定期ラント裁判集会において「判決発見人」(atschwaren)の職にある者が「弾劾宣誓人」となって行なった。ここでザクセンシュピールラント法 I 2 § 4 に述べられた「村長 (burmeister)」の職務が参照される。彼はゴーク裁判集会及びフォークト裁判集会において、これら集会に欠席した集会出席義務者及び特定の刑事事件で告訴者のいない事件を告発 (würgen) すべきであったのである。⁶⁷⁾ これら村役人による告発が、農村共同体の名において起こったことは、疑いが無い。トリンス村役人が「裁判所 (ないし裁判区)」の名において「告発を行なった場合も変わりはない。ただし、テイロール農村共同体は既述の如くラント裁判所団体であった。亦、ラント裁判官と絶えず交渉をもった。この意味で一農村共同体は確かに一つの Gericht であつたのだ。しかし、その実質は (テイロール中世農村史料で特に頻出する) nachbarschaft であり、しかも「土地保有者たちの特定の人的範囲」だった。そして、村役人が農村共同体の名において告発を行なったと同時に、時として村民すべてが告発に携わつたこともある。否元来は村役人でなく村民一般が告発を行なったのである。⁶⁸⁾ ここで G・ラントヴェールが、ザクセンのゴーク裁判所は「第一義的に、人民による告訴 (すなわち告発) が行なわれた告発裁判所 (Ritgegericht mit Volksklage)」であり、十四世紀になつても人民法的性格を担つたと指摘したのが参照される。では、村役人は農村共同体の名において告発を行なったのにたいして村民は何の名においてこれに携わつたか。これを考えるのに素材を提供してくれるのが再びザクセンシュピールラント法 III 2 § 1 に述べられた、「何人かが彼の村民仲間のの共有地を鋤き削るか耕すか或は垣で囲い込んだ場合、彼がそのゆえに村長の前に告発され或は告訴されるならば、彼はそのゆえに三シリングの罰金を支払わねばならない」の文言である。ここには、共同地損傷事件が「村長」によつてではなくてもっぱら村民一般 (「村民仲間 (Gehure) 」すなわち「隣人 (Nachbar) 」によつて告訴された (G・ラントヴェール教授指摘の「人民告発」 Volksklage) ことから、比較的古い法状態が窺える。共同地損傷者はこの「村民仲間」 (「隣人」) から告発され或は告訴されたが、このとき告発者或は告訴者は「村民仲間」 (「隣人」)

の名において、告発或は告訴に携わったことになる。換言すれば、「村民仲間」（「隣人」）が「村民仲間」（「隣人」）の名において告発或は告訴を行なったのである。これは次のことを指すものに他ならない。すなわち、告発者或は告訴者は、共同地損傷者の「村民仲間」（「隣人」）としてまさに自己の名において、共同地損傷者を告発・告訴した。これが、共同地損傷者は村長に「告発され或は告訴される」の意味と言える。すなわち村民は、あたかも自己の身体が損傷を受けた如く、共同地が被った損害について自己を直接の被害者と感じ取ったのである。これがゆえに村民は共同地損傷者にたいし自己の名において訴えを起こした。このことの中にまさしく「ゲノッセンシャフト」の原理が働いていた。以下はこれを敷衍したのである。

六 こうして、農村「仲間警察」を支配した観念の問題に移った。ここでは仲間「警察」ではなく「仲間」警察を支配した観念が重要である。ただし第一に、農村共同体は当初から一箇の「ゲノッセンシャフト」——以下これを「仲間態」と訳す——であったがゆえに、「仲間警察」は「仲間態」の秩序の維持を目差す・農村共同体の「行政」組織・作用と捉え得る（「行政」と同じく農村共同体の「法創造」・「法発見」は言わば「仲間立法」・「仲間裁判」であり、後述の如く「行政」とともに「仲間態」秩序の維持・保証を目差す）とするならば、第二に、「仲間態」を「その構成員（Mitglieder）が志向する、宗教的・文化的・経済的・社会的・法的・政治的諸目的を果たすための人的団体」と見、亦、それを「全構成員による集会機関と（一部構成員から成る）執行諸機関」との中に求め得るとするならば、「仲間警察」を支配した観念の解明は畢竟「仲間態」の構成員に「仲間」（「ゲノッセ」）を支配した観念の解明を指すことになるからである。こうして、「仲間」を支配した観念の究明に進むこととなったが、その前に当然、「仲間」の意味を明らかにしておかねばなるまい。

さて、「仲間」は一応外面的と内面的との二重の意味を持つと言える。先ず外面的の意味である。これは、「仲間」とは「外人」（Ausmärker）にたいし閉ざされた或る人的範囲（この場合無論、「仲間」が「空間的な意味で村落に

『居住』したすべての者」ではない。⁽⁶⁶⁾ 村落には「仲間」と併んで「外人」が住んだ」とするものである。⁽⁶⁶⁾ この意味に「仲間」を捉える仕方とはわが国でも屢々見受けられる。例えば、共同体成員相互の「形式的平等」(大塚久雄教授⁽⁷⁰⁾)、「仲間の内に対しては一応平等の原則をもった身分的個人主義いわゆる Ständeindividualismus」(仁井田陞教授⁽⁷¹⁾)、共同体内部に展開した「伝統的な特定生活水準の均等・均質性」(住谷一彦教授⁽⁷²⁾)、共同体の「仲間の平等性」・「仲間の連帯性」(江守五夫教授⁽⁷³⁾)などは一見して、「仲間」を内面的意味に捉えたもののようだが、実際はすべて、「仲間」を外面的意味に捉えたものだ。すなわちそれらは、「仲間」≠非「外人」(≠「共同体の『構成員』として承認されていた者」⁽⁷⁴⁾)。無論本稿では、或る人間(「外人」)が「仲間」と承認されるのに如何なる手続を要するものかは一切問わない)を言い替えたに他ならない。すなわち「仲間」が平等であるのは、平等であるがゆえに「仲間」なのでなく、「仲間」であるがゆえに平等なのだ。「平等」は、「仲間」であることに不可避的に伴なう一効果であり、「仲間」それ自体を形成するものではない。⁽⁷⁵⁾ 換言すれば理論上不平等な「仲間」はいないのである。このように見れば「仲間」の意味はその内面的意味を明らかにしてはじめて得られることがわかる。以下これを究明したい。その際筆者に手がかりを与えてくれるのが、K・S・バーダー『ドルフゲノッセンシャフトとドルフゲマインデ』における所論である。

バーダー教授は、同著第一章「ゲノッセンシャフトとゲマインデ」において「ゲノッセ」(genos, genossame)及び「ゲマインデ」(gemein, gemeinde)の語義的説明を行なう。genos とは「他の人間と一緒に(物を)利用しこれによって利益を享受する人間」(der Mitnutzende-Mitnießende)である。したがって「ドルフゲノッセンシャフト」は「多数村民の隣人共同態(nachbarliches Miteinander)」の意味で用いる。「ドルフゲノッセンシャフト」は共同地(これは聚村の場合、聚村内共同地——広場・道路など——と聚村外共同地——森林・放牧地など——に分けられる)の利用の中に現われる。⁽⁷⁶⁾ これにたいし、gemein は「あらゆる形態の人的結合(Personenver-

bindungen)」。 「人間相互間における交流 (Austausch)」を指し、したがって「ドルフゲマインデ」は「土地の共同利用 (Gemeinnutz) の権利以上の諸権力を要求し、且つ(要求するに止まらず)事実上もそれを行使する・聚村に根を下ろす・(人間の) 結合体 (Verband)」の意味で用いると(77)。そして、バーダー教授は「ドルフゲノッセンシャフト」と「ドルフゲマインデ」を同義語としてでなく一つの發展を示すものとして捉えようとする。この發展とは前者において展開した「総手的・仲間態の諸形態」(すなわちわが国で言う「村中入会」団体、及び、「村々入会」団体)といゆる「マルクゲノッセンシャフト」、なる共同地利用諸団体)から、後者に見られる「社会的・法人的諸形態」への不可避的な移行である。無論「ドルフゲノッセンシャフト」と「ドルフゲマインデ」とは「ドルフ」において共存する。バーダー教授は「ドルフゲノッセンシャフト」を「共同地 (Gemeingut) の管理人」と呼ぶが、ここでは「ドルフゲノッセンシャフト」は「ドルフゲマインデ」の「家政 (Haushalt)」の担い手の一員を意味した。(78)

本稿はバーダー教授の以上の所論に依拠して、「仲間」は一つの土地を他の人間と一緒に利用する人間(「土地に」総手的に関与する共同ゲヴェーレ保持者 (Mitgewere))とし(そして「仲間態」は一つの土地を人間が他の人間と一緒に利用する共同ゲヴェーレ保持者 (Mitgewere))とし(そして「仲間態」は一つの土地を人間が、本稿は共同地、それも森林そのうちで(禁制林 penwälden・官有林 amtsplan (鉱業林 perckwald)・城館付属森林 burckwalden など)に区別される)共同地森林 gemaynen wälden und holtzern を当面問題とする。ここで次の三点に注意したい。先ず第一に、「共同地」と「仲間」とのかかわりにつき概言したい。元來共同地の利用は、「共同地」のゆえ「仲間」で利用すると言うのではなかった。人間が他の人間と一緒に利用した一つの土地・人間が他の人間と一緒に利用して外人の利用を防御した一つの土地が「共同地」となったのである。しかるに「仲間」の態様(仲間態)の下に客体として利用された土地に、時の経過とともに「仲間」的利用関係が結び付き根を下ろし、この土地が今や主体となり、独立の権利義務の担い手の地位を取得した。こうして「共同地」が誕生したのであ

る。こうなると今度は、「共同地」の利用者は「仲間」と観念された。本稿が当面取り扱かう時期は共同地の利用についてこのような言わば逆転した時代である。「共同地」が以上の歴史を持った点は注意したい。次に第二に、「仲間」と「農村共同体」との関係について述べたい。先ず「仲間」の態様は、「農村共同体」が法的事實的に主張し行使する、法創造（「判告法」の決定・「恣意法」¹¹「仲間法」の制定）・「行政」（¹²「警察」）・法発見（科刑）の三権力（特に「警察」の組織・作用）を通して保たれた。ここでは、「警察」は「仲間」の衡平な土地利用の貫徹及び「外人」の土地利用にたいする防衛を旨とした。次に「農村共同体」は一方で法創造・行政・法発見に携わり、他方で土地利用にあたった。したがって、「土地利用」は「農村共同体」生活における一面に過ぎなかつたのだが、元來「土地利用」に現われた「仲間」の態様こそが「農村共同体」を構成する要素であつた。この「農村共同体」は次第に法創造・行政・法発見の三権力を取得したが、これらの端緒は、「土地利用」を保証するため、「仲間」内及び「仲間」外にたいし使われた規制手段なのであつた。しかるに農村生活が発展するとともに、「三権力」は「土地利用」の規制に止まらず、農村生活における他の面（例えば租税の徴収とか殺人などの犯罪の処断とか）に必要となつた。「農村共同体」が三権力を法的・事實的に主張し・行使するに及んで、それは「土地利用」に依拠した「仲間態」の性格を変え、バーダー教授所論の「ゲマインデ」（とりわけ「ドルフゲマインデ」）へと変転する。しかし「ゲマインデ」は「ゲノッセンシャフト」の性格を喪失してしまつたのでは決してない。すなわち「ゲマインデ」の持つ「ゲノッセンシャフト」的の性格は、「土地利用」なかんずく「共同地」に現われた。最後に第三に、「仲間」と「仲間態」との関係について一言述べたい。「仲間態（ゲノッセンシャフト）」の本質は、その内部的諸関係においては、広範囲に「仲間」の「総手的関係」によって決定される¹³がゆえに、問題の中心は「仲間態」でなく「仲間」自身にこそある。

七 さていよいよ「仲間」を支配した観念の問題である。筆者はこれを「損害の衡平分配」（gerechte Schaden-

sverteilung) に求めたい。これはバーダー教授の所論に知られるものである。教授がこれを如何なる脈絡内で述べたかを多少長くはなるが労を厭わず紹介したい。それはこうである。村民がヘルシャフトとのかかわりで一人ひとり個別的に取り扱われるときでも、村そのものはその人的基礎から見て一つの均質的な仲間態的団体であった。しかも、村では従属原理でなく対等原理が目差された。他面村内の村民仲間でも或る者は「優越者」であり或る者は「劣勢者」であった。例えば、二〇頭の牛を放牧させ得る豪農は、二頭の貧弱な牝牛を牧人に委ねる二分の一農・四分の一農と比べて、社会的地位の点で村内で重きを成した。「しかし、村全体として見たとき〔このような豪農と小農の〕両者は〔村の〕仲間であった。確かに豪農の方がどちらかと言えば〔諸村役人の中でも〕村長職を引き受け、小農(Haus-
[6])は村の使い走り、村の警固番、牧人或は野番〔などの下級〕の職務に就き、〔豪農が就任する村長職に〕奉仕をする立場にあった。〔しかしこの場合〕後述するように村民は、〔村長職の如き無報酬の〕名誉職・上級職よりもむしろ、下級職ではあるが特定の報酬と結び附いた〔前記の如き〕職務に就任する方を望んだ。しかもこれが決して稀ではなかった。〔このように豪農が名誉職に、小農が報酬職に就任するのは村内において〕或る種の均衡(Ausgleich)が形づくられていることを示すものである。〔まさに〕この均衡のあることが、たとえ村民個人の間で充足度或は困窮度が様様であったとしても、村の生活を村民にとって堪えうるものにする。同時にこのような均衡は損害の衡平分則とも一致する⁽⁸³⁾。すなわち「村役人職が様様に分化したのは、村において支配した・損害の衡平分則・原則の少なくとも附随的な効果の一つであった⁽⁸⁴⁾」。ところで「損害の衡平分則」とは、「土地の利用」特に共同地の利用において村民の或る者のみが利益を享受し或る者のみが損害を被ると言うことのない⁽⁸⁵⁾ことを指す。「損害の衡平分則」は、すでにギールケも指摘した通り、共同地の利用において、「各仲間〔共同体構成員〕は常に、自分の同意なしには、彼の仲間ないし彼と同階層の仲間よりも不利益な取扱を共同体から受け⁽⁸⁵⁾ない権利をもった⁽⁸⁵⁾ところに現われたが、近世日本の村落にも知られ、信濃国八重原村三部落の分水慎行を記した享保二年(一七一九)「三箇用水証

文」に次の如く述べられて⁽⁸⁶⁾いる。「若旱魃之節に当り荒れ御座候はば三ヶ応反歩荒む可申候」。「旱損申候はば三ヶ立会見分相談の上ならし可申候事」。ここには、旱魃の際に用水被害を八重原村三部落各々の反別に応じて衡平に三部落に「ならし」たことがわかる。ところで、何が損害を被ったのか。これにつき、バーダー教授は次のように述べ⁽⁸⁷⁾る。「ドルフゲノッセンシャフト」は、「各〔共同地〕利用権者が自己に与えられた〔共同地〕利用についての持ち分を〔勝手に〕増やし、〔利用権者仲間の〕全体(Gesamtheit [der Genossen])に損害を与えない」ように警戒した。村民の行為によって損害を被ったのは村民仲間の「全体」であった。更にバーダー教授は、「ドルフゲマインデ」の任務の他の一つとして「〔共同地〕地盤(Substanz)を無傷のまま維持する」ことを挙げた。この場では、バーダー教授の右述諸見解を紹介するだけに止めたい。ただ後の行論のため以下のことは指摘しておきたい。教授の所論は、「組合員〔共同地利用権者〕は一方に於て総体として Allmende の処分を為し、之が利用方法を定め…る等の単一的総体権 (einheitliches Gesamtrecht) を行使し、他方に於ては組合員として単独に、Allmende を自家の経済の爲めに利用するの特別権 (mitgliederschattliche Sonderrechte) を享有して居⁽⁸⁸⁾」たとみる見方、「毛上の利用権は各村民に帰属してゐた。…ところが…地盤の処分権は全村民が共同して享有し、共同して行使してゐた⁽⁸⁹⁾」とみる見方を含んでいないか。そしてこれらの見方は、共同地について共同体の「個々の構成員の私的な持分のほかに、共同体そのものの権利が独立のものとして存在する⁽⁹⁰⁾」との観念を基礎にするものではないか。

「損害の衡平分配」はバーダー教授の中世村落法史研究において、「ドルフゲマインデ」の成立をめぐる「競合支配制」(Kondominat)⁽⁹¹⁾と併んで、「ドルフゲノッセンシャフト」・「ドルフゲマインデ」の構造論の柱であった。それは、教授の旧稿「中世農村における通路権——南ドイツの場合——」(一九三五)⁽⁹²⁾で恐らく最初に展開されたものである。この論文で教授は「損害の衡平分配」を示す諸事例を挙げた。ここで次の三例を紹介したい。(a)ザルツブルク市北、バイエルン大公領裁判区 Witzhut の判告法(年代不詳)。「下肥を〔運搬車で〕運ぼうとするとき、自

分自身の所有地の上を通過して当該の土地へ行くことのできない者は、彼の隣人の土地の上を行くことが許される。しかし「そのときその隣人の土地と別の隣人の土地の」二つの土地が隣接する場合は、彼は「両方の土地」境界の上にある *reunagel* (*Reinagel*)⁽⁹³⁾ を標準にして「車の棍棒をとって」進み続けるべし。それによって彼は、一方の車輪を向こう側「の隣人の土地」に、そしてそれからもう一方の車輪をこちら側「の隣人の土地」に「それぞれ」置いて「隣人の土地を」通ることとなり、こうすることによって彼は、一度に一方の隣人にも突き当たり損害を負わずことにならなくなるのである」⁽⁹⁴⁾。(b) *Kalern* 裁判区(南ティロール)の判告法(一四五八)。「耕地の中の通路。二人の隣人の土地——耕地であろうが牧草地であろうが——が相接している場合に、そこに車輪が通るとき、車輪は両方の土地の上に同時に進まねばならない。一方の隣人又は両方の隣人がそれ「と別のこと」について証人又は文書を所持したときは、この限りではない。「そのような場合には」証人又は文書は、*Kalern* 村の村長、村地区の長及び判決発見人の面前に持ち出され聴取されるべし」⁽⁹⁵⁾。(c) ザルツブルク大司教領 *Raschenberg* 裁判区の判告法(一六七二)。「質問。：或る者が下肥を運ぶため及び他の必要のため彼の隣人の土地の上を進まねばならない場合は、どのようにになされるべきであるか。：判告。：彼が道路から車で彼の土地へ行く場合に、他の「隣人の」二つの土地の上を通過して進まなければならぬときは、彼は、「その二つの土地の間の」境界地条の真中に車の轆をとって進むべし。これによって彼は一方の土地の上のみを通らなくて済む。「そしてこれによって一方の土地のみに損害を与えずに済む」⁽⁹⁶⁾」。以上、通路利用(「耕地の中の通路」の利用)における「損害の衡平分配」は一見して明らかのように、通行のため他人の土地に損害を与えざるを得ない事態が発生したときに隣接地の場合、一方の土地のみに全部の損害を負わせてはならない点に現われている。ここで次の二点を指摘しておきたい。第一に、「耕地の中の通路」利用にかんし「損害の衡平分配」が生じたのは、多かれ少なかれ混在耕地(共同耕地)を持った中世農村においては村を結び附ける道路は格別として、村内道路(「農道」)が道路として明確に他の土地から区別されていないことに

よつた⁽⁹⁷⁾。村内道路は「耕地とは全く分離されてしまっているのではなく耕地全体との関連を失わなかった⁽⁹⁸⁾」のである。第二に——これが当面重要だが——、右述諸例より推察できるように、通行によって損害を被ったのは耕地であつた。すなわち「損害の衡平分配」を請求する村民（「隣人」）の権利が、耕地に附着しそこに根を下ろしてしまい、土地自体が独立の権利義務の主体となり（いわゆる権利の「不動産化」現象^(99a)）、したがって土地自体が損害を被るものとされ、土地自体が「損害の衡平分配」を請求するものと見なされた。

バーダー教授が「損害の衡平分配」の具体的事例を挙げたのは、もっぱら以上のごとき通路利用にかんしてのみである。他方教授が「村において支配した・損害の衡平分配・原則」と述べる以上、教授は「土地の利用」以外の農村生活にも同原則が適用されたものと見るようだが、諸村役人職について以外他の事例は特に挙げていない。これはともかく、ただ、一つ言えるのは、「損害の衡平分配」は元来「土地の利用」について成立したが、時とともに他の農村生活に及んだ点である。それが先ず共同耕地について誕生したことはウェーバーの指摘⁽⁹⁹⁾以降⁽⁹⁹⁾が国においてもしばしば紹介されてきた⁽¹⁰⁰⁾。それが共同耕地において更に具体的に如何に展開したかは、夥しい数の判告文書や村規則文書を丹念に読み進むうちにわかるかもしれない。この点では共同地の場合も事情は同じである。しかし本稿では具体的適用例はこれ以上ふれない⁽¹⁰¹⁾。以下では、当面の対象である共同地——以下一応共同地森林のみを念頭に置く——と「損害の衡平分配」観念とのかかわりを中心にそこに含まれる基本的諸問題のみを、バーダー教授の所論に一疑問を提示することで指摘したい。これに進む前にバーダー教授の所論の要点のみを簡単に紹介しておく。教授は「中世村落における不動産利用の法的諸形態と諸層」で述べる。「共同地の不適当な経営——これは、なかならず森林放牧地を無用に拡大することで生じた——にたいする苦情は、中世に止まらず十九世紀に至るまで絶え間なく続いた」。こうして「共同地の担った歴史は広範囲にわたって、共同地廃止或は共同地分割の歴史である。けだし繰り返し繰り返し、個々の共同地利用権者の利己的諸利害がドルフゲマインデ或はその他（ドルフゲノッセンシャフトやマルクゲノ

ッセンシャフトなど」の利用団体の集団利害と衝突したからである」⁽⁹²⁾。こうして教授によれば、共同地のほぼ全歴史は言わば共同地受難史・共同地被害史であった。特に濫墾 (Übernutzung) はこの中の大きな割合を占めた。とすれば、共同地利用における「仲間」態様の維持を旨とする中世農村警察の活動には思い半ばに過ぎるものがあるろう。以下では右述バーダー教授の所論から三論点を取り出し、「仲間」(ないし「仲間態」)・「仲間警察」の担った歴史的意義をこれによって一層鮮明なものにしておきたい。

八 第一は、共同地利用権者個人の「利己的利害」(egoistische Interessen) の問題である。⁽⁹³⁾ 各利用権者が共同地にたいして「利己的な利害」を持ったとすれば、それは、各利用権者が共同地を「自家の必要」(「自家の経済」)⁽⁹⁴⁾ に即して (nach all ihren nothdurft, zu ihrer hausnotdurft) 利用したことからくるものに他ならない。⁽⁹⁵⁾ 共同地は、各村民の個別利用地 (保有地) 附属の「予備利用地」(Nutzungsreserve) であつた (——特に二分の一農或は四分の一農などの小農にとつては)⁽⁹⁶⁾。共同地は各村民がこれを保有地の「予備地」と観念したとすれば、「個々の」(「共同体」) 構成員が共同地に対して有する権利は「私的な権利」なのである。⁽⁹⁷⁾ この「私的な権利」の現われが、共同地の「自家の必要」に基づく利用である。各共同地利用権者の「利己的利害」は後述の如く、共同地利用の理解にかんし誤まつた観念を生むがゆえに、本稿はこの言葉を使わずに各村民の共同地利用は「自家の必要」に即したものと見、共同地利用上の利益は村民「自家の必要」が充足されると言うことの利益(＝村民の「個人的利益」)⁽⁹⁸⁾と見たい。「自家の必要」は「仲間」による共同地利用の本質的要素である。「自家の必要」観念と「仲間態の平等」観念とは決して矛盾するものでないところに、共同地利用の特質がある。⁽⁹⁹⁾とここで、このことを理解するためには以下に注意すべきである。すなわち、伊藤栄教授は共同地は当初「すべての農民の平等なる利用」に委ねられたと述べる。これは教授によれば農民「各自の需要を基準とした」利用を意味する。次いで、後代には共同地利用は規制され平等でなくなつたと述べる。ここで注意すべきは「平等」なのは共同地「利用権」であることである。⁽¹⁰⁰⁾ 各村民は「仲間」

の一人として、共同地を利用した。この法的表現が各村民の共同地「利用権」であり、共同地において「仲間」態様が維持されるかぎりでは「利用権」は当初から後代迄「平等」であった。「利用権」そのものが規制を被ることはない。規制を被ったのは「外人」であった。以上にたいし、共同地の事実上の利用までが平等に行なわれるわけではない。共同地の利用は言わば不平等に展開した。ただし、各村民は比較的早くから経済的強者・弱者の様な階層を含んでおり、この階層格差は時の経過とともに広がって行き、その上共同地利用は「自家の必要」を満たそうとするものだったからである。各村民の「自家の必要」による利用は現実には、一種の「競争」となって現われる。こうして「権利は形式的に平等でも『実力のある者』と『ない者』との間に収益の内容が實際上異な⁽¹³⁾った。各村民が「自家の必要」の追求によって共同地に損害を与えるとすれば、その「損害」は理論上、各村民が共同地の利用に携わった当初から存在するものであり、したがって「損害の衡平配分」は共同地利用の最初から行なわれるものである。こうして見れば「仲間警察」は共同地利用の本質に由来する。ただ、「自家の必要」の追求により共同地の現実に被るはずの損害が各村民にそれとして自覚されず、このため共同地利用規制が必要とならなかったのは、共同地がもたらす利益量に余裕があったことによる。

第二は、共同地利用団体の「集団利害」(Kollektivinteressen)にかんする問題である。既述の如くパーダー教授は、共同地には各村民の利用権に止まらず、別個に「ドルフゲノッセンシャフト」の利用権が成立すると考えるようであるが、⁽¹⁴⁾教授が更に「集団利害」に言及するとき、ますますその感は深い。しかし、「利己的利害」と同じくその言葉は、後述の如く共同地利用の理解にかんし誤まった概念を生む。村民各人が「自家の必要」に即して共同地を利用することから生まれる利益(敢えて比較のためにのみ言えば「私的利益」)以外に、これと別個の・「ドルフゲマインデ」、⁽¹⁵⁾「ドルフゲノッセンシャフト」、⁽¹⁶⁾「マルクゲノッセンシャフト」などの土地利用団体の・利益(右の「私的利益」)にたいする「団体の利益」⁽¹⁷⁾ || 「集団利害」の概念を認める必要はない。共同地利用規制の成立過程におい

ても、各村民が他村民と一緒になつて土地を利用する事実が基本なのであり、そこには農村共同体の「集団利害」(16)村民「全体の損害 (Schaden der Gesamtheit)」の觀念は働いていない。(17) すなわち共同地利用規制は、「仲間」構造そのものから自ずと生まれた。各村民は、他村民の「自家の必要」に基づく共同地利用を承認しつつ、しかも自身、「自家の必要」に即したでき得るかぎりの利益を得んとし現実(18)に得た。この事実の繰り返しの中でやがて各村民は、これまで通りの無拘束な「自家の必要」に基づく土地利用によつては今後もはや「自家の必要」が充足され得なくなるとの自覚に達する。ここに現実(19)に共同地利用規制が誕生する。ここで、次の二点に注意したい。

一つは、共同地利用規制は依然各村民の「自家の必要」をできるかぎり満足させるためのものである。規制が生まれることで変わるのは、「自家の必要」に基づく無拘束な利用が「自家の必要」に基づく拘束的な利用へと移行したことである。これにたいし「自家の必要」の觀念そのものは利用規制誕生後も存続した。これと関連して、伊藤栄教授の所論に言及したい。教授は既述の通り、共同地利用の「変質過程」を村民「各自の需要を基準とした」「自由採取」の時期から「農耕地保有規模に応じた「不平等利用」の時期への移行と捉え、中世末期以降は農業経営規模に基づき「共同地利用資格に差」が生じたと述べるが、この所論には以下二つの疑問がある。先ず、「共同地利用資格」は利用者が「共同体の構成員であること」だが、これに「差」はない。「差」があるのは事実上の「共同地利用」である。次に、「不平等利用」の時期は「各自の需要を基準とした」時期ではなくなつたのではない。「不平等利用」の時期も、「不平等利用」が「農耕地保有規模に応じた点で、依然「各自の需要を基準とした」時期である。ただ、以上が単に言葉の問題に解消してしまわないためには、共同地利用権の性格上の変化に留意せねばならないであろう。共同地利用権は当初「共同体の構成員であること」のすぐれた「人的地位」と結び附いていた。確かに、共同体構成員は個別保有地を持っており、したがって「共同体の構成員であること」は構成員の土地保有のすぐれた物的地位と結び附いた。しかし、共同地利用権は当初構成員の「保有地」とは間接的に結び附いたに過ぎず、利用権はむしろ

保有地を持つ「構成員」にあると観念された。いわんやそれは保有地の規模と結び附くものとは解されなかった。したがって共同地利用権者の持つ利用権の行使がそのまま利用権者の「各自の需要」の事実上の充足を意味するのであった。ところが時の経過とともに、共同地利用権は保有地を持つ「構成員」にでなく、構成員の「保有地」に直接に附着したもので、そこに根を下ろしたものと観念されるに至った。こうなると当然、保有地規模の相違が利用権者の意識にのぼって来ざるを得ず、保有地規模の大きさに基づいて共同地利用権の大きさが量られることとなった。すなわち「共同体構成員の中に権利の大小の差異が発生し」たのである。(18) やがて、共同利用権の大きさ(すなわち、保有地の大きさ)に即応した・利用権者「各自の需要」の・充足度の観念が成立する。すなわち、保有地の大きさに応じて「各自の需要」の大きさも異なると見なされる。こうして共同地利用権の性格は時とともに変化した。この変化は、共同地利用における、「自家の必要」の事実上の充足から「自家の必要」の法的、(19) (拘束的)な充足への移行を指す。しかし「自家の必要」による利用の観念は、共同地利用上の「変質過程」を通じても変わらなかったのである。このように、共同地利用権の性格の変化を導いた要因は、利用権が直接保有地に附着したことと、更に各利用権者が利用権の大小を保有地規模に拘わらせることで共同地の被る損害をでき得るかぎり小さなものに止めようとしたこととにあった。

二つは、共同地利用規制が現実には発生したことは、「自家の必要」に基づく無拘束な利用が共同地自体の損害を招来する、との自覚に各村民が直ちに到達した結果ではない。各村民がこの自覚に到達したとすれば、それは、無拘束な共同地利用が結局「自家の必要」を充足させ得ないことを村民が経験した後になって獲得されるものであった。「共同地の損害」観念(「共同地がもたらす利益量の減少の自覚」)が、各村民の生活経験を通して獲得されるものとすれば、彼は自己だけが「共同地の損害」を引き受け、共同地利用上自己のみが損害を被るのを回避しようとするのは自然なことである。村民は、共同地の被った損害を他村民に分担させようとした。しかも、各村民は「仲間」であるが

ゆえに分担は衡平でなければならなかった。では、「損害の衡平分配」は、共同地利用において、如何なる形態をとらざるを得なかったか。それが、各村民の共同地利用権を保有地規模に拘わらせることであつた。⁽¹²¹⁾

第三は、「利己的利害」との「衝突」にかんしてである。この点についてはバーダー教授の次の見解が参照されねばならない。「ドルフゲノッセンシャフトは、各仲間⁽¹²²⁾にたいして、公共の利益 (gemeiner Nutzen) を増加し迫まり来るあらゆる損害を防止することを要求した」。ここにも、各「仲間」の「自家の必要」に基づく土地利からの利益とは別個の「集団利害」(「団体の利益」)の成立が指摘されている。と言うのは右の見解はバーダー教授自身自覚するように、W・メルク『ドイツにおける国家及び法の発見に見られたる公共の利益の思想』(一九三四)に基づくものである。周知の如くこの著作は、龐大な法源史料群に依拠しつつ、ドイツ国家史法史を最初期から貫く公共の利益思想の存在をその用語の上から例証せんとしたものである。そこにおける問題意識は次の通りであつた。「中世ゲルマン国家制度が〔実際〕強度に個人的な刻印を帯びていたことが、そ〔中世〕の當時には支配者の個人的諸目的、及び、諸身分〔団体個個〕そして〔諸身分団体内部の〕小団体〔個個〕の特殊利害 (Sonderbelange) を超えるような国家的共通諸目的は存在しなかつた、と言う考えを生み出す元となつていた。しかし、この見解には根拠がない。すなわち、ドイツ史の最初期から〔一九世紀に至る〕諸世紀の変転の中にあつて困制諸形態の変化を通して、ゲルマン的国家制度は、時代のときどきの国家指導者たちに現われた変転極まりない人的資質から超然とした『公共の利益 (Gemeines Beste) 』に奉仕すると言う課題を設定し、これを果してきたのである」。⁽¹²³⁾バーダー教授が意識的に、このようなメルク教授の所論に依拠したとすれば、バーダー教授の前述見解には、「ドルフゲノッセンシャフト」は各「仲間」の「自家の必要」に基づく利用の利益から超然とした「集団利害」に奉仕したとする考え、そして、「集団利害」が「ドルフゲノッセンシャフト」を最初期から貫く「公共の利益」だと見る考えが潜んでいないであらうか。これらの考えは、各「仲間」はメルク教授流に言えば「特殊利害」の担い手であること、各「仲間」の利益は「公

其の利益」とは相容れないものとする考えであり、「公共の利益」と「特殊利益」とは不可避的に「衝突」せざるを得ないと見る考えである。これは畢竟「公」・「私」の対立を中世農村に当て嵌めようとするものである。こうして、「利己的利害」・「集団利害」の用語は誤まった観念を生む。これでは共同地利用の正しい理解は得られない。

以上の三点をまとめ、次節との繋がり进行を明らかにしておこう。共同地利用において、各利用権者の「自家の必要」に基づく利用によってもたらされる利益以外に、土地利用団体の「集団利害」(＝「団体の利益」)は認め得ない。「利己的利害」と「集団利害」との「衝突」を考ふる余地はない。⁽¹²⁴⁾「ドルフゲノッセンシャフト」を各「仲間」と別個なものとして実体化し、それに、「集団利害」(＝「公共の利益」)の体現者としての課題を附与しようとする考え方は、「仲間態」及び「仲間警察」の持つ歴史的意義を見失わずおそれがある。先ず、「仲間態」の意義は、各「仲間」が共同地を「自家の必要」に即して利用し、これによって徹頭徹尾「自家の必要」のために利益を得ることを可能ならしめる一態様であったところにある。この場合「仲間態」を実体化し「仲間」に先行するものと考えてはならない。共同地利用規制の成立も「仲間」構造に由来するものであり、利用規制を行なう主体は具体的な「仲間」自身であって抽象的な「仲間態」ではない。したがって「仲間」は「一方に於て総体として Allmende の処分を為し、之が利用方法を定め」たと考ふる必要もない。「仲間」は「他方に於ては」「単独に Allmende を自家の経済の為に利用」した⁽¹²⁵⁾が、「Allmende の処分を為し、之が利用方法を定め」る行為は、この「Allmende を自家の経済の為に利用」する行為の一形態を意味するに過ぎないのである。⁽¹²⁶⁾次に「仲間警察」の意義は、土地利用において「仲間」を支配した「損害の衡平分配」観念を実現し、これによって各利用権者の「自家の必要」の事後的及び法的充足をでき得るかぎり可能にする農村共同体の「行政」組織・作用であったところにある。「仲間警察」行使の主体は、「仲間」自身であって「仲間態」ではない。各「仲間」間の「相互的拘束」の実現が「仲間警察」の作用であった。更に「仲間態」・「仲間警察」の意義が歴史的なそれであると言ふのは、時の経過とともに「仲間態」が、元来各「仲

「間」の抱いてきた利害とは別個の利害（これを「一般利害」と呼んでおく）の体现者であると位置づけられていくと、及びこの位置づけが「仲間警察」にたいして展開していく「領邦警察」の一所産であることに現われている。こうなると、「仲間態」と「仲間警察」とはそれらが担った原初的觀念の点で崩壊する。すなわち、「仲間態」に附与される「一般利害」が「外人」の利益に寛容となるに反し、「仲間」の利益と対立することによって、「仲間態」は意義を失い、亦、「仲間警察」がその実現を目差す「損害の衡平分配」の觀念は、これが農村共同体「全体の利害を重視」するように働くに至り、更にそれが「強調」されることによって農村「共同体の存在理由」ともなるに至り、各「仲間」間の「相互的拘束」たるの意義を失う。「相互的拘束」の一形態としての「仲間警察」の一組織⁽¹⁷⁾「森林犯罪告発人」は、「官憲思想」を担った「領邦警察」の一組織⁽¹⁷⁾「森林犯罪告発人」にやがて一歩一歩取って代えられる。これを敷衍することが次節の課題である。

(1) H. Wiesner, Sachinhalt und wirtschaftliche Bedeutung der Weistümer im deutschen Kulturgebiet, 1934. S. 247.

(2) 伊藤栄「ドイツにおける村落の自治形態について」『ドイツ村落共同体の研究』増訂版、二四四頁。

(3) 前田正治「法と村落共同体」『封建社会と共同体』二〇八頁。

(4) 戒能通孝編『警察権』（第一章）十七頁。

(5) 戒能通孝編、前掲書、十八頁。

(6) 戒能通孝編、前掲書、二七頁。これは、「裁判所による処罰があつて、次にそれに適合したいわば私的な警察」であり、「組織された警察」ではなかった（二二頁）。なお、須貝脩「英国警察制度」『英米警察制度』二〇頁参照。

(7) H. Fehr, Das Waffenrecht der Bauern im Mittelalter, ZRG. G. A. 35, 1914, S. 153f, 178f. ZRG. G. A. 38, 1917, S. 36f.

- (8) 戒能通孝編、前掲書、十三頁。
- (9) Mitteis-Lieberich, Deutsche Rechtsgeschichte, 14.Aufl., 1976, S. 220. (『ドイツン法制史概説』改訂版、三九七—八頁)
- (10) 戒能通孝編、前掲書、九頁。
- (11) Edgar Loening.—O. Loening, Art. Polizei Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 'Bd. 6 (1925), S. 984.
- (12) Mitteis-Lieberich, a. a. O., S. 221. (『ドイツン法制史概説』改訂版、三九八頁)。また M. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, a. a. O., S. 791 (フューアー『都市の類型学』(世良晃志郎訳)二七二頁)参照。
- (13) Mitteis-Lieberich, a. a. O., S. 220 (『ドイツン法制史概説』改訂版、三九八頁)。
- (14) 十四世紀のミンントー闘争の経過後に於て「参事会全体がミンントー単位で構成される」形は「ドイツンでは例外的」だったとウヤナヒ (Mitteis-Lieberich, a. a. O., S. 220. 『ドイツン法制史概説』改訂版、三九七頁)。
- (15) G. v. Below, Die städtische Verwaltung des Mittelalters als Vorbild der späteren Territorialverwaltung, HZ, N. F. 39, S. 442.
- (16) Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, II, 1873, S. 740 (Übertreibung des Polizeibegriffs)。
- (17) 戒能通孝編、前掲書、十五頁。(〔 〕は挿入)
- (18) Fr. von Wyß, Die Schweizerischen Landgemeinden, Zeitschrift f. schweizerisches Recht, Bd. 1 (1852), S. 27.
- (19) G. L. v. Maurer, Einleitung zur Geschichte der Mark-, Hof-, Dorf- und Stadterfassung und der öffentlichen Gewalt, 1854, 3. Aufl. (1966), § 66, S. 148.
- (20) G. L. v. Maurer, Geschichte der Dorfverfassung in Deutschland, I, (1865/66) § 102, S. 238, § 103, S. 239ff. II (1865/66) § 166, S. 461, 51f., 55ff., § 215, S. 209f. etc. ウヤナヒの語句に於て、ウヤナヒは「警察形態は」非世襲的・森林

種族・宗教種族・言語種族・建築種族・火事種族・街道種族・風俗種族などである。

- (21) Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, I (Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft) 1868, §53, S. 609ff.

- (22) Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, II (Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs) 1873, §10, S. 229ff.

- (23) Gierke, a. a. O., I, S. 610.

- (24) ヲトクニナシテシテノ村長ノ所任ニシテ三権力ニ其ノ「行政」・「裁判」・「立法」ノ形態ニ種々及ボテ仕方ニ K. S. Bader, Entstehung und Bedeutung der oberdeutschen Dorfgemeinde, Zeitschrift für württ. LG. II, 1937, S. 287ff; G. Buchta, Die Dorfgemeinde im Sächsenpiegel, Vorträge und Forschungen V, 1964, S. 21ff. 以下 略スルベシ。

- (25) Gierke, a. a. O., I, S. 619.

- (26) 既述「バナー・ヤーナー・キーンテ」ノ説ニ「ヤン・ナール」既述ノ系譜圖ニ及ビ「バナー」ノ既述ノ「ミン」ヲ加ヘテ「シメ」トシテ K. Dickopf, Georg Ludwig von Maurer, in: v. Maurer, Einleitung, 3. Aufl. 1966, S. 373ff, bes. S. 386. 参照。

- (27) K. S. Bader, Dorfgemeinschaft und Dorfgemeinde, 1962, S. 4.

- (28) K. S. Bader, a. a. O., S. 5.

- (29) K. S. Bader, Rechtsformen und Schichten der Liegenschaftsnutzung im mittelalterlichen Dorf, 1973, S. 4, 8, 78, 189.

- (30) Inama von Sternegg, Untersuchungen über das Hofsystem im Mittelalter, 1872, S. 73—4 参照。

- (31) Lacher Hof in Bendorf (Westewald zwischen Lahn, Rhein, Sieg. 1671) . Fragt der scholless. Vff nicht

- eder hoerber schuldich sey bei seinem gethanen aidt antzuzeigen, da gebrech vnd abbruch an des hoirs guetern gesehn, es were an reinen, an steinen. oder misbauwe, vnd was derselb verbrech, der das wuste vnd nit an tag thet? Antw. d. schef. Es ist jeder hoerber bei seinem eidt solches antzubringen schuldich, vnd so er das nit thet, haidt er sein lehen verbrochen vnd in des herren gnadt vnd vngnadt gefallen (Grimm, Weistümer, I, S. 614)
- (57) Weistum zu Dreis (Untermosel, 1453, aus einer abschrift von 1535) Demnach vermaendt der richter dye scheffen vnd hoffsluhte vff ire eyde, abe vst rogbar were, das sye das vortbrechten, es sy van selkworten messer zucken, blodige wonden, marcken zu stueren ader aufs zu eren. Vnd van vnsern h. abts kamerbuschen zu verhauwen, van maessen, van unrechten gewicht, vnglich broit bachten, wynn zappen, vnd van allerley boessen dye rogbar syen. (Grimm, Weistümer, II, S. 334)
- (58) Dorfuech der gemeinschaft Naturns gehörig (1687) (Südtirol). ...die aidschweren zue Naturns nicht anders sullen ruegen, dann umb den diebstall, fliessunde wunden und ungewundns korn, heutt auß der pais, plütigs gewant und umb meßgewant, wer das hingel oder inneme, und umb prant oder wer den andern frevelich in sein haus laufft, oder wer sich der gemaine underzug, es wär an holz oder waide... (T. W., IV, 1888, S. 18)
- (59) Tarsch (Tirol, Vintschgau) . Waldordnung. si [=waldpürger] sollen auch, wievil si ainem stem und in wellichen walt si es vergunt, und was der, dem es vergunt, geschlagen und herzuebracht, fleissig aufmerken und achtung geben. Und so si alsdann befinden wurden, daß iemants mer und nit an dem ort, wo es ime vergunt, geschlagen und herzue gebracht hât, sollen si es der grmain anzaigen, ... (T. W., III (Ö. W. IV) , 1880, S. 315)

- (35) Hubgericht zu Cappel. (Schwarzwald bis zum Rhein) (Vor 1540). Item man spricht zum rechten, wann die recht verkundt werden, so sollen die forster rügen, sie sollen ouch gesworn forster sin und vorm hubgericht sweren. Item die forster sollen rügen einen ussman umb 13 untz und ein imman umb 2 schill. pfenn, und bi nacht lib und gut. (Grimm, Weistümer, I, S. 422)
- Winden und Weinnähr (Westwald zwischen Lahn, Rhein, Sieg) (1658). So treten letztlich herfür die vereidete forster, und erzählen nach einander die rügen wegen den gehölztes und der gekhuden, darnach die feldrügen, wie oben ernannt seynd, so alle nach einander in das buch geschriben werden. (Grimm, Weistümer, I, S. 606)
- (36) Rechte von Cappel. (Schwarzwald bis zum Rhein) (15.Jh.). Item die rüfung sol ein banwart thun by geswornem eide vff daz nehste gerichte zu sunngichten, vor einem gemeinen buren gericht; und die ander rüfung sol er thun in der wochen vor winachten, vinder er aber me so sol er rügen zu winachten, so man heimbürger und banwart setzt. (Grimm, Weistümer, I, S. 419). Vgl. v. Maurer, Geschichte der Dorfverfassung, II, S. 100.
- (37) 「寛文元年〔一六六一〕近江国蒲生郡中野村定」(前田正治編著『日本近世村法の研究』村法集(二五頁)。更に同編著『村法論』八五頁参照。但し、日本近世村法中、「野番」が職務として村民集会・村役人に森林・耕地犯罪の「告発」を行なうべしとはっきり定めるものはないようである。前記中野村定は山盗畑盗につき「森林田地之草盗人見付候へば銀十匁の可為褒美の事」と定め、村民一般の「告発」を述べるに過ぎない。この「告発」が義務とされたことは、「山盗人見付隠候へ其者同類ニ被成過錢米壹俵宛御取被成候御事」(同編著『村法集』二〇頁)と知られることよりわかる。
- (38) 無論他の仲間にたいする仲間のこの「重要な告発の義務も亦仲間權(Genossenrecht)から發生する」(Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, II, S. 293)。更に「告発すべき事件の存するのを知りながら敢えて告発

- を命じた判決落見人 (Geschworener 二審判官署人) 14' 尊厳神 (Meinelder) への感謝やまだ (Armin Tille, Die bäuerliche Wirtschaftsverfassung des Vintschgaues vornehmlich in der zweiten Hälfte des Mittelalters, 1895, S. 227)
- (38) v. Maurer, a. a. O., II, S. 150—151 參照。
- (39) K. S. Bader, Dorfgemeinschaft und Dorfgemeinde, S. 317.
- (40) v. Maurer, a. a. O., II, S. 151; E. Rosenthal, Geschichte des Gerichtswesens und der Verwaltungsganisation Baierns, I, 1889, S. 210.
- (41) K. S. Bader, a. a. O., S. 68.
- (42) omnes illis pagenses...usum habeant...eo tamen pacto, ut forestarius sancti ipsius eos admoneat...ne immoderate ruendo arbores glandiferas et sibi nocui et sancto loco inventiantur infesti (A. Dopsch, Die Wirtschaftsentwicklung der Karolingerzeit vornehmlich in Deutschland, I², 1962, S. 373, A. 5.)
- (43) Hec sunt iura archiepiscopi de silva Spurginberch (am rechten Rheinufer zwischen Lahn and Sayn) (13.Jh.). In hac silva quemcumque forestarius accusaverit sub iuramento, ille nullam offerre poterit innocentiam, sed componet 60 solidos (Grimm, Weistümer, IV, S. 588, § 2.)
- (44) Öffnung von Andelfingen. (nordöstlich von Flaach, Zürich) (Wir Lutpolt von gottes genäden herzog ze Österrich...thun kunt allen den die disen brief ansehen oder hören lesen) . Es ist och gewonlich vnd och recht, das wir sont han ein vorster hie, der vns sol hüten wisen, akker, holtz vnd och veld, der sol och des holtz hüten durch das jar, den vorster sol ein bursami erwellen, ... (Grimm, Weistümer, I, S.101.)
- (45) M. Weber, a. a. O., S. 38. (Wirtschaftsregulierender Verband 二審判官の西首首経済に於て、実質的に14' 西律法をなべて他律的な性格の諸規律を生み出す団体。) 青山秀夫『近代国民経済の構造』四六頁。「西首首」・「西律法」の

- (55) 「ヴェルテンブルクやリネンブルクでは牧人は夜警の仕事を担当し、ベルンでは農村部の警察の下職を勤めてもいた」(四部種也『中世を旅する人びと』一三五—一三六頁)。
- (56) これに『K・S・バーダーが Forster の語彙にかんして forst, first=zaun と指摘するのは興味深』(a. a. O., S. 317, Anm. 241)。
- (57) Der ganzen nachperschaft Mieders ehahaftjechl. (1673)wann ain oder anderer rieger oder esseher in verschung ired diensts nachlessig erscheinen, und das mit grunt der warhait auf ime dargethon werden kunte, soll der selbige das ersmah umb 15, das ander umb 30 kr. und das dritmah umb 1 fl. gestrafft werden. (T. W., I, S. 270) .
- (58) T. W., I, S. 293. (Auch ist in ze glauben, ob si indert sehen dhain vihe ze schaden geen, darumb si phant nemen, oder waz si von gericht wegen rügen.)
- (59) Passeier, die nachgeschribne recht und gewonhait unsers thals daselbs in Passeyr. (1396) . Item sollen auch die aidschwerer zu den vir eelich tading bei einander sein, wan man zu gericht sitzt, und zu in nemen unser prabst in Passeyr, und die selben prabst sollen auch zu in nemen drei oder vier erbar man, und die egenanten aidschwerer sollen dann ruegen viererlei sachen, daz ist mort, brant, diebstal und marktain, und si das gethan haben, so soll man dan schreiben ain warhait für ain warhait, ain sagner für ain sagner, nach [der] rath, die dapei sein, und kain ander sach soll [man] nicht ruegen, dann umb allerlei sach soll man das recht nemen und geben. (T. W., IV, S. 96) 聖詔書 聖詔書 H. Siegel, Das pflichtmäßige Rügen auf den Jahrdingen und sein Verfahren, 1891, S. 5. 9, 18, 28 48 49
- (60) Dar unde ine iowelkeme vogetdinge sal iowelk bürmeyster wrügen alle de to dinge nicht ne komet, de dar plichlich sint to komene, unde daz rüchte unde menschen blütende wunden, de eme en ander hevet

gedan, unde getogene swert up enes anderen mannes scdden, unde al ungerichte, daz in den 15ph oder in die hant geit, ob iz mit clage vor gerichte nicht begriffen ist, (K. A. Eckhardt, Sachsenspiegel. Landrecht, 1933, S. 21. 文藝叢書・法三編・德國法學『キクヤンシノカウーヤク・ホントノ法』三四一―三四四) 長' G. Buchda, Die Dorfgemeinde im Sachsenspiegel, a. a. O., S. 23f. 附錄。 法律「法政」の卷「續纂」(ノルマニシテ) 卷の Gerichtsfolge 245―246 和訳。 Ssp. II, 72, § 5) 210―211' H. Fehr, Die Staatsauffassung Eikes von Reppan, ZRG. G. A. 37 (1916), S. 231—232. 和訳。

- (19) 森ノ勘察。 Freiheit für die zwei gemeinden Ischgl und Galthür, welche ihnen anfangs im jahre 1460 verlichen, sodann anno 1638, 1780 und 1793 allergnädigst bestätigt worden. 5. Ferner, so vil sich dann in abwesender zeit der oberkeit zu Nauders bei und vor jedes gerichts richter, geschwornen und pieter für frevel, unzuchten, oder andere strafmässige sachen zutragen, die all und jede sol ieder eidspflichtiger, sonderbar auf der oberkeit ankunft und begehren, zu welcher zeit das wähe, bei ihren pflichten und eiden, doch einmal auf der oberkeit kosten, angeben, anzeigen und daran nichts verhalten. (T. W., II, S. 186)
- (20) G. Landwehr, Gogericht und Rügegericht, ZRG. G. A. 83, 1966, S. 138.
- (21) *Soie siner gebure gemene ajeret oder greuel oder thuet, wert he vor dem burmestere genügtet oder beklaget dar unme, he mut dar unme wedden dre schillinge. Weigeret lawer he rechtes vor den burmestere unde wert he beklaget vor dem oereren richtere, he mut deme richtere wedden unde den buren büten mit drittilich schillingen* (K. A. Eckhardt, a. a. O., S. 129) 前掲邦訳『キクヤンシノカウーヤク・ホントノ法』三四六―三四九頁參照。
- (22) G. Landwehr, a. a. O., S. 132.
- (23) K. S. Bader, a. a. O., S. 267.
- (24) H. Stradal, Genossenschaft, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 6. Lieferung, 1969, Sp.

1522. (傍点筆者) 註(67)も同い)
- (67) H. Stradal, a. a. O., Sp. 1524. なお集会及び集会決議の意義に「Görke, a. a. O., II, S. 47; A. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, I, 1885, S. 269. を参照。
- (68) 川島武宜「ゲルマン的共同体」における「形式的平等性」の原理について」『国民経済の諸類型』七八二頁。
- (69) A. Dopsch, a. a. O., I, S. 365を参照。亦、H. プルンナーの次の見解を参照。「マルクゲノッセンシャフトの概念は、マルクの利用から排除される外人との対立とかかわって「はじめて」存在し、マルク成員の範囲の内部における「マルク」利用権の大きさとかわって「はじめて存在したのではない」(H. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, I², 1906, S. 284, Anm. 20)。
- (70) 大塚久雄「共同体の基礎理論」、前掲書、九三頁。
- (71) 仁井田陞「比較法史より見たる東洋法の二断面」『中國の伝統と革命』一六八頁。但しこれはヨーロッパのギルドと中國のギルドとの共通性について述べたものである。亦、農村については次の見解を参照。「共同体の共同体たるいわれ(概念規定)が、もし成員の平等性にありとすれば——仲間主義——その意味で共同体とか仲間とかいうことは、舊中國社会では問題である」(『中國法制史 増訂版』三六六頁)。
- (72) 住谷一彦「村落共同体と用水強制——日本におけるゲルマン的共同体研究についての覚え書——」『共同体の史的構造論』三三五、三三二頁。但し、ここに指摘される「均等・均質性」は「(用水にたいする)持分に応じての(用水経費の)平等負担」(傍点筆者)を意味する。
- (73) 江守五夫「共同体の法的構造」『法社会学方法論序説』一五三、一五五頁。
- (74) 川島武宜、前掲論文、七八二頁。
- (75) 各共同体構成員の「個別的持分は、各共同体構成員家族の需要と生産能力という経済的実質にかかわりなく、彼らが共同体の構成員であるという社会的地位のみによって形式的に相互に平等なものとして配分されていた」(川島武宜、前掲論文、

七七八一頁)。この配分が可能であったのは、配分が各共同体構成員家族の生活単位たる「フーフエ」(「宅地および庭畑地」・「共同耕地」・「共同地持分」の総計)制度に依拠して行なわれ得たからに他ならないのである。ただし「フーフエ」は「単なる不特定な量の『土地』の集積」ではなく「特定の大きさ」の計算可能な単位を示すものであった(大塚久雄前掲書、九二頁)からである。したがって以上より、「形式的平等」とは、先ず、特定の手続きを経て今や「仲間」となった従来の「外人」にたいし、次に特定数の「フーフエ」(実際は「フーフエ」を機械的に配分したことから生じた「仲間」受け入れに伴なうた二効果であるに過ぎない)。

(76) K. S. Bader, a. a. O., S. 11, 29.

(77) K. S. Bader, a. a. O., S. 17, 20, 29.

(78) K. S. Bader, a. a. O., S. 29. (なお、この移行にかんし、世良晃志郎「封建制をめぐる諸問題」『歴史学方法論の諸問題』二七〇—二七二頁を参照。)

(79) K. S. Bader, a. a. O., S. 428.

(80) K. S. Bader, a. a. O., S. 12.

(81) Vgl. F. Kluge, *Etimologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*,²⁹ 1967, S. 248 (Genosse=der seinen Besitz mit andern gemeinsam hat.)

(82) K. S. Bader, a. a. O., S. 268.

(83) K. S. Bader, a. a. O., S. 270, 271.

(84) K. S. Bader, a. a. O., S. 268, Anm. 144.

(85^a) K. S. Bader, a. a. O., S. 269—270, ders., *Rechtsformen und Schichten der Liegenschaftsnutzung im mittelalterlichen Dorf*, S. 6, 79.

(85) Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, II, S. 231. (邦訳は「川島武宜」前掲論文「七九一頁以下」)

- fürchomen und verhört werden vor tschinigen, rigler, und gesworen ze Kalter... (I. W., IV, S. 308)
- (96) Landrecht und ehelich Taiding im Pfleg- und Landgericht Raschenberg. ...Frag. ...wann einer über seines nachbarn grund mit der dung und anderer notturft fahren mues, wie es gehalten werden. ...Antwort. ... so es sich aber begäbe, daß er von der strassen über ander zwaier grund zu seinem land fahren müssete, so soll er den rain oder die gwanden mitem under die deixl nemen, damit er nit auf ainem allein fahre (Die Salzburgischen Taidinge (Ö. W., I), S. 95.)
- (97) 飯沼二郎『風土と風史』一五七頁。同『歴史のなかの風土』一〇二頁参照。
- (98) 抽稿、カルル・ジークフリート・バーダー著『中世村落における不動産利用の法的諸形態と諸層』、『熊本法学』二六号、一八八頁下段。
- (98^a) Vgl., K. S. Bader, Rechtsformen und Schichten, S. 11, Anm. 42.
- (99) ゲヴァン耕地(Ⅱ地条)の成立は「各地面の土質の相違にもとづく不平等をなくし、仲間をして土質のことなる土地を均等に分有せよとする努力」の所産であり、それによって「降雹のとき天災に際して誰も平等に損害をこうむると同時に、個々の農民に対する危険がそれだけ緩和される」という利益」がもたらされる(M. Weber, Wirtschaftsgeschichte, S. 22. 邦訳は『一般社会経済史要論』上巻、六三、六四頁による)。
- (100) 村民各々の保有する耕地はその一片一片各耕区に「形状や位置や地味をも考慮にいれて」配分された(大塚久雄、前掲書、八九頁)。この配分は「各耕地の土質の相違にもとづく農民間の不平等を排除し」各村民にたいし「土質の異なる土地を均等に」与えようとするものであった(武居良明『イギリス封建制の解体過程』二二頁)。亦、耕地と同じように地条に分割保有された牧草地の場合も「その地味がすこぶる相異していたため永久的分割は村民に対する公平を失する」ものであった(新井嘉之作『イギリス農村社会経済史』三二頁)。亦、谷岡武雄『フランスの農村』、八三頁。
- (101) ただ、森林利用における「損害の衡平分配」のティエロールの一例のみを挙げておく。Tarsch (Vintschgau, Südtirol).

がこう述べたのは「開墾可能な土地がなほあまり余つてゐる」場合であつた (M. Weber, Der Streit um den Charakter der altgermanischen Sozialverfassung in der deutschen Literatur des letzten Jahrzehnts, in: Gesamte Aufsätze zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, 1924, S. 548. 邦訳は世良晃志郎訳「古ヤマンの社会組織」七九頁による)。これにたいし筆者は、「土地が窮屈になつて」きた後代についても「自家の必要」観念が支配したのが共同地利用の特質と捉えるのである。この点は更に後述する。

(11) 伊藤教授も確かに既述の如く、「アルメンデ利用」は当初「嚴重な規則を必要とせず、権利の大きさは平等」とされる(第一節註(24)本文以下参照)が、この場合「すべての農民の平等なる利用」＝農民「各自の需要を基準とした」利用が成り立つには「利用権」が「平等」であつた点を銘記しておくなくてはならない。この点伊藤教授の場合後述の如く必ずしも首尾一貫してはいないと思われる。

(112) 宮下幸吉『西洋古代・中世經濟史』二八〇頁を参照。なお伊藤教授によれば、放牧が各村民の「農耕地の面積に従つて規制される」事實は「判告書及び村法に十二世紀ごろ」以降知られる(「ドイツにおける農業共同体の構造」、前掲書、一八八頁)。

(113) 渡辺洋三「入会権の実態と性格」『入会と法』一四四頁。

(114) 本節前註(87)本文以下参照。

(115) 「私的利益」・「団体の利益」は渡辺洋三、前掲論文、一一九頁の用語である。渡辺教授は現在の入会山の利用形態を数種に分類する。そのうち、「個人の私的利益の總和がすなわちそのまま団体の利益」(なお、渡辺洋三「入会・水利」『法社会学講座』7、二六〇頁参照)となる利用形態が「入会権の本来的形態」である「共同利用形態」(川島武宜教授はもっと明確に「個別的共同利用形態」と言う。『註釈民法(7)』五二〇頁)で、「権利者個人の自由な入山を禁止し、権利者集団が直轄して山を支配する」形態が「団体直轄利用形態」であつた。後者の形態においてはじめて「個別権利者の権利行使」利用行為」と別個に「団体独自の利用行為」(「団体の利益」)が発生した。この形態は「各個人の利用を排除」するもので

ある。したがって、「団体直轄利用形態」においてのみ不可避免的に「団体独自の利用と個人の利用との矛盾・衝突」が起るのである。渡辺教授によれば「団体と構成員とのこのような分裂」が「共同利用形態」解体の萌芽である。本稿で屢々述べる「仲間」態様の共同地利用は渡辺教授指摘の「共同利用形態」である。したがってそこに「団体の利益」(Ⅱ「集団利害」)は認められない。これにたいし、伊藤教授は共同地利用の「変質過程」を、「村落共同体は共同体自体として、共通の利害に結ばれ、自らの利益権を規制し、他の村の、或いは領主の侵害に対して自らを護ろうとした」(前掲書、三〇二頁)ことに求めようとするが、この場合教授がこの「共同体として」の意味の中に右述「団体の利益」Ⅱ「集団利害」を認めようとするならば、それはそれで正しい。しかしこの場合の「団体の利益」Ⅱ「集団利害」は、教授自身正しく指摘するよう「他の村の、或いは領主の侵害」にたいするものであり、「仲間」の利用にたいするものではないのである。したがって筆者は、「団体の利益」Ⅱ「集団利害」を「外人」の利用にたいし各「仲間」が抱いた観念と捉え、このかぎりでも「共同体」教授指摘の「集団利害」は理解し得ると思う。以上にたいし、バーダー教授の問題な点は、教授が、「仲間」の態様における共同地利用の解体過程ではじめて誕生する「仲間」にたいする「集団利害」観念を、「仲間」による共同地利用過程(Ⅱ「共同利用形態」)の中にまで持ち込もうとしたことにある。これにたいし筆者は、「仲間」内部の「個人的利益」に對置される「集団利害」の観念は、後述(第三節)の如く特定歴史段階における産物であり、しかも「領邦警察」の作用がもたらすものと捉えたいのである。

(116)

かつて戒能通孝教授が古ゲルマン時代の農業生活について述べたことがここで参照される。すなわちその農業生活が土地總有制的にでなく「むしろ私的に営まれていたとするならば」共同地利用における「権利関係も、〔土地總有〕団体自体による所有関係」とではなく「一の支配的・占有的状態」と見るべきである。(前掲書、二二頁)。この認識の下に戒能教授は徳川時代及び明治初期の入会権につきその「権利主体を村自体に置く」のではなく「村民の事實的支配関係を中心に」理解すべきとし、この支配関係の内容を第一に村内部(Ⅱ「仲間」)における「入会各村民の個人的利益」の取得、第二に村外部(Ⅱ「外人」)にたいする「全利益享有者団体の協同的防衛活動」に見る(前掲書、二七七・二七八頁)。これらの

見方は、共同地利用を各「村民の稼方・収益それ自体に關係づけ」るものであり、利用「主体の區別」はこれを論じないものである(前掲書、三三、二七七頁)。

- (117) 村民「全体の損害」觀念は「外人」にたいし働くものであり、「仲間」内部においてのものではない。したがって共同地は「村民の個別的な目的のために」「個人経済の補充財として役立つ」以外に別個に、「村全体の目的のために」「全体の幸福のための財として」役立った(石田文次郎『土地総有権史論』八二頁)と見る必要はない。このように共同地を「全体の幸福のための財」とみる見方は、かつて会田雄次教授が批判したような(『西洋史学』二九号七〇頁)・共同体を第一義的に「相互扶助や共同意識の現れる舞台」と捉える・傾向と繋がるものと言えないか。以上にたいし、戒能教授の次の見解がここで参照されよう。すなわち、共同地そのものはこれを「第一義的意味に於ける村の財産を構成する」と見る要なく、むしろ「反対に」「外人」の侵害にたいする「人民協同の利益としてこれを表示せんがためにのみ、村の財産たる形式を取」たと見るべきであると(前掲書、二七八頁)。

- (118) これが渡辺洋三教授指摘の共同地「共同利用形態」の本質をなす。すなわちここでは各村民は一方で「林野のすべての土地のうえに権利をもつ」が、他方で「林野のすべての土地のうえに自分だけの権利をもつ」ということはない(「入会権の形態と性格」、前掲書、一一三頁)。

- (119) 川島武宜、前掲論文、七八三頁。

- (120) この場合、「自家の必要」の事実上の充足とは、實際は、当初各村民は「自己の必要如何にかかわりなく」共同地を利用した(Vgl. A. Tille, a. a. O., S. 88)ことを意味するものに他ならない。農村法史料で例えば「適宜の必要のために」(zur zimblichen notdurft) 共同地を利用すべしと見えるが、その用語は、第一に各村民は共同地収穫物の売却を禁じられた(nit davon zu verkaufen) (つまり「外人」との接触が禁じられた)こと(例えば放牧地につき Clarke, a. a. O., II, S. 255)・第二に「自家の必要」の充足が各村民の共同地利用にたいする制限の手段として用いられたこと(a. a. O., II, S. 260f.)を意味する。これにより見れば、「自家の必要」の事実上の充足とは本当は、共同地収穫物の売却

却禁示・「外人」による利用の不許可を含む「仲間」の共同地利用の謂に外ならない。實質上・經濟上の「自家の必要」を指すものではない。以上にたいし、「自家の必要」の法的（＝拘束的）充足とは「仲間」の共同地利用にたいする制限手段の二つであった。ここでは、村長や森林役人が各村民にたいし、各村民による「自家の必要」の申告に基づき、必要量を配分した（A. Tille, a. a. O., S. 90）。この「自家の必要」による配分は、特に建築用材についてはのみ嚴格に行なわれ、燃料用材や耕地の囲い・垣等修繕の農耕用材については個々に知られたに過ぎないと思われる（Gierke, a. a. O., II, 261f.）。以上にこゝを兩テマロールから二例を挙ぐる。①Dorfrechte von Partschins (1380)。Item so habent si erfunden umb daz holz, daz die gemainschaft die mult [=Strafgeld] wol gewalt haben ze legen hoch oder nider nach dez dorfnaisers rat, und die mult ist der gemainschaft, und sol auch chainem, der in daz dorfrecht gehört, chain holz nicht wern nach seiner notdurft an gewärd. Vil aber iemant in daz holz frätelleichen, den sol ain dorfnaisster pessern nach sibner der pesten und der elisten rat. Ez mag auch ain dorfnaisster ainem jedleichen, der in daz dorfrecht gehört, zwen stäm oder drei an gewärd, und nicht mer [geben]。 (T. W., IV, S. 27)。②Dorfuech der gemainde Kains (Küens) 1534. Item, es [soll] auch kain nachpaur kain holz in der gemaine multheizer schlagen an eines dorfnaissters wissen und willen, wo das ahner oder mer yberrt, so soll sollicher gepfendt werden, als oft [er] ain stock schlecht, als oft umb fünf phunt perner, die darauf gelegt ist worden und von alter herkomen。 (T. W., IV, S. 63.)

(121) 「損害の衡平分配」は各村民の共同地利用権を保有地規模に拘わらせる形態以外に言うまでもなく、各村民すべてに、その實質的經濟的必要度を顧慮することなく共同地收穫物を同量配分する形態をとった。これに関連して、ウェーバーの見解が参照される。村民全員が耕地について持つ平等な権利は「土地が窮屈になってくる」後代になると「他人と正に同量を取得せんとする」村民の「要求権」となって現われ得た（本節註(110)参照）（＝村民の「形式的平等」の一形態）。このような「要求権」に基づく共同地收穫物の同量配分は、ギールケによれば、共同地利用にたいする制限が「自家の必要」に基

づく必要量の配分の程度では済まなくなつて新たに発生した制限形態であつた (Gierke, a. a. O., II, S. 265)。すは、村民の「自家の必要」に基づく必要量の配分と村民の「形式的平等」に基づく同量配分との両制限形態のいずれが、「損害の衡平分配」においてより基本的であつたか。実はこれは残念ながら今は確定できない。ただ、伊藤栄教授は燃料用材の採取制限にかんして「大体において中世末期以降の用益権は農耕地保有規模に應ずる不平等利用〔権〕」だとする(前掲書、三二五頁)(なお本節前註⁽¹²⁾の伊藤教授見解も参照)。亦、ギールケは、森林用材の同量配分は「各仲間或は同階層の仲間」にたいし行なわれたと述べ (P. 10)、ここには村民各階層毎の分配(必要量の分配)も窺えよう。筆者は、以上の諸見解を参照し、更に、村民の共同地利用権が各保有地に根を下ろし、しかもこの保有地の規模は大小棟棟であつた諸点を考え、本文の如く「損害の衡平分配」とは第一義的に言つて各村民の共同地利用権を保有地規模に拘わらせたことと見たのである。ところでここで注意すべきは、「各村民の共同地利用権を保有地規模に拘わらせる」ことは、共同地利用が制限されることで利用上の「経済的実質的平等が法律的形式的平等に代つた」(石田文次郎、前掲書、八七頁)ことを決して意味しない。すなわち、共同地利用権を保有地規模に拘わらせることは、共同地利用権の同量配分の場合と全く同じ意味で、しかし異なる手段で現われた。村民の「形式的平等」の一形態なのである。つまり保有地の規模は、当該保有地の保有者(標準農、二分の一農、四分の一農など)の実質的経済的必要度とは繋がりを持たない。したがつて共同地が保有者の「予備利用地」の意味を持つものであるとき、バーダー教授が鋭く指摘するように (Rechtsformen und Schichten, S. 246-247)、小規模保有地の保有者たちこそ最も多く共同地を必要としたのである。にも拘わらず保有地規模に基づく「形式的平等」のゆえに、彼らは共同地利用を最も厳しく制限されたのである。亦、ギールケは共同地利用の制限原理の一つであつた「必要原理」は共同地利用につき「貧農村民よりも富農村民に利があつた」と述べる (Gierke, a. a. O., S. 256)が、それは、富農村民の実質的経済的必要度から見ると、現実にますます不平等・不衡平に働いた。つまり、富農であるがゆえに「予備利用地」たる共同地をほとんど必要としなかつた村民層に、共同地利用権が形式的に最も多く配分されたのである。このように見れば、「共同地利用権を保有地の規模に拘わらせる」ことは現実に、「実質的不平等」・「実質的不衡

平」を生み出すのであり、これにたいし決して「経済的実質的平等」の現われではないのである。

(122) K. S. Bader, *Dorfgenossenschaft und Dorfgemeinde*, S. 269.

(123) Walter Merk, *Der Gedanke des gemeinen Besten in der deutschen Staats- und Rechtentwicklung*, 1934,

S. 3. なおメルク思想につき、世良晃志郎「『ゲルマン法』の概念について」(前掲書)一八七頁以下参照。

(124) これにかんし、栗生武夫教授が「法人 (Korporation)」にたいし「団体 (Genossenschaft)」を「内的成員に対して」でなく「外部に対してのみ権利義務の主体たるに過ぎざる集団」と巧妙にも述べた(『中世私法史』一一六頁)ことに注目するとき、「ドルフゲノッセンシャフト」が共同地に「集団利害」を持ったとすれば、これは、「外人」に向けた「仲間」態様の現われを意味するものであり、これに反し「仲間」「自身」「個人的利益」に対置されるものではない、と言えよう。なお本節前註(115)(17)も参照。

(125) 本節前註(88)。

(126) この点については川島武宜教授の次の見解が参照される。「個々の入会権者が共同して有するのは、入会客体に対する利用権能だけではない。それに対する管理および処分権能も入会権者に属し「入会権者の団体そのもの」に属するのではない(『注釈民法(7)』、五一—四頁)。「入会権の利用権能」は「固定したものでなく」入会権者の「入会権にはその利用権能を停止したり変化したりする権能すなわち管理権能が存在する」(前掲書、五二〇頁)。

(127) 本節前註(86)。

〔未完〕