



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	中世後期・近世におけるバイエルン・ラント法史研究序説（平和・ポリツァイ・憲法）（１）ークライトマイアを中心にー
Author(s)	和田, 卓朗; WADA, Takuro
Citation	北大法学論集, 33(3), 83-194
Issue Date	1982-12-27
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16402
Type	departmental bulletin paper
File Information	33(3)_p83-194.pdf



中世後期・近世におけるバイエルン・ラント

法史研究序説 (平和・ポリツアイ・憲法) (二)

——クライトマイアを中心に——

和田 卓 朗

序 論

第一章 クライトマイアの法典編纂

第二章 バイエルン・ラント法の発展とその体系的分化 (クライトマイアの法典編纂・前史)

小 序 バイエルン・ラント法史概観の基本的視角

第一節 中世後期におけるラント法の発達

第一項 『ルードヴィッヒの上バイエルン・ラント法書』の基本的特徴

第二項 バイエルンにおける裁判 (支配) 権の生成と体系化

第三項 『バイエルン改革ラント法書』におけるラント法の組織化の進展

第二節 近世におけるラント法の再編成

第一項 一六世紀における法発展

第二項 マクシミリアンの法典編纂

第三項 勅法によるマクシミリアンの立法活動

小 結 バイエルン・ラント法史の集大成としてのクライトマイアの法学活動（以上本号）

第三章 クライトマイアの法理論

小 序 問題の所在

第一節 私人の行為規範の体系としての「私法」

第二節 支配権の体系としての「国法（公法）」

小 結 「国法（公法）」の解体と憲法・行政法の成立（一九世紀前半における近代法の形成過程への展望）

結 論

序 論

エーベル (Wilhelm Ebel) の立法 (法源) 史の基本構想は、「判告 (Weisum)」と「協約 (Satzung)」と「法命令 (Rechtsgebot)」という法律の三つの基本類型を想定し、西洋 (ドイツ) 法史を、これらの基本的法律類型とその組み合わせによって説明しようというものである。「法律 (Gesetz)」という語は、法規範 (Rechtsnorm) 一般を意味するものとして広く理解されている。成文のものか不文のものか、制定 (定立) されたものか否かは、本質的屬性とは考えられない (実質的意味での法律)。立法の所産としての法律は、形式的意味における法律とされる⁽¹⁾。

「判^{ザイスト}告」は、ゲルマン人の法観念に対応する、最古の法律類型である。ゲルマン古代の法観念では、秩序のあること (das Geordnete) ・整い^ゲつべ^ゲな^ゲい^ゲと (das Ausgerichtete) ・正^ゲし^ゲく^ゲな^ゲい^ゲと (das Richtige) が「法 (Recht)」であった。

この意味での法は、定立されたり作られたりするものではなく、常に通用力を持って存在する自然の秩序である。Lex というラテン語に翻訳される leg の語も、このような正しい状態を指すものであって、形式的意味における法律という意味をはじめから持っていたわけではない。王といえどもこの法の下にあり、王による法の侵害は、臣民の抵抗権を基礎付ける。かかる法の基本原則は、部族や民族といった法仲間 (Rechtsgenosse) の思考・感情の中に存在していた。具体的事件に際して何が法であるかは、裁判の席で、裁判集会に参集した者たち (Dinggenosse) に諮問された。この諮問に答えて具体的法規範を明らかにする参審人 (Schöffe) たちの行為が、判決 (Urteil) である。これらの判決はやがて記録されるようになる。種々の集会 (Ding) において、現実の事件ではなく理論的に想定した事件について、判決を求めることも行なわれた。このように、現実もしくは仮定の判決によって「所与の」法を確定する行為——伝来の法の「改善」(Rechtsbesserung, legem emendare) を含む——ないしその記録が「判決」(2) である。

意欲して選び取った (Willkür) 行為準則は、当該行為規範の設定に關与した当事者のみを拘束する。かかる申し合わせ、法律行為 (Rechtsgeschäft) が「協約」(3) であつて、「アイムンク (Einung)」とも呼ばれる。「判決」(4) によって明らかにされる「法」は、当該法共同体の全ての成員に対して一般的拘束力を持っていた。「協約」によって設定される行為準則がかかる「法」に匹敵する法規範 (Willkürrecht) になるのは、法共同体の全成員の同意を現実に (事後的にであれ) 獲得するか、選挙によって法定立の授權がなされている場合に限られる。したがって、法共同体の構成員の全てを実際に数え上げることができなければならない。身分制的・貴族制的社会構造に基づくものであれ、選挙によるものであれ、法共同体全体を代表して実際に法規範の定立に当たる者たちは、同等の比重の票決権を有する。法規範 (法律) の定立は、これらの者たち全員の意見の一致を以てのみ可能であった。しかし、一三世紀の初めごろより多数者の意見にしたがう少数者の義務が説かれ、やがて多数決原理 (Mehrheitsgrundsatz, Majoritätsprinzip) が成立する。法

共同体の全成員に対して一般的通用力を有する〔法〕に匹敵する）法規範定立の可能性は、これによって著しく拡大された。以上の発展がとりわけ顕著であったのは、中世都市においてであると言われる。⁽³⁾

「法命令」とは、「法」規範を定立する支配権者（Obrigkeith）の命令である。「法」の執行に奉仕すべき「執行命令（Exekutivebot）」とは、いちおう区別される。もともと、命令によって「法」（の意味）が明らかにされたり補充されたりすることもあるから、「法命令」と「執行命令」とを截然と区別することは、容易な業ではない。（形式的な意味における）法律に表現された「法」（法規範の意味）が不完全・不明瞭なものであればあるほど、「執行命令」は「法命令」の性格の強いものとなる。それにもかかわらず、それが「法命令」と意識され認証されるためには、事物の永遠不変の秩序が「法」であるとするゲルマン古代以来の法観念や、その中世（ないし近世）キリスト教哲学的表現である「神の設定した秩序（神の法 *jus divinum*）」という考え方が克服されている必要がある。実際にはしかし、支配権者の意思だけを法律（法規範）の源泉とするこのタイプの立法の最も顕著な例である絶対主義国家（例えば一七世紀後半から一八世紀のドイツ諸領邦^{ラント}）の法律に対しても、学問的自然法論ないし理性法論が実定法律の批判的評価基準となっていたのである。⁽⁴⁾

ドイツ法史上の現実の法源史料の多くは以上の三基本類型の混合型であるし、実体とは異なる外衣をまとうことも少なくない。だが総じて言えば、一九世紀までのドイツ立法史は三つの時代に大別することができる。第一の時期はフランク人の帝国の時代であって、「判告^{ヴァイストゥム}」が優勢であった。第二期は一一世紀から一五世紀で、「協約^{ヴァイクン}」による立法が盛んに行なわれた。一五世紀からは「法命令」の時代となる。⁽⁵⁾

「判告」によって呈示される法律（法規範）は単に判決手続類似の立法形式を取るというのみならず、法共同体の全成員の法感情の中に生きているはずの永遠不変の法規範という意味を与えられている。それは常住不変の「法（Recht）」

の所与を前提とし、これを判決類似の手続を踏んで確定・記載したにすぎぬものであるから、「設定 (setzen)」されるというよりは「発見 (finden)」されるものである。これに対して「協約」や「法命令」の呈示する法律 (法規範) は文字通り「設定」されるものであったから、これらは「判告」^{ヴァイストワーム} 的法律観ないし法 (Recht) 観に従属もしくはこれを克服しない限り、「法 (Recht)」の内容を構成する法律ではあり得ない。実際、「協約」^{アイズンク} に基礎を有する (verwillkürt) 法規範と「法 (Recht)」とはなおしばらくの間は区別されていたのであって、「協約は法に優先する (Willkür geht vor Recht)」という法諺もこの区別に立脚してのことである。もとよりこの両者を区別する意識は、中世後期を通じて徐々に弱まりを見せてゆく。しかしそれは、「協約」^{アイズンク} に由来する法規範が長期にわたって遵守されるうちに「法 (Recht)」の内容を構成するものと観念されるに至ったからであって、「協約」^{アイズンク} は単に「法」の一存在形式にすぎず、「法」にとって積極的・形成的意義を持つものとなったわけではない。⁽⁷⁾ 「協約」^{アイズンク} はその実質的意義を喪失して、いわば「判告」^{ヴァイストワーム} に従属することになったのである。

「協約」^{アイズンク} とは異なり、「法命令」^{ランデスヘル} は領邦君主の領邦高権に裏打ちされて、やがて「判告」^{ヴァイストワーム} 的「法 (Recht)」観を克服するに至る。これによって裁判は、立法の場から成文制定法律の適用の場へと変質を遂げる。その際に決定的な役割を演じたのが、「良きポリツァイ (Polizey, politia)」の概念に立脚した領邦君主の立法すなわち「ポリツァイ条令 (Polizeiornungen)」であった。「ポリツァイ」とは公共の福祉 (allgemeine Wohlfahrt) の配慮と規律すなわち(良き)行政一般を指す概念である。旧来の「法 (Recht)」は、私法をその本質としていたから、「ポリツァイ」行政の分野は「判告」^{ヴァイストワーム} 的「法 (Recht)」・「協約」^{アイズンク} ・ラント法上の裁判権・等族による掣肘を免れた領邦君主の専権事項であった。したがってこの分野に限っては、彼の「法命令」が自由にこれを規律することができた。こうした「ポリツァイ条令」はさしあたり「法 (Recht)」の外 („rechts-frei) で君主の「法命令」を認めたにすぎないが、やがてその規制対

象が身分秩序の維持・警察行政・行政全般から私法へと拡大されるにおよんで、旧来の「法 (Recht)」と「法令令」との境界は不明瞭になっていく。⁽⁸⁾ 以上の発展を受けて、当初は最上級裁判権に附随するものとして認められていたにすぎない領邦君主^{ランデスマン}の立法権はやがて独立の権利となり、⁽⁹⁾ 数学的・演繹的自然法学体系と結びついて排他的・完結的法典編纂を生み出すことになる。「我々とともに生まれた」所与の「法 (Recht)」はこうして克服されたのである。⁽¹⁰⁾

以上のように要約されるエーベルのドイツ法史像の基本に、「良き旧き法 (gutes, altes Recht)」としての中世法というケルン (Fritz Kern) のイメージが流れていることは多言を要すまい。⁽¹¹⁾ そのケルンの中世法のイメージの根幹は、「ius」ないし「Recht」における法・権利の二重性、換言すれば中世法を権利の総和と捉える理解であった。⁽¹²⁾ 村上淳一教授はこの点を強調されると同時に、権利の担い手を「家をプロトタイプとする自立的権力」と捉えられることによって、エーベルの構想に深い憲法^{フュッファアッスツク} (国制) 史的陰影を与えられた。⁽¹³⁾

ところでクレッシェル (Karl Kroeschell) とケープラー (Gerhard Köbler) は、「法」・「権利」・「正しき」を総合する「Recht」という考え方が中世初期、一世紀末から一二世紀になるまでは存在していなかったことを指摘した。⁽¹⁴⁾ そしてクレッシェルは、一二世紀以降、契約ないし法律行為に由来する慣習法が成立していく中でローマ法およびとりわけカノン法的観念の影響のもとで、法＝権利の二重概念が徐々に成立していくとする。⁽¹⁵⁾ エーベルの「協約 (Satzung, Einung, Verwillkürung)」の法形成力が強調されるわけである。⁽¹⁶⁾

村上教授は次のように述べて、クレッシェルのこの見解を批判された。すなわち、「合意による自己拘束としての Willkür は本来合意の当事者のみを拘束したのであり、それゆえ固有の意味における recht ではない」と考えられているのである。したがって、少なくとも、のちの発展によって Willkür が Willkürrecht として観念されるに至る以前に「Willkür とは別に存在した recht について権利＝法の二重概念が成立した」と考えざるをえない」。そして、「中世

中期には、領域的支配の成立によって、本来自立的な権力の実力により直接に担保されていたもろもろの権利と、領域の客観的法秩序との対応関係が問題となる。その際、領域的支配は内部の諸権力の自立性を完全に剥奪し、すべての『権利』を自己の『法』によって基礎づけうるほど強力ではなかったから、もろもろの伝統的権利の集積が法規範……を形成するという意味で、(良き旧き) 権利法の二重概念が成立した⁽¹⁷⁾という仮説を提出される。こうしてエーベルの構想は、中世中期以降に時間的範囲を限定してではあるが、基本的には維持されることになった。「判決」^{ザイシュワーム}的法律観およびその背景にある「良き旧き権利法」^{Recht} (Recht) 観念(既得権論)の「法令令」的法律ないし法観による克服である。「(ラント) 法」^{Recht} (Recht) は実体私法(民事法)的に理解され、訴訟法・刑事法・行政法は副次的もしくは対立的要素となる。後者を支える理念である「平和」^{フリート}ととりわけ「ポリツァイ」も「ラント法」^{Recht} (Recht) と対立的ないし敵対的色彩を与えられる⁽¹⁸⁾。村上教授が御呈示になった「ドイツにおける法の近代化の諸類型」すなわち「行政が良き旧き法としての民事法を包摂」するに至ったプロイセンと「良き旧き法としての側面と経済的な私的自治の法としての側面とを示す民法典が行政に対抗する自律性を示した」オーストリアは、いずれも以上のような「ラント法」・「ポリツァイ」理解に立脚したものである。

ところでエーベルの「判決」^{ザイシュワーム}の概念は、「法発見」^{Recht finden} (Recht finden) としての中世的判決観を含むものでもあった。クレッシェルはしかし、「法発見」^(Rechtsfindung) (Rechtsfindung) という観念は中世には知られていなかったと指摘している⁽²⁰⁾。低地ドイツでは参審人の活動を「発見する」^(finden) (finden) ことと表現していたが、その場合に「発見」されるのは「法」^(Recht) (Recht) ではなく「判決」^(Urteil) (Urteil) であった。「発見する」^(finden) (finden) は、「示す」^(weisen) (weisen) (ヴェストファーレン)・「言う」^(sprechen) (sprechen)・「与える」^(geben) (geben)・「発する」^(erteilen) (erteilen) (以上、高地ドイツ)とも表現され、「判決」^(Urteil) (Urteil) という語自体、この「発する」^(erteilen) (erteilen) の名詞化したものにすぎない⁽²¹⁾。つまり、参審人が判決する、という以上の意味はない

説のである。「法 (Recht)」が「発見する (finden)」とともに用いられる場合にも、「法 (Recht)」は「発見する (finden)」の目的語にはならず、「正当と (認める) (für Recht)」・「法 (裁判手続) により (durch Recht)」・「正当にも (mit Recht)」・「法 (手続) にしたがって (nach Recht)」という形で使われている。⁽²²⁾ 更には、一三・一四世紀の参審人の判決のほとんどは、証拠法を内容とする手続法であるという。⁽²³⁾

以上のように「法 (Recht)」が全く形式的・手続的な概念であったとすれば、権利法^二法の二重概念の成立の意味もまた純粹に形式的・手続的のみに理解されなければならない。すなわち、裁判集会で (mit rechten Dingen) 認められたものだけが権利なのである。⁽²⁴⁾ これによってラントの法的性格も再考を迫られることになる。すなわちラントは権利法共同体ではなく、裁判共同体なのである。この認識はさらに、ラント平和令^三のラント法形成力ならびにその法律的性格を示唆するものでもある。「判^四告^五」から「協約^六」を経て「法命令^七」へというエーベルの立法史の基本図式は修正を余儀なくされることになる。「法 (Recht)」を「判告 (weisen)」するのではなくむしろ「判^八告^九」手続自体が「法 (Recht)」であるからには、この意味での「法 (Recht)」を定立 (setzen)・創出したものは「協約^{一〇}」もしくは「法命令^{一一}」でしかありえない。そしてクレッシェルはこれを「協約^{一二}」に求めていたのである。⁽²⁵⁾

石川武教授は、ラント平和令^{一三}が最初から領域的妥当性の原理を担いつつ制定された法律であったことを強調される。ラント平和の誓いはこの法律によって要求され、この法律そのものを誓約するものであった。ラント平和の誓いがラント平和の法律を定立したのではなく、既に定立された法律が誓いによって補強されたにすぎない。「法命令」自体の持つ領域的妥当性の主張が「協約^{一四}」によって客観化・現実化されるのである。これは更に、「法命令」は自己を実現するに必要な範囲で「協約^{一五}」を獲得すれば足りることを意味する。国王 (皇帝)・太公・領邦君主は、帝国・太公領・ラント内の実力者の「協約^{一六}」さえとりつけければ良いのであって、自己を含めたこれらの支配者の被支配民についてはその必

要性はそれほど切実なものではなかった。「ラント」の客観性が「等族制的憲法(国制)」として実体化しもしくは政治権力の集中が更に進んで「絶対主義国家」が成立するならば、「法命令」に内在する「ラント」という領域性を具体化するという「協約(一揆)」がかつて持っていたすぐれて憲法(国制)的意義ないし機能は当然それだけ稀薄なものとなりやがては完全に否定されることになるのである(「叛乱」としての「一揆」)。しかしそれは立法ないし法律の基本的性格の変化を意味するものではない。法律はそもそも「法命令」なのであって、「協約(Satzung, Verwillkürung)」が法律(Satzungsrecht)であった場合も、それは「協約」が同時に「法命令」であったからであって、その「協約(Einung)」的性格によるものではない。支配権者の「法命令」が法律である。「協約」はその支配権者の団体的・民族的性格の指標にすぎない。すなわち支配権者を単数に絞り切ることができない場合、この複数の支配権者が「協約」によって「法命令」を発したのである。⁽²⁶⁾

以上のように要約される石川教授の見解は単にドイツ法史の明解な説明を可能とするにとどまらず、次のようなラント法史像への方向を積極的に打ち出そうとしたものであったと言える。すなわち、「平和」が実体刑法規定によって担保する形で訴訟法ならびに訴訟法的性格の強い実体私法(アクチオの体系)を生み出したのである。独自の刑事訴訟法の創出と私法における実体法と訴訟法の分離はなお将来の課題として残ることになった。⁽²⁷⁾ 憲法(国制)と行政組織(法)の整備は「平和」を可能とする条件ではあったが、「平和」の所産とは言えない。これらの分野が法によって組織・整備されるためには、おそらく「平和」よりも内容の豊かな「公共性の理念」が必要となるであろう。そのような法発展に至る以前の段階のラント法は(断片的)実体刑法と訴訟法とアクチオの体系としての実体私法であって、「法命令」的法律の所産であったのである。この見とおしは「ポリツァイ」の概念に新しい光を投げかけ、これを「(ラント)法(Recht)」と対立的・敵対的ではなく整合的にもしくはむしろ「(ラント)法」を基礎付けその発展を可能にした

理念として理解する視点を提供してくれる。その意味で石川教授のラント^{フリース}平和令研究はひとり中世法史研究にとってのみならず、近世法史さらには近代法を理解する上でも強力な武器を与えてくれているのである。

本稿は、以上の問題状況を踏まえて、バイエルンに例をとって「ラント法」の意味を考え直してみようとするものである。考察の出発点と手がかりは、中世中・後期以来のバイエルンにおける「ラント法」発展の一応の到達点とみられるクライトマイアの法典編纂とその法学的著作の中に主として求められる。これまで簡単に考察してきたような問題の複雑さからしても、史料素材の上での限界からしても本稿は作業の第一歩であるにすぎない。さしあたっての目標は、プロイセンともオーストリアとも異なった「ドイツにおける法の近代化の諸類型」のうちの一つを描き出すことに限定される。しかしその類型は、エーベルや村上教授の御説とは多少異なった「ラント法」・「ポリツァイ」理解を要求することになるであらう。

- (1) Wilhelm Ebel, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland*, 2. Aufl., Göttingen 1958, S. 8 ff.
- (2) A. a. O., S. 12 ff.
- (3) A. a. O., SS. 21 ff. u. 53 ff.
- (4) A. a. O., S. 25 ff.
- (5) A. a. O., SS. 29 f., 42 f. u. 57 ff.
- (6) A. a. O., SS. 21 u. 24.
- (7) A. a. O., S. 63.
- (8) A. a. O., SS. 59 ff. u. 63 ff.
- (9) A. a. O., S. 69.
- (10) A. a. O., S. 74 ff.
- (11) Vgl. a. a. O., S. 12.

- (12) 村上淳「ドイツにおける法の近代化の諸類型」『市民法学の形成と展開（磯村哲先生還暦記念論文集）上』（一九七八年）六六頁。
- (13) 村上「法律の『一般性』について」鈴木琢弥・五十嵐清・村上淳編『概観ドイツ法』（一九七一年）九二頁以下。
- (14) 久保正備「伝統社会とその近代化 中世ヨーロッパ」川島武宜編『法社会学講座第九巻 歴史・文化と法 1』（一九七三年）一七三頁以下、村上淳「『良き旧き法』と帝国国制」『法学協会雑誌』九〇—一〇（一九七三年）一頁以下。
- (15) Kroeschell, Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert, in: Probleme des 12. Jahrhunderts (Vorträge u. Forschungen Ⅲ), Konstanz u. Stuttgart 1968, S. 326 ff.. 村上前掲『法学協会雑誌』一二二頁以下。
- (16) Vgl. Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte 1 (bis 1250), Reinbek bei Hamburg 1972, S. 187. 彼は、皇帝のラント^{ラント}平和^{平和}命令^{命令}を法律とする Joachim Gernhuber の見解を批判して、これを誓約された「協約」と見る Ebel, a. a. O., SS. 46—49 に賛意を表している。
- (17) 前掲三四頁以下。
- (18) 村上『近代法の形成』（一九七九年）一八頁以下、六五頁、一二〇頁以下、一九五頁以下など。
- (19) 村上註（12）所掲論文八九頁。
- (20) Kroeschell, „Rechtsfindung“. Die mittelalterlichen Grundlagen einer modernen Vorstellung, in: Festschrift für Hermann Heimpel Bd. III, Göttingen 1972, SS. 505 u. 516f.; ders., Deutsche Rechtsgeschichte 2 (1250—1650), Reinbek bei Hamburg 1973, S. 123.
- (21) Kroeschell, „Rechtsfindung“, S. 501 ff., insb. S. 504 f..
- (22) A. a. O., S. 507.
- (23) Ders., Deutsche Rechtsgeschichte 2, S. 125.
- (24) Vgl. ders., „Rechtsfindung“, S. 511.
- (25) 註（16）参照。
- (26) 石川武「ドイツ中世の平和運動における『公共性の理念』」『歴史学研究』一七二・一七三（一九五四年）参照。
- (27) 前掲（19）一九一二頁参照。

第一章 クライトマイアの法典編纂

カール・アルブレヒト (Karl Albrecht, 皇帝としては Karl VII.) (一七二六/四二年—一七四五年) の敗北と死によつて、バイエルンはオーストリア継承戦争 (一七四〇年—四八年) から退いた (一七四五年四月二二日のフュッセン Füssen 和約⁽¹⁾)。その跡を継いだマックス三世ヨーゼフ (Max III. Joseph) (一七四五年—一七七七年) の手には、疲弊したバイエルンと三千二百万グルデンの負債が残されていたといわれる。内政再建は急を要した。⁽²⁾ 法改革は、選定侯の内政改革の初期から計画されていた。既に一七四六年の一月三日、ブルクハウゼン (Burghausen) の統治府 (Regierung) に対して、司法 (Justiz) の改革と迅速化についての意見書提出が命ぜられている。前年二月二十四日の同統治府の報告書で、その必要が示唆されていたようである。⁽⁴⁾

当時、バイエルンは四つの地方政庁管区 (Rentamt) に分かれていた。シュトラウビンク (Straubing)・ランズフート (Landshut)・ブルクハウゼン・ミュンヘン (München) に、それぞれの地方政庁管区の司法・ポリツァイ (行政) 事務を統轄する官庁が置かれている。このうちミュンヘンを除く三つの地方政庁管区と上プファルツの地方政庁が、統治府 (Regierung) と呼ばれる。上プファルツの統治府は、アムベルク (Amberg) にあった。これらは、中世後期バイエルンの四つの部分ラントの「宮廷 (Hof)」の近世的形態と考えて大過なからう。太公 (Herzog) の主宰のもとに、代理職 (Viztum, vicedominus [generalis])・宮内長官 (Hofmeister, magister curiae)・別荘職 (Marshall) が宮廷を構成し、代理職が、官衙 (Amt, ampt, officium)・伝令使職 (Schergeamt, schergamt, officium precons)・官庫職 (Kastenamt, chasten) などと呼ばれる諸官衙を統轄する。これらの諸官衙は一四世紀までには、ラント裁判所 (Landgericht, Schranen) を輔佐・監督する守護職 (Pfleger) に統一された。この守護職の活動によつて、少なから

ず自生的な官衙であつたラント裁判所が、官庁に作り上げられていくのである。これらを統轄する代理職管区 (Vizumamt) が、一六世紀以降、地方政庁管区 (Rentmeister) が代理職に取って替つた。地方政庁管区の統轄官庁が財務長官の主宰する統治府であるならば、地方政庁管区の先駆である代理職管区においてこれに対応するのは、太公の名において代理職の主宰する宮廷であろう。統治府はまた、かつての宮廷裁判所 (Hofgericht) 同様、地方政庁管内における控訴裁判所であり、特権的身分裁判所でもあつたのである。⁽⁵⁾ もつとも、これら四統治府のうち、固有のバイエルンには属さない上プファルツのそれは、下プファルツとともにライン宮中伯 (Pfalzgraf) の支配との脈絡で理解されなければならないだろうし、ブルクハウゼンはその他の三統治府から独立の部分ラントを形成していたわけではない。一方、インゴルシュタット (Ingolstadt) は、一三九二年以降、独立の部分ラントを構成してきていた。せむし公ルードヴィヒ八世 (Ludwig VIII. der Bucklige od. Höcklige) (一四四三年—一四四五年) が死んで、その太公領の大部分はバイエルン・ランズフートに統一される (一四四七年)。このランズフート系ヴィッテルスバッハ (Wittelsbach) 家が富裕公ゲオルク (Georg der Reiche) (一四七九年—一五〇三年) をもつて断絶して、一五〇五年、ミュンヒェン・ヴィッテルスバッハの賢公アルブレヒト四世 (Albrecht IV. der Weise) (一四六五年—一五〇八年) によってバイエルンの統一が成し遂げられる。シュトラウビンク・ヴィッテルスバッハは既に一四二五年のヨハン三世 (Johann III.) の死によって断絶し、他の三ヴィッテルスバッハ太公家による遺領の分割相続も一四三四年までには完了してゐた。⁽⁶⁾ この拡大したバイエルン・ランズフートの旧領を三分割する形で、地方政庁管区の設定は行なわれた。旧バイエルン・シュトラウビンクは、殆んどそのままの領域をもつて地方政庁管区に移行している。バイエルン・ランズフートの北西部の、バイエルン・インゴルシュタットに由来する部分は、バイエルン・ミュンヒェンの上バイエルン地域と合体されて、ミュンヒェン地方政庁管区を構成する (バイエルン・ミュンヒェンの下バイエルン

地域とはバイエルン・シュトラウビンクの旧領に由来し、これは既に述べたように、シュトラウビンク地方政庁管区に編入されている。イン(Inn)河以東、オーストリア太公領(Erzhertogtum Österreich)とザルツブルク大司教領(Erszift Salzburg)ならびに教会諸侯領ベルヒテスガーデン(Fürstpropstei Berchtesgaden)に隣接する上バイエルン地域が、ブルクハウゼン地方政庁管区である。インゴールシュタットに由来する部分を含めて、全て旧ランズフート領である。ザルツアッハ(Salzach)河畔のブルクハウゼンは、バイエルン・ランズフートの重要な「宮廷(Hof, curia, curtis)」所在地の一つであった。⁽⁶⁾残余の旧ランズフート領が、ランズフート地方政庁管区である。統治府こそないが、インゴールシュタットには一四七二年以来、大学が設立されていた。太公ルードヴィッヒ九世富裕公(ランズフート)(Ludwig IX. der Reiche)(一四五〇年—一四七九年)が教皇ユウス二世(Pius II.)より設立特許を賦与されたのは、これを一〇年以上も遡る一四五九年の四月のことである。この大学は、對抗宗教改革から宗教戦争の時期、イエズス会の手によって整備され、一八〇〇年、ランズフートに新しい大学が設立されるまで、バイエルンの精神史・法史・国制史上、重要な地位を占め続けた。一八二五年、大学はさらにミュンヒェンに移転する。今日のルードヴィッヒ＝マクシミリアン大学である。⁽⁹⁾

近世初頭、上・下バイエルンが四地方政庁管区に分けられるに際して、バイエルン・ミュンヒェンは拡大されこそすれ、分割されてはいない。シュトラウビンク地方政庁管区を構成することになった下バイエルン地域は、もともと等族制的にも別個の「ラント」であって、その支配の中核地帯では必ずしもなかった。このバイエルン・ミュンヒェン部分太公領の近世的発展形態であるミュンヒェン地方政庁管区の統治府に相当するのが、宮廷法院(Hofrat)である。他の四統治府に対して、中級官庁に対する上級官庁としての地位を占めているのは、統一バイエルンの選定侯の居城都市としてのミュンヒェンの特別な地位に由来する。一八世紀までには、ポリツァイ参議会(Polizeirat)などの行政諸官庁

が分離独立したり、破毀院 (Revisorium) が設置されたりしており、一七七九年にはその権限を司法機能にのみ制限されてしまうことになる。これら諸官庁の統轄機関として、枢密参議會 (Geheimer Rat) が設置されていた。その副宰相 (Vizekanzler) が宮廷法院の指導の任に当たる。⁽⁵⁾ クライトマイアは、一七四五年一月三日に宮廷法院宰相、一七四九年三月二日には枢密参議會の副宰相になっていた。⁽¹⁰⁾

さて、ブルクハウゼンの統治府の意見書は、一七四六年一月二六日に提出された。しかし、選定侯が宮廷法院に対して、詳細な意見書を提出すべきことを命じたのは、ようやく一七四七年も後半になってからのことである。宮廷法院の意見書は、同年の二月七日に提出された。しばらく間があつて、一七四九年一月二四日、この意見書は、ラント等族会 (Landschaft)⁽¹¹⁾ と三つの統治府 (アムベルクの上プファルツ統治府を除く)⁽¹²⁾ に送付された。二月一七日には破毀院にも送付された。ブルクハウゼンの統治府は同年二月二九日、シュトラウビンクは翌五〇年二月六日、破毀院は一月一六日、そしておそらくランズフートも、それぞれ意見書を取りまとめミュンヒェンへ回付した。⁽¹³⁾ こうして法改革は、訴訟法からまずその緒についた。最初に法典化されたのは、しかし、『バイエルン刑事法典 (Codex Juris Bavarici Criminalis)』(一七五一年一〇月七日公布)であつた。

クライトマイア (Wiguläus, Xaverius, Aloysius, Freyherr von Kreitmayer auf Offenstetten und Hatzkofen) (一七〇五年二月一四日—一七九〇年一〇月二七日)⁽¹⁴⁾ 率いる枢密参議會が宮廷法院などに対して、刑事司法の促進と刑事費用の軽減に関する意見書の提出を求めたのは、一七五〇年七月一四日のことであつた。独立のラント巡邏兵隊 (das gefreite Landstreiferkorps) が強盗・窃盗・乞食に対処するものとされ、一七五〇年九月一八日条令をもって、これに対する扶助義務が定められた。翌五一年一月二三日には、全ての刑事裁判権保有者に対して、新刑事法令の公布が予告され、⁽¹⁶⁾ 同二六日には、ラント等族 (Landstände) に対して、審査会を作つて刑事法典草案に対する意見書をま

説めるべき旨が命ぜられた。⁽¹⁷⁾ この草案がラント等族に示されたのは三月一六日、簡単な意見書が五月一二日に提出される。乞食・浮浪に対する刑罰の加重と、適法行為褒賞に対する懸念が表明されたほかは、双手を上げての賛成といつてよい内容のものであったと言われる。⁽¹⁸⁾

『刑事法典』の公布勅令は、次のように述べている。「……くどくと申し述べるまでもないが、普通法・地方条例法(Staatliches Recht)の混乱かつ欠缺の多い状態は、朕が個別法令(Special-Verordnungen)をもって修正しようとしてきたところであるけれども、未だに朕の選定侯領を支配し、これによって、上級・下級裁判所ともに、迅速かつ均質な裁判(Justiz-Administration)が妨げられている。／この由々しき事態を解消するため、朕は完全な新国法(ラント法)典(einen vollständigen neuen Codicem Juris Patrii)⁽¹⁹⁾を起草させることにした」。ラント等族も、これには何の異論もなかったようである。それどころか法改革の動きは、前述のように、ブルクハウゼンの統治府の報告書が契機になってさえたのである。この法典編纂は、予告通り継続された。二〇章からなる「訴訟法典」草案が翌五二年一〇月までに完成し、同一六日、ラント等族会と宮廷法院と破毀院と統治府に示され、意見が求められた。宮廷法院は、一七五三年五月一五日、七九頁に及ぶ意見書を作成、提出した。ラント等族会は、同年二月三日、意見書提出の前に、破毀院と統治府の意見書を検討したい旨を申し出た。若干のやりとりがあった後、一七五三年六月三〇日、選定侯はこれを許した。八月一四日、選定侯は、ラント等族会から法学的意見を獲ようと期待しているわけではない(kein Jurisches Gutachten)と述べて、その提出を促した。意見書は九月一日に提出された。これらの意見書を受けて草案は改訂され、同年一二月一四日に公布された。これが『バイエルン訴訟法典(Codicis Juris Bavarici Judicarii)』である。⁽²⁰⁾改訂は条文の簡略化が主で、省略された説明の大部分は、のちに『バイエルン訴訟法典註釈(Anmerkungen über den Codicem Juris Bavarici Judicarii)』(一七五四年)で生かされることになった。訴訟の迅速化という観点

からする内容上の改訂もあるが、それは普通法学者の著作に由来するものであって、⁽²¹⁾ 宮廷法院やラント等族会の提案等に由来するものではないと言われる。

既に『刑事法典』の公布勅令で予告されていた「国法（ラント法）典（Codex Juris Patrii）」の編纂は、一七五六年の一月二日に公布された『マクシミリアンのバイエルン市民法典（Codex Maximilianus Bavaricus Civilis）』をもって完成した。しかしそれは、バイエルン法の全てを包摂するものではなかった。同法典初版フォリオ版刊本の標題頁の表現によれば、三つの法典を併せても、法典化されたのは「本選定侯領において通用している全私法の体系（Systema Juris Privati Universi）」⁽²²⁾ だけであつたのである。

バイエルン「国法（ラント法）」典ないしバイエルン「私法」法典編纂事業の完結篇であるこの第三法典の詳しい立法経過は不明だが、『市民法典』の公布勅令に次のような一節がある。「……朕の全ての法院（Justiz-Dicasteria）ならびに親愛にして忠良なるラント等族会代表者（Landschafts-Verordnete）諸氏が提出したこの法典に対する勧告的意見書（Rätliche Gutachten）も同意しており、朕も本草案の全内容を自ら熟慮・検討し裁可を与えた。ここに、上プファルツならびに朕に属する全ての貴族領（Herrschaften）とラント（Landereyen）を含む朕の全選定侯領において本法典が確実に考慮され、上級・下級裁判所に係属する紛争（Streitigkeiten）はこれにしたがつて判決され決定されるべきこと（pflichtmäßig hierauf spreche und erkenne）を定め命じ且希望する（Setzen, ordnen und wollen）……」。クライトマイアが一七六九年に著した『国法総論ならびにドイツ国法・バイエルン国法綱要（Grundriß des Allgemeinen Deutsch- und Bayrischen Staatsrechtes）』の第一一四節によれば、「選定侯の合議体官庁（Collegia）を構成するのは、まず第一に枢密参議会と法院（Justizdicasteria）⁽²³⁾、既に破毀院ならびに宮廷法院であり、次にランズフット、シュートラウビンク、ブルクハウゼン、アムベルクの四統治府である。その他に教会局（geistlicher Rath）⁽²⁴⁾、宮廷軍務局

(Hofkriegsrath) 宮廷財務局 (Hofkammer) インコールシュタット参議會 (ingolstädisches Rathscollegium) がある。この最後のものは大学参事会 (Universitätsrath, oder Senatus Academicus) と同じではなく、宮廷法院令第三条第一四項に基づく全く別の合議体官庁である……」⁽²³⁾と云う。「法院 (Justiz-Dicasteria)」とは、破毀院と宮廷法院のことであって、この二つの機関が第三「私法」法典に賛同の意を表わしていたわけである。

破毀院および宮廷法院^{ホーフ・ラート}とならんで『市民法典』制定に協働・参与していたのが「ラント等族会代表者 (Landschafts-Verordnete)」である。これについての説明は、『国法論』の第一八二節中に与えられている。曰く、「他のラントにおけると同様、バイエルンでも全ラント等族^{ランツ・シュタム}が集まって、一種の共同会議体 (eine gewisse species communitatis vel corporis) を形造る。これがラント等族会と呼びならわされているものである。全国家体 (Staatskörper) のいわば頭に (in capite) あたるのがラント君主 (Landesherrschaft) であるように、ラント等族会の全体と構成員は (in corpore & membris) 全ラントの残余部分を代表する義務を有する (hat……zu repräsentiren)。……代表者会 (Verordnung) とラント等族会とを混同してはならない。前者は後者の一部、ないし構成員のより限定された部会 (ein Theil oder engerer Ausschuß) であり、一六名、即ち上・下バイエルン各二名の高位聖職者、各四名の騎士、各二名の市長^{リックトー}で構成される。これに、高位聖職者一名、騎士二名、市長一名の計四名からなる勘定方 (Rechnungsaufnehmer) が加わる。このほかに一六名の副構成員 (Adjuncten) があって、上・下バイエルン各二名の高位聖職者、各四名の騎士、各二名の市長がこれに当たる。ラント君主にとってもラント等族にとっても、全ラント等族のかわりに数名のラント等族と協議する方が便宜であつた。代表者会の端緒は既に一六世紀にあるが、整った形態と秩序をとつたのはようやく一七世紀になってからのことであり、一六二二年のラント集会 (Landtag) の席上、ラント君主の同意 (Begnennung) のもとに通常規則 (eine ordentliche Instruction) がつくられ、一六六九年に再度更新・改訂された。選定侯フェルデ

イナンド⁽²⁴⁾の治下、代表者会^{フニアオルドメツング}の廃止が論議されたが、この提案は裁可されなかった⁽²⁵⁾。「ラント等族^{シュツタング}」の全体を、その総体に力点を置いて表現する語が「ラント等族会^{シュツタフト}」である。「ラント等族会^{シュツタフト}」を、その具体的成員に力点を置いて表現するのが「ラント等族^{シュツタング}」である。「ラント等族^{シュツタング}」と「ラント等族会^{シュツタフト}」は同一の実体を指称する語であって、ただその色彩を異にするだけである。この「ラント等族^{シュツタング}」ないし「ラント等族会^{シュツタフト}」が、近世においては、「(ラント等族会^{シュツタフト})代表者会^{フニアオルドメツング}」という現実的存在形態をとって機能したのである。この「代表者会^{フニアオルドメツング}」をその成員に力点を置いて表現した場合、「ラント等族会代表者^{シュツタフト} (Landschafts-Verordnete)」と言⁽²⁶⁾うことになる。

『刑事法典』・『訴訟法典』・『市民法典』の三「私法」法典はいずれも、破毀^{レグライニリウム}院と宮廷法院^{ホーフラート}の協働のもとに選定侯が制定した法律である。第一法典と第二法典の場合には、既に見た通り、統治府^{レグイムンツ}も一定の役割を演じていた。この点はおそらく第三法典の場合も同様であったと思われる。更にいずれの法典も、ラント等族会^{シュツタフト}の協働ないし賛同を得て制定されている。先に、第一法典については「ラント等族^{シュツタング}」、第二法典については「ラント等族会^{シュツタフト}」、第三法典については「ラント等族会代表者^{シュツタフト・フニアオルドメツング}」と書き分けたが、これはパイチュ^{ペイツシュ}・シエル^{ショール} (Schöll) という研究者の語法にしたがったものであって、第一法典の公布勅令では「ラント等族^{シュツタング}」ではなく「ラント等族会^{シュツタフト}」の語が用いられている。「……朕の全ての法院 (Justizdicasterien) の意見を予め意見書の形で聴取した上で (nach vorläufig-gutachtlicher Vernehmung)、更に朕の親愛にして忠良なるラント等族会^{シュツタフト}の勧告的協働 (rätliches Zutun) を得て、本法典は成立の運びとなった……」という文言は、先に引用した第三法典の公布勅令中の文言に対応するものである。前者の「ラント等族会^{シュツタフト}」が後者では「ラント等族会代表者^{シュツタフト・フニアオルドメツング}」に書き換えられているが、「ラント等族会^{シュツタフト}」はこの時期には「代表者会^{フニアオルドメツング}」の形で現実の活動をしていたのであるから、立法手続の点で両者の間に相違を認める必要はない。『刑事法典』公布勅令とほぼ同様の文言は、『訴訟法典』公布勅令中にも見出される。エーベルの用語法にしたがうならば、クライトマイアの法典は「法

説 命令」と「協約」^{フイレンツ}との混合型と特徴付けることができる。破毀院^{レクイエインリウム}と宮廷法院^{ホーフラート}という「法院 (Justiz-Dicasteria)」の協働の事実に着目して、そこに「判 告」^{インストゥム}の要素を見ることが可能である。内容的にも『市民法典』などは「法学的判断に習熟した実務家の手になる普通法 (Gemeines Recht)」であって、「自然法的法典 (Naturrechtsgesetzbücher)」⁽²⁷⁾の「先駆 (Vorläufer)」にすぎないものと位置付けられていることは周知の通りである。合理的自然法学に立脚した改

革意図を前面に押し出さず、当時の普通法学の成果を踏まえつつ既存の法を集成・改善するにとどめるというクライトマイア法典の「改革法典 (Reformation)」的性格は、『刑事法典』についても指摘されている。⁽²⁹⁾この『刑事法典』はなお多くの旧時代的な様相をとどめていたのである(残酷な刑罰、刑罰の加重、財産犯・道徳犯の苛酷な処罰、異端者・魔女の処罰、拷問など)⁽³⁰⁾。その改革は、カール・テオドア (Karl Theodor) (一七二四年—一七九九年。一七三三年よりプファルツ伯、一七七七年よりバイエルン選定侯)のもとで緒についたあと、マックス四世ヨーゼフ (Max IV. Joseph) (一七九九年—一八二五年。一八〇六年よりバイエルン国王 Max I. Joseph) の治下でモンジエラ (Maximilian Joseph Graf von Montgelas) (一七五九年—一八三八年) が進めた一連の改革の一環を構成することになった。⁽³¹⁾一八一年のフォイエルバッハ刑事法典といわれるものはその結実である。⁽³²⁾

法典を起草していた一七五〇年当時、クライトマイアは聖ペテロ教会 (St. Peter) の前の牛市広場 (Rindemarkt) に面した徴税官 (Zinsmeister) の家の二階に居住していた。その蔵書は一万二千冊を数えたと言う。その大半はバイエルン国立図書館に寄贈された。クライトマイアはこの蔵書を駆使して、三つの法典を独力で書き上げたのである。彼は項目別に紙を用意して、これにメモをとりながら本を片端から読破していった。そしてこのメモを用いて、法典と三つの「註釈書」を著した。⁽³³⁾そのうち『訴訟法、典、註釈』と『バイエルン刑事法典、註釈 (Anmerkungen über den Codicem Juris Bavarici Criminalis)』(一七五二年)の二篇は、対応条文の語句にコメントを付ける形式で書かれている。彼の集めた

材料は、このやり方で十分処理することができたのである。ところが『マクシミリアンのバイエルン市民法典註釈 (Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilen)』(全五巻。一七五七年—一七六八年)では、そうはいかなかった。法素材の中には、『市民法典』の枠内で十分処理することは難しいが、これを抜きにしてはバイエルンの法生活における『市民法典』の現実の機能を理解することができないものがあつたのである。そのため第三註釈書の体裁は、先の二つの註釈書のそれとはいささか異なつたものとなっている。例えば『市民法典』第一部第七章(後見について)は第四〇条までであるが、『市民法典註釈』は第四三条を立てなければならなかった。また同第二章第八章(家事・農事雇傭とその他の権利 (Gerechtigkeiten) について)も、『市民法典』の一七条から二五条に膨れ上がっている。更に重要なのは、『法典』が四部構成であるのに対して、『註釈』が五部立てになっている点である。『法典』は第四部第一章「封建法 (Lehnrecht, Jus Feudale)」で終わっていたが、これが『註釈』第五部の最初に置かれる。章番号は「一八」のままである。以下、第三〇章までの一二章で、教会法、宗教法、軍(人)法、貴族・都市貴族 (Patriziat)・紋章特権 (Siegelmäßigkeit)⁽³⁴⁾ 身分の法、学校教師・大学人・学位取得者の法、官吏の法、都市と都市民の法、小売商人・商人の法、手工業者の法、村と農民の法、名誉喪失者・賤民の法、自治体の法が叙述されている。『市民法典註釈』のこの第五部を「公法」と説明する論者があるが、これは必ずしも適切な解釈であるとは思われない。三法典とその註釈を要約して編まれた便覧が『普通私法学、ならびにバイエルン私法学綱要 (Grundriß der gemein- und bayerischen Privat-Rechtsgelehrsamkeit)』(一七六八年)と名付けられていることから、これは明白である⁽³⁶⁾。この更に翌年に出版された『国法論』の序文の中にも、「本書は……バイエルン国民 (Landsleute) のために著されたもので、先日出版された『マクシミリアン法典綱要』が私法について (in jure privato) そうであつたように、国法 (公法) についての (in jure publico) 最初の手引書を提供しようというのが、著者の意図である」と述べられている⁽³⁷⁾。

『市民法典』第一部は八章構成である。第一章（「法学 (Rechts-Gehrsamkeit) と正義 (Gerechtigkeit, Billigkeit) ならびに権利・義務全般について」）と第二章（「法の差違について」）は、いわば「総論」である。但しこの「総論」は、法典の非網羅性と（とりわけ帝国法に対する）開放性ならびにラント内における「法圏の分裂」状況を踏まえて、今日の「法例」や国際私法類似の内容と機能を与えられている。⁽³⁸⁾ 総じて「普通法学」期の「法源論」はそうした実践的・実用的性格を持っていたのである。それが「法源イデオロギー（神話、歴史哲学、形而上学説）」へと性格を変えてゆくのは、ようやく一九世紀になってからのことのように思われる。この「総論」に続いて、第三章（「さまざまな状態 (身分、status, Stand) の人の法＝権利 (Rechte) と義務について」）以下、いわゆる「人の法 (Jus Personarum)」が展開される。第三章第一条は、人の法＝権利と義務の状態 (Zustand, Eigenschaft, Status vel Conditio Personae) を「自然状態 (Status naturalis)」と「導き入れられた状態 (Status adventitious)」とに分類する。第二条は、この「自然状態」の説明である。第三条が列举するさまざまな「導き入れられた状態 (eingeführter Zustand)」の中に、国家状態 (Status Civitatis)・家族状態 (Status Familiae)・自由状態 (Status Libertatis)・権力状態 (Status Potestatis) と並んで、『市民法典註釈』第五部の内容をなすものが見出される。⁽³⁹⁾ このうち国家状態 (Status Civitatis vel Reipublicae) における法の叙述は、後年の『国法論』にまわされた。⁽⁴⁰⁾ 『市民法典』第一部第四章（「家もしくは家族状態 (Haus- oder Familien-Stand) ⁽⁴¹⁾」）と第五章（「父権 (Väterliche Gewalt, Patria Potestas) ⁽⁴²⁾」）と第六章（「婚姻状態 (Ehestand, Matrimonium) ⁽⁴³⁾」）は、家族状態に関する法である。同時に第五章は、第七章（「後見と保佐 (Pfleg- und Vormundschaften, Tutela vel Curatela) ⁽⁴⁴⁾」）とともに、権力状態を論ずるものでもある。第八章（「体僕身分 (Leibeigenschaft, Servitus) ⁽⁴⁵⁾」）は自由状態を扱う。しかし以上で第一部は終わり、第二部では物権法、第三部では相続法、第四部では債権法が論ぜられる。封建法がその最終章を構成していた。この三部が「物の

法 (Jus rerum)』である。⁽⁴³⁾ なお、「訴訟の法 (Jus actionum)」が一つの独立の法典を構成していたことは、既に見てきたとおりである。

クライトマイアは、「人の法」を「人の法」権利ならびに義務の状態「すなわち「身分」の法と捉えている。『市民法典』ではその内容は、必ずしも十分に展開されていたわけではない。『国法論』とともにこの欠を補ったのが、『註釈』第五部であったのである。『市民法典註釈』の「序言 (Vorrede)」でもこのことは明らかであるが、⁽⁴⁴⁾『綱要』も次のようにはっきりと述べている。曰く、「自然によらず、人の命令や自分の選択によって取得する身分の点で、人は多様に分かたれる……本篇第一部と第五部の諸章で詳しく説明される通りである」⁽⁴⁵⁾。これによって『市民法典註釈』は、普通法学の伝統的な体系である法学提要方式を破る体裁を持つことになった。

既に『市民法典』第一部第三章第一条に対する『註釈』の中でクライトマイアは、「法」権利の客体 (objectum Juris) を基準にして「人の法」・「物の法」・「訴訟の法」⁽⁴⁶⁾を区分するトリボニアヌス (Tribonianus) 以来の体系構築法に対する疑義を表明していた。人を完全に捨象して「物」だけを見た場合、それは法「権利 (Jus)」の対象でも債権 (Obligatio) の対象でもあり得ないから、「物の法」概念は成立しないというのである。「対物権 (Jura realia)」は別として⁽⁴⁷⁾、「対人権 (Jura personalia)」は法の第一の客体 (objectum Juris primum) たる人を抜きにしては考えられない。「訴訟の法 (Jus actionum)」というのもまた、不適切きわまる表現である。なぜなら訴訟 (actiones) は実のところ法「権利 (Jus)」ではなく、法「権利」への単なる手段 (media ad Jus) であって、既に自分のもの (eigen) ではあるが他者によって不法に (ungerechter weise) 妨げられ (versagt) 奪われていく (vorenthalten) 法「権利 (Jus)」を実現しようとするために我々が用いる裁判上の補助手段 (richterliche Hilfsmittel) だからである。……その上、「人 (Personae)」と「物 (Res)」と「訴訟 (Actiones)」とは相互に密接に結びついているので、合理的に秩序立てて講じようとするなら

論 説
ば (in einer vernünftigen und ordentlichen Lehr-Art) 〃これらを別々に切り離すことはできない。……例えば父権や後見や婚姻は、トリボニアヌス自身が (法学提要の) 第一巻で「人の法」として論じた題材であるが、もしこれを完全に論述しようとすれば、卑属・夫婦・被後見人・未成年者の財物 (res vel bona Liberiorum, Coniugum, Pupillorum, Minoremium) に関する事柄にも説き及ばざるを得ない。……最後に、債権に関する素材がどうしてこの区分法では法学提要 (Institutiones) の第三巻に編入されているのだろうか。債権は「人の法」でも「物の法」でもないか、どちらかと言えば後者よりは前者に属するものである。このように、いま説明したような「法」権利の三つの客体 (objectum triplex Juris) 〃は実在しない形式 (ein Formal non ens) であって、混乱をきわめ、部分的には誤った不正確な概念に基づいており、この上に築かれた方法もしたがって、修学に適した体系 (ein Schulgerechtes System) だとはとても言えないのだが、……これが一般の教授法 (Schul-Brauch) によって定着を見ており、これ以外の体系はそれがいかに適切にうまく構成されているようにも、容易には採用されないような状況にある。……この法典の作成に際し、その内容をなす素材の編成を行なうに当たっては、大部分、そして今日の我々の考え方に照らして適当とされる限りで、一般になじみのあるユ帝提要の順序 (ordo Institutionum Justinianeum) を踏襲したのも、一つにはそのためである……」。

クライトマイアは、あくまでも便宜的に法学提要方式にしたがっていたにすぎない。

「身分法」を「身分法」として論述するとなると、単に提要方式の「人の法」の枠をはみ出すのみならず、「物の法」・「訴訟^{フリス}の法」と対比される「人の法」という概念自体を否定することになる。「物の法」との関係については、父権・後見・婚姻についてクライトマイア自身が述べている通りである。「訴訟^{フリス}の法」との関係では、『註釈』第五部で論ぜられる身分が特権的裁判籍 (forum privilegiatum) を基礎付ける点を指摘しておきたい。⁽⁴⁹⁾ 法学提要方式にとられずに「身分法」の体系的叙述をめざすとすれば、『市民法典』第一部第三章から第八章までの「人の法」と『市民法典』第三部

の相続法が『市民法典註釈』第五部第一章以下と合体されることになる。『綱要』の構成に以上の修正を加えてみると、総論・物権法・債権法・身分法（家族法、後見・保佐の法を含む）という編成の市民法に訴訟法と刑事法（刑事訴訟法を含む）が続く「私法」の体系が得られる。これと『プロイセン一般ラント法典（Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794）』の構成とがよく似ていることは興味深い⁽⁵³⁾。大きな相違としては、次の三点が指摘できる。第一に、プロイセン法では物権法と債権法との区別がない⁽⁵¹⁾。第二に、『一般ラント法典』第二部第三章から第一七章までを占めている「国家の権利・義務に関する法」は、バイエルンでは、『国法論』で叙述さるべき「国法（公法）」として、「私法」としての「国法（ラント法）」から区別されている⁽⁵²⁾。最後に、バイエルンでは実体法とならんで民事・刑事の両訴訟法も「私法」『国法（ラント法）』を構成しているのに対して、プロイセンでは『一般ラント法典』から訴訟法を除外して、これを別に立法した（民事訴訟法は一七八一年⁽⁵³⁾、刑事訴訟法は一八〇五年⁽⁵⁴⁾）。シュヴァーレッツ（Carl Gottlieb Svarez）は、私人の行為規範たる実体法を制定するのは臣民一般を名宛人とする「立法（Gesetzgebung）」であるが、裁判機関を名宛人とする訴訟法令（Prozeßordnung）は君主が有する最上級裁判権に基づくものと説明していると言われる⁽⁵⁵⁾。「アクチオ」の分化ならびに実体法と訴訟法の分裂といわれる事態の一表現型である。クライトマイアの思考はそこまで及んではいなかった。更に実際に法典を作成するに当たっては、彼が伝統的な法学提要方式と妥協していたことは、既に見てきた通りである。

ゼルヒョウ（Johann Heinrich Christian von Selchow）（一七三二年—一七八八年）は、クライトマイアを「バイエルのトリボニアヌス（patris suae Tribonianus）」と評したと言われる⁽⁵⁶⁾。クライトマイアをトリボニアヌスと比較することは、二つの理由から適切に思われる。第一に、彼は、トリボニアヌス以来の（ローマ）法学の伝統の中に自分を位置付けつつ、自分の仕事の歴史的意義を主張しようとしているのである。これを今、仮りに「クライトマイア

説
の歴史意識」とでも呼んでおこう。第二に、クライトマイアは、マックス三世ヨーゼフの統治における自己の役割を、ユ帝の統治におけるトリボニアヌスのそれに比定しているように思われるのである。まず第一の点から見ていくことにする。

クライトマイアの歴史意識の中でトリボニアヌスが大きな位置を占めていたことは、法学提要方式に関する彼の議論からも容易にうかがわれるように思われる。先に紹介した『市民法典註釈』の文章も、次のような文で始まっている。「全私法素材をトリボニアヌスは、法学提要の自然法に関する第一二節の中で、「人の法」と「物の法」と「訴訟の法」とに分類し、以上の法の三つの客体にしたがって『ユステイニアヌスの法学提要 (Institutiones Justinianae)』を編成した」。簡潔であることを目標とした『綱要』も、『市民法』第一部第三章第一条とその『註釈』を次のように要約している。「人と物と訴訟^{アクト}は、全ユステイニアヌス法がトリボニアヌスによって『提要』の中で分類される際の基準になった三つの客体である。この分類は正確なものではないが、同『提要』とともに、一般に行われている教授方法を介して広く定着するに至っているので、バイエルンの法典でも維持するのが適當であると考える……」。『綱要』は更に、『市民法典』第二部第一章第一条に対応する箇所でも「人の法に続くのは、トリボニアヌスの編成法では、物の法である」と断っている⁽⁵⁷⁾。

『市民法典』第一部第二章第九条は、ローマ法の補充的効力を認めた条文である。この条文に対する『註釈』は、実は全編が、一二表法に始まるローマ法成立・継受・発展の歴史を記したものである。ユ帝法典については、その第九項が次のように述べている。「……(ユステイニアヌス)の皇帝のもとで新しい『勅法彙纂 (Codex)』の作成が始まった……これに『パンデクテン』が続いた。パンデクテンとはギリシヤ語で、法学 (Jurisprudenz) の全体のことである。抜粋がされ、生の素材^{マタ}がここで初めて煮詰まってきたのである (a digerendo, weil……)」。『パルゲスタ』と呼ばれる。

トリボニアヌスがこの作業を指導した。一〇年の猶予が与えられていたが、彼は三年たらずでやってのけた。これを公布するに先立ち、このトリボニアヌスとテオフィルスとドロテウスをして、基本法文を『法学提要』という名で編集させた。これは『パンデクテン』と同じ時期にまとめられ、先に公布されたものではあるが、新しい勅法 (jüngere Constitutiones) に言及する法文ではとくに、『パンデクテン』を修正 (derogiren) していることが少なくない。……このすぐ翌年、皇帝はこれらの作品を改訂し、いわゆる「五〇の決定」を追加し、『新勅法彙纂 (Codex repetitae Prælectionis)』という標題で編纂を行った。これは後法 (Lex posterior) として『パンデクテン』を破った。続いて『新勅法』が出る……⁽⁵⁸⁾。この法典成立史の叙述に続く第一〇項では、ユ帝法典 (Corpus Juris) の欠点が数え上げられている。⁽⁵⁹⁾『法学提要』は次のように評されている。「このような抄録・綱要に必要とされる方法や分類を欠いているばかりでなく、素材の取捨選択という点でも、今日はおろか当時の憲法 (Verfassung) に照らしてさえ、申し分のない完全な法学綱要 (Compendium Juris) であるとは言いがたい」。『パンデクテン』や『(新) 勅法彙纂』も、秩序を欠いていると評される。これらが矛盾を内包していることに対しては、無理もないことと断りつつも、トリボニアヌスにその責の一斑を帰している。更にクライトマイアは、「不正確な定義 (Definitionen) や分類 (Divisionen)、多くの繰り返しや屁理屈、古風で廃止されていさえるもの (Wesen) の混入、超人間的な語り口……、全ての歴史 (Historie) や一部はキリスト教信仰にも反し、立法者たる皇帝の宗教というよりはトリボニアヌスの異教信仰に即していると思われる明らかな誤謬、そこで一役をかったトリボニアヌスの欺瞞 (Betügeren) については、申し述べる必要はあるまい……」と述べて、トリボニアヌスと自分との距離を明らかにしている。即ち、正確な定義と分類・繰り返しや屁理屈の回避・単なる古事学的なものの排除・平明な表現・歴史の尊重・キリスト教信仰との調和などが、クライトマイアの法典編纂の指針を構成していたのである。

クライトマイアの「ローマ法(学)史」は更に続く。第一一項は、フィレンツェ本・ハロアンダー本・流布本(Vulgaris)というユ帝法典の三種の稿本の説明である。⁽⁶⁰⁾ユ帝法(Ius Justinianum)の復興(Restauratio)を語る第一三項では、「ロタール伝説」⁽⁶¹⁾が既に過去のものとなっていることを示す記述がある。⁽⁶²⁾曰く、「これ(ユ帝法の復興)をロタールに帰し、彼はそのために勅法を發したと説く論者は多い。……だが、イルネリウスを復興者に(Innereum pro Restauratore)に比定する見解の方が、はるかに確実である……」。⁽⁶³⁾第一四項で、大学と法曹の活動を通じて、ローマ法が全ヨーロッパに伝播したことが述べられて、「ドイツにおけるローマ法(学)」の叙述が始まる(第一五項)⁽⁶⁴⁾。一五世紀には、ローマ法と法曹に対して、帝国直屬・非直屬の等族から異議(Beechwerden)が唱えられたけれども(第一六項)、一四九五年の帝室裁判所令は、学位を持つ陪席判事(Assessores Gradus Doctoratus)を規定することによって、暗黙のうちにローマ法継受を認めた。一五五五年の帝室裁判所令は、ローマ法に「成文法の効力(Vis juris scripti)」を認めるに至る(第一七項)。「ドイツ貴族がローマ法によって失ったものは、戦闘によって失ったものよりはるかに多い」というグントリンク(Gundling)の説が誤りであることは、旧時の法と今日の法とを比べてみれば明らかであるし、帝国諸侯や帝国等族^{シケンデ}がそれによって得たものもほとんどない(第一八項)。やがてローマ法の權威に対する疑問が呈せられるようになった(第一九項)。通用力を持つもの(Usus)と持たぬもの(Abusus)とが区別され(第二〇項)、「パンデクテンの現代的慣用(Usus modernus Pandectarum)」が行われるかたわら、新しいドイツ帝国法典(Reichs-Kodex)の作成が企てられた。帝国等族^{シケンデ}の不和のために、その実現は不可能であった(第二一項)⁽⁶⁵⁾。「各選定侯ないし帝国等族^{シケンデ}が自らのラントにおいて格別の配慮をなし、ユ帝法から(ex Iure Justiniano)役立つものを抜き出さしめてはどうか、という今一つの提案は、ブルクハルト(Burghard)が……これを断念しているように、(帝国法典を作るという)第一の提案より困難に直面することが少なかったわけではない……しかし、一七四九年に日の目を見たプロイセ

ン王国のフリードリッヒ法典 (Codex Friedericianus) は、このときは最初の二篇以上に編纂が進むことはなかったけれども、このような企てが実現可能なことを明らかにし、我が国も新しい『市民法典』・『刑事法典』・『訴訟法典』を作成することによって、この大いに賞讃さるべき先例に直ちにしがったのである。また二、三年に既に新聞 (öffentliche Zeitungen) で報じられたところによれば、皇帝・国王世襲領 (die kaiserlich königlichen Erblanden) における新しい「テレシヤ法典 (ein neuer Codex Theresianus)」のほかにも、他のいくつかのドイツ帝国ラント (Reichs-Landen) において、同様の有益な仕事の起草が既に現実に進行しているという。これらの法典によって、ドイツ法学の全く新しい時代 (eine ganz neue Epocha Jurisprudentiae Germanicae) の幕があがるものと思われる⁽⁶⁶⁾。かくして、クライトマイアは、トリボニアヌス以来のローマ法学史ならびにドイツにおけるローマ法学史の一つの到達点として、自己の法典を位置付けているのである⁽⁶⁷⁾。

クライトマイアは、法典編纂者としての自己の歴史的任務を、「パンデクテンの現代的慣用」という(ローマ)法学の成果を忠実に立法化することであると理解していた。彼のこの歴史的自己理解は、そのまま、彼が法典編纂者としてのトリボニアヌスを批評する際の判定基準としても機能していたように思われる。彼の語調には、道徳(政治倫理)的評価さえ込められている⁽⁶⁸⁾。実際、この「歴史的」任務は同時に、宮廷政治家としてのクライトマイアの「政治(倫理的)任務」の筆頭に位するものでもあった。

「バイエルン選定侯殿下 (ehurfürstliche Durchlaucht) であらせられる我々が、慈愛厚き君主が、正義を愛し、有益な技芸 (Künste) や諸学の隆盛と繁栄 (Flor und Aufnahme) に心を用いられる君主であることはあまねく知られており、また大いに賞め讃えられているところであり、既にたくさんのお優れた証拠があるけれども、近年相次いで公布された「マクシミリアンの市民法・訴訟法・刑事法典」は、まちがいなくその最も完全な証左となろう。既に一千年もの昔、

バイエルンにおいてダゴベルト⁽⁶⁹⁾ (Dagobert) が手をつけ、テオド⁽⁷⁰⁾ (Theodor) カール大帝 (Carolus Magnus)⁽⁷¹⁾、バイエルン人帝ルードヴィヒ⁽⁷²⁾ (Ludovicus Bavarus) マクシミリアン一世 (Maximilian Ius)⁽⁷³⁾ やその他の輝かしい後継者たちが変わらぬ情熱と功績 (Ruhm und Eifer) をもって発展させてきて、思慮深い選定侯殿下のいつもながら賞讃すべき統治の下で、ついに冠をかぶせられ、終結を見たところのこの有益な (heilsam) 作品以上に、バイエルン法ならびに一般ドイツ法の学問 (Rechtsgelehrsamkeit) の榮譽 (Lustre) と均一に遂行される司法 (Justiz-Administration) の促進、そしてまた神の栄光と祖国ならびに公共の最高善にとって (zum Besten des Vaterlandes und gemeinen Wesens)、そしてとりもなおさず殿下 (höchst Dero) 御自身の末代までの (bei der spätesten Posterität) 不朽の名声にとって有益な (gedeinlich) ものはあるまじう⁽⁷⁴⁾。ユ帝法典が一二表法以来、一千年のローマ法史の集大成であったように、クライトマイア法典はダゴベルトの『バイエルン部族法典⁽⁷⁵⁾』以来、一千年のバイエルン法史の集大成である。同時にそれは、イルネリウスのユ帝法復興以来、六百年に及ぶ (ローマ) 普通法学の営為の到達点でもある。この法典の上に「ドイツ法学の新時代」が築かれる。ユ帝法は、従来持っていたその現実的意味^{アクトゥアル}を失った。実際、クライトマイアは、インゴールシュタットにおけるローマ法 (ius commune civile) の講義を「国法 (ラント法) (ius patrum)」の講義と置き換えようと試みた。一七五八年六月三日と九月一日の二つの選定侯の決定で、国法 (公法) (ius publicum) と教会法と国法 (ラント法) すなわちクライトマイア法典が、法学得業士試験 (Licentiatexamen) の試験科目とされたのである。⁽⁷⁶⁾ トリボニアヌスが中心となって編纂したユ帝法典が、これまで、ユスティニアヌスの名を偉大なものにしてきた。これからは、クライトマイア法典が、マックス・ヨーゼフの名を後世に語り継がしめるだろう。先に「クライトマイアは、マックス三世ヨーゼフの統治における自己の役割を、ユ帝の統治におけるトリボニアヌスのそれに比定している」と述べたのは、この意味においてであった。法典編纂によってクライトマイアは、「公共の最高善 (das Beste

des gemeinen Wesens)」と君主の榮譽にりっぱに奉仕した。宮廷政治家としての彼に課されていた「政治（倫理）的任務」は、みごとに果たされたのである。それゆえに彼は、安んじて次のように述べる事ができたのである。「聖書（die Schrift）の中で、正しき君侯（Fürsten und Regenten）に対して慰めに満ちたあれほどたくさんの方の約束をなさっておられる偉大なる神は、これほど多くの忠良にして、従順なる愛国の徒や、臣民の熱誠なる願いのみならず、殿下その人ならびにその選定侯家に対する御自身の聖なる御言葉を成就なされ、神の全能の手で彼らの上に守護と祝福に満ちた言い渡し判決を御記しになるであろう。『私は彼らの前には、物的な限界も時間的な終わりのも置かない（His ego nec metas rerum, nec tempora pono）』」⁽⁷²⁾

以上の二点にとどまらず、クライトマイアとトリボニアヌスを比定するゼルヒョウの言葉は、この二人の法学者の法典編纂活動全体の類似性をも想起させる。法典編纂は、いずれの場合も「Codex（『勅法彙纂』ないし『法典』）から開始されている。これに「学説彙纂（『パンデクテン』ないし『註釈』）」が続いた。この二つの著作から基本的な法文を抜粋して「提要書」が編まれた点でも、両者は興味深い対応関係にある。トリボニアヌスの場合、それは言うまでもなく『ユ帝法学提要』である。クライトマイアも『国法（公法）』と『国法（ラント法）（私法）』の二つの『綱要』を著した。『（私法）綱要』は当然のこととして、『国法論』の材料もまた先行する二つの法学作品、とりわけ『市民法典註釈』の中に見出される。『ユ帝法学提要』は『勅法彙纂』⁽⁷³⁾以後の勅法（Constitutiones）を引用するなどして、『パンデクテン』に修正を加えていた。クライトマイアの『綱要』もまた『法典』⁽⁷⁴⁾以後の勅法（Generalia）や条令（Verordnungen）に言及することによって、『法典』に追加・修正を施している。ユ帝の場合にはこのような勅法を集めて『新勅法彙纂』を編み、『新勅法』⁽⁷⁵⁾がこれに接続する。クライトマイアは『法典』⁽⁷⁶⁾の編み直しこそしなかったけれども、一七七一年に『バイエルン選定侯の最新重要勅法・ラント条令彙纂（Sammlung der newest- und merkwürdigen

churbayerischen Generalia und Landesverordnungen)』を編纂し公刊している。この著作は、司法・財務・ラント等族会事項・関税 (Mauth) ならびに交通・ポリツァイならびにラントの文化・宗教ならびに教会に関する事項・軍事・その他という八つの群に分類して、勅法・条令を編集したものであり、『法典』・『註釈』・『綱要』・『国法論』と有機的連繫を保っている。⁽⁷⁹⁾「勅法」集成の作業はこのあと、宮廷法院秘書官のマイヤー (G. K. Mayr) の手で継続される。⁽⁸⁰⁾それが、一七八四年から一七九九年までに六巻が刊行された『プファルツ・バイエルン選定侯の一般ならびに特別ラント条令集 (Sammlung der Kurpfälzbaierischen allgemeinen und besonderen Landesverordnungen)』である。⁽⁸¹⁾この条令集の第三巻に収録されている一七八五年一月二四日の「改訂手形条令」は、一七八七年の二、三の追補条令とともに、クライトマイアの最後の立法作品であると言われる。⁽⁸²⁾『マイヤー条令集』に対するその関係は、『新勅法纂』以後のユ帝の勅法と『新勅法』との関係と類比的に捉えることはできないだろうか。

内容の点はさておいて、クライトマイアの法典編纂の全体的構造の外見は、きわめてローマ法学的色彩の濃いものである。⁽⁸⁴⁾『市民法典』がローマ的法學提要方式にしたがって構成されているというにとどまらず、彼の法学的著作活動全体がユ帝法典の枠を守っているのである。もとより、ユ帝法とクライトマイアの法典編纂との間のこの類似性が「外見」にすぎないことは言うまでもない。⁽⁸⁵⁾『市民法典』の法學提要式の体系にしても、「人の法」が「身分法」と把握されることによって、解体の契機をはらんでいたのである。それがやがて『プロイセン一般ラント法典』で顕在化されることは、既に見た通りである。この方向は、『市民法典註釈』において顕在化するかのように見えながら、クライトマイアにおいてはなお十分に展開されるまでには至っていない。「身分法」という潜在的原理との緊張を一段と高めながら、『市民法典註釈』でもなお法學提要式体系という形式が維持される。法學提要式体系への固執というクライトマイアの「ローマ法」的態度それ自体、ユ帝法典にはなかった要素である。後者においては『法學提要』を支配しているにすぎ

なかった体系が、クライトマイアにおいては『綱要』と『法典』と『註釈』を、ともかくも有機的に結びつけているのである。それはまた次のような事態を暗示してもいよう。即ち、ユ帝法典においては、『勅法彙纂』と『学説彙纂』と『法学提要』は、相互に有機的連繫を保ちながらも対等の「法」源であった。これに対してクライトマイアの場合、勅令をもって公布された「法」源は「法」典^{「ゲゼッツ」}だけなのである。『註釈』と『綱要』は、これに対してはあくまで補助的なものにすぎない。これらが『法』典^{「ゲゼッツ」}を補促・修正している場合には、『法典』以後の勅法・条令に言及しているからであって、『註釈』や『綱要』自身が「法」としての効力を有しているからではない。したがってこれらが『法』典^{「ゲゼッツ」}の体系にしたがっているのは、当然のこととも言えるのである。

ユ帝法典とクライトマイアとを区別するのは、それだけではない。「私法」法典が、『刑事法典』と『訴訟法典』と『市民法典』の三つに体系的に分離してきていることは、その一つである。『プロイセン一般ラント法典』の起草者は、訴訟法令を「法律 (Gesetz)」から区別した。この点でもまたクライトマイアの考えは、それほど極端ではない。三つの『法典 (Codex Juris)』はいずれも「法 (Jus, Recht)」であって、「法律 (Gesetz)」であるという点で相互に区別されるものではまだなかったのである。⁽⁸⁸⁾更に、「私法」の『綱要』とならんで、『国法論』という「国法 (公法)」の提要書が存在しなければならなかった点も、見逃してはなるまい。『国法論』が勅令によって公布された「法」でなく、三つの「国法 (ラント法)」の『法典』が「私法」の法典であることが明言されているとすれば、「国法 (公法)」の「法」的性格はどこに由来するものかという疑問が生ずる。『勅法・条令彙纂』を構成する勅法・法令がそれであろうか。もしそうだとすると、果たしてそれ以外に「国法 (公法)」の法源は存在しないのか。「国法 (公法)」と「国法 (ラント法)」すなわち「私法」とは、いかなる関係にあるのか。これらの疑問の解明は、本章の課題を越える。ここではさしあたり、「国法 (公法)」と「国法 (ラント法)」『私法』とが区別されているという事実だけを確認しておけば足

説
りる。

論

『法学提要』と『パンデクテン』をそのままに放置しておくのではなく、「国法(ラント法)とローマ法(Jus Patrium et Romanum)をいっしょに取り上げ、双方の有用な素材を、簡潔にまとめた体系と包括的な体系との二本立てで(ein
einem kürzern, und nebst dem in einem andern weüßfüßer gefaßten Systemate) 叙述しよう」という意図で、ク
ライトマイアの『法典』と『註釈』は著された。「我らの新しい国法(ラント法)(Jus Patrium)は、同時にローマ普
通法(Jus Commune Romanum)をも含むものである」。だから、「印刷にすると『法学提要』と比べてさほど大きい
ものではない」『法典』の本文は「綱要書のかわりとして、そして『註釈』は包括的で詳細なる全私法の体系(Systema
Juris privati universi)として、内外人に使用されてしかるべきであらう」⁽⁸⁹⁾。『法典』と『註釈』が以上のような性格の
ものであるとすれば、ローマ法の補充的効力を認めた『市民法典』第一部第二章第九条や普通法に関する同第十二条の
規定なども、クライトマイアの理解では、法学による法律の解釈・運用という以上の意味を持つものではない。
その法学の集大成もまた彼自身がなし遂げたものである。こうしてユ帝法の体系が「固有法(Einheimisches Recht)」
の分だけ拡充されたことが、先に見てきたような(私)法体系の分化をもたらしただけであつたと考えられる。刑事法・
訴訟法・身分法への「私法」体系の分化と「国法(公法)」の生成ならびに「私法」との対置のメカニズムは、したが
って、ドイツ法史なканずくバイエルンのラント法発展史の中に探らねばならないであらう。誤解を避けるために予め
一言しておくならば、もとよりそれは、クライトマイアがローマ法の敵対者であつたなどと言わんとするものではな
い。既に繰り返し強調してきたように、彼の法典編纂活動をローマ法を抜きにして理解することは不可能である。その
ことはしかし、また逆に、クライトマイアを理解するために、バイエルンならびにドイツの法・国制(憲法)史を遡る
ことの必要性を否定するものではない。次章では、クライトマイアからはなれて、この点の検討を試みることにしたい。

以上、本章では、クライトマイアの法典編纂の経過を辿り、あわせて彼の法学的著作活動を、その外形的特徴を適宜指摘しながら、概観してきた。この作業を通じて我々は、クライトマイアの活動の基調をなしていたものがユ帝法のイメージであることを感じ取ることができた。クライトマイアは彼の法学作品の全てを、一つの「法」のイメージで理解していた。「法 (Jus, Recht)」すなわち「法律 (Gesetz)」である。但しそれは、ユ帝法が「法」であり「法律」であったのと同じ意味においてである。もとよりクライトマイアの著作の中で、勅令をもって公布された「法 (律)」であるのは、三つの『法典』だけである。『勅法・条令彙纂』それ自身は単なる編纂物にすぎない。だがこれは、そこに収録された勅法・条令それ自身が「法」であり「法律」である。『註釈』や『綱要』や『国法論』もまた、「法」と「法律」をその内容としているのである。

これらの「法」ないし「法律」の成立の態様に差違のあることは、見逃してはならない。『法典』に表現された刑事法・訴訟法・市民法は、既に述べたように、破毀院と宮廷法院という「法院 (Justizdiasteria)」ならびに統治府、そしてラント等族会代表者会の協働という手続を経て立法されていた。その意味で、「法令令」と「協約」と「判告」との混合形態と見ることもできる。しかし、「協約」の要素については、ラント等族会の協働の比重が小さくなっていることが、第一に指摘されねばならない。第二に、この「協約」に現実に参加していたのが、ラント等族会代表者のみであったことも重要であろう。これがラント等族会の近世における具体的活動形態であることは既に述べた通りであるから、代表者会に代表される形で全ラント等族の「協約」への参加は擬制してもよい。しかし、ラント等族以外の臣民の協働は全く問題にされていない。ラント等族資格 (Landstandschafft) を有するラント都市や市 (Bannmarkt) の憲法構造を共同体的なものと理解することができるとすれば、その住民については、代表制的な意味で「協約」への参加を認定することも可能であろう。しかし、都市において、政治的に指導的な地位にある能動的市民と政治的に

受動的なその他の都市住民との関係をどう捉えるかは、なお一つの論点として残されている問題であると思われる。都市以外のラント等族の「裁判権と支配権 (Jurisdiction und Obrigkeit) の下に直接には服属している」臣民⁽⁹⁰⁾について「協約」への参加を認めるのは、擬制の上に擬制を重ねることになる。なぜなら、ラント等族とこれらのラント住民との間に代表関係を認めるとしても、その実体は当該ラント等族の(固有の)支配にほかならないからである。「選定侯のラント裁判所と諸官庁の下に立つ」臣民⁽⁹¹⁾に至っては、破毀院ならびに宮廷法院と統治府による代表関係を擬制する以外、「協約」への参加を認定する途はないが、それでは「協約」概念を不当に拡張することになろう。「協約」概念のみをもってしては、『法典』の一般的拘束力を基礎付けることはできないと言わざるをえない。「判告」の要素としては、「法院 (Justizkasterien)」の協働と、『法典』の内容が既存の法制度・法実務との強い連続性を示しているという事実の二つが指摘できるにすぎない。「法院」の協働も草案に対する意見書提出という形式のものであって、判決類似の立法手続がとられていたわけではない。『法典』を構成する「私法」Ⅱ「国法 (ラント法)」の基本的性格はしたがって「法命令」である。これに対してラント等族会や破毀院・宮廷法院、そして統治府協働の持つ意味は、あくまで副次的なものにとどまっているように思われる。それが「法的」な意味における「立法手続」であったかどうかも定かではない。

『勅法・条令彙纂』は、いわゆる「ポリツァイ条令」を集成・収録したものと考えられる。その個々の勅法・条令が実際にどのような経過で立法されているかについて、筆者は現在のところ何らの情報も持ち合わせてはいない。それらが果たして、『法典』の場合のような(「事實的」)立法手続を踏むものであったかなかったかは、したがって一切不明である。おそらく『法典』よりも一段と「法命令」的性格の強いものであったではあるうが、それが統治組織上ならびに行政上の目的に有効に奉仕すべきものである限り、統治府・宮廷法院をはじめとする行政諸官庁の意見にも十分

の顧慮が与えられたであろうことは想像に難くない。そしてその際に忘れてならないのは、ラント裁判所とならんでラント等^{シニテンザ}族もまた下級行政機構の一翼を担うものと位置付けられていることである。⁽⁹²⁾その反面、クライトマイアが『法典』を「公共の最高善 (das Beste des gemeinen Wesens)」という「ポリツァイ」的理念と結びつけて理解していたことをも考え合わせるならば、「私法」と「ポリツァイ条令」の「法(律)」的性格の相違をそれほど強調することはできないように思われる。

先に留保しておいた「国法(公法)」の「法(律)」的性格という論点が、この脈絡で問題になってくる。「国法(公法)」の内容は『国法論』から知りうる。『国法論』はしたがって、「国法(公法)」の認識の源泉という意味での法源である。しかし『国法論』は勅令をもって公布された「法(律)」ではない。「国法(公法)」は、自らの「法(律)(Jus, Recht)」としての通用力の源泉(法源)をどこに持っているのか、「私法」ならびに「ポリツァイ条令」とはいかなる関係にあるのかという問題は、クライトマイアにおける法のイメージを明らかにしようとする場合、決定的論点を構成するものと思われる。『市民法典註釈』第五部についても、同様のことが指摘できよう。この観点からクライトマイアの法のイメージもしくは法理論を採ることは、第三章において試みられることになるであろう。

- (1) Wolfgang Quint, *Souveränitätsbegriff und Souveränitätspolitik in Bayern. Von der Mitte des 17. bis zur ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Berlin 1971, S. 63 ff.
- (2) Hans Rall, *Zeittafeln zur Geschichte Bayerns*, München 1974, S. 39 f.
- (3) Peter Pöpperl, *Quellen und System des Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, Diss. Würzburg, Bamberg 1967, S. 1 f.
- (4) Werner Schöll, *Der Codex Juris Bavarici Judicarii von 1753 im Vergleich mit der prozeßrechtlichen Bestimmungen der bayerischen Gesetzgebung von 1616 und mit dem Entwurf und den Gutachten von 1752/53*, Diss. München 1965, S. 11 f.

- (5) Sebastian Hiereth, Die bayerische Gerichts- und Verwaltungsorganisation vom 13. bis 19. Jahrhundert, München 1950, SS. 7 f., 12 ff. u. 16; Hermann Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte II, Karlsruhe 1966, S. 304 f.; Wilhelm Volkert u. Dieter Albrecht u. Ludwig Hammermayers Beiträge zu: Max Spindler (Hrsg.), Handbuch der bayerischen Geschichte II, München 1969, Nachdruck 1974, SS. 545 ff., 581 ff. u. 1065 ff.; Hans Schlosser, Spätmittelalterlicher Zivilprozeß nach bayerischen Quellen. Gerichtsverfassung und Rechtsgang, Köln u. Wien 1971, SS. 42 ff. u. 96 ff..
- (6) Theodor Straub u. Andreas Kraus, Beiträge zu: Handbuch der bayerischen Geschichte II, SS. 185 ff. u. 269 ff.. 「バイエルン」の部分大公領という形を「ラント」への発展を遂げ、統合されていくのだというところは、小野善彦「大公領と部分ラント——中世末期のバイエルン——」『西洋史研究』新輯九（一九八〇年）所収が簡潔にもとめてゐる。
- (7) Max Spindler (Hrsg.), Bayerischer Geschichtsatlas, München 1969, SS. 20 f. u. 31.
- (8) Karl Withold, Art. Burghausen, in: Karl Bosl (Hrsg.), Handbuch der historischen Stätten Deutschlands VII Bayern, 2. Aufl., Stuttgart 1974, S. 115.
- (9) Laetitia Boehms Beitrag zu: Handbuch der bayerischen Geschichte II, S. 821 ff..
- (10) Eisenhart, Art. Kreittmayr (Kreitmair), in: Allgemeine Deutsche Biographie 17, Leipzig 1883, S. 103.
- (11) Freyherrn von Kreittmayr, Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayrischen Staatsrechtes, München u. Leipzig 1769, S. 412 (F§. 182. 「バイエルンのラント等族 (Landstände) 全質を……ラント等族会 (Landschaft) へ通称呼ばれる」種の共同會議体 (eine gewisse species communitatis vel corporis) を構成する……」).
- (12) A. a. O., S. 187f. (F§. 103.)……「バイエルンの地 (Lande) と上ラントネッスの地は今日ではもはや」の国 (Provinz) を構成する、頭 (首長) だけは一つだが胴体 (臣民団体) は分裂した (nur in Capite, nicht aber in corpore unirt) 殆んど全ての点で相異なる体制 (憲法) (Verfassung) にある別個の「国」だと考えられている……」) u. S. 411 (F§. 181.)……上ラントネッスには……ラント等族はもはや存在しない。従来のラント等族会体制 (die ehemalige landschaftliche Verfassung) は、この地がアンアール選定侯からバイエルン選定侯の手に移転して以来、完全に開け去ってしまっており、スベイト継承戦争中の一七〇七年に復活 (Restauration) は見たものの、永続することはなかったからである……」。
- (13) Schöll, a. a. O., S. 13 ff..

- (14) 官職を除外したクライトマイアの固有の(但し、ラテン語尾を含む)正名呼称は、綴字に若干の異同があるものの、以上の通りである („Franz“ があらに追加される場合がある)。名の配列順序は、Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem I. Th. Neue unveränderte Auflage, München 1821 の標題頁に於て、Freiherr“ は一七四五年以降(これ以前は一七四一年以来、帝国騎士として) „Edler Herr von“、Hofmark) 所有者たることを示す „auf“ は、Freiherrnau (Frhr. von Fönau [Frenau]) の娘、ノッカー (Johann Joseph Edler von Nocher [Nocker]) の寡婦であるマリヤ・フランシスカ・ローリーナ (Maria Franziska Romana) との再婚によつてオットー・フォン・ノッカーを有得た一七五〇年以降のものである。ハッスコーン・フレンの獲得は、一七八一年、競落によるものである。但し、ホフマルク裁判(支配)権行使の人的資格たる「貴人特権 (Edelmannsfreiheit)」を取得したの故、それより一七六七年のことであつた。J. A. Kalb, Biographie (mit Portrait im Steinbdrucke) des Churfürstl. baier. Staats-Kanzlers u. a. Alois Wiglaus Freyherrn v. Kreitmayer auf Ofenstetten und Hatzkofen, München 1825, SS. 4 f. u. 29; Eisenhart, a. a. O., SS. 102 f. u. 114; Georg Schrötter, Stammtafel des Staatskanzlers Wiguläus F. A. Frh. v. Kreitmayer, München 1941, S. 12; Heinz Lieberich, Bildnis des Staatskanzlers von Kreitmayer, in: Unser Bayern (Heimatbeilage der Bayerischen Staatszeitung) 2 (1953), S. 62 (Hatzkofen(-) の獲得は一七五〇年とあるが、誤); Hans Rall, Kreitmayer. Persönlichkeit, Werk und Fortwirkung, in: ZBLG 42 (1979) S. 47 ff. 西原春夫「クライトマイヤーの銅像——バイエルン立法史に於ける一つのエピソード——」『法學セミナー』三〇九(一九八〇年)三頁以下参照。
- (15) 前記のとおり、一七五八年九月二〇日までには、フライトローン (Frhr. von Braidlehn) が秘密参議會議会宰相であつた。フライトローンは、この年、フライトローンの秘密参議會議会宰相の地位を引き継ぐとて、レーン事務を統轄するレーン最高管理職 (Oberster Lehnensprobst) になつた。
- (16) Rall, a. a. O., S. 51.
- (17) Wolfram Peitzsch, Kriminalpolitik in Bayern unter der Geltung des Codex Juris Criminalis Bavarici von 1751, München 1968, S. 1 f.
- (18) A. a. O., S. 14.
- (19) „Jus Patrium“ を「国法 (ラント法)」と訳してよいことは、本稿第二章から第三章第一節までの叙述から自ずと明らかにな

る。

(20) Schöll, a. a. O., S. 21 ff.

(21) A. a. O., S. 290.

(22) Otto Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen 2. Abt., Leipzig 1864, S. 443; Michael Kobler, Art. Bayerische Kodifikationen des Naturrechtszeitalters, in: HRG I, Sp. 338.

(23) Staatsrecht, S. 208 ff.

(24) フェルディナンド・マリーア (Ferdinand Maria) (一六三六年—一六七九年。一六五一年より選定侯) のこと。

(25) Staatsrecht, S. 412 f.; 引用部分の冒頭箇所は、註(11)で引用した部分である。

(26) 因みに中世では「ラント等族」ないし「ラント等族会」は、「ラントの民(Landleute)」ないし「ラント内の支配者(Landherren)」という具体的な存在であったように思われる。「ラント集會」はその活動形態である。「ラントの民」ないし「ラント内の支配者」は、中世後期の「ラント集會」の歴史の中で、「ラント等族」ないし「ラント等族会」へと成長してきた。一九世紀の「公民(Staatsbürger [schaft])」は、近世の「臣民(Untertanen)」の近代的存在形態であると同時に、一面ではこの「ラント等族」ないし「ラント等族会」の系譜を引いている。「ラント集會」は「ラント等族(会)」を「代表」と言うよりは、「ラント等族(会)」それ自体である。これを「代表」する機関は、「ラント等族会代表者会」とともに登場した。したがって、一九世紀ドイツの「ラント議會(Landtag)」すくなくとも一九世紀前半のバイエルン王国のそれは、中世末から近世初頭の「ラント集會」ではなく、近世の「ラント等族会代表者会」との脈絡で理解すべきもののように思われる。これを中世の「ラント集會」との脈絡で理解し、身分制的自由の理念は近世の「絶対主義」の下で抑圧されていたと捉える観方があるとすれば、それは、ようやく一九世紀後半に展開を見た「ゲルマン法(史)学」ないし「ゲルマン・イデオロギー」的観点の拘束を無意識のうちに受けているようにも思われる。

(27) 「自然法的法典」にについては、Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 323 ff. のほか、Ebel, a. a. O., S. 73 ff. が「法典編纂(Kodifikation)」という見出し語を用いて説明している。久保正晴「総論」『法典編纂史の基本的諸問題 近代(法制史研究第一四号別冊)』(一九六三年)三頁以下に簡潔な叙述があるが、重複を恐らずにその特色を筆者なりに要約すると、

- (一) 既存の法を確定・整理・改善（改革 reformieren）し発展させることを意図するにとどまらず、漏れなく収集した法素材を体系的に新編成することによって、全面的な社会設計を意図するものであること、
 - (二) 従前の法学の成果の集大成というよりは、よりよき将来のための準備草案という性格を持っていて、これと相反する慣習法や判例法を排除する旨を明言していること、
 - (三) 法学教授や裁判官団といった専門家ではなく、大学で哲学を学び、君主の信任を得てその統治に参画する者たちの起草したものであること、
 - (四) 草案の基本思想や細目の検討は、大学の法学部や法律専門委員会ではなく、思想（自然法学的社会倫理やカントの倫理思想など）を同じくする者たちの構成するサークルでの討論や皇（王・侯）位継承者への進講、国民に向けての法律の解説といった啓蒙活動を通じて行われ、平明な言語表現がめざされていること、
 - (五) 行政官庁、等族、大学、個々の公民等、あらゆるレベルの世論の参加が求められていることの五点になる。
- (28) Wiacker, a. a. O., S. 326 f.. Vgl. Ebel, a. a. O., S. 77.
- (29) Conrad, a. a. O., S. 425 f..
- (30) Ernst Landsberg, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, Abt. 3 Halbband 1, München u. Leipzig 1898, Nachdruck Aalen 1957, S. 223 f.; Hammermayer, a. a. O., S. 1075.
- (31) 拷問を例にとつてその経過を述べる。クライトマイアは拷問を一定の場合にだけ限って許していたが、一七七九年八月一日にはその制限が強化され、一七九五年以降は反逆罪と教会財産の略奪と放火犯についてだけ適用された。これを正式に廃止したのは、一八〇三年十一月一七日勅令である。Hammermayer, a. a. O., S. 1075 f. Fußnote 2. クライトマイアの拷問の取り扱いについては Conrad, a. a. O., S. 431 f. が簡潔にまとめられている。刑事法改革全般は Peitsch, a. a. O., S. 69 ff. 参照。
- (32) Wiacker, a. a. O., S. 327.
- (33) Eisenhart, a. a. O., S. 105. Vgl. Peitsch, a. a. O., S. 15 ff..
- (34) 「紋章特権」とは、普通法上は、楯と兜等のついた貴族の紋章を用いる権利である。バイエルン法上は、弁護士署名なしで有効な訴状などの公文書を作成し得る権能を言う。

(35) Eisenhart, a. a. O., S. 109.

(36) この本の正式な標題は“Compendium Codicis Bavarici Civilis, Judicarii, Criminalis et Annotationum. Oder Grundriß der gemein- und bayerischen Privat-Rechtsgelehrsamkeit, den Anfängern zur Einleitung, den übrigen zur Recollection, München 1768”である。

(37) „jus publicum“を「国法(公法)」と訳すことの妥当性は、本稿第二章ならびに第三章第二節で明らかにされるであろう。

(38) 第二法典と第三法典の公布勅令はどちらも普通法・成文法・自然法、その他の伝来の法原則の「補充的効力(subsidiäre Geltung)」を明示的に認めている。ラント内局地法に対する法典自身の「補充的効力」も指摘されている。Wieacker, a. a. O., S. 326. ところが『刑事法典』の公布勅令は、法典の排他的通用力を主張しているように思われる。「……朕は他方、これまで通用して来た古い法(Rechte)と地方条例法(Statuten)と条令(Verordnung)は全て、選定俟ならびにラント君主としての権力をもつて、これよりも完全に廃止し(aufheben)廃棄(cassiren)排絶する(abrogiren)ものである……」。法の欠缺の場合にも、法典外の法源の適用は認められていない。「……本法典には規定がなく、または十分に明白ではなく、したがって法律をもつてする朕の公権的解釈(legal- und authentische Auslegung)を必要とする刑事事案(Criminal-Cassus)が出来たとき、その事案はその回に限っては当該刑事裁判所(jede Criminal-Obrigkeit)が衡平と法の類推によつて(ex aequitate & analogia Juris)知識を尽し良心にしたがつて、上申をなすことなくして判決し執行をなすことができるが、同時に朕の秘密参議会(Geheimer Rat)へすみやかにかつ忠実に報告されねばならない。これによって、必要な配慮を一般的に(per Generale)なし、判例の不統一や矛盾が起こることを予防し、可能な限り均質で疑問がなく、全ての事例に適用可能な刑事条例法(Jus Statutarium Criminale)を朕のラントに施行し維持するものが期待される」。August von Bechmann, Der churbayerische Kanzler Alois Freiherr von Kreittmayr, München 1896, S. 7 f., vgl. S. 26 f., Anm. 8; Landsberg, a. a. O., S. 224.

(39) 教会法(geistliches Recht)は、聖職者の法である。これに対して、宗教法(Religionsrecht)は、キリスト教徒が異端者かヒタヤ人か不信の徒かという区別に基づく。

(40) 但し「国法総論」の簡潔な叙述は“Anmerkungen über CMBC. ad I. 2. §. 6 以下に出る”。Vgl. a. a. O., ad I. 3. §. 3. Ziff. 3.

(41) この認識められる「家(Haus)」と「家族(Familie)」と「全家家(das ganze Haus)」を指す同義語として用いる語法が、

法律用語としては啓蒙期自然法学の所産であることは、石部雅亮「サヴィニーの家族法論」『市民法学の形成と展開（磯村哲生還暦記念論文集）上』（一九七八年）一七二頁以下参照。

(42) *CMBC. I. 3. §. 3* は「家父 (Hausvater)」の語を見よ。

(43) 『市民法典』第二部第一章第一条は「財産 (Haab und Gut)」すなわち「物 (Ding, Res)」を、「個人資産構成物 (Res in Patrimonium Singulorum)」と「個人資産非構成物 (Res extra Patrimonium Singulorum)」に分類する。後者は更に「神の物 (res divini juris)」と「人の物 (res humani juris)」に分かれる (*Compendium, S. 52*)。「神の物」は「至聖物 (Res Sacrae)」すなわち (*CMBC. II. 1. §. 1*)° 教会財産 (Res Ecclesiasticae, res spirituales sacrae) がそれである (§. 2)°。君主の居城・市壁・市門・市役所など特に重要視されている公共物を指す「聖別物 (Res Sanctae)」祭壇・墳墓などの宗教施設を意味する「宗教物 (Res Religiosae)」は「至聖物」とは別の概念である (§. 3 f.)°。「個人資産非構成物」で「人の物」の範疇に属するのは「光・空気・大洋のように所有権の対象にならなう」公共物 (Res communes) と「国有物 (Res publicae, res in patrimonium reipublicae vel civitatis)」(*Compendium, S. 55 f., vgl. CMBC. II. 1. §. 5*)°、「(公共) 団体所有物 (Res Universitatis)」(*CMBC. II. 1. §. 6*)°「無主物 (Res Nullius)」 (§. 7)° である。

「個人資産構成物」は「私有物 (res privatae)」すなわち (*Compendium, S. 52*)° 動産・不動産 (*CMBC. II. 1. §. 8*) ないし有体物・無体物 (§. 9) という属性を持つ。『市民法典』第二部第一章第一〇条は「物に対する法 = 権利」したがってまた「個人資産構成物」に対する法 = 権利を、特定の人格に対する意図の有無を基準として、「対人権 (Ius personale)」と「対物権 (Ius reale)」とに分類する。前者が『市民法典』第四部で、後者が第二部と第三部で論じられたのである。Vgl. Rall, ZBLG 42, S. 48.

(44) Anmerkungen über *CMBC*, Vorrede, S. XI f.

(45) *Compendium, S. 11*. この著作の構成について一言する。『法典の成立順を逆にして』『市民法典』・『訴訟法典』・『刑事法典』と配列し、三つの註釈書とあわせて、条いふものは数箇条をまとめた簡潔な説明が配当されている。

(46) Anmerkungen ad *CMBC. I. 3. §. 1. Ziff. 1, S. 107 ff.*

(47) 「対物権」・「対人権」の区別にうつては、註 (43) 参照。

(48) Anmerkungen ad *CMBC. I. 3. §. 1. Ziff. 1, S. 108 f.*

- (49) CJB. I. §. 11f..
- (50) Textausgabe mit einer Einführung von Hans Hattemauer, Frankfurt am Main 1970, S. 5 ff.. 石部雅亮『啓蒙的絶対主義の法構造——プロイセン一般ラント法の成立——』(一九六九年)一五九頁以下参照。
- (51) 石部前掲書一六四頁以下参照。
- (52) これは、プロイセンの法典草案を批判した際にシマッサー(Johann Georg Schlosser)が主張した民事法典(Civilcodex)と行政法典(Regierungscodex)の区別とはいさう別の問題である。石部前掲書二二頁以下、村上淳一『良き旧き法』と帝國国制(三)『法学協会雑誌』九一卷二号(一九七四年)一頁以下、同『近代法の形成』一四〇頁以下参照。
- (53) 石部前掲書八四頁。
- (54) 村上『近代法の形成』二二二頁。
- (55) Gerd Kleinheyer, Vom Wesen der Strafgesetze in der neueren Rechtsentwicklung. Entwicklungsstufen des Grundsatzes „nulla poena sine lege“, Tübingen 1968, S. 11 ff.. 村上前掲書二二二頁。
- (56) Kalb, a. a. O., S. 14.
- (57) Compendium, S. 52.
- (58) Anmerkungen ad CMB. I. 2. §. 9. Ziff. 9, S. 64f..
- (59) A. a. O., Ziff. 10, S. 65f..
- (60) A. a. O., Ziff. 11, S. 67.
- (61) 「ロタール伝説」がようやく一六世紀にメランヒトンの影響下で創造されたものであることは、勝田有恒「ドイツにおける世界的普通法理念の高揚と凋落」『法学研究(一橋大学)』九(一九七五年)一〇頁以下。
- (62) 「ロタール伝説」の克服に際してコンリンダが果たした決定的役割については、勝田前掲論文一九一二、二八—三三頁。山内進「パンデクテンの現代的慣用(Usus modernus pandectarum)とネーデルラント後期人文主義の創始者ユストゥス・リプシウス(一)」『成城法学』一一(一九八二年)二二八頁以下参照。
- (63) Anmerkungen ad CMB. I. 2. §. 9. Ziff. 13, S. 68.
- (64) A. a. O., S. 68f..

- (68) A. a. O., S. 70 ff.
- (69) A. a. O., Ziff. 22, S. 73 f.
- (70) Vgl. Sten Gagnér, Die Wissenschaft des gemeinen Rechts und der Codex Maximilianus Bavaricus Civilis, in: Helmut Coing u. Walter Wilhelm (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert I, Frankfurt am Main 1974, S. 1 ff. コックツェーネ (Samuel von Cocceji) の法典編纂とバイエルンの (司) 法改革との関係について一言すれば、後者は前者の公表以前に緒についていたことは既に見た通りである。但し、コックツェーネの草案の第一篇 (人の法) が公表された一七四九年以降、バイエルンの法典編纂作業が急速に進展を見せていることは確かのように思われる。因みに、クライトマイアが枢密参議会副宰相になったのは、この年の三月であった。コックツェーネ草案の第二篇 (物権法) が公表されたのが一七五一年で、一七五三年に完成した第三篇 (債権法) は草稿の段階で失われてしまっているから、コックツェーネ法典のクライトマイア法典に対する影響は、いずれにせよ精神的刺激もしくは心理的な側面的支援にとどまるものである。Vgl. Bechmann, a. a. O., S. 6.
- (69) Vgl. Anmerkungen ad CMBC. I. 2. §. 9. Ziff. 10, S. 66.
- (69) 地方条例法の通用力に関する『市民法典』第一部第二章第一三条への『註釈』の第七項は、バイエルン法源史の内容を備えている。そこでは、『バイエルン部族法典 (Eva vel Lex Bajuvarica)』は、テオデリッヒ (Theodoricus) ･ ヒルデハルト (Hildebertus) ･ クロタール (Clotaricus) と、フランク王が集めたラントの慣習をダゴバルトが七世紀にまとめ上げたものと説明される。Anmerkungen ad CMBC. I. 2. §. 13. Ziff. 7 (a), S. 85.
- (70) 前註所掲『註釈』でクライトマイアが言及する立法者は、七世紀のダゴバルトの次は八世紀のタッシロ (Thassilo) と九世紀のカール大帝であり、「テオオドマ」の名は挙げられていない。この「テオオドマ」は、おそろしく、八世紀の初めに「大公領教会」政策を展開しようとしたテオオドを指すものと思われる。
- (71) 九世紀の「バイエルン人のカピトゥラリア (Capitularia Bajuvariorum)」の立法者とされる。A. a. O., Ziff. 7 (b), S. 86.
- (72) 一三四〇年の下バイエルンに対する訴訟条令 (Proceß-Ordnung) が挙げられている。「上ランネ (Ober-Land) に対しては、一三四六年に皇帝ルードヴィッヒの四人の息子たち (Herren Söhne) の下で、いわゆる法書 (das sogenannte Rechts-Buch) が作られたが、公けに印刷に付されたのはようやく一四八四年のことである」という表現は、この法書とルードヴィッヒとを結

をいけるものではないように思われる。A. a. O., Ziff. 7 (d), S. 86.

- (73) マクシミリアン一世と明示的に結びつけられているのは「一八一六年の『条例書 (Statuten-Buch)』の序文」で。A. a. O., Ziff. 7 (e), S. 86.

- (74) A. a. O., Vorrede, S. III f..

- (75) Karl Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte I, S. 32 ff. 『バイエルン部族法典』の成立を七四二年頃と見ている (この時期にバイエルン太公であったのはタッシロではなく、オーデマロ Odilo である)。世良晃志郎『バイエルン部族法典』(一九七七年復刊) 六六—一六頁参照。

- (76) Eisenhart, a. a. O., S. 109; Gagner, a. a. O., 7 ff. もろくにクライナーのこの意図は挫折した。

- (77) Anmerkungen über den CMBG, Vorrede, S. IV.

- (78) 註(4) 参照。

- (79) Eisenhart, a. a. O., S. 110.

- (80) A. a. O..

- (81) カール・テオドアの没年である。マックス四世(一世)ヨーゼフの下でモンジェラの改革案が具体化されていくのは、この年からである。近世バイエルンの終焉と近代バイエルンの誕生の年である。もっとも、カール・テオドアの治世は、刑事法改革に見るように、近代バイエルンへの胎動期と考えられる側面がある。一七七七年と一七八四年の二度、カール・テオドアとオーストリアとの間で問題にされた「バイエルン—ネーデルラント交換計画」も、その脈絡で理解する必要があるかも知れない。Vgl. Karl Omar Freiherr von Aretin, Kurfürst Karl Theodor (1778/99) und das bayerische Tauschprojekt. Ein Beitrag zur Geschichte des bayerischen Staatsgedankens der Montgelaszeit, in: ZBLG 25 (1962), S. 745 ff.; Eberhard Weis' Montgelas, innenpolitisches Reformprogramm: das Ansbacher Mémoire für den Herzog vom 30. 9. 1796, in: ZBLG 33 (1970), S. 219 ff..

- (82) Spindler (Hrsg.), Handbuch der bayerischen Geschichte II, S. XXVIII.

- (83) Eisenhart, a. a. O., S. 103.

- (84) Gagner, a. a. O., S. 6 は「内容的にクライナーの『市民法典』は『ローマ法ないし普通法学的であると暗示してい

る° Vgl. Hans Rall, Kurbayern in der letzten Epoche der alten Reichsverfassung 1745-1801, München 1952, S. 39 ff.; Hammermayer, a. a. O., S. 1076.

(85) Wieacker, a. a. O., S. 327.

(86) クライトマイアの著作としては、このほかに、青年期のラテン語詩篇二点、バイエルン国家史・国法史研究の構想書き、一七八〇年の作とされる「アッフルツ・バイエルン選定侯領・上アッフルツならびにロイヒテンベルク等の全騎士レーンとその保有家門の完全な記録 (umständige Beschreibung über sammentliche chur-pfalz-bayerische, oberpfälzische, leuchtenbergische u. Ritterlehen, dann deren trägerliche Geschlechter)」と「一七三八年と一七三九年にバイエルン選定侯がズルツバック侯に対して有していた後見の権利について (Ueber das chur-bayerische Vormundschafts Recht über den Prinzen v. Sulzbach im J. 1738 u. 1739)」の二日前にもなお著述の筆を執っていたと伝えられる「全国家学の百科全書 (Encyclopädie der sämtlichen Staats-Wissenschaften)」の原稿の存在が報告されている。これらの「遺稿」の所在については Eisenhart, a. a. O., S. 110 f., Rall, Kurbayern, S. 8; ders., ZBLG 42, S. 47 Anm. 1. Vgl. Kalb, a. a. O., S. 26 f.; Eisenhart, a. a. O., S. 104; Lieberich, a. a. O., S. 62; Hammermayer, a. a. O., S. 1077.

(87) 「したがって法 (Recht) は公けに告知されねばならない。それによって各人はこれを知り (wissen) 聞き知る (erfahren) りうべきである」(CMBC. I. 1. §. 6)

(88) CMBC. I. 1. §. 3 は、「法(Recht)」を「法律 (Gesätz)」と等置している。

(89) Anmerkungen ad CMBC. I. 2. §. 9. Ziff. 23, S. 74 f.. Vgl. Gagnér, a. a. O., S. 4 f.. さらには『法^{ラント}典』が「法学提要」へと比較されている。

(90) Staatsrecht, §. 181, S. 410.

(91) A. a. O..

(92) A. a. O., §§. 166 u. 188, SS. 355 f. u. 434 f.. 次章ならびに第三章第一節においてこそが、検討が加えられるであろう。

第二章 バイエレン・ラント法の発展とその体系的分化

(クライトマイアの法典編纂・前史)

小序 バイエレン・ラント法史概観の基本的視角

クライトマイアにおいて、ユスティニアヌス法典における「市民法 (Jus Civile)」の統一性が破れ、「刑事法 (Jus Criminale)」と「訴訟法 (Jus Judicarium)」とが「市民法 (Jus Civile)」から分化してきており、更にこれら三つの法領域から構成される「私法 (Jus Privatum)」のかたわらに「国法 (公法)」が生成してきているのは、ユ帝法の体系が「固有法」を取り込んだ分だけ包括的になったことが要因であるから、法体系の分化の過程は「固有法」史の中から読み取らねばならないであろうというのが、前章における観察から我々が得ることのできた結論の一つであった。これらの法領域に分類される法規範の生成と継承の経緯、これらの諸法——とりわけ「国法 (公法)」の法源の「法 (律)」的性格を明らかにすることが、クライトマイアの法のイメージ (法理論) を理解し、これに正当な歴史的位置付けを与える上で重要な意味を持っているであろうことも、あわせて示されていたはずである。本章は、以上の問題関心のもとに、バイエルンに局面を絞ってではあるけれども、「固有法」の歴史に関する必要最小限の知見を得ようとするものである。クライトマイアの法典編纂に先立つバイエルンの諸法源の検討に移るまえに、今しばらくクライトマイアのもととどまって、論点の具体化を試みてみたい。

クライトマイアの三『法典』は、それぞれラテン語の呼び名のほかに、ドイツ語の別称を持っている。例えば、第一

法典は二部に分かれているが、そのそれぞれが「新訂バイエルン選定侯(領)刑事法の(Der Neu-verbesserten Chur-Bayrischen Criminal-Rechten)」の第一部もしくは第二部と銘打たれている。これが同法典のドイツ名である。第二法典は一部二〇章構成である。その一七七一年(第二版、ミュンヒェン)フォリオ版刊本の第一頁が「新訂バイエルン選定侯(領)裁判(所)令(Neuverbesserte Gerichtsordnung)」と謳っている。第三法典の別称は、一七五九年(ミュンヒェン)のハツ折本では、既に標題頁に示されている。曰く、「新訂増補バイエルン選定侯(領)ラント法(Neu Verbessert- und Ergänzt-Chur-Bayrisches Land-Recht)」。同法典の四つの部の初めにも「新バイエルン選定侯(領)ラント法の(des Neuen Chur-Bayrischen Land-Rechts)」第何部とあって、第三法典が「ラント法」と考えられていたことは疑う余地がない。これに反して、第一法典が「法(Recht)」である(とクライトマイアが考えていた)ことは確かではあるが、それが「ラント法」を構成するものであるかについては、検討の余地が残されている。第二法典に至っては「令(Ordnung)」であって「法(Recht)」であるかどうかさえ定かではない。実際、シュヴァーレンは、訴訟法令(Prozeßordnung)の「法律(Gesetz)」的性格を否定することによって、「ラント法」とは明確に区別していた。第二『註釈』の標題頁(一七七八年、ミュンヒェン、フォリオ版)には「……普通ならびに旧地方条例裁判(所)令および法との綿密な比較がなされ、もって……旧法と新法との相違が……示され……(……derselbe sowohl mit dem gemein, als ehemalig-staturarischen Gerichts-Ordnungen und Rechten genau collationirt, Mithin……der Unterschied inner Jus vetus & novum……angezeigt……)」とあるけれども、今こゝで直ちに「(staturarische) Ordnung」と「Recht」と「Jus」とを等置してよいかどうかは問題であらう。前章の考察から、クライトマイア自身はこの三つの語を「Jus」の意味において統一的に理解していたことはほぼ確実とは思われるが、ローマ的「法(Jus)」観念とは異質のドイツ固有の「法(Recht)」観念の所産である伝統的用語法を、クライトマイアがそれと明確には意識せぬままに踏襲している可能

説 性も考慮に入れる必要があるからである。訴訟法が「ラント法」に所属するものであるか否かは、いずれにせよ明らかにではない。

以上の観察だけからすると、(狭義の)私法(身分法を含む)だけが「ラント法」であり、「刑事法」と「裁判(所)令」は「ラント」法を構成する要素ではそもそもなかったという結論が引き出せそうにも見える。しかしこれとの脈絡で想起せねばならぬのは、下バイエルンが等族制^{ツェンツ}的構造を持つラント(Ländliche Verfassung)⁽²⁾へと発展を遂げる際の出発点となった『オットーの特権付与状』⁽³⁾の確定したのが、窃盗(teuf, deub)・故殺(todsleg, todslog)・強姦(notunft)・公道強盗(strassraub)のいわゆる「死に至る三つの裁判(権)(die drey gerichte die zu dem tode ziehen)」と(世襲地 Erbeを含む)自有地(aigen)・レーン(lehen)に関する裁判権の太公(の裁判官)への留保、太公とラント内支配者(landherren)との間における下級裁判権(いわゆる人的裁判 persönliche Sprüche)の配分、そして宮廷裁判所(Hofgericht)の権限の三つであったことである。⁽⁴⁾一回限りの租税に関する規定を別にすれば、太公とラント内支配者(近世のラント等族^{ツェンツ})との間での刑事・民事裁判権の配分ならびに裁判管轄の決定が、下バイエルン・ラントの法源の最初期のものの一つの全内容であったのである。バイエルンに地域を限定しても、『シュヴァーベン・シュピーゲル(Schwabenspiegel)』や一〇九四年以来の一連のラント平和令、更に「ラント法」と言えるかどうかは問題ではあろうが、『バイエルン部族法典(Lex Baiuvariorum)』といった法源が『オットーの特権付与状』に先行して存在しているの⁽⁵⁾で、これらの諸法源の分析をまたず、直ちに、裁判権保有者(裁判所)と裁判管轄に関する法が「ラント法」の主要内容を構成すると断ずることはもちろん許されない。しかしそれが「ラント法」の本質的内容の一つであったことは、まちがいのないことのように思われる。訴訟法令を「ラント法」外のものとした『プロイセン一般ラント法典』でさえ、第二部第十七章「臣民を個別・具体的に保護するための国家の権利と義務について」第一節

「裁判権 (Gerichtsbarkheit) に(いつ)をこれに当(あ)てている。しかるにクライトマイアにおいては、これに対応する規定は「ラント法」と別称される『市民法典』の中には見出されず、『刑事法典』第二部第一章(「刑事裁判所ならびに裁判管轄について (Von denen peinlichen Gerichten, und der Gerichtsbarkheit)」および『訴訟法典』第一章(「裁判所ならびに裁判管轄について」)を構成することになっているのである。伝統的に「ラント法」が「刑事法」ならびに「裁判(所)令」と対比される概念であったとすれば、ここでクライトマイアは、ローマ的「法(Jus)」観念を媒介として、「ラント法」の内容に重大な変更を加えていることになる。反対に、伝統的「ラント法」概念が「刑事法」および「裁判(所)令」を包摂するものであったとすると、ラント内支配者^{ヘレン}ラント等^{ツェンデ}族の有する裁判権等に関する法を除外した狭義の私法のみを「ラント法」と称し、これを「刑事法」および「裁判(所)令」と並べるクライトマイアの用語法がどこに由来し、いかなる含意を有するものであるかが問われねばならないことになろう。

クライトマイアの『刑事法典』の公布勅令の中に、次のような文言が見出される。前章で引用したところと多少重複するが、あえて紹介したい。曰く、「……この由々しき事態を解消するため、朕は完全な新国法(ラント法)典(Codex Juris Patrii)を起草させることにした。この法典は大部なものであるから、財産(Hab und Gut)⁽⁷⁾ではなく、身体(Leib)と生命(Leben)に関わる、法の最重要かつ最優先の客体(das allerfinest- und vorzüglichste Objectum Juris)を内容とする部分からまず始めることが良いと判断した」。一方、『ザクセン・シュピールゲル(Sachsenspiegel)』の「レーン法」部の六九章八節には、「……国王は、万人の首と自^レ有^レ地とレーンに関して、裁判官に選ばれたものである。ラント法ならびにレーン法は、すべて国王に起源を有する。けだし、ヘルシルトは国王に始まるからである(……de koning to richtere gekoren is over iewelkes mannes hals unde over egen unde over Ien. Dar umme so hevet al Iantrecht unde Ienrecht begin an eme, went de herscilt an eme begint……)」と述べられ

て⁽⁸⁾いる。この箇所でアイケ (Eike von Repgow [Repehow]) は、首 (Hals) と自有地 (Eigen) に関する法を「ラント法」と理解しているわけである。この「ラント法」観念は、『ザクセン・シュビーゲル』「ラント法」の第三部第五章第二節からも読み取ることができる。⁽⁹⁾ アイケの「首 (hals)」はクライトマイアの「身体と生命 (Leib und Leben)」へ、前者の「自有地 (egen)」は後者の「財産 (Hab und Gut)」へと、それぞれ拡張され一般化されているけれども、この両者の対応は、アイケの「ラント法」とクライトマイアの「国法 (ラント法) (Jus Patrum)」との歴史的脈絡を暗に示しているのではないだろうか。

クライトマイアの「刑事法 (Criminal-Recht)」は、「国法 (ラント法)」の中で「身体と生命」に関わる部分と定義することができる。この意味における「刑事法」は、アイケの「ラント法」の「首 (生命、首および手)」に関わる部分の中に、自己の観念的対応物を持っていた。⁽¹⁰⁾ 「裁判 (所) 令 (訴訟法)」についても、また、アイケの「ラント法」とクライトマイアの「国法 (ラント法)」との観念的連続性が指摘できよう。後者が「裁判 (所) 令 (Gerichts-Ordnung)」を包摂する概念であることは次のことから明らかである。すなわち、『訴訟法典』の公布勅令は「……件の刑事法(律)をもって我がラント条例 (Landstatuten) の改訂作業は、既に一七五一年に緒に結んでいた。その次には、裁判手続 (Gerichts- und Proceßwesen) に関する部分ほど、欠缺と不正に満ちた部門はないと朕は思う。したがって本改訂作業を継続するにあたっては、なによりもまずここに手をつけ、これをよりよく整備 (in bessere Ordnung, und vollständige Richtigkeit bringen) せしむることが必要と判断した」と述べて、『刑事法典』の公布勅令で予告されていた新「国法 (ラント法)」典編纂事業の一環として「裁判 (所) 令」を位置付けているのである。しかるに『ザクセン・シュビーゲル』の「ラント法」においては、「正しいこと、間違っていないこと」・「実体法上の権利ないし権利能力」・「実体法規」というほか、「裁判 (所)、法廷」・「(正しい) 手続、手続を踏んでいること」・「(手続を踏んだ正しい) 判決」という訴訟

法的な意味で「法 (Recht, recht)」という語が用いられている例が少なからず見出されるのである。⁽²⁷⁾「判決」・「(裁判) 手続」・「裁判所」を「法 (Recht)」と言う伝統的用語法は、中世末期から近世初頭になってもなお認められる。たとえば、一五世紀の初め、『上バイエルン・ラント法 (書)』の通用領域内の裁判所文書 (Gerichtsbrief) の中に、*„setzen zu recht“*, *„setzen zum rechten“*, *„zu den rechten gesetz“* という表現が数多く登場するようになり、一五世紀の終わりごろには、*„rechtsatz, Rechtsatz“* という術語を生み出すに至っている。これはローマ法学・教会法学という「口頭弁論終結 (conclusio)」に相当する当事者の行為を指す概念であるので、⁽¹³⁾「法 (Recht)」という表現で「判決」が考えられているわけである。また『上バイエルン・ラント法 (書)』の「裁判所とその構成員についての第一章 (Tytilus primus de iudiciis et quibusdam annexis)」という見出し文句は、一五世紀の写本ならびに同法書の初期の印刷本では *„Capitel der rechten mit seiner zugehorung“* と訳されている。⁽¹⁵⁾「裁判 (手続)」、裁判所」を「法 (Recht)」と理解するこの語法は『バイエルン改革ラント法 (書)』中にもなお随所に認められ、⁽¹⁹⁾「法書 (Rechtbuch, buch, püch)」とは、元来、「裁判 (所) の書」のことではなかったかとの印象を受けさえするのである。この点は別にしても、アイケの「ラント法」が、「国法 (ラント法)」の中の「裁判手続 (Gerichts- und Proceßwesen)」に関する部門としての「裁判 (所) 令」(クライトマイア) を内包する概念であったことだけは、ほぼ確実と思われる。

これまで若干の考察を加えてきたように、アイケに表現されていたような中世的ないし伝統的「ラント法 (Lantrecht)」概念に対応する概念がクライトマイアの中に見出されるとするならば、それは「国法 (ラント法) (Jus Patium)」であって、『市民法典』の別名としての「ラント法 (Landrecht)」ではない。一三世紀の三〇年代においては、「首 (生命、首と手)」に関する規定と「裁判手続 (recht)」に関する規定ならびに「自有地」に関する規定が一体となって「ラント法」を構成していたが、一八世紀の五〇年代ともなると、いずれの部門においても規定の整備と拡充が著しく進展

した結果、「国法（ラント法）」は「刑事法」・「訴訟法」・「市民法」という相互に分化・独立した法領域に組織されている。この意味で、クライトマイアの「国法（ラント法）」は、「ラント法」の一八世紀の形態と言える。クライトマイアの理解では、刑事法（刑事訴訟法を含む）はその最重要の構成要素であり、（民事）訴訟法がこれに続いていた。このような「国法（ラント法）」観は、「ラント法」の伝統を破るものではなく、むしろそれを継承するものではなかったのか。更に、「刑事法」ならびに「裁判（所）令」と区別される「市民法」という意味での「ラント法（Landrecht）」というクライトマイアの用語法の起源を中世的「ラント法（lantrecht）」の中に求めることができないとすれば、「自有地」ないし「財産」に関する法と「人の法」ないし「身分法」のみを内容とする「ラント法」、ラント等族の有する裁判権や特権の裁判籍をはじめとする訴訟法上の権利ないし特権に関する法を除外した狭義の実体私法としての「ラント法」なる言い方は、いつ、いかなる歴史的脈絡で成立したものであるのか。以上の二点が、本章におけるバイエルン・ラント法史概観の基本的視角を提供する。

（１）その前に、^{イムプレッソリウム}標題頁と出版特許状（Privilegium Impressorium）と公布勅令が置かれている。

（２）成瀬治「Landständische Verfassung」考（上・中）『北海道大学文学部紀要』一三一一（一九六四年）、一四一—一四六六（年）参照。同篇中二六頁ならびに同「身分制社会の構造的考察について——オットー・ブルンナーの理論の再検討を中心に——」堀米庸三編『西洋中世世界の展開』（一九七三年）一九八頁で成瀬教授が定式化しておられるような『身分制国家』の国制に限定されるものではなく、『絶対主義国家』のもとでもなお完全に克服されることなく存続した『身分的構造』が客観的に法的に（objektiv-rechtlich）完成・確定をみるのは、バイエルンにおいてはようやく、ラント等族の裁判上・ポリツァイ上の支配権がラント法史上空前絶後の規模で認められるに至った一六世紀のことである。本章第一節第二項では、いささかこの間の事情に立ち入ることになろう。

（３）小野善彦「一三一一年のオットーの特権付与状について——ラント・下バイエルンの身分制的国制の発展における意義——」

『史学雑誌』八九一一(一九〇年)一五頁以下。

- (4) Vgl. Karl Bosl, Die Geschichte der Repräsentation im Bayern, München 1974, S. 241 ff.. 大公の裁判官ではなく、大公もしくはその代理職(vitzdomb)が支配者(豪族)(herre, edlleut)を裁く、という規定のされ方がとられており、宮廷裁判所といっても制度的に固定されたものでもあらうない。
- (5) Heinz Lieberich, Rechtsgeschichte Baierns und des bayerischen Schwaben, in: Hans Roth u. Heinz W. Schlaich (Hrsg.), Bayerische Heimatkunde. Ein Wegweiser, München 1974, SS. 198 u. 209 Anm. 15.
- (6) Hattenhauersche Textausgabe, S. 620 ff..
- (7) クライトマイアに於ける「財産(Hab und Gut)」＝「物(Res, Ding)」の概念の詳細については、前書註(43)参照。
- (8) Karl August Eckhardt (Hrsg.), Sachsenspiegel, 3. Ausgabe (Mon. Germ. hist. Fontes iuris germanici antiqui. Nova Ser. Tom. I, 2), Göttingen 1973, S. 101 f..
- (9) 久保正權・石川武・直居淳訳『ザクセン・シェーケル・ラント法』(一九七七年)一九七頁。
- (10) Ssp. Landr. III. 52. §. 2 では „hals“ のかわりに „lif (生命)“ が、III. 52. §. 3 では „over hals unde over hant (首および手にかかわる)“ という表現が登場している。Vgl. K. A. Eckhardt, Sachsenspiegel, 3. Ausgabe (Mon. Germ. hist. Fontes iuris germanici antiqui. Nova Ser. Tom. I, 1), Göttingen 1973, S. 237. 前掲邦訳書前掲箇所参照。
- (11) Vgl. Ssp. Landr. II. 13. §. 1 ff. (邦訳一五〇頁以下) u. a. m..
- (12) たとえば I. 1. では「裁判権」という意味で „recht(e)“ の語が用いられている。「裁判(所)」「法廷」の意味で用いるのは I. 59. §. 2 („……sek to rechte beden……“), I. 63. §. 1 („……he sek underwinden mote enes sines vredebrekeres to rechte……“), II. 14. §. 1 („……budet he sek dar umme to rechte……“), II. 18. §. 1 („……vinden to rechte, wo men over enen man richten scole……“), II. 24. §. 2 („……to lantrechte oder to lenrechte……“), III. 87. §. 1 („to lantrechte“), III. 87. §. 4 („Rechtes weigeret……rechtes bekomen……“) (最後の例は「判決」とも解し得る)「手続」の意味では I. 38. §. 3 („……bewisen alse recht is……“), I. 53. §. 1 („……sin recht na rechte nicht vulvuret……“), I. 54. §. 2 („……mit rechten ordelen volge……“), I. 62. §. 4 („……sine klage na rechte ane kamp……“), I. 63. §. 3 („……dorch recht to samene nicht vechten……“), II. 12. §. 11 („……dorch recht……“), II. 12. §. 14 („……to rechte……“), II. 36. §. 5

(„……alse recht is……“)『刑政』の意味では I. 9. §. 5 („……de were gebroken mit rechte……“), I. 34. §. 3 („……mit unrechte……to unrechte……“), I. 65. §. 2 („……lif oder hant……, dat eme mit rechte verdelt is……“), II. 4. §. 1 („……mit unrechte……“), II. 13. §. 8 („……rechtes weigert……“) (これは「裁判」とも解し得る), II. 24. §. 2 („……sines rechten gudes wol mit rechte anich werden……“), II. 32. §. 1 („……ane recht……“), II. 70 („……de gewere mit rechte af gewonnen“), III. 30. §. 1 („……mit ordelen unde mit rechte……“) など、その用例にはいろいろかなう。なほ、本註を含め、本稿における『サキセン・シムビーゲル』に関する知見は、全て、石川武教授の御教示によるものである。

(13) Schlosser, a. a. O., S. 389 ff..

(14) 一四八四年が最初であったことは、前章註(72)に引用した『市民法典註釈』の記述参照。

(15) 本章第一節第一項註(16)参照。

(16) Vgl. Wolfgang Kunkel (Bearb.), Landrechte des 16. Jahrhunderts (Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands Bd. I, 2), Weimar 1938, S. 1 ff.. 例へば II. Tittl (Register) („……Fürheuschungen zu Recht……“), II. Art. 1 (Register) („……und Rechttag setzen……“), II. Art. 6 (Register) („……Ladungen und Verkündungen in hangendem Rechten……“), II. Art. 7 (Register) („……gegen dem, der nit Recht nemen wollt……“), II. Art. 8 (Register) („……gegen dem, der in hangendem Rechten aus seinem Gericht zeucht“), V. Tittl (Register) („……Anwälden und Gewalthabern, wie die in Recht gesetzt……“), V. Art. 1 (Register) („……ainen Anwald zum Rechten setzen……“), V. Art. 3 (Register) („……aus Verordnung der Recht……“), V. Art. 6, 9, 10, 11 u. VI. Art. 5 (Register) („……in Recht vertreten [verantworten, steen]……“), VII Tittl (Register) („……in Recht Clag stellen……“), VII. Art. 1 (Register) („……Clag in Recht……“), VII. Art. 4 (Register) („……sein Clag in Schriften oder mit Worten in Recht mag fürpringen“), VII. Art. 9 (Register) („……der Richter dem Armen des Rechtens……verhelfen sol“), VIII. Art. 4 (Register) („……der Clagen und Gegenclagen gleichförmig miteinander in Recht verfarn……“), IX. Art. 1 (Register) („……in Recht lauter anzaigen sol, was er weysen wöll“), XIII. Art. 1 (Register) („……Gerichtzschäden, wie derhalben in Recht sol verfarn……“), XIII. Art. 5 (Register) („……Rechtschäden, wie die austragen……“), XVIII. Art. 3 (Register) („Wie die, so in Arkwan und Verdacht sind, zu Recht sollen verglait werden“), XX. Art. 1 (Register) („……mit strengem Recht gericht……“), XX. Art. 2 (Register) („……mit dem Malefitzrechten gericht……“) u. a..

第一節 中世後期におけるラント法の発達

第一項 『ルードヴィッヒの上バイエルン・ラント法(書)』の基本的特徴

通常、皇帝ルードヴィッヒ四世 (Ludwig der Bayer) (一二八三年—一三四七年。一二九四年より太公。一三二四年よりドイツ国王) の名前と結びつけられる『上バイエルン・ラント法(書)』は、この皇帝の四人の息子、すなわち、ブランデンブルク辺境伯であったルードヴィッヒ (Ludwig V.) (一三二五年—一三六一年)・シュテファン (Stephan II.) (一三二九年—一三七五年)・いま一人のルードヴィッヒ (Ludwig VI.) (一三三〇年—一三六五年)・ウィルヘルム (Wilhelm I.) (一三三三年—一三八九年) の名前で、一三四六年一月七日に公布されている (この四人が太公となるのは、一三四七年以降のことである)。一三三四年の夏、皇帝が相互的相続契約を結ばせた息子たちがこの四人であり、一三三六年の万聖節 (十一月一日) ごろに生まれたアルブレヒト (Albrecht) (太公として一三四七年—一四〇四年) の名前がないことから、また一三三六年末のランズベルク (Landsberg) の裁判所文書に「法書の定め (des rechtsbuechs sag)」という文言が登場し、これが一三四六年一月七日以前に数度見当たるところから、公布勅令の一部を含む版が一三三五年ごろに成立していたと考えられている。この旧版の本文は、もとより完全な形では残っていない。それでも、写本断片や第二版 (一三四六年版) への草稿写本 (Kloster St. Georgenberg-Fiecht bei Schwaz/Tirol) などの校合研究から、一九三条が復元されている。そのうちの二八八条が一三四六年版に採られており、うち一〇六条は文言まで同じであると言う。八二条には相当の修正が施され、量刑など内容にわたる変更も行なわれている。⁽¹⁾ 一三四六年版は全部で三五〇条からなっているので、一六二条が新しく追加された可能性があることになる。

ルートヴィッヒ四世が一三二三年四月のニュルンベルク (Nürnberg) の帝国集会の席で發布した帝国ラント平和令は、一定の領域的権力 (帝国諸侯身分) (die ordentlichen territorialen Gewalten) にその執行を委ねることによって、ラント平和創出・維持の実を上げようとしている。⁽²⁾ フリードリッヒ二世 (Friedrich II.) の「ペインツの帝国平和令」(一二三五年)⁽³⁾ に一応の集約をみたような、皇帝 (国王) が自ら平和領域としてのラント (ないし帝国)⁽⁴⁾ の創出に当たろうというシュタウフエン家の諸帝 (Staufer) の企圖の継承は、一三世紀を通じてなお試みられてはいたけれども、領域的権力の自立化が進む中で、いよいよ困難なものとなってきた。⁽⁴⁾ 帝国の西・南部、ライン河沿岸に勢力を張る選定侯をはじめとする諸侯に対して積極的姿勢に出たアルブレヒト一世 (Albrecht I.) の死 (一三〇八年五月一日)⁽⁵⁾ 後、国王のラント平和運動は、一定の領域的権力の支配権を承認し、彼ら帝国諸侯身分との「協約」を基礎にすすめる方向をとるようになる。⁽⁶⁾ とりわけルードヴィッヒの場合には、一三二四年秋のオーストリア太公フリードリッヒ (Friedrich von Österreich) との二重選挙の結果、これはほとんど不可避的なことであつた。⁽⁷⁾ こうして帝国は、等族制的に組織されていくことになる。もっとも、帝国のこの等族制的組織化はフリードリッヒ一世 (Friedrich I. Barbarossa) (一一五二年—一一九〇年) のときには既に始まっていたと言われるし、⁽⁸⁾ ハインリッヒ二世 (Heinrich II.) (一〇〇二年—一〇二四年) 以降活発になる「国王の平和」運動が、平和令に対する平和の誓ないし協賛という立法手続を介して、民衆もしくは有力者を「公共性」の場に引き出したところに、その起源を求めることもできるかもしれない。⁽⁹⁾

ラント平和⁽¹⁰⁾ 和高権 (Landfriedenshoheit) をて、こととして自己の国王権を承認せよというルードヴィッヒの帝国西部における努力は、ハプスブルク (Habsburg) 家や教皇庁、選定侯らの反対によって、一三三〇年以前に挫折していた。⁽¹¹⁾ 自立化の傾向を強める領域的権力を等族制的帝国に組織するためにも、ルードヴィッヒに固有の政治的基盤を確立することが要請される。一三世紀中に断絶した「家門 (Geschlechter)」の支配を相続することによって、バイエルンにおける

ヴィッテルスバッハ太公家の勢力は相当に強大なものとなってきた。⁽¹²⁾ 一方で、この自己に固有の (eigen, proprius) の支配領域 (Herrschaft, dominium) を維持し、他方で、これを越えた「^{ライヒ} 帝国内に對して相対的に獨立した完結的ラントとしての太公領全体を自己の高權 (Hoheit) の下に収めることは、ルードヴィッヒにとって、帝國統治政策上も重大な意味を持っていたと思われる。一三三四年の息子たちに対する相互的相統契約の強制は前者の関心の現われであり、後者の関心が『上バイエルン・ラント法 (書)』を生み出したものと解釈することはできないだろうか。⁽¹³⁾ 戴冠した皇帝の側に四人の息子がひざまづいているところを描いた同法書の一三四六年版の巻頭の飾り文字は、ルードヴィッヒの帝國統治と『上バイエルン・ラント法 (書)』との間にあるこのような脈絡を象徴的に示しているように思われる。上・下バイエルンを帝國に對して閉ざされた平和領域につくり上げるといふ皇帝であると同時にバイエルン太公でもあったルードヴィッヒのラント平和政策が、「^{フリース} 協約」による「ラント平和令」といふ形式ではなく、「ラント平和令」の内容を包摂した「ラント法 (書)」という形式をとって現われていることもまた見逃せない事実である。誓約されもせず民衆に公布されることもない、ラントの裁判所もしくは代理職^{ゲザムトツーム}に對して指令として交付される「ラント法 (書)」⁽¹⁵⁾ の存在は、上・下バイエルンの間に、法・憲法構造上の重大な相違を生み出す一因ともなっているのである。以上のような歴史的脈絡で成立した『上バイエルン・ラント法 (書)』三五〇条は二八章に分けられるが、「訴訟法」・「刑事法」・「市民法」が渾然一体となった内容と構成を持っている。⁽¹⁶⁾

一三三五／六年の版と一三四六年の版とを比較した場合、後者において充実が認められるのは、婚姻とモルゲンガーク (Morgengabe) に関する第一章と第二章、土地に関する第十六章、質 (pignorat) に関する第十七章、債權に関する第二十三章、土地・村裁判權 (iurisdictio villae) をめぐる「村」の間の紛争 (actio, chrieg) に関する第二十三章ならびに訴訟法に関する諸章とりわけ第一章であると言われる。⁽¹⁷⁾ 一三三五／六年版の全貌が判明しているわけではないに

もかわらず、ラント^{フリート}平和運動の生み出した実体刑法的規定⁽¹⁸⁾に関する限り、残された規定と比べて一三四六年版が目立った充実の跡を見せていない点は興味深い。『ラント法(書)』の中でこの部分がいち早く「完成」していたことになる。これは、『上バイエルン・ラント法(書)』のラント平和立法的性格⁽¹⁹⁾を雄弁に物語るものであろう。「訴訟法」ならびに「市民法」の整備は、これに対して若干遅れたわけである。

太公⁽²⁰⁾のラント平和立法である『上バイエルン・ラント法(書)』は、太公とラント内支配者⁽²¹⁾との間の「協約⁽²²⁾」である『オットーの特権付与状』とは異なった形で、両者間に裁判権を配分している。すなわち、村裁判権(Dorfgerichtsbarkeit)の存在は一三世紀前半から認められるが、本法書による事物管轄は「七二プフェニヒを上限とする贖罪裁判権(Bußen-gerichtsbarkeit)」というものであった(一三九条⁽²³⁾)。土地(Gut)に関する裁判は、それが所在するグラーフシャフト⁽²⁴⁾(Grafschaft)で行なう旨の一八九条の規定それ自体は、ラント裁判所相互間の管轄権の決定と読むべきものである⁽²⁵⁾。自有地(eigen)(世襲地erbfを含む)とレーン(Lehen)に関するものを除く裁判管轄決定は、被告の住所⁽²⁶⁾地によつたとした二四五条の規定についても同じことが言える。自有地とレーンの留保は、(土地の)所在地主義と(被告の)住所⁽²⁷⁾地主義との対比に関して挙げられたもので、ラント裁判所と村裁判所との間での裁判権の分配とは本来何の関係もない。もっとも一五世紀にはこの二四五条の規定は、下バイエルンにおけると同様に、自有地・世襲地・レーンに対するラント裁判所の専属的管轄権と、村裁判所をも視野に入れて人的裁判⁽²⁸⁾(persönliche Sprüche)に関する住所⁽²⁹⁾地主義を定めたものと解されるようになるけれども、それはまた別の話である。『上バイエルン・ラント法(書)』自身はあくまで贖罪裁判権といういわば「刑事法」的な視点に立つて裁判権の配分をしているのであって、土地か動産かといういわば「市民法」的視点は少なくともこの脈絡では問題にされない⁽³⁰⁾。更に、この「刑事法」的視点からするラント内支配者の裁判権のラント法上の承認という点についても、下バイエルンでは「流血裁判権」の太公への留保、上バイエルンでは

「村」の下級贖罪裁判権の認容という対蹠的ともいえる方式が採用されていることも、見逃してはならない。

以上のような『上バイエルン・ラント法(書)』の規定が、上バイエルンにおいては、村裁判所に留保された下級贖罪裁判権を除く全裁判権を、太公とそのラント裁判所が現実独占していたことを意味するものでないことは言うまでもない。先に暗示しておいたように、ラント都市や市を含むラントのラント裁判管区への組織化は、この後、『ラント法(書)』の授与・交付を通じて徐々に進められていくものであったし、その限りで実現されたものにすぎないからである。⁽²³⁾『ラント法(書)』を交付されてラント裁判官としての資格と権能を付与(承認)された(dazu gefreit)都市・市・ラント内支配者以外の支配者の支配権は、「村裁判権」の範囲を越える部分については、「ラント法(書)」の内容を構成しない、いわば事実的(de facto)なものとして放置されているのである。

(1) Walter Jaroschka, Das oberbayerische Landrecht Kaiser Ludwig des Bayern, in: Hubert Glasser (Hrsg.), Wirtelsbach und Bayern V/1 Die Zeit der frühen Herzöge. Von Otto I. zu Ludwig dem Bayern. Beiträge zur Bayerischen Geschichte und Kunst 1180-1350, München u. Zürich 1980, S. 379 f..

(2) Heinz Angermeyer, Königum und Landtriede im deutschen Spätmittelalter, München 1966, S. 98 ff., insb. S. 102.

(3) Vgl. a. a. O., S. 29 ff. など Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte I, S. 186 f. など「ラント平和」という表現は中世後期に於いて領域の平和(運動)に於いて形成されたもので、それが国王の平和(運動、平和令)を意味した例は稀であったと言ふ。彼によれば、この語ははじめて公式に国王ないし皇帝の平和(令)を指すものとして用いられた一四九五のマクシミリアン一世のいわゆる「永久ラント平和令」が、「帝国ラント平和令」の名に適わしい最初のものである。村上『近代法の形成』二〇八頁註(3)参照。

(4) Angermeyer, a. a. O., S. 27 f..

(5) A. a. O., S. 95 f..

(6) A. a. O., S. 102 f..

(7) A. a. O., S. 123 ff.

(8) 石川武「ドイツ国制史における一八〇年——確立期における「ドイツ封建王政」に関する一つの覚書——」、『国家学会雑誌』七〇——一・二二(一九五六年)一一五頁以下、西川洋一「二世紀ドイツ帝国国制に関する一試論——フリードリヒ一世・バルボッサの政策を中心として——」、『国家学会雑誌』九四・五・六(一九八一年)五六頁、同(二)前掲誌九五——一・二二(一九八二年)二九頁以下、三七頁以下、五一頁以下。帝国の組織原理としてのレーン法と統治原理としての帝国(ラント)法たるラント平和立法との関係については、同(一)八頁。

(9) ヘルベルト・ヘルビック(石川武訳)「二世紀のフランスとドイツにおける『神の平和』」、『法制史研究』二六(一九七六年)一四〇頁以下。

(10) 石川前掲『歴史学研究』所載論文(一)六頁、同(一)一六頁以下、二三頁以下。とくに一九頁註(8)の指摘は重要と思われる。

(11) Angemeier, a. a. O., S. 151 ff.

(12) Gertrud Diepolder, Oberbayerische und niederbayerische Adels Herrschaften im wittelsbachischen Territorialstaat des 13.

-15. Jahrhunderts, in: ZBLG 25 (1962), S. 37 ff..

(13) Angemeier, a. a. O., S. 155 ff.

(14) Jaroschka, a. a. O., S. 379.

(15) Angemeier, a. a. O., S. 157 ff.

(16) Jaroschka, a. a. O., S. 380 f. より次に転載する(ラテン語の見出しは二三四六年当時のもので、ドイツ語のそれは一五世紀の原本に由来するもの)：

(I) Tytulus primus de iudiciis et quibusdam annexis

1. Capitel der rechten mit seiner zugehörung

(II) Tytulus furtorum

2. Capitel aller deuff

(III) Tytulus violantium pacem et triugas cum pena eorundem

3. Capitel fridprechens mit seiner pen
- (IV) Tytulus stuprorum et pena eorundem
 4. Capitel der nottnuft und champhs vermessen von frawen mit seiner puez
- (V) Tytulus opprobriorum
 5. Capitel der scheltwortt
- (VI) Tytulus super dampnis edificiorum et agriculture
 6. Capitel der schäden überzimerns und überpawns an äkchern
- (VII) Tytulus et pena colligentium aliena ligna et fenum
 7. Capitel der puez, wer frömdez holcz und hāw auffchlawbt und hinfürt
- (VIII) Tytulus super condicionibus pontium et theloneorum et navigantium
 8. Capitel der prukken und der scheffläwt
- (K) Tytulus et pena super pecoribus domesticis
 9. Capitel und pen haimisch hawsvichs
- (X) Tytulus super artificibus mechanicis cum pena eorundem
 10. Capitel der hantwerchsläwt und gearntzlons
- (XI) Tytulus super contractus matrimoniales et quibusdam annexis
 11. Capitel der ee, weibnemens und haimstewr und prieff und insigel
- (XII) Tytulus dotis in contractibus nuptialibus
 12. Capitel der morgengab
- (XIII) Tytulus actionum duarum villarum vel plurium super iure proprietario fundi et super privatione iurisdictionum villarum
 13. Capitel zwair dorffer chrieg und gemain und umb lantstrazz
- (XIV) Tytulus offensarum et penarum super vulneribus et homicidijs et alijs attinentibus

14. Capitel verwuntens und der todsleg und ander soleicher händel irs geleich mit seiner pen
- (XV) Tytulus quid iuris conpetat usurpanti sibi proprietatem in alieno predio ratione locationis
15. Capitel der leibgeding und der chlöster selgerät
- (XVI) Tytulus feodorum et quorundam annexorum
16. Capitel erbs, aigens und lechens
- (XVII) Tytulus super iure pignorationis
17. Capitel der phantschaft und von geltschuld wegen
- (XVIII) Tytulus reconventionis
18. Capitel tadelhaftiger rozz and pey der ersten chlag ze behalten und anderer gemischten rechten
- (XIX) Tytulus procuratorum, quomodo constitui debeant et quid iuris habeant
19. Capitel der chlag auffgeben und gut ze behaben mit dem rechten
- (XX) Tytulus officiorum preconis et suorum subditorum
20. Capitel der fronpoten und irr untertan
- (XXI) Tytulus super privationibus arengarum et petitionibus subministrantium
21. Capitel der taiding vor dem puech und umb fueter piten den richtern
- (XXII) Tytulus de iure hospitantium et cauponum
22. Capitel der tafern, der leitgeben, spilens und chugelns
- (XXIII) Tytulus occupationum per viam iuris et dampnorum et super actionibus debitorum
23. Capitel aller geltschuld und der fluchtsal von geltz wegen
- (XXIV) Tytulus de conditionibus fideiussorum
24. Capitel der porgschafft und gewern ze stellen und der gewerschaft
- (XXV) Tytulus testimoniorum
25. Capitel der zewgnuz, prieff, insigel und hantfest

- (XXV) Tytulus quid iuris habeat mollenidum
- 26. Capitel der mülner und mülrecht
- (XXVI) Tytulus super iure curruum honeratorum
- 27. Capitel der rechten der geladen und laren wägen
- (XXVII) Tytulus que sit pena furantium pisces
- 28. Capitel visch stelens mit seiner pen
- (17) A. a. O., S. 381.
- (18) 石川前掲『歴史学研究』所載論文(一)一九頁以下参照。
- (19) Schlosser, a. a. O., S. 52.
- (20) A. a. O., S. 69 f.
- (21) A. a. O., S. 64.
- (22) A. a. O., S. 69 ff.
- (23) Jaroschka, a. a. O., S. 382 f.

第二項 バイエルンにおける裁判(支配)権の生成と体系化

前項の観察から既に知られるように、下バイエルンでは『オットーの特権付与状』以来、「協約」^{インザン}によって、ラント内支配者の支配権の「ラント法」上の裁判権への組織化が行なわれていた。こうして成立した裁判権の体系としてのラントに対して、たとえばルードヴィッヒ四世の一三四〇年の『訴訟条令』が公布されたのである。⁽¹⁾上バイエルンの「ラント法」の構造は、これとは多少その趣きを異にしている。『上バイエルン・ラント法(書)』は誓約されもせず公布されることなく、ただ裁判所に交付されるだけのものであった。同法書はその意味では「法律(Gesetz)」というよりは

説
論
「裁判(所)令」(Gerichts- und Prozeßordnung)であつて、むしろ「裁判(所)の書」と呼ぶに適しい。そして、裁判権の体系としてのラントへの上バイエルンの組織化は、この法書を現実に交付された「ラント裁判所」の範囲で実現していたにすぎない。既に見たように、「村裁判権」の「ラント法」上の位置付けは必ずしも明確なものではなかったのである。この「村裁判所」を「ラント裁判所」として太公の「ラント裁判権」に「吸収」という形で、中世後期、ラントの組織化は進められていったのである。そして、一五世紀までにラント法を受け容れて (zum puch gefreit)

「ラント裁判所」となり、もしくはこれに編入同化された「村」(ラント内支配者)の裁判権は、一六世紀には「区(Ort)」裁判権として現われてくる。都市や市(マルクト)の裁判権は、一四世紀以降、独自の法(「ラント」都市法・マルクト法)を發達させたことによつて、一般のラント裁判権と区別されてゆく。⁽³⁾残余の「村裁判権」は、一六世紀に至り、下バイエルンにおいて發達を遂げてきていた貴族(Herrschaften)裁判権と同化して「ホーフマルク裁判権(Hofmarkgerichtsbarkeit)」を構成することになった。⁽⁴⁾

『オットーの特権付与状』で認められた貴族裁判権の事物管轄は、自有地・世襲地・レーンといった土地に関する裁判を除く、いわゆる人的裁判(persönliche Sprüche)である。⁽⁵⁾流血裁判権は太公に留保されていた。⁽⁶⁾一五〇八年の『ラントの特権の宣言(Erklärte Landesfreiheit)』は、ラント裁判所への移送を前提にして、ホーフマルク内の不動産について予備的判決を下すことを認めた。⁽⁷⁾同特権付与状は、土地管轄の点でも貴族裁判権を拡大している。すなわち、「村裁判権」は「柵の内(innert etters)」に限定されていたが、⁽⁸⁾下バイエルンの貴族裁判権も「戸と門(Tür und Tor)」で区切られた「柵の内(inner etters)」が管轄範囲であつたのである。⁽⁹⁾両バイエルンの統一後、一五〇八年の特権付与状はこれを「土地の続く限り(soweit die Gründe reichen)」の一円耕地に拡大した。更に、一五五七年の第六〇次特権付与状は、自己のホーフマルク外三マイル以内で但し他人のホーフマルク外の(つまり太公のラント裁判所管区内

の) 支配権の点でも土地所有権の点でも (mit der Stift und Aigentumb) 自己の専属的 (einschichtig) 支配下に立⁽¹⁾て農民 (Grundholden) の土地にも、ホーフマルク裁判権を認めた。自由貴族地 (getreite Edelsitze) や自由保有地 (Sedle) Hofe) の保有者にも、「軒先まで (bis zur Dachtraufe)」に限⁽²⁾つてではあるが、ホーフマルク裁判権類似の裁判権が認められた。「ラント法」上の存在としての貴族裁判権 (ホーフマルク裁判権) は、この時点で空前絶後の内容と範囲をもって確定される。上・下バイエルンの等⁽³⁾族制的憲法構造 (ラントの身分的構造) „Landständische Verfassung“) の客観的・法的 (objektiv-rechtlich) な完成である。この発展は一連の特権付与状という「協約」によるものであり、したがって『ラント法 (書)』の枠外で行なわれたのである。

ここで見逃してはならないのは、第六〇次特権付与状に最終的な表現を見出すことになる貴族裁判権が、一六世紀には、「ラント条令」・「ポリツァイ条令」によつて内容の確定・拡充をみている事実である。たとえば「代理職留保刑事事件 (Vitzumshandel)」の数が、一四七四年には一四件、一五五三年には二〇件と定められているのは、その一例である。ラント等⁽⁴⁾族は、これらを除外した「刑事」権能を行使することができたわけで、更に、(一)下級裁判管区内のポリツァイ権限 (保安措置、衣裳・風俗警察、防火・食糧管理、度量衡・貨幣監督)、(二)徴税代行権限、(三)軍隊の維持・管理、(四)賦役労働徴発権、(五)遺産管財・後見権能、(六)公証、(七)下級狩猟権といった「行政 (ポリツァイ)」的支配権の行使を認められると同時に、その義務を負うことにもなった。裁判権に限られない貴族の支配権は、これらの「ラント条令」・「ポリツァイ条令」によつてはじめて「ラント法」上の存在となった。支配権の体系としてのラントの等⁽⁵⁾族制的憲法構造は、ラントの「ポリツァイ (国の良き秩序)」の内容をなしていたのみならず、その執行と実現に当たる「ラントの行政 (ポリツァイ) 機構」の一部を構成する。ラント君主⁽⁶⁾とならんでラント等⁽⁷⁾族もまたラントの「ポリツァイ (国の良き秩序)」の主體的構成要素であり、「行政 (ポリツァイ) 権 (ius politiae)」を有するその能動的な担い手であ

った。⁽¹³⁾ バイエルンのこの等族制的憲法、行政（ポリツァイ）構造（Verfassung）は、一八世紀が過ぎるまで、基本的には変わらず維持されることになるのである。

「協約」^{（14）}的特権付与状と「法令令」と一般に理解されている（「ポリツァイ条令」とを法的根拠として生成・発展し、一五五七年の第六〇次特権付与状で完成・確定を見た「ラント法」上の貴族支配権（Herrschaften）は「貴人特権（Edelmannsfreiheit）」と呼ばれ、一七六七年のクライトマイアに対する授与のような例外を別にすれば、この一五五七年に既に「騎士（Ritter）」以上の貴族であったことを立証し得る家柄の貴族の「人的（Personal, personell）権利」である。したがって、ホーフマルク等の市民等への移転は、これらの上に成立していた下級裁判権ならびに下級行政（ポリツァイ）権を停止させて、ラント裁判所の管轄下に置く原因となる。⁽¹⁶⁾ 一五五七年のラント台帳（Landsmatricul）がその後改訂されたのも、これら下級支配権の所在の現状を把握する必要からであったと思われる。マクシミリアン一世（Maximilian I.）（一五七三年—一六五一年。一五九七年以降太公、一六二三年以降選定侯）は、一六四一年三月一日の勅法で、「貴人特権」^{（15）}のこの「人的」な性格を確認した。婦人であっても、その「貴人特権」^{（17）}によって、自己の「専属的」地所内に下級支配権を行使する。但し「貴人特権」^{（18）}を有しない者との婚姻は、彼女の「貴人特権」^{（19）}を消失せしめ、配偶者の死後もこれを回復することはない。⁽²⁰⁾ ホーフマルクに基礎を置かない自由貴族地・自由保有地における「貴人特権」^{（21）}の及ぶ範囲が「軒先まで」に限られていることも、改めて強調された。

ホーフマルク裁判権がもはや「柵の内」に限られず「土地の続く限り」及ぶものであり、更に、ホーフマルクから三マイル以内の「専属的」地所の上にまで拡大されたことにより、ホーフマルクを所有する「貴人特権」保有者には、以上の範囲内にある土地を買い入れて自己に「専属的」なものとすることを通じて自らの支配権を空間的に拡大する可能性が開かれていたことが指摘されねばならない。⁽²¹⁾ 一六四六年四月三日勅法は、新たに取得された「専属」地所に

対する「貴人特權」に基づく下級裁判(支配)權の行使の前提要件として、宮廷財務局(Hofkammer)の命令に基づきラント裁判所官吏を通じて譲渡(Extradition)が行なわれ、新占有者より債務証書(Revers)の提出がなされるべきこととした。宮廷財務局はこの譲渡命令を出すに当たって、財務局(Rentamt)⁽²²⁾ならびにラント裁判所に諮問することによって、当該地所の上に下級支配權によって実現されるべきラント君主の留保權(jura reservata)(諸々の徴税・受貢權)が存在するかを調査する。そのような留保權があれば、それが「債務証書」に作成されたのである。⁽²³⁾こうして下級支配權の所在とその權利・義務の内容を明確にしておく努力がなされたわけであるが、それは決して等族の支配權の拡大の可能性を遮断するものではなかった。それどころかマックス・エマヌエル(Max II. Emanuel)(一六六二年—一七二六年。一六七九年以降選定侯)は、対トルコ戦役(一六八三年—一六八八年)の戦費調達のため、ラント裁判所管轄下の相当範囲の地所に対する下級裁判(支配)權を、買い戻し特約付きで修道院に譲り渡しているのである。クライトマイアの主要な活動期である一八世紀後半には、その買い戻しはなお事実上不可能であった。⁽²⁴⁾一七四五年の選定侯の財政の破綻的状况は、クライトマイアを中心として進められたマックス・ヨーゼフの内政努力によって相当改善されてきてはいたが、その統治權がプファルツ選定侯カール・テオドアに受け継がれた一七七七年には、まだ千五百万グルデンの負債を残していたのである。⁽²⁵⁾彼らの統治の努力は、ラントの上級裁判(支配)權者として、下級裁判(支配)權者の支配を「債務証書」に則り適正かつ能率的に遂行せしめることを通じて行なわれるよりほかはなかった。クライトマイアの法典編纂事業の現実政治上の意義も、以上のような憲法(国制)史的脈絡で理解される必要がある。

これまで見てきたように、裁判(支配)權の体系としてのラントへの太公領の「ラント法」的組織化の営為は、中世後期には、上バイエルンにおける太公のラント平和立法の所産である「裁判(所)令」的性格の『ラント法(書)』の授与、下バイエルンにおける「協約」^(アイスナフ)的性格の特權付与状という二本立て方式で進められてきた。一五〇五年に上・

説
下バイエルンが統一されると、⁽²⁶⁾ ラントのこの等族制的憲法構造は、一五〇八年の『ラントの特權の宣言』と呼ばれる第五六次特權付与状として客觀的表現を見出すことになった。この「憲法」上の等族の裁判權は、一五五七年の第六〇次特權付与状で一段と拡大される。「協約」^{アイクン}に裏打ちされた裁判權という等族の「憲法」上の權利は、一六世紀の「ラント条令」・「ポリツァイ条令」によって、「行政（ポリツァイ）權」をも包摂することになった。上・下バイエルンは、「ラント法」上はここで初めて、「支配權（Herrschaft）」の体系としての等族制的ラントとなったのである。ラントの「等族制的憲法」^{シムランデ}（Landständische Verfassung）が成立した近世、ほかならぬこの「憲法」ならびに

「ラント条令」・「ポリツァイ条令」（「行政法」という客觀的「公法」の存在が前提になって、『ラント法（書）』の「市民法」的部分とりわけ（土地）所有權（Eigentum）が、等族がその支配權（とりわけ裁判權）を維持し拡大しようとする際の法的根拠を提供するものとして重要な意味を持つてくる。しかし、それは『ラント法（書）』自体の本来の意味ではない。『ラント法（書）』自身が認める「ラント法」上の貴族裁判權は、「村裁判權」という非常に限定されたものでしかなかった。特權付与状（「憲法」という「協約」^{アイクン}とポリツァイ条令（「行政法」という「法令令」とから構成される「公法」）の出現が、『ラント法（書）』の意味を変えてしまったのである。その結果、『ラント法（書）』の構造はどのように変化していったか。次節ではこの点を考察するが、その前に次項において、過渡的形態とも言える『バイエルン改革ラント法（書）』の構成を眺めておきたい。

(1) 前章註(72)参照。

(2) Schlosser, a. a. O., SS. 53 u. 74; Pankraz Fried, Verfassungsgeschichte und Landesgeschichtsforschung in Bayern, in: Karl Bosl (Hrsg.), Zur Geschichte der Bayern (Wege der Forschung LX), Darmstadt 1965, S. 555.

(3) Schlosser, a. a. O., SS. 57ff. u. 74ff.

- (4) A. a. O., SS. 53 u. 70; Fried, a. a. O., SS. 552 u. 555; ders., „Modernstaatliche“ Entwicklungstendenzen im bayerischen Ständestaat des Spätmittelalters, in : Heinz Rausch (Hrsg.), Die geschichtlichen Grundlagen der modernen Volksvertretung (Wege der Forschung CCCCLXIX), Darmstadt 1974, S. 343f..
- (5) Schlosser, a. a. O., SS. 18f., 23f. u. 68ff..
- (6) 小野前掲『中世雑誌』一五頁以下。流血裁判権と Land と Herrschaft とを区別する決定的要素であったらとては、石川武「Grundherrschaft, Bannherrschaft, Gerichtsherrschaft——封建社会における「荘園制」の位置をめぐって——」『北大史学』三(一九五五年)六〇頁以下、六二頁以下参照。
- (7) Schlosser, a. a. O., S. 73.
- (8) A. a. O., S. 53.
- (9) A. a. O., S. 55.
- (10) A. a. O., S. 56f..
- (11) 本章小序註(2)参照。
- (12) Hiereth, a. a. O., S. 9f.. 強制執行の権能は持たない。
- (13) 「ポリツェイ (Polizei, Pollicey [-ei], Policey [-ei], Pollucey [-ei], Polizey [-ei]) のやがやがた語義とその歴史について」, vgl. Franz-Ludwig Kne Meyer, Polizeibegriffe in Gesetzen des 15. bis 18. Jahrhunderts. Kritische Bemerkungen zur Literatur über die Entwicklung des Polizeibegriffs, in : AöR 92 (1967), S. 155ff.; Hans Maier, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre 2. Aufl., München 1980, S. 92ff..
- (14) 第一章註(14)参照。
- (15) Kreittmayr, Staatsrecht, §. 189, S. 440; Eugen Haberkern u. Joseph Friedrich Wollach, Hilfsörterbuch für Historiker (UTB) 1, S. 164.
- (16) Hiereth, a. a. O., S. 15f..
- (17) Kreittmayr, Staatsrecht, §. 181, S. 411.
- (18) Friedrich Merzbacher, Gesetzgebung und Rechtskodifikation unter Kurfürst Maximilian I., in : Hubert Glasser (Hrsg.),

Wittelsbach und Bayern II / 1 Um Glauben und Reich. Kurfürst Maximilian I. Beiträge zur Bayerischen Geschichte und Kunst 1573-1657, München u. Zürich 1980, S. 231.

(19) A. a. O., S. 235 Anm. 109.

(20) A. a. O., S. 231.

(21) Hiereth, a. a. O., S. 16.

(22) 地方政庁管区^{ロートフグビツト}内における統治府^{ヘリツフグ}と財務局^{ヘリツフグ}との関係は、ミュンヒェン^{ヘン}地方政庁管区^{ロートフグビツト}における宮廷法院^{ヘリツフグ}と宮廷財務局^{ヘリツフグ}との関係に对应するものである。統治府^{ヘリツフグ}に対して宮廷法院^{ヘリツフグ}が中級官庁^{ミッテラヒン}に対する上級官庁^{オベラヒン}の地位を占めていたように、宮廷財務局^{ヘリツフグ}は財務局^{ヘリツフグ}の上級官庁でもある。各地方政庁管区^{ロートフグビツト}の財務局^{ヘリツフグ}の長たる財務長官^{ヘリツフグ}が、代理^{ヴァイ}職として統治府^{ヘリツフグ}を主宰する。ミュンヒェン^{ヘン}地方政庁管区^{ロートフグビツト}の代理職^{ヴァイ}に相当するのは古くは宮廷法院^{ヘリツフグ}を主宰する宮内長官^{ヘリツフグ}ならびに宮廷法院^{ヘリツフグ}宰相^{ヘリツフグ}、宮廷法院^{ヘリツフグ}からの行政諸官庁^{ヘリツフグ}の分離・独立後は秘密^{シークレツ}参議會^{シークレツ}ならびにその部会としての秘密會議^{シークレツ}(Geheime Konferenz)もしくはその宰相^{カンツラ}である。第一章註(5)所掲文献を参照のこと。

(23) Kreitmayer, Staatsrecht, §. 189, S. 445.

(24) Hiereth, a. a. O.

(25) Rall, Zeitafeln, S. 40.

(26) その歴史的経過については、本稿第一章中の叙述のほか、小野前掲『西洋史研究』所載論文を参照。

第三項 『バイエルン改革ラント法(書)』におけるラント法の組織化

ルードヴィッヒの『上バイエルン・ラント法(書)』の公布勅令は、裁判官が法書を個々の事件に「逐語的に(von wort ze wort, von stuk ze stuk)」適用することを命じていた。第三条は、「いかなる裁判官といえども、法廷に臨んではこの法書にしたがって裁判をなすのであるから、宣誓した裁判所書記が一名、この法書を持って出席してはいないかぎり、裁判してはならない(Ez sol auch ein igleich richter, swenn er ze gericht sitzt, der nach dem püch nicht,

nicht richten, er hab denn einen gesworn schreiber bei dem puch)」と述べ、第六条もまた、「裁判官は今後贖罪金について（審判人 Urteiler に）質問してはならない。贖罪金に価するときの贖罪金は全て法書中に書かれているので、法書はあらゆる贖罪金を持っているからである（daz chain richter umb chain püzz mer frage, dann die daz puch hat, wan alle püzz in dem puch geschriben stent, waz püzwirlich sol sein）」と定めていた。⁽²⁾そしてこの第六条の末文は、「法書にない未知の法が法廷に持ち出されたときは、君主に移送すべし（ab ein frömdes recht an die schranken chome, dez daz puch nicht enthielt, daz sol man an den herren pringen）」としていた。⁽³⁾この法文が全ての裁判について法書によることを命ずる趣旨であったか否かは別として、実際には「五人による判決（Fünfer-Urteil）」や宮廷裁判所の判決や法学部の判決による法定立が、民事については行なわれていた。⁽⁴⁾幾つかのラント裁判所のラント法書写本に見られる合計一〇個の追加条文のうちのあるものは、「五人による判決」の再導入を規定してさえいた（一三五四年）。⁽⁵⁾このように、『上バイエルン・ラント法（書）』の不完全さは早くから意識されていたが、その改訂が具体的な議論に上ったのは、一四八七年、エアディンク（Erding）で行なわれたミュンヘンとランズフートの太公の参議官たち（Räte）の会議においてであった。この時に作られた草案は、旧ラント法の語句の改訂と体系的編成および二、三の訴訟法的内容の条項の追加に限られていたと言う。⁽⁶⁾

本格的な改訂作業は一五一六年、等族の代表一〇名と宰相^{シュツァー}レッシェ（Lösch）ならびに秘書官ケルナー（Köllner）によって始められ、⁽⁷⁾一五一八年、『バイエルン改革ラント法（書）（Reformation der Bayrischen Landrecht）』として印刷・出版された。同『改革ラント法（書）』は、上バイエルンに対しては法律としての効力を有し、下バイエルンでも裁判の際に参考とされた。⁽⁸⁾その著しい特徴は、訴訟法を初めて詳細に規定したことであると言われ、⁽⁹⁾最初の一四章がこれに当たる。⁽¹⁰⁾全体は五三章で、第一章から第二二章までの八章が「刑事法」に宛てられる。「刑法」と「刑事訴訟法」

との体系的分化は、それほど明瞭ではない。第一章の「平和の命令と平和破壊 (Friedpot und Friedbruch) について」は、平和を命ずる裁判官の行為が中心になっている。刑事訊問 (糺問・拷問 *peinliche frag*) に関する第十九章も、その第七条は窃盗に対する刑罰、第八条は公道強盗の処罰、第九条は重婚の処罰の規定となっている。このような「刑事訴訟法」は、第八章の「婦罪 (Inzucht) について」などと合わせても、先行する一般訴訟法規を前提にして、これに対する特則を定めた断片的なものにすぎないという印象を与える。⁽¹¹⁾ 実は、第十四章までと第一章以下はおそらくなお依然として基本的には「訴訟法」として一貫して理解されるべきものであって、「実体刑法」と見える規定も、一般訴訟手続から刑事手続 (*peinliche frag, strenges Recht, Mafizrecht*)⁽¹²⁾ に移行する要件を定めた「刑事訴訟法」もしくは更に一般的な「訴訟法」の規定なのであろう。その意味では、「裁判 (所) の書」としての『上バイエルン・ラント法』の一体性が維持されていると言える。反面、一般手続と区別される刑事手続が形成されてきていることは、やはり見逃すことのできない発展である。蓋し、ルードヴィッヒ四世のラント平和立法としての『上バイエルン・ラント法 (書)』中の実体刑法的规定が独立した刑事手続と結びつけられることによって、『改革ラント法 (書)』においては、なお萌芽的ではあるにしても歴とした「刑事法」が成立しているからである。この「刑事法」に続いて、以下、売買に関する第二章より財産法規定 (第二十六章にレーン法を含む) が配置され、第三章 (土地領主の権利・義務)・第四章 (手工業者の法)・第四章 (徒弟の法) と章が進むとともに「身分法」⁽¹³⁾ 的色彩を増しながら、第四章に始まる家族・相続法に接続する。「人の法」・家族法と相続法とは体系的に区別されず、両者は渾然一体となっている。この部分は非「刑事法」であるから一般訴訟手続にしたがうが、既にそれ自体で独立のまとまりをなしている「訴訟法」とこの「市民法」とは、中間に置かれた「刑事法」によって、体系的に切り離される結果となっている。

以上、見たとおり、本『改革ラント法 (書)』は、『ラント法 (書)』の一体性はおも維持しつつも、その内部では、

「訴訟法」・「刑事法」・「市民法（民事法）」の組織化と相互の分化・独立の傾向を示してきている。「訴訟法」から始まる構成は、『上バイエルン・ラント法（書）』の「裁判（所）の書」ないし「裁判（所）令」としての伝統的性格が継承されていることを意味するものである。「刑事法」もまた、この「訴訟法」とともに手続法を構成するものと理解されるべきである。「刑事法」は、訴訟による紛争解決の範囲を拡げかつその機能を担保するという、平和^{フレイデ}と立法^{フレイデ}的性格をまだ完全には喪っていないように思われる。それは「平和」に関する第一章のほか、罵言（Scheltwort）・無頼行為（Unzucht）・抜剣（剣をふりまわすこと）（Schwertzucken）などのフエーデの原因・手段となる行為の処罰を規定しこれを犯罪化した第一十六章が、法廷における犯行に対する特別規定（第四条・第六条）を含んでいるところからもうかがわれる。これはただ、ルードヴィッヒの『ラント法（書）』が裁判所構成法（第一章）と早くから犯罪化されていたといわれる窃盗⁽¹⁴⁾（第二章）に続いて平和破壊に関する第三章を置いていたの⁽¹⁵⁾に比較すれば、補助的位置に後退していると言えよう。裁判はそれだけ自立的存在となってきた。その背景にあるのは、一五〇八年の『ラントの特^{フレイデ}権^{フレイデ}の宣言^{フレイデ}』が、ラントの裁判権の組織化に一応の完成をもたらしていたという事情である。裁判（支配）権（公権）の体系としての「公法」の成立とともに、平和運動^{フレイデ}の歴史的使命は終了した。平和立法^{フレイデ}に由来する規定は「刑事手続」と結びつき、「平和」の理念から相対的に独立した「刑事法」という独自の新しい法領域を形成しはじめる。重婚の処罰などは、その顕著な徴憑の一つと言える。そのことはまた、『ラント法（書）』の中で、「市民法（民事法）」と「刑事法」とが区別されることでもあった。更に、「市民法（民事法）」も「訴訟法」から相対的に独立し、「裁判（所）の書」としての『ラント法（書）』の枠内にありながら、端的にはあるが既に、私権とその行使の規範の体系としての実体私法という一面を持ち始めてきているのである。

「裁判（所）の書」としての『上バイエルン・ラント法（書）』の一体性を支えていた「平和」^{フレイデ}の理念は、過去のもの

となりつつあった。ラント法の「訴訟法」・「刑事法」・「市民法（民事法）」への分化的発展は、その一つの現われである。しかし、『バイエルン改革ラント法（書）』においては、これらの法領域はなお一つの「裁判（所）の書」に合体されていた。これを支える理念はもはや「平和」ではありえない。今や「ポリツァイ（国の良き秩序）」の理念が「平和」に取って替ったのである。これは、『改革ラント法（書）』第五章（Der Letzt Tirtl）の唯一条（ain ainiger Artikel）で示される。曰く、「修正された条項は全て、本ラント法書（Landpuech）の採択・公布後に着手された将来の行為のみを法として拘束するものであることが知らなければならない。また全条項について、朕らと朕らの相続人にして子孫たる君侯（regierende Fürsten）が、朕らのラント等族会と参議官たちの勸告（助言）により、行為と事件の態様と要求がもつともで（gepürt）正當（pflicht）かつ正しい（recht）ものである限り、随時これに応じて更に説明（Erklärung）と精査（Leutering）を加えるであろうことを留保する。本法書（Buech）の章と法律と条項も、本當にさし迫った理由によるものであれば（so des beweglich nottürlich Ursach fúrfallen würden）修正され、朕らの太公領の公共の利益（das unsers Herzogtoms und gemains Nütz）がその正當な必要性（píliche Noturt）を要請するならば、新しい別の法律が制定されるであろう……」。⁽¹⁷⁾「太公領の公共の利益」を根拠として、ラント等族会ならびに参議官の勸告（助言）を受けつつ太公が立法した「ポリツァイ法律」は、『ラント法（書）』を修正して新たに「ラント法」を構成する要素となる。『改革ラント法（書）』自体が、同じようにして制定された「ポリツァイ法律（Gesetz）」であった。この「ポリツァイ法律」としての『改革ラント法（書）』の立法作業にはラント等族も参画していたが、それはこの法書が太公とラント等族との「協約」なり「支配—被支配契約」であることを意味するものではない。蓋し、ラント等族は支配権者として立法に参画しているのであり、彼らは共同立法者なのである。⁽¹⁸⁾太公とラント裁判官のみならず、下級裁判（支配）権を認証されラントの共同統治者としてその等族制憲法（行政法（公法）秩序の中に位置付けられていたラ

ント等族^{シュタムム}に対しても、「ポリツァイ法律」としての『ラント法(書)』は支配の法的手段を提供するものであった。

- (1) Schlosser, a. a. O., S. 405.
- (2) Jaroschka, a. a. O., S. 381.
- (3) Schlosser, a. a. O., S. 409.
- (4) A. a. O., S. 408 ff..
- (5) Jaroschka, a. a. O., S. 383.
- (6) Kunkel, a. a. O., S. XIV.
- (7) A. a. O., S. XV.
- (8) A. a. O., S. XVII.
- (9) A. a. O., S. XIX.
- (10) Helmut Günter, Das bayerische Landrecht von 1616, München 1969, S. 158. Vgl. Kunkel, a. a. O., SS. 1—12.
- (11) Kunkel, a. a. O., SS. 12—16; Günter, a. a. O..
- (12) 「法(Recht)」を「(裁判)手続」と理解する伝統的用語法については、本章小序の記述ならびにそれに対する註(12)ないし(16)を参照のこと。
- (13) Kunkel, a. a. O., S. 17 ff.; Günter, a. a. O..
- (14) Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte 2, S. 213.
- (15) 本節第一項註(16)参照。
- (16) シュンヒューン・ヴァイマルスバッハ家のヴァイルヘルム四世(Wilhelm IV.) (一四九三—一五〇八年—一五五〇年)と同ルーデヴィッヒ一〇世(Ludwig X.) (一四九五—一五一六年—一五四五年)のこと。
- (17) Kunkel, a. a. O., S. 66. Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte 2, S. 281 は、「ポリツァイ」という言葉は、中世末期に『公衆の利益と必要(gemeinen nutz und notdurft)』と呼ばれたものを指す」としている。

(18) 石川前掲『歴史学研究』所載論文(二四頁以下、とりわけ二六頁註(18)の指摘を参照のこと。

第二節 近世におけるラント法の再編成

第一項 一六世紀における法発展

前節第三項において見たように、一五一八年の『バイエルン改革ラント法(書)』は「ポリツァイ法律」として自己を理解していた。「ラント法」は「訴訟法」・「刑事法」・「市民法(民事法)」という相互に独立した法領域に分化してきていたけれども、そのことは、この三つの法がいずれも「ポリツァイ法律」である限り、それらが一体的『ラント法(書)』を構成することを妨げるものではなかった。一方、それは、これらの法領域を「ポリツァイ(公共の利益、国の良き秩序)」の理念を基礎として、「ラント法」たる資格を喪失せしめることなくこれらの法領域を部分法律化する可能性を示唆するものでもあった。この方向での法発展の最初の例は、『一五二〇年の上・下バイエルン侯領裁判(所)令(Gerichtsordnung In fürstenthumb Obern und Nidern Bayrn Anno 1520 aufgericht)』である。⁽¹⁾ いわば従来の『ラント法(書)』の「訴訟法」部分を個別立法化したものである。「法(Recht)」ではなく「令(Ordnung)」と銘打たれてはいるが、それは「訴訟法」の法的性格の変更を意味するものでは必ずしもない。太公の単独立法であった『上バイエルン・ラント法(書)』はもとより、太公と等族^{シュテツゲン}の共同立法的色彩の強い『改革ラント法(書)』もなお依然として基本的には「裁判^レ(所)の書」であって、「ラント法(書)」とはそもそも「令」的性格のものと考えられるからである。だから、本令の序文で述べられているように、同令が『改革ラント法(書)』の訴訟法部分を廃止せず、両者が抵触する場

合には上バイエルンにおいては後者が優先したとしても、⁽²⁾それは「ラント法」と「ポリツァイの一部を構成する」裁判令」との効力関係を定めたものではなく、共に「ポリツァイ（公共の利益）」に基礎を置くラントの二つの訴訟法源相互の關係についての規定と解されるのである。下バイエルンにおいては、本令は、一四七四年にルードヴィヒ・富裕公（Ludwig IX. der Reiche）がまとめ、ゲオルク・富裕公の下で一四九一年に補訂され一五〇一年に改訂されたラント条令と並んで、法律としての効力を有していたのである。⁽³⁾

一六世紀中に成立したラントの重要な法源としては、一五五三年の『ラント条令（Bairische Landesordnung）』一五五七年と一五七八年の『補訂条令（Declaration und erleuterung etlicher in jüngst Bairischer auffgerichter Policeiordnung begriffener Articul im 1557 Jar ausgegangen; Der Fürstlichen Bayrischen Landtsordnung weitere erclerung sambt etlichen von newem daran gehengten und zu anstellung guter löblicher Policey dienstlichen Satzungen auffgericht im Jar MDLXXVIII）』そつ一五五三年の『ラントの特權の宣言（Erklärung der Landtsfreiheit im Obern und Nidern Bairn widerumb verneut im 1553 Jar）』が挙げられる。『ラント条令』の内容は、一五四八年のアウクスブルクの帝国ラント平和令^{（フッリヒンデ）}、民事・刑事訴訟法、教会法、ポリツァイ法、營業法、私法、刑法、略式手続（summarischer Prozeß）などを含む広汎なものであり、第二補訂条令は、競売手続（Ganprozeß）のバイエルン最初の規定を含んでいる。太公ウィルヘルム五世（Wilhelm V.）は、一五九三年のラント集会^{（ゲルンデ）}において、以上のポリツァイ条令の改訂を發議した。等族^{（シュテンデ）}（Stendle）は、次のような理由を述べて、これに反対の意思を表明した。即ち、「改訂を考えるより、本腰を入れての強力な執行と実施が（mehr einer Sterckern und Ernstlichem Handthab und volziehung als der verbesserung）」必要だと言うのである。⁽⁴⁾ポリツァイ条令は「ラント法」ではないという理由でこれに反撥するどころか、むしろその執行を促している。等族^{（シュテンデ）}がラントの共同統治者であることを想起

すれば、これはむしろ当然な反応だと言える。興味深いのはそれよりも、ポリツァイ条令の改訂・立法について太公が等族に諮っていることであろう。ポリツァイ条令についても、等族は共同立法者であったのである。エーベルの用語にしたがうならば、太公と等族との「協約」的要素はポリツァイ条令についても認められるのである。『ラント法(書)』が「ポリツァイ法律」と解釈されてしまえば、この「ポリツァイ法律(Gesetz)」と「ポリツァイ条令(Ordnung)」とを立法手続の上から区別することは不可能である。内容的にも両者は、相重なり相補うものを持っている。⁽⁵⁾「ポリツァイ」の理念を共通の基盤として、「法(Recht)」と「法律(Gesetz)」と「令(Ordnung)」とは等号で結ばれているのである。ラント平和運動の所産としての「ラント法」は、一六世紀の初めまでには、「訴訟法」・「刑事法」・「市民法(民事法)」に組織されてきていた。それが今や「ポリツァイ条令」によって、豊かな内容を一挙に付与されることになった。「ポリツァイ」の担い手たるラントの等族制憲法行政法(公法)秩序の完成が、以上の全ての発展をもたらしたのである。

- (1) Günter, a. a. O., S. 130; Lieberich, Rechtsgeschichte, S. 199.
- (2) Kunkel, a. a. O., S. XVII Fußn. 14.
- (3) Lieberich, a. a. O., SS. 198 u. 210 Ann. 19.
- (4) Günter, a. a. O., S. 130.
- (5) 辻泰一郎「ポリツァイ条令に関する近時の研究動向」『法学研究(明治学院論叢)』二三(一九七九年)一二八頁以下参照。

第二項 マクシミリアンの法典編纂

「ポリツァイ(国の良き秩序、公共の利益)」の理念を基盤として質的にも量的にも大拡充を見た「ラント法」の統一立法を達成したのは、バイエルン法史上、あとにも先にも、『上・下バイエルン侯領に対するラント法とポリツァイすなわち裁判(所)・刑事・その他の条令(Landrecht/Policey: Gerichts- Malefiz- und andere Ordnungen. Der Fürstenthumben Oberrn und Niderrn Bayern)』のただ一つだけである。この法書は、一千頁にのぼる一冊のフォリオ版として印刷され、一六一六年九月二八日に公刊された。そして、翌一六一七年一月二四日の勅令によって、同年の聖霊降臨祭(五旬節)(Pfingstfesttag 五月一四日と一五日)明けの五月一六日に一括して施行された。標題頁に続いて「序文」と「読者へ」と「目次」があり、第一部分法律「略式手続令(Ordnung des Summarischen Proceß)・第二部分法律「競売手続令(Ordnung des GantProceß)・第三部分法律「裁判(所)令(Gerichtsordnung)・第四部分法律「ラント法(Landrecht)・第五部分法律「ラントの特権の宣言(Erklärung der Landesfreyheit)・第六部分法律「ラント条令とポリツァイ条令(Landts- und PolicyOrdnung)・第七部分法律「森林条令(ForstOrdnung)・第八部分法律「狩猟条令(GejaidtsOrdnung)・第九部分法律「刑事訴訟令(MalefizproceßOrdnung)」という構成を持っている。

一五九三年当時、太公ヴィルヘルム五世は、このように包括的な立法の意図を必ずしも持っていなかった。同年のラント集会の席上、太公の開会の辞に続いて、ラント等族がラントの経済的窮状を訴えた。太公は「産業と国富(gewerb und landtsvermögen)の振興のため、ポリツァイ(Pollicy)とその補訂条令(declaration)を取り上げてみたい。

等族^{シムランデ} (Stendte) は、本ラント集会^{ライント}の会期中にも意見書 (Guetachten und treuen wolmainen) を提出せられよ。そしてポリツァイの改訂と改善を図ることにしたい」と答弁した。等族^{シムランデ}は、新立法よりこれまでの法律の実行こそ重要であるとしたが、数人の代表者 (Deputierte) を選出して立法に協力する旨を述べた。太公の意図は「通商の振興 (Emporbringung der Commetien)」・「都市や市^{マルクト}での營業の育成 (Anstellung mehrer Gewerb und Handthierungen in Stadt und Märckhen)」にあり、そのためのポリツァイ条令改訂であった。ラント等族^{シムランデ}もこの基本的意図に反対であつたわけではなく、立法事業に協働するには金がかかるという点が問題だつたようである。⁽²⁾

マクシミリアン一世の初期の立法活動も、ポリツァイの分野に集中している。一五九八年八月一七日の勅法は野獸の保護に関するものである。翌九九年には乞食と救貧に関する勅法、一六〇〇年には消防条令、一六〇四年九月四日には婦人の衣裳に関する条令、同一二月二日には一連の宗教犯罪に関する刑事勅法が発せられている。⁽³⁾ ポリツァイ条令の体系的改訂作業に当たっていたのは宮廷法院^{ホーフグライト}であつたが、その進捗状況は思わしいものではなかつた。そこで一六〇三年六月八日、枢密参議官^{ズインツラート}で宮廷法院^{ホーフグライト}宰相であつたガイルキルヒヤー (Dr. Johann Gaalkircher) と六人の参議官^{ツラート}が選拔され、ポリツァイ立法 (Polizeywerckh) 専任ということになつた (一六〇三年七月二三日)。ポリツァイ参議會 (Polizeyhat) の成立である。⁽⁴⁾

一六〇五年一〇月七日に招集され、同一一月二日にミュンヒェンで開催されたラント集会^{ライント}では、等族^{シムランデ}の側からポリツァイ条令の改訂が要求された。併せて、略式手続ならびに通常手続および刑事訴訟の改革の必要性も説かれた。これに対して太公は、ポリツァイ条令の改訂作業は、一六〇六年の四旬節第二主日 (二月一九日) までには等族^{シムランデ}との会議を持つことができる程度に進捗を見せている、と答えることができた。略式手続についても作業は始つてゐる、通常手続も遅滞なく改訂する、刑事訴訟も同様とする、と解答された。等族^{シムランデ}は、「幾つかの法律問題 (Etlch Rechtsfragen

und questions) は『改革ラント法(書)』に規定がなく、普通法でも議論が岐れているため、しばしば認識(判決)(*erkenntnisse*) が異なる結果となっている……この点を是正してもらいたい」と、私法の改革の必要性も示唆した。「ポリツァイ」の理念を基礎に著しい拡大を遂げた「ラント法」の全領域にわたる改訂と法典編纂は、太公自身の意思というよりはむしろ等族の要求に基づくものだったのである。

ラント集会は一六〇五年二月二十九日に閉会された。翌六年一月一日勅令で、統治府に対して刑事訴訟に関する報告書、官廷法院に対して、等族から提出された私法に関する六つの質問(*questions*) についての意見書提出が命ぜられた。後者は二月二日に提出された。翌二三日、略式手続および競売手続に関する統治府の報告書が一通、提出された。ラント等族会は、一六名の代表者を選出していた。太公はこれを半分にしようとしたが(二月一日勅令)、失敗した。これ以前、二月四日にポリツァイ参議官が新たに任命されていた。その中心となるのは、依然、ガイルキルヒャーであった。ラント等族会代表者たちとポリツァイ参議官らは、二月二三日に一堂に会して審議に入った。しかし、太公側の準備作業が終わっていないためもあって、一日に審議に付される論点はわずかであった。三月八日にラント等族会代表者たちは官廷法院宰相ガイルキルヒャーを通じて帰宅許可を申請し、翌日承諾された。略式手続令草案は同年の中頃に一応の完成を見せ、八月一日、統治府と官廷法院に呈示された。統治府の意見書はほとんど提出された(ラズフートの一〇月六日など)。官廷法院の意見書は、たびたび催促されたあと、一六〇七年四月三日に提出された。これを踏まえて作成された第二草案については、帝室裁判所(当時はシュバイヤー Speyer に在った)陪席判事でインゴールシュタット大学教授でもあったツィンデガー(Dr. Leonard Zindegger)や、同じくかつて帝室裁判所の陪席判事を勤めたことがあり当時はダッハウ(Dachau)の守護職であったヨッハー(Dr. Wilhelm Joher)という法学者の意見が内々裡に求められた。一六〇八年と九年に、ポリツァイ参議官たちとラント等族会代表者らとの間で書面のやり

とりが八往復された。この間、後者は、ミュンヘン市の書記ロッハー (Dr. Georg Locher) の助言を求めている。そして一六〇九年末、太公はこのロッハーに第三草案の作成を委ねた。競売手続令と裁判(所)令に関するポリツァイ参議会草案は、一六〇七年三月一六日に宮廷法院に示されていた。宮廷法院は四月三日、競売手続法に関する意見書を提出した。ラント等族会代表者らとの審議は八年末から九年にかけて行なわれ、草案の作成はこれもまたロッハーに委ねられた。ロッハーの略式手続令草案ならびに競売手続令草案は一〇年三月一二日までには完成しており、三統治府と宮廷法院に示された。六月三〇日にシュトラウビンク、七月一〇日ランズフート、同一八日にブルクハウゼンの各統治府の意見書が提出された。宮廷法院での審議は遅れ、二草案についての意見書がまとまったのは、一六一一年六月二〇日のことである。一方、一六一〇年一二月一七日、裁判(所)令についての意見書提出が命令され、翌年春には統治府の意見書が出揃って、四月に宮廷法院に示された。後者の意見書の完成は、五月二七日である。これらの意見書を踏まえて、三手続法の最終草案が、公式にはポリツァイ参議官たち、実際にはおそらくロッハーによって作成されて、一六一二年のラント集会の会期中、ラント等族会代表者たちの審議を二度受けている。九月二八日には印刷が開始されたので、ラント等族会代表者たちはそれ以上の異議を唱えることを断念した。一六一四年、印刷は完了した。⁽⁶⁾

『ラント法(書)』の改訂については、ガイルキルヒャーは、『法学提要』方式を踏まえて従来の『ラント法(書)』とポリツァイ条令とを統一することを考えていたと言われる。当時の宮廷法院の構成員で一六一三年からブルクハウゼン統治府宰相となったファッハ (Dr. Cosmas Yagh [Fagh]) は、『ディゲスタ』の編成にしたがった広範なラント法書の構想を持ち、同僚の支持を得ていたようである。しかし、一六〇八年末から翌九年初めにかけてのポリツァイ参議官らの審議の結果まとめられた意見書は、これらの構想とは逆に、『ラント法(書)』を解体・解消する方向を打ち出していたのである。『改革ラント法(書)』の三四九条のうち二二〇条が削除され、或いは普通法に委ねられ、或いは(訴訟

法のみならず、売買に関する規定なども) ポリツァイ条令に編入する方針がとられていた。この意見書の他の提案からも「ポリツァイ」的配慮は読み取れる。たとえば、刑罰と贖罪金の厳格主義の代わりに裁量刑主義が説かれ、裁判官の職権が強調される。また、形式主義的証拠法(宣誓など)から普通法的な実質的証拠法へ移行すべきことが、示唆される。⁽⁸⁾

ラント等族会代表者たちの意見書は、ポリツァイ参議官らの意見書と同じく『改革ラント法(書)』を下敷にしながらも、反対にこれを私法(民事実体法)法典として守り育てていこうという方向を示している。普通法に一致する規定や、ポリツァイ参議官らが「自明」として削除した規定にしても、「一般人や法学を修めていない裁判官に教示を与え」「適切な説明を与える」「有用な条文」だから、残すべきだとする。宣誓についても一括して廃すべきではなく、証明の困難な(difficilis probatio)場合のために残すべしとされる。訴訟法やポリツァイ法規は排除するが、『ラント法(書)』以外の法源(普通法やポリツァイ条令・勅法などであろう)から私法法規が持ち込まれる。既存の条文に補足を加えたり、概念の区別を説明したりする条文が新設される。興味深いのは、『改革ラント法(書)』の冒頭の一四章の中からラント等族の特権に関する条項が抜き出されてまとめられ、第一章が構成されていることである。ここにラント等族の「(良き旧き)私権」の体系としての「ラント法」という観念を読み取ることができる。しかし、それとても伝統的な『ラント法(書)』の解体を必要とした点で、近世的な新しい「ラント法」観念であったのである。更に、刑事法規が排除されず、裁量刑の導入についてはラント等族会代表者たちもポリツァイ参議官らと同意見であったことを見逃すことはできない。彼らの新しい「ラント法」観念は、刑事(糾問)手続と結びついた職権主義的刑事司法という「ポリツァイ(行政)」的刑事法理解を含んでいたのである。この事実もまた、等族の「ラント法」観念の特殊近世的性格を物語っている。⁽⁹⁾

この二つのある意味では正反対とも言える意見書を受けて、おそらく一六一一年にロッハーが作成した草案は、裁判所構成法・訴訟法上の等族の特権に関する章を第一章とし、刑事法規定を第二章から第五章とするほかは、一五一八年法書に準ずる構成を持っていた。⁽¹²⁾ この草案は、同年八月一日に宮廷法院、^{ホーフライト}九月三〇日に統治府に呈示され、意見書提出が命ぜられた。ブルクハウゼンは二月七日、ランズフートは一二二〇日、シュトラウビンクも同年末には意見書を提出した。宮廷法院の意見書作成は一六一三年末までかかり、写本によって相違があるがフォリオ版で一千頁から二千頁の広翰なものとなった。これらを踏まえてポリツァイ参議會で草案が作成され、一六一四年六月からラント等族会代表者たちを加えて最終校訂作業に入った。⁽¹³⁾ その結果、ロッハー草案の第一章は削除され、訴訟法と「ラント法(書)」との分離は完全なものとなった。その際にものを言ったのは、宮廷法院(の意見書)の権威である。刑事法的な草案第二章ないし第五章は、魚の窃盗に関する第二十九章と第四十章(「平和命令(Friedbot)と平和破壊(Friedbruch)」について)⁽¹⁴⁾ ないし第四十八章(傷害について)との二つに分けられた。第二十九章は漁師の権利に関するもので、その前後に各種の営業権についての諸章が配置されているところから考えれば、刑事法というよりはむしろ身分法として理解されていると思われる。本「ラント法(書)」とポリツァイ条令との連続性・共通性は、この点についても指摘できるのである。⁽¹⁵⁾ また、夫婦財産制などに関する三章と隸民(aigne Leute)・後見に関する二章が相続法から分けられて「ラント法(書)」の冒頭に置かれ、⁽¹⁷⁾ ガイルキルヒヤーの法学提要構想に接近することになった。⁽¹⁸⁾ こうして全四十九章四二八条からなる「ラント法(書)」が成立した。ロッハー草案の二六四条のみならず、一五一八年法書の三四九条と比較しても条文の数はかなりの増加を見せている。私法——何を「私法」の範囲に含めるかは問題になろうが——に関する部分は、旧法書の一八九条に対して二九七条になっていると言われる。⁽¹⁹⁾

本「ラント法(書)」第四十九章の第一条は、前節第三項で訳出した『改革ラント法(書)』第五章唯一一条に対応する

のび、第二条 (Der ander Artikel) ではラント等族の特権の保障が謳われる。等族の (良き旧き) 特権的支配權 (sonderbare Rechte und Freyheiten) の法律根拠が、「ラント法 (書)」の中ではなく、その外部とリわけ『ラントの特権の宣言』の中に求められるべきことも確認される。⁽²⁰⁾ 第五部分法律を構成するその特権付与状は、一五五三年のものがそのまま用いられた。⁽²¹⁾

一六〇六年三月に中断されたポリツァイ条令改訂の審議は、一六〇七年、ポリツァイ参議會とは別に通商部会 (Kommernzendeputation)⁽²²⁾ が設立されるに至って、再び進捗を見せ始める。統轄の任に当たったのはやはりガイルキルヒャーであった。ポリツァイ参議會意見書は一六一〇年中にまとめられていたと推定される。ラント等族会代表者たちとの応答が七往復ほどされた後、一六一一年の中頃にロッハーが草案を作成、九月三〇日には全ての統治府の意見書が出揃った。一六一二年のラント集会で草案が呈示されたが、一六一四年春になっても意見の一致を見ず、宮廷法院の意見書が求められる。度重なる勅令による太公の催促にもかかわらず、これが提出されたのは一六一六年の春になってからであった。草案改訂作業がポリツァイ参議官たちによって行なわれ、六月一日にラント等族会代表者らに呈示される。後者の異議は七月六日の勅令をもって却下され、宮廷法院とポリツァイ参議官らとの間で最終的な調整がついたのはようやく七月二十九日のことであった。⁽²³⁾

第七部分法律たる森林条令の立法の際、たたき台とされたのは一五六八年法である。一六一一年四月から一〇月にかけて三統治府の意見書が提出され、ラント等族会代表者との間で審議が始まった。一六一二年のラント集会で、ラント等族会代表者の勧告により、森林条令と狩獵条令に関する特別の委員会が設置されることになった。その狩獵条令の方は、一五五三年のポリツァイ条令中の規定が既に一五九九年八月一日、一五九三年のラント集会における等族の申し立てを受けて改訂されていた。一六〇八年、ポリツァイ参議官草案 (二四条) が作られ、ラント等族会とのやりとりの

後、三四条草案が作成された。以上の二条令はポリツァイ条令と同じく、一六一六年七月六日勅令によって採択された。⁽²⁴⁾

第九部分法律の「刑事訴訟令」についても、一六〇六年一月一八日には統治府の報告書提出が命ぜられていた。これは既に述べた通りである。ラント等族会代表者たちの意見書もまた提出されていた。ポリツァイ参議官たちはこれらを踏まえて、一六〇八年のうちに草案を作成した。素材となったのは、『改革ラント法(書)』第十八章ならびに同第十九章、一五五三年のポリツァイ条令の第四卷第一・一二・一三の諸章、『ラントの特権の宣言』の諸条文、そして『カーロリーナ刑事法典 (Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532)』である。翌一六〇九年一月二日、⁽²⁵⁾ 宮廷法院の意見書を作成するよう、同院参議官ファバー (Dr. Hieronymus Faber) に対して命令が下された。

マクシミリアンの法書は以上のような経過をたどって成立した。その制定過程をこれまで煩雑を恐れずに多少立ち入って観察してきたが、それによって法典各部が全て同一の立法手続を踏んでいることが明らかにされたと思う。このマクシミリアンの法典編纂全体に共通する特徴として、さしあたり次の四点が指摘できよう。まず、枢密参議官・宮廷法院宰相ガイルキルヒャーを中心とするポリツァイ参議会が、法律起草において指導的役割を演じていたことである。次に、ラント等族会代表者 (Landchaftsdeputierte) を介して、ラント等族の協働が見られることである。これはとりわけポリツァイ条令などの立法について強調しておきたい。第三に、統治府・宮廷法院という上級裁判所ないし行政官庁、とりわけ宮廷法院の意見書がしばしば決定的な役割を果たしていることである。これは「ラント法(書)」と「ポリツァイ条令」の場合にとりわけ顕著であった。最後に、最終的決定権は常に太公に留保されていることである。したがって、ラント集会は、なるほど太公とラント等族会との商議の場として重要な意味をなお維持していたけれども、一九世紀以降のラント議會のような立法機関ではなかった。但し、この太公の最終的決定権は「ラント法(書)」の場合

にはその他の条令(かつては『ラント法(書)』を構成していた「裁判(所)令」や「刑事訴訟令」を含む)の場合ほど前面に出ているようにには思われない。更に、『ラントの特^{フライイト}権の宣言』はこの点において明らかに独特の地位を占めている。

一六世紀の立法と同様、マクシミリアンの法典編纂において重要な役割を演じているのが「ポリツァイ」の理念である。この場合、この理念は「行政」ないし「警察」を超える意味を有している。すなわちそれは、ラントの良き秩序というほどの包括的意味合いを持っていたのである。⁽²⁶⁾太公ならびにラント等^{シュテューデ}族の支配権の体系、換言すればラントの等^{シュテ}族制的憲法構造(国制)は、その本質的構成要素であった。その意味では「ポリツァイ」は、むしろ「行政」および「警察」の目的ないし存立根拠と言うべきである。それは同時に内在的制限をも意味する。「ポリツァイ」はまた、第一の意味での「ポリツァイ」に奉仕する法律という意味で用いられることもあった。⁽²⁷⁾一五九三年のラント集会^{タート}において、ヴィルヘルム五世はこの意味で「ポリツァイ」という言い方をしていたのである。但し、この意味での「ポリツァイ」は「ポリツァイ条令」と銘打たれた法律のみならず、全法律を包摂するものであることを指摘しておかねばならぬであろう。実際、ポリツァイ参議會^トの立法活動は、『ラントの特^ト権の宣言』を除く、全法分野(「ラント法(書)」を含む)に及んでいたのである。この意味での「ポリツァイ」は、ラントの法秩序そのものないしラントの全法律にはかならない。第一の意味での「ポリツァイ」は法ないし法律の目的・存立根拠であり、その制約原理でもある。そして『ラントの特^{フライイト}権の宣言』は、この意味での「ポリツァイ」の内容を構成するものであったと解される。

「ポリツァイ」の語が独立の行政・警察機構を意味するようになるのは、一八世紀のプロイセン⁽²⁸⁾ブランデンブルク侯(王)国でのことである。ガイルキルヒヤーの率いるポリツァイ参議會^トは立法委員会であって、行政機関ではなかった。「ラントの良き秩序(ポリツァイ)」に奉仕する「法律(ポリツァイ)」の執行に当たることを「行政」と呼ぶとす

れば、その意味での「行政機構」は宮廷法院・統治府に統轄されるラント裁判所ならびに等族の裁判所から構成されるラント裁判所であった。⁽²⁹⁾そしてこの「裁判行政機構」こそ、「ポリツァイ（ラントの良き秩序）」の本質的部分を構成する『ラントの特権の宣言』に客観化されたラントの等族制憲法構造（国制）にはかならない。

「ポリツァイ」は憲法（国制）に敵対する概念でも（ラント）法（Recht）と対立する概念でもなく、憲法（国制）を内包する合憲的でむしろ法を創出する理念であった。既に一五一八年の『改革ラント法（書）』において「ラント法（書）」は、「公共の利益（gemains Nütz）」という「ポリツァイ」的理念による基礎付けを与えられていた（第五三章唯一條）。これはマクシミリアンの法典編纂にそのまま引き継がれている（第四九章第一條。gemaines Nutz³⁰）。一方、ポリツァイ条令をはじめとする諸条令が「ラント法（書）」と同等の「法（Recht）」であることもしくは少なくとも「法（Recht）」と整合的であることが意図されていることは、当時ラント最高の裁判所であった宮廷法院の意見が立法の最後の段階まで重視されていることから明らかである。更に特徴的な事実、太公とポリツァイ参議会の基本的意図が「ラント法（書）」を「ポリツァイ（＝ポリツァイ諸法律）」に解消する方向にあったことである。『改革ラント法（書）』の訴訟法部分と刑事法部分は「ラント法（書）」と切り離されて、独立の条令を構成することになった（但し、刑事法に関しては訴訟法のみ）。最終的には「ラント法（書）」として残されることになった民事法についても、初期にはポリツァイ条令に編入する考えが示唆されていた。普通法の通用力が前提とされ、これと一致する規定の削除も考えられていた。ラントの法生活は普通法とポリツァイ条令（ラント条例法）とから編み出されるべきものであった。一八世紀末プロイセンにおいては、「ラント法（書）」の中にポリツァイ条令（行政法）を持ち込むことによって「ラント法（民事法）（書）」のポリツァイ化を図ると同時にポリツァイ条令に対して「ラント法（書）」と同等の「法（Recht）（法律）」的性格が付与されねばならなかったが、一七世紀初頭バイエルンにおいてはそんな必要は全くなかった。「ラン

ト法（書）」もポリツァイ諸条令も等しく「ポリツァイ法律」であつて、その全てがラント条例法として普通法に対して優先的効力を有することはいわばあたりまえのことであつたのである。このラント条例法すなわちポリツァイ法律が略式手続令・競売手続令・裁判（所）令・刑事訴訟令の四訴訟手続法令とその他のポリツァイ諸条令ならびに普通法に対する民事法上の特則としての「ラント法（書）」に組織されるのはいわば純粹に立法技術上の問題であつて、各部分法律の「法（Recht）」ないし「法律」であるという基本的性格に影響を及ぼすものではなかつた。

「ラント法（書）」を民事実体法（私法）として再編成しようという等族^{シュテング}の意圖も、反「ポリツァイ」的なものではなかつた。旧来の「ラント法（書）」の構成要素であつた訴訟法を独立のポリツァイ法令とすること、刑事法に裁量刑・職權主義という「ポリツァイ」的觀點を持ち込むことは彼らもまた考へていた。『改革ラント法（書）』にない法規定の「ラント法（書）」への持ち込みも行なわれており、その中には『ラント条令』（一五五三年）などのポリツァイ諸法令に由来するものもあつたであらう。彼らの「ラント法（書）」案はただ、一般人や（普通）法学の修鍊を積んでいない裁判官の存在をも考慮に入れる立法政策を採用しているのである。ラントの法生活を構成するラント条例法ならびに普通法に対する知識をより網羅的に法典化して裁判官に呈示しようとしている点で、等族^{シュテング}の案の方が裁判の立法的性格を減殺しこれを法律適用の場とする意圖をより強く持っているとも言えよう。訴訟法上の等族^{シュテング}特權（等族裁判權・特權的裁判籍などであらう）を集成した一章が設けられることにより「ラント法（書）」が一面で等族^{シュテング}の權利の體系という性格を併せ持つに至つていゝことはなるほど特徴的であるが、それが直ちに「ラント法（書）」の憲法典的性格・反法律^{アンレ}（立法）的^{アンレ}性格・反ポリツァイ的^{アンレ}性格を意味するものでないことは言うまでもない。ラント条例の對抗しうる權利はむしろ、『ラントの特權の宣言』の中すなわち「ラント法（書）」の外にその客觀的・法的表現を見出してゐた。いづれにせよ、ロッハー草案にも受け継がれたこの章は結局のところ、宮廷法院^{ホーフライト}の意見書の權威をもつて削除され

こうしてマクシミリアンの法典編纂においては、旧来の「ラント法（書）」から訴訟法と刑事訴訟法を取り除き普通法とポリツァイ立法に由来する法規を加えて成立した「市民法」とでもいうべき部分（民事実体法を主体とし、若干の実体刑法規定を含む）が「ラント法（書）」と呼ばれることになった。但し、この用語法が「市民法だけがラント法である」という積極的意味を有していたとは考えられない。あくまで、旧来の「ラント法（書）」のうち独立法令化されずに残った部分に「ラント法（書）」という伝統的名称が当てられたにすぎない。「ポリツァイ（条令）」という言葉について事情は似ているのであって、第六部分法律を「ポリツァイ条令」という場合、「ポリツァイ」の語が積極的に法令の内容を表現しているわけではない。一五五三年・一五五七年・一五七八年の「ポリツァイ（ラント）条令」の規律対象のうち単行法令化されなかった部分が単に「ポリツァイ条令」と呼ばれているにすぎないのである。これらの単行法令をも包摂した「ポリツァイ（条令）」という言い方はマクシミリアンの法書全体の標題の中に見られ、「ラント法（書）」と並置されている。

「ラント法（書）」と「ポリツァイ」とのこの対比は、旧来の「ラント法（書）」と「ポリツァイ」との対立・峻別を意味するものではない。ここで「ポリツァイ」であることが明示されている訴訟法と刑事訴訟法は、これまで見てきたように、かつては「ラント法（書）」の主要内容を構成していた。「ラント法（書）」という語がラントの客観的法の総体を意味するものであったとすれば、それが今では「ラント法（書）」とポリツァイ（条令）」と表現されているのである。もとよりその一方で「ラント法（書）」の語が民事実体法を主体とする「市民法」に限定して用いられていることも、『改革ラント法（書）』において既に実体私法（「権利」と訴訟法との分離が相当の程度にまで進んできていたことの一つの帰結として見逃すことはできない。法「権利」の二重概念（Recht）がもはや手続（アクチオ）的ではなく、

今や、具体的に理解されるようになったのである。これは、二世紀に法権利の二重概念が成立して以来初めて、「法
(Recht)」概念の根本的転回というべきである。ラントの等族制的憲法構造の確立と客観化ならびにマクシミリアン
の「絶対主義」⁽³¹⁾的統治・立法政策がこの重大な変化をもたらした。実体的法権利の二重概念をもって捉えることで
きるのなるほど私権とその行使の規定の体系としての実体私法だけである。それゆえに「ラント法 (Recht)」の語の
適用がこれに限られることにもなった。だがそれは民事実体法以外の諸法令の客観的・法的 (objektiv-rechtlich) 性格
を必ずしも否定しない。「ラント法 (書)」の反立法・反ポリツァイ性もまた、その論理必然的帰結とは言えない。そ
れどころかこの新しい「ラント法 (書)」はポリツァイ条令を取り込んでいたし、「公共の利益」を理由とする修正・改
正の可能性を明言していさえる。実体的法権利の二重概念それ自体はいわば両刃の剣であって、立法抑制的にも権
利抑制的にも作用しうる。いずれの方向をとることになるかを決定するのは「政治」すなわち立法権者と「私人」との
現実的力関係である。『ラントの特権の宣言 (Landsfreyheit)』に客観化されている限りで、ラントの等族制的憲法
(国制)⁽³²⁾はこれに対する唯一の法的な枠組を提供していた。

- (1) Günter, a. a. O., SS. 125 u. 146f. Sigmund von Riezler, *Geschichte Baierns* Bd. 6 1508 bis 1651, Nachdruck der Ausgabe Gotha 1903, Aalen 1964, S. 62 以下、^{以下略} 公刊は一九六六年九月二九日。
- (2) Günter, a. a. O., S. 130f.
- (3) Merzbacher, a. a. O., S. 226.
- (4) Günter, a. a. O., S. 131ff.
- (5) A. a. O., S. 133f.
- (6) A. a. O., S. 134ff.
- (7) A. a. O., S. 140f.

- (8) A. a. O., S. 147f..
- (9) A. a. O., S. 148f..
- (10) 村上『近代法の形成』二〇〇頁。
- (11) Günter, a. a. O., SS. 141 u. 149f..
- (12) A. a. O., S. 158.
- (13) A. a. O., SS. 141ff. u. 150ff..
- (14) A. a. O., S. 158.
- (15) A. a. O., S. 73f..
- (16) Vgl. Ebel, a. a. O., S. 60f.. 辻前掲論文一三三頁参照。
- (17) Günter, a. a. O., S. 9ff..
- (18) A. a. O., S. 158.
- (19) A. a. O., S. 265.
- (20) A. a. O., S. 121.
- (21) A. a. O., S. 145. 等族の裁判(支配)権の拡大をもたらした一五五七年の版でなかったことの意味は、将来の検討に委ねよう。
- (22) Kreittmayr, Staatsrecht, §.175, S. 398 は、一六一三年に „Commerciencollegium“ が設立されたと報じている。
- (23) Günter, a. a. O., S. 143f..
- (24) A. a. O., S. 144f..
- (25) A. a. O., S. 144.
- (26) Knemeyer, a. a. O., S. 155ff.; Maier, a. a. O., S. 98ff..
- (27) Knemeyer, a. a. O., S. 158f..
- (28) A. a. O., S. 163ff..
- (29) Hiereth, a. a. O., S. 8ff., insb. 13ff.; Albrecht, in: Handbuch der bayerischen Geschichte II, S. 581ff.. Vgl. Kreittmayr,

a. a. O., § 166, S. 355f. (「ポリツァイと司法とは全く別のものであるが、後者が委ねられている支配官庁^{すけいしやう}によって、前者も一緒に司掌される」)。

(30) 村上淳一『近代法の形成』一四六頁以下、とりわけ一五〇頁以下参照。

(31) Vgl. Bosl, a. a. O., S. 209.

第三項 勅法によるマクシミリアンの立法活動

マクシミリアンの法典編纂はその全体を「ポリツァイ(ラントの良き秩序)」のために立法された「ポリツァイ(ポリツァイ法律)」として理解することができる。国家の全構成員が「ポリツァイ」の担い手である。すなわち「良きポリツァイ」の実現と維持は臣民の義務であり任務であつた。⁽¹⁾ 但し「ポリツァイ」の能動的担い手はラントの等族^{シュエンデ}制の憲法構造(国制)、具体的には太公とその裁判^{ユースティツ}行政機構^{ポリツァイ}ならびに等族である。宮廷法院と統治府^{ホーフライト}ならびにラント等族^{シュエンデ}代表者がマクシミリアンの法典編纂に協働していたのも、この立法の局面における一つの現われと解される。その際に見落としてならないのは、太公と宮廷法院^{ホーフライト}とラント等族^{シュエンデ}がそれぞれ異なった仕方⁽²⁾で「ポリツァイ」を担っていたことである。「ポリツァイ」配慮の最終的決定権を有しているのは太公である。ラント等族^{シュエンデ}はこれに協力する権利と義務を有しているのであつて、「ポリツァイ法律」としてのラント条例法は彼らの協働を得て太公が立法する。太公の立法は「ポリツァイ」の理念に立脚しこれをめざす限り、現実^{ホーフライト}にラントの客観的法(法律)秩序を構成する。これを執行し実現するのが、当時は宮廷法院^{ホーフライト}を頂点とする裁判^{ユースティツ}行政機構である。宮廷法院と統治府^{ホーフライト}はこの資格において立法に協働しているのであつて、とりわけ上級裁判所として法学的専門意見を述べる。したがってラント条例法が客観的法

(法律)であらうとする限り、これらの機関とりわけ宮廷法院の意見は尊重・重視されるのである。これは狹義の「ラント法(書)」のみならず、いわゆる「ポリツァイ(条令)」についても変わらない。

ラント等族の立法への協働も基本的にはラントの裁判行政機関ないしラントの共同支配権者としてのものであると解される。太公の「法命令」としてのラント条例法(ポリツァイ法律)は、太公とその官庁のみならず彼らラント等族に対しても、支配の法的手段を提供するものである。しかしその一方で、民事実体法(市民法)に限られた(決して本来的ではないが)狹義の「ラント法(書)」の編纂に際して等族の意見書に与えられていた比重は、その他のいわゆる「ポリツァイ条令」の場合に比較して、より大きいように思われる。等族の意見・異議は「ポリツァイ条令」の場合には勅令で却下され、手続法令の場合には見切り発車がされているが、「ラント法(書)」の場合はあくまで共同の審議会の場で宮廷法院という当時のラント最高の裁判所の意見書の権威を背景にしつつ意見の調整が行なわれている。これは「ラント法(書)」が一面では、等族を含む私人の権利の体系と理解されるようになっていたためと解される。

一世紀半ほど時代は下ることになるが、クライトマイアは次のように述べている。すなわち、「総じて(En gros)ラント全体との関連ではそれ(ポリツァイ事項)は主として選定侯の宮廷法院と、一定の程度ではあるが四つの統治府の管轄である。先に引用した(一七五〇年の)宮廷法院令の第四条第三節によれば、選定侯の宮廷財務局も重要なポリツァイ事項について競合して管轄権を有していた。この二つの合議体官庁(collegia)の間の衝突を回避するため、一七五九年に宮廷法院参議官と財務局参議官をもって独立のポリツァイ参議會を構成し、全てのポリツァイ事項を管轄させた。これは一七六八年に同年一月一日の勅法によって再び(宮廷法院と)結合され、その際に諮問事項と裁判事項とのあいだの(inter consultativum & judiciaire)区別がなされた。前者は新たに組織し直され宮廷法院官房(Hofrats-

directorium)に下属するポリツァイ 参議会に専属し、後者はこれに対して宮廷法院と統治府ならびにその他の審 級に委ねられる。裁判事項とはこの場合上記の勅法によれば (vi ejusdem decreti)、一般ポリツァイ法律の適用が問題になる場合であり永久権ないし対物権 (jus perpetuum vel reale) が絡むか正当な反対者 (legitimus contradictor) がいるラント内事件 (casus particulars) と解される。このような場合には本勅法は『訴訟法典』第一章第四条の基準にしたがって上訴 (Appellation) を認めており、更にそのようなポリツァイ事件 (Policeyhändeln) において第二審で下される統治府決定 (Regierungserkannniss) により単なる民事事件における (in causis mere civilibus) と同様破 毀院に対する直接の上訴 (immediate ad revisorium) をなすことも許される。明示され公示されたポリツァイ条令 (klar und offenbare Policeyverordnungen) の効力それ自体を争おうというにすぎない者は正当な反対者とは (Pro legitimis contradictoribus) 見做されず、称賛に価する (例の) 勅令の内容によって却下される⁽³⁾。私人はポリツァイ法律の内容を一般的に争うことはできないが、自己の対物権などの正当な権利を主張するならば法律の効力や法律に基づく行政行為の効力を裁判上争うことができたのである (当事者適格)。いわば私人の権利を基礎としてポリツァイ法律の実質的正当性を裁判によって検討するこの作業が、「ラント法 (書)」編纂という立法の段階でも行なわれているのである。その意味で、私人の権利法 (Recht) 秩序は「ポリツァイ (国の良き秩序)」の一部をなしている。ただこれを立法の段階で主張できたのは等族^{シュテンデ}だけであって、私人全般ではなかった。したがって、「ラント法 (書)」の制定に際して等族^{シュテンデ}の協働が大きな比重を獲得することができたのはやはり彼らがラントの共同統治者であったからで、私人の権利法の体系としての「ラント法 (書)」が憲法典的性格を持っていたからではないと言わざるを得ない。等族^{シュテンデ}がラントの共同支配者であることを客観的に認証した法源は、既に繰り返し指摘したように、『ラントの特 権の宣言』という「ラント法 (書)」外のものである。憲法典といえるのは「ラント法 (書)」よりもむしろこちらであろう。そし

て等族シムテンズの持つ権利のうち「貴人特權エヂルマンズ・フライヘイト」という人的權利と下級裁判權という物的權利だけが、この意味での憲法上の基本權であつた。

以上、見てきたとおり、「ポリツァイ法律」としてのマクシミリアンの法典編纂は、『ラントの特權フライヘイトの宣言』を一応別にして、その全体がラント君主たる太公の「法命令」であり、ラントの客觀的法（法律）秩序は究極的には太公の「ポリツァイ（立法）權（*ius politiae*）」によつて支えられるものであつた。太公の裁判行政機構ユステイツ・ポリツァイならびにラント等族シムテンズの協働は太公の「法命令」である「ポリツァイ法律」として制定されるのを助けるものであつて、ラント条例法がラントの客觀的法（法律）となるにあつてはあくまで補助的・副次的意義しか有していない。本質的なのは、「ポリツァイ（国の良き秩序ラント）」に奉仕する太公の「法命令」であることである。したがつて勅法もまたラントの客觀的法（法律）秩序を發展させることになる。ポリツァイ条令・勅法が紀律化の度を強めていくことは一面で、等族シムテンズの法的支配力を強化することを意味するものでもあつた。これらのポリツァイ法律が適用された結果、等族シムテンズの支配權を含む私人ユース・インジウィトルムの權利が現実には「司法事項（*Justisache*）」となり、ポリツァイ法律の個別的・具体的効力を最終的には当時シュバイヤーにあつた帝室裁判所ライヒスカム・リゲリヒトまで裁判上争うことができた。⁽⁴⁾だからと言って、ポリツァイ条令や勅法はそもそもラントの客觀的法（法律）秩序を構成するものではない、と解する必要はないと思われる。むしろ私人ユース・インジウィトルムの權利も「ポリツァイ（国の良き秩序ラント）」の構成要素であつて、そのため私人もその權利の侵害が問題となる限りで君主の「法命令」のポリツァイ法律としての現実的・具体的妥当性を争うことができたのである（当事者適格）。こうして「ポリツァイ」と私人の權利の内容は、立法のみならず裁判によつてもまた具体的に明らかにされてゆくのである。

私人の權利の侵害が主張される限り「ポリツァイ事項」は「司法事項」を構成する。したがつて、太公がラント内の

「司法事項」に対する帝国裁判所の管轄権を排除しえなかった限りで、帝国裁判所もまたラントの「ポリツァイ」の現実的担い手であった。太公が自己のラント内における最上級ポリツァイ権を掌握するためには、ラント内の「司法事項」に対する最上級裁判権を確保する必要があることになる。この過程は一三六二年、ルードヴィヒ四世の息子オットー (Otto V.) とシュテファンが皇帝カール四世 (Karl IV.) から不移管特権 (privilegium de non evocando) を付与されたときに緒についた。⁽⁵⁾ 一三五六年の黄金印文書で選定侯に限って認められていた不上訴特権 (privilegium de non appellando) も、中間判決 (Beurteil, interlocutio) については既に一四七四年以前に認められていた。⁽⁶⁾ フリードリヒ三世 (Friedrich III.) の一四八〇年の特許状もこの範囲で不上訴特権を認めている。マクシミリアン一世の一五一七年の特許状は一〇〇ライン・グルデン以下の訴額について上訴を排除し、カール五世 (Karl V.) とフェルディナンド一世 (Ferdinand I.) は一五二一年と一五五九年にこれをそれぞれ二〇〇ないし五〇〇ライン・グルデンにまで拡張した。⁽⁷⁾ 同じ範囲のバイエルンの不上訴特権はマクシミリアン二世 (Maximilian II.) (一五六五年)・ルードルフ二世 (Rudolf II.) (一五七七年)・一五八〇年・一五九七年)・マティアス (Matthias) (一六一三年) による承認を受けている。⁽⁸⁾ 無制限の不上訴特権 (privilegium de non appellando illimitatum) は、選定侯位獲得 (一六二三年) に先立って、⁽⁹⁾ 一六二〇年五月一日、フェルディナンド二世 (Ferdinand II.) から与えられ、更に一六二八年五月四日には上ブファルツをはじめとするバイエルン選定侯の全支配地域に拡大された。⁽¹⁰⁾ この結果、太公の名においてもしくは太公の宮廷^{ホーフ}で下された全ての中間判決・終局判決・決定 (Erkenntnis)・勅法 (勅令) (Dekrete)・決議 (Abschiede) について、帝国裁判所への上訴が排除されることになった。⁽¹¹⁾ この特権はフェルディナンド三世 (Ferdinand III.) (一六三八年、一六五二年)・レオポルド一世 (Leopold I.) (一六五八年)・ヨーゼフ二世 (Joseph II.) (一七八六年) によっても承認されている。ヨーゼフ二世の特許状は、新たに獲得された二、三の地域にもこれをおし及ぼしている。⁽¹²⁾

もとより、「これらの特権は、帝国等族自身の裁判籍が帝国の裁判所にあるという原則を動かすものではなかった。したがって、領邦がこれらの特権を享受している場合であっても、領邦の臣民が領邦君主（帝国等族）を相手どつて領邦裁判所に提起した訴について領邦の裁判所が裁判を拒否した場合、またはその裁判がいちじるしく遅延したときは、領邦臣民は自己の君主を帝室裁判所または帝国宮廷法院に訴えることができた。領邦の裁判所の下した判決が無効であると主張された場合も同様である」⁽¹³⁾。そのためもあつてか、その後も統治府・宮廷法院からシュバイヤーへの上訴は続いた。これを遮断するため、一六二五年四月一八日勅法によつて破毀院が設置される。統治府・宮廷法院に裁判籍を有するラント等族は、帝国裁判所ではなくこの破毀院に三ヶ月以内に上訴すべき旨が命じられた。⁽¹⁴⁾当初は枢密参議會がその任に当たつたが、一六四五年六月二三日勅法により、破毀院参議會（Revisionrat）は独立の裁判所となつた。管轄は民事事件とポリツァイ事件であり、刑事事件は管轄の外におかれていた。⁽¹⁵⁾刑事裁判権行使による私人の権利侵害を理由とする私人の訴えは民事事件ないしポリツァイ事件であつて刑事手続と結びつくことはあり得ないとすれば、帝国裁判所への上訴を遮断するために特別の対策を講ずる必要はないわけである。破毀院創立の憲法（国制）^{（フュアファスツ）}の史的意味を考へる上で興味を惹かれるのはむしろ次のような事実である。すなわち、破毀院への訴えは当初、移管効（Effectum devolutivum）は持つたけれども停止効（Effectum suspensivum）は有していなかつたのである。つまり破毀の訴え（Revisio Actorum）がなされた（統治府・宮廷法院の場合によつてはラント裁判所ならびに都市などを含む等族の裁判所の）判決も執行が許されており、一六二七年一月二四日勅法で敗訴（すなわち原判決破毀）に備えて十分な担保を置かせる（praesuta succumbentiae）ことができたにすぎない。一六五七年一月二七日勅法で通常手続の場合、（in Causis Ordinariis）⁽¹⁷⁾一七五〇年五月五日勅法で略式手続の場合（in Causis Summariis）についてこの点の修正がなされ担保も廃止された。破毀院への訴えが停止効を持つに至つたのはようやくこの時（すなわち一六五七年もしくは

は一七五〇年である。それまでは太公ないし選定侯とその枢密参議会ないし破毀院は、都市ならびにホーフマルクにおける等族裁判権のみならず宮廷法院や統治府さらにはラント裁判所の裁判権の自立性を完全には否定しきれないでいる。これはおそらく宮廷法院や統治府の強い等族制的性格とラント裁判所の自生的性格を示唆するものであって、これらの裁判所を近代的な意味で太公ないしラントの官庁と理解することは許されない。したがって、帝国裁判所への上訴とその遮断という歴史的事象も太公の「ポリツァイ」的統治とラント等族の(良き旧き)既得権との對抗という視角からだけではなく、むしろラント等族相互間の同一身分(もしくはラント)帰属意識(アイデンティティ)の欠如ないし稀薄さと太公ならびに太公の(最高)裁判所によるその創出という脈絡で理解される必要がある。等族は同身分者の裁判ではなく上級支配者の裁判を望んでいたのである。それは必ずしも帝国裁判所である必要はなく、太公の裁判所が真実太公の裁判所であるならばそれでもよかった。だからこそクライトマイアは、「破毀院がこのようにして帝国の最高裁判所(die höchste Reichs-Dicasterien)に取って替わり本選定侯領の最終・最高の司法裁判所(Justiz-Dicasterium)となったので、当然のことながらこれを越えてさらに上訴(Appellation)し超破毀(Super-Re-vision)を求める可能性はない。これは法典のみならず、一般的慣行の示すところでもある」と述べることできたのである。⁽¹⁸⁾

一四九五年のいわゆる「永久ラント平和令」を一つの境として、その前後から皇帝はラントを帝国に対して相対的に完結した「平和」領域として認証していく。⁽¹⁹⁾ ラント君主の立法権が帝国裁判所令で承認されるのもこの脈絡においてである。⁽²⁰⁾ これと時期をちょうど同じくして一六世紀前半にはラントの等族制的憲法構造(国制)が確立し、これを取り込む形でラントの裁判行政機構が組織・整備される。⁽²¹⁾ そして一七世紀中葉、今や帝国裁判所のラント内司法事項に対する全ての管轄権が排除されもしくは現実的意味を喪失した。帝国に対して相対的に完結した(すなわち、帝国

説 普通法の補充的効力は別にして)法¹權利共同体としてのラントは、バイエルンにおいてはようやくこの時に成立するのである。この過程の最後の段階で、選定侯の勅法は決定的な役割を演じていた。こうして成立したラントに対して發布されはかならぬこのラントの等²族制的憲法³(國制)に行政構造⁴によって執行・實現されるべき勅法が、やがて刑事実

体法や身分法を整備・發展・拡充していく。前者に属するものとしては、姦淫聖職者・姦通婦女の処罰に関する一六〇七年一月一日の勅法⁵、乞食の刑事処罰等に関する一六一〇年二月一日の勅法⁶、魔女禁庄についての一六一一年二月一二日のラント命令(Landgebot)⁷、姦通処罰に関する一六一五年八月二四日の勅法⁸、姦通に対して懲役(opus publicum)を科する一六五〇年七月一日の勅法などがある。一六一六年法書は第九部分法律である刑事訴訟法のほかには「ラント法(書)」中に若干の刑罰規定を有していたにすぎないので、これらの勅法群は『カローリーナ刑事法典』と⁹ならんで刑事裁判権行使の法的根拠を提供する重要な法源を構成していたのである。本項の最後に、身分法に属する勅法の中から一つ、社会風俗史的にも興味深い例を紹介しよう。それは一六三一年三月二六日に¹⁰出された、農民・一般都市民(都市貴族、Patizierを除く)・手工業者が自分の風呂を持つことを禁ずる勅法である。公衆浴場がラント君主の許可を経て設立されることになった。村には一軒だけが許可された。薪の消費を節約するという「ポリツァイ」¹¹的配慮によるものであるが、この勅法は等族・貴族・都市貴族の身分的特権を一つ(すなわち自家風呂を保有する特権)生み出すとともに、彼らのポリツァイ支配権・従属民に対する紀律能力を増進するという効果も併せ持っているのである。

(1) Knemeyer, a. a. O., S. 160ff.

(2) A. a. O., S. 158ff.; Maier, a. a. O., S. 93ff.

(3) Kreithmayr, Staatsrecht, §. 166, S. 356f..

- (4) 村上淳「『良き旧法』と帝國國制」、『法学協会雑誌』九〇—一(一九七三年)四九頁以下、同『近代法の形成』七〇頁以下。
- (5) Schlosser, a. a. O., S. 27f.
- (6) A. a. O., S. 29.
- (7) Ulrich Eisenhardt, Die Kaiserlichen privilegia de non appellando (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im alten Reich Bd. 7), Köln u. Wien 1980, S. 71. Vgl. Schlosser, a. a. O., S. 29f.; Riezler, a. a. O., Bd. 3, S. 695f.
- (8) Eisenhardt, a. a. O., S. 71f..
- (9) Vgl. Schlosser, a. a. O., S. 30 (「選定侯位とゆふ」)と「ゆふ」が「ゆふ」である。
- (10) Eisenhardt, a. a. O., S. 72.
- (11) Merzbacher, a. a. O., S. 230.
- (12) Eisenhardt, a. a. O., S. 72f..
- (13) 村上『近代法の形成』二五頁。同前掲論文五九頁参照。
- (14) Merzbacher, a. a. O. Kreittmayr, Anmerkungen ad CJBf. XV. §. 12 Ziff. a, S. 211f.によれば、本勅法の公布日は同年同月の一日である。
- (15) Merzbacher, a. a. O..
- (16) Vgl. Merzbacher, a. a. O., S. 232 (「彼(大公マクシミリアン一世)は、自己に帰属する君主のポリッタイ権(ius politiae)を根拠に、刑事訴訟令(Malefizordnung)を一六二六年の大ラント法典編纂の一部として創出した」)。
- (17) Kreittmayr, a. a. O., S. 212. なおクライットマイアの記述によれば、略式手続の上訴については既に一六四四年に独立の合議体官庁(Corpus Collegia)が形成されていたようである。
- (18) Kreittmayr, a. a. O..
- (19) 結論においてもう少し詳しく説明する。
- (20) 第三章第一節参照。
- (21) 本章第一節第二項参照。

- (22) Merzbacher, a. a. O., S. 231.
- (23) A. a. O., S. 227.
- (24) A. a. O., S. 233.
- (25) A. a. O., S. 227f.
- (26) A. a. O., S. 232.
- (27) A. a. O., Riezler, a. a. O., Bd. 6, S. 62; Albrecht, zu: Handbuch der bayerischen Geschichte II, S. 587.
- (28) Merzbacher, a. a. O., S. 228.

小 結 バイエルン・ラント法史の集大成としてのクライトマイアの法学活動

一四世紀の『上バイエルン・ラント法(書)』は「裁判(所)の書」であつて、裁判手続法とアクチオ的性格の強い民事実体法を平和令的実体刑法によつて支持・担保する内容と構成を持っていた。このほかに、太公とラント内支配者との間の裁判権の配分に関する萌芽的な規定(第三章)・身分法ないし国王留保権に関する若干の規定(第一〇・二六・二八章など)が含まれていた。一五世紀末から一六世紀にかけて編集・制定された『バイエルン改革ラント法(書)』においては独自の刑事手続と平和立法的実体刑法規定とが結びついて固有の意味における刑事法が形成されてきている一方で、訴訟法と民事実体法とが分離・独立する傾向を明確に示している。身分法という「ポリツァイ」的规定が整備・拡充されてきている点からもうかがわれるように、「平和」という限定された「公共性の理念」にかわつて「公共の利益」というポリツァイ的な広汎な「公共性の理念」が登場してこれが「ラント法(書)」の基礎に置かれたことが「ラント法(書)」の以上のような発展をもたらしたのである。これと時期を同じくして裁判権の体系としてのラン

トの等族制的憲法構造(国制)が近世初頭に『ラントの特權フライヘイトの宣言』として客観化され、こうして「ポリツァイ」という公共性の現実的・實際的担い手の範囲が確定され組織されていたことはその重要な背景をなしていた。このラントの等族制的憲法構造(国制)は、「ポリツァイ条令」によって裁判權のほかにはポリツァイ監視(行政・警察)權能を付与されていた。

『改革ラント法(書)』における訴訟法と民事実体法との分離は、「判決」・「裁判(所)」・「(裁判)手続」という伝統的な「法(Recht)」の形式的・手続的理解とならんで実体的「法(Recht)」理解(法權利)を生み出していた(アクトオの分化)。そのことはやがて、ポリツァイ条令・勅法によって量的にも質的にも飛躍的な発展を遂げたラントの法(法律)秩序がマクシミリアンのもとで体系的に整備されたときに、刑事(訴訟)法と訴訟法と民事実体法を中心とする市民法とを分離・独立させるとともに、「ラント法(書)」の語を市民法典に限定する用法を生むことになる。しかし、これによって「ラント法(書)」以外の法令の客観的法的(法律的 objektiv-rechtlich)性格が否定されるわけでもなければ、「ラント法(書)」に憲法的性格が付与されるわけでもない。本章冒頭の小序において紹介したクライトマイアの「ラント法」の語の用法はこの近世初頭に成立したものを踏襲しているのであって、中世の「ラント法(書)」の理念と内容をそのまま受け継いでいるものでは決していない。内容の点で中世の「ラント法(書)」に対応する概念をクライトマイアに搜すとすれば、それは彼の「国法(ラント法)(Jus Patrum)」ないし「国法(ラント法)典(Codex Juris Patrii)」である。もとよりクライトマイアの三つの法典は、中世後期から近世初頭の「ラント法(書)」やマクシミリアンのラント条例法書の提供する法素材に尽きない豊かな内容を持っている。とくに『刑事法典』第一部にみられる実体刑法の充実が著しい特徴をなしている。マクシミリアンの「ラント法(書)」の第二十九章の中の魚の窃盜に関する規定は、クライトマイア刑事法典第一部第二章第七条にその対応物を見出す。前者の第四十五章ないし第四八章の刑罰

規定は『改革ラント法(書)』と同様にフエーデの原因・手段を個別的に犯罪化するという「平和」立法的性格をなお強く持っていたが、クライトマイアにおいては『刑事法典』第一部第八章(「叛乱(Perdullion)と呼ばれる悪徳として君主権の侵害・騒擾(Landfriedensbrüchigkeit)・暴行・放火謀殺・重大な侮辱(Unhilde)と誹謗(Pasquill)について」)と同第九章(「鑄貨の偽造・身分などの詐称者(Verfälschung, Falsum)・偽誓者(Meineidige)・フエーデ断念契約の破壊者(Urfahbrecher)・忠誠でない役人ならびに悪意および故意の(fürsetzlich)侵害行為について」)に組み込まれ、選定侯の君主権ならびに国王留保権侵害犯として新しい意味付けを与えられることになった。これ以外は体系的ラント法典の形ではクライトマイアが初めて制定したことになるが、それらはもちろん全く新規のものであったわけではない。『カローリーナ刑事法典』などの帝国普通法律や普通刑事法学の営為の所産を別にしても、第一部第四章(「性的放縱の悪徳・公然たる(gemein)姦淫・その他の重大な姦淫ならびに淫行勧誘について」)の第一六条(聖職者の姦淫の処罰規定)や同第五章(「姦通(Ehebruch)について」)中の婦女の姦通に関する規定が一六〇七年一月一日勅法に遡ることは容易に推定できる。ラント内外の乞食・放浪者(Vaganten)・浮浪者(Müßiggänger)等の処罰に関するクライトマイア法典第一部第一章や宗教犯罪を定めた同第七章も、マクシミリアンの勅法がこれらを規律対象としていたことを受けている。

「平和」の理念の所産としての「ラント法(書)」「裁判(所)の書」は近世初期、「ポリツアイ」の理念を基礎として体系的に分化・組織化される一方でその各部分が量的・質的に飛躍的な充実を遂げていた。それ以後も選定侯(太公)の立法と裁判は、「国法(ラント法)」の内容を更に一段と充実させていく。その際に普通ローマ私法学が大きな影響力を持つことになったであろうことは、ガイルキルヒャー・ツインデガー・ヨッハー・ロッハー・ファッハ・ファーバーといったマクシミリアンの周囲にあってバイエルンの法生活を実質的に指導した者たちが全員法学博士であった

ことから想像に難くはない。実際、マクシミリアンの「ラント法(書)」「(民事実体法)において既にローマ法的要素が優位を占めていたのである。⁽⁵⁾ 同様のことは普通刑事法学についても言えよう。更に、メランヒトン(Philippe Melancthon)や、コンリンク(Hermann Conring)をはじめとするヘルムシュテット(Helmstedt)の人文主義者の活動によって一六世紀にはドイツでも知られるようになっていたアリストテレスの実践哲学(政治学・家政学・倫理学⁽⁶⁾)が、改革され活性化されたキリスト教信仰とやらんで立法学的役割を演じていたであろうことも、たとえばマクシミリアンの聴罪司祭であったイエズス会士コンツェン(Adam Contzen)のような存在を考えれば首肯し得るところである。⁽⁷⁾

近世中期もしくは初期絶対主義期以降のこのような法発展の全てを支えた理念もまた「ポリツァイ(国の良き秩序・公共の福祉)」である。その意味で「ポリツァイ条令」とは刑事法・訴訟法・市民法(民事実体法)と並列されるべき範疇^{カテゴリー}ではなく、むしろ法律全般を言う語にはかならない。他に適当な特定名称がない場合、この一般的名辞をもって個々の具体的法令を呼ぶことが行なわれていたにすぎない。「ポリツァイ」は法律全般の目標であり存立根拠であって、特定の規律対象を意味するものではない。したがって、「ポリツァイ条令」に由来する規定をその規律対象によって「ラント法(書)」「(民事実体法)なり刑事法なり訴訟法なりに編入するのは自在である。クライトマイアの「国法(ラント法)典」はこうして、中世後期から近世を通じて「ポリツァイ」を基礎に発達を遂げてきたラント法の全素材を、『刑事法典』・『訴訟法典』・『市民法典(ラント法)』というこれまた(近世的変形は受けているものの)伝統的「ラント法(書)」の枠内に取り込みその中でもかくも体系的に組織し処理することができたのである。その結果、ポリツァイ的「身分法」と伝統的「市民法」とりわけ「人の法」との間に体系的緊張が生まれたことは前章で観察したとおりである。

ここで一つ付言しておかなければならないのは、クライトマイアがその「国法(ラント法)典」に盛り込んだ法素材

は実は裁判権^{ポリツァイ権}による支配ないし紀律の内容に関するものが主であつて、裁判権^{ポリツァイ権}の具体的存在形式については必ずしも網羅的に規定されているわけではないことである。等族制的憲法構造^{（国制）}ならびに裁判所・行政官庁機構^{ポリアイ}を内容とする国家組織法の記述は『国法論』に委ねられ、「国法（ラント法）」の対象からは完全に除外されている。したがつて、等族の裁判権も「国法（ラント法）」ではなく、「国法（公法）」の中に位置付けられる。『国法論』（一七六九年）の第三部「バイエルン国法」の第一八八節「ホーフマルク支配権（Hofmarksgerechtigkeit）」と第一八九節「貴人特権」がそれで、これらの法的根拠は『オットーの特権付与状』と『ラントの特権の宣言』（一五一六年）ならびに第六〇次特権付与状および一六四一年三月一日と一六四六年四月三日の両勅法に求められている。いわゆる（中世的もしくは近世的）「ラント法（書）」への言及はない。もとより「ラント法（書）」ならびにその一八世紀的形態であるクライトマイアの「国法（ラント法）典」すなわち三つの『法典』はこうして生成してきた支配権の体系^{II}「国法（公法）」秩序を前提として運用され機能するものであったから、これに言及する条文はそのあちこちに散在してはいる。「裁判権は官職（Amt）や委任（Commission）もしくは所有権ないし権利（Gerechtigkeit）」に基づいて遂行される。第一と第二の場合は官職もしくは委任の終了とともに、第三の場合は我がラント憲法（hiesige Landesverfassung）によつてこれ（裁判権）が附着している物的・人的権利の喪失とともに終了する」という『訴訟法典』第一章第二二条はその一つの例である。しかし、この条文は等族の裁判権を基礎付けるものとは言えない。「ラント憲法」こそが等族裁判権の根拠であることが指摘されているだけで、そこで裁判権と結びつけられているという「物的・人的権利」すなわちホーフマルクないし専属支配地所有権——ホーフマルクないし専属支配地の所有権であることが重要であつて、所有権一般が裁判権を基礎付けるのではない——と貴人特権^{エーデルマンズ・フライハイ}について具体的規定がなされているわけではない。その説明は『訴訟法典註釈』第二一条と第二二条とりわけ第二二条註釈のa項と『国法

論』の前掲箇所にまわされているのである。その内容は、本章第一節第二項に要約した裁判(支配)権の体系としてのラントの組織化の歴史的過程を主要法源の個々の条文数を掲げながら叙述するものとなっている。⁽⁸⁾

『刑事法典』第一部第一章第一〇条は、「ここ(同第九条)に掲げた刑罰の一部は、ホーフマルク裁判官庁もしくは下級裁判官庁(Gerichts-Obrigkeiten)が軽微な軽犯罪(Geringere Freveln)に対して科すことが一定限度内で認められる……」とし、同第二章第二三条も次のように規定している。すなわち、「犯罪人(Uebelthäter)がホーフマルク裁判区ないし下級裁判区(Gerichts-District)内に立ち入ったときには、ホーフマルク裁判権ないし下級裁判権保有者は予審(die erste Cognition)をなしその事件がどの程度(ob und wie weit)民事もしくは刑事に属するかの判定をなす権限を有する。但し、後者の場合はその旨の報告を直ちに、当該地区の上に流血裁判権(Blut-Bann)を有する官庁(Obrigkeit)に対してなし、遅くとも三日目には自己の費用でかつ請求を前もって(vorläufige Requisition)受けることなく犯罪人の引き渡しをなす義務を負う……」。これらの二つの規定も、裁判特権を有する者の権利・義務であって裁判特権の存立根拠ではない点で、『訴訟法典』前掲条文と同じである。その法的根拠は、ここでも『刑事法典註釈』第二部第一章第二三条a項)『ラントの特権の宣言』に求められている。『市民法典』においても、「賦役(Froh, Robold oder Scharwerk)とは、臣民がその裁判主君^主もしくはフォークト主君(Gerichts-oder Vogt-Herrn)に対してその肉体や家の必要や急迫を賄うために、家畜や自己の肉体をもって供給する奉仕である」と定める第二章第一章(「賦役(Froh- und Scharwerks-Dienst, Opus Rusticorum)について」)第一条や、「……通常裁判官の命令によつて(ex Commissione Judicis ordinarii)……」遺産の封印・管理(Sperre)をなす権限を定める第三部第一章第一七条第四項など、父権を越える支配権に言及する規定はことごとく裁判権の所持を前提しているのである。

等族裁判権を基礎付ける貴人特権とホーフマルクの特種な法的性格の体系的説明は、三部からなる「国法(ラ

ント法)典(Codex Juris Patrii)ではなく「国法(公法)」の教科書である『国法論』の中に求めなければならない。「国法(ラント法)(Jus Patrium)」＝「私法(Privatrecht)」と「国法(公法)(Jus Publicum, Staatsrecht)」とのこのような体系的区別はしかし必ずしもクライトマイアの恣意によるものではなく、「ラント法(書)」に表現され近世に「ポリツァイ条令」によって大拡充された裁判規範としてのラント法と、特権付与状と「ポリツァイ条令」によって形成されてきた(裁判権を行使すべき主体たる)支配権の体系としてのラント法との伝統的区別を踏襲したものにすぎない。前者のラント法に依拠した土地所有権の拡大は、後者を前提にはじめてラント等族の支配権(賦役など「国法(ラント法)」上のものを含めて)の拡大をもたらしことができた。このような等族とりわけ貴族の権利法が、「人の法(身体法)」の一部として「私法」を構成していたことは前章で見たとおりである。しかし、等族の身分的権利法は「私法」と「国家(公法)」とを架橋するものである。『市民法註釈』が身分法のために新たに第五部を立てなければならなかったことは、この間の事情を物語るものである。そして等族(貴族)の(良き旧き)支配権法(Herrschaften)の基幹的部分たる(下級)裁判権は、「国法(ラント法)」＝「私法」ではなく「国法(公法)」を構成していた。「私法」としての「国法(ラント法)」典は、特権付与状とポリツァイ条令によって設定され確定された「国法(公法)」上の支配権を持つているものにとつてのみ、支配権を基礎付ける機能を果たしていたにすぎない。

等族の下級裁判権というラントの等族制的憲法(国制)の根幹に関わる部分のほか、太公の裁判所ならびにポリツァイ官庁組織もまた「国法(ラント法)」の規定対象からはずされている。「ポリツァイ条令」によって組織されるこれらの体系的叙述も『国法論』にゆだねられる。こうして「国法(公法)」は、憲法のみならず行政組織法としての性格を併せ持つことになるのである。私人が役人をポリツァイ行為に関して訴える場合の裁判管轄権は各統治府ないし宮廷法院などに帰属した。この特権的裁判籍(Forum Privilegium)を別にすれば、独立の行政裁判手続法はクライトマ

イアにおいてはまだ形成されてはいない。その意味では確かに「私法」からの「公法」の分離は達成されてはいないが、憲法と行政組織法を包摂する国家組織法^ニ支配権の体系を内容とする「国法^{ユリス・プブリカム}（公法）」を实体（法）的な意味で「公法」と呼ぶのは極めて当然な理解であるように思われる。この国家組織による支配・紀律の具体的内容を表現すると同時に裁判規範として機能すべき法令は全て、「私法」として「国法^{ユリス・プブリカム}（公法）」に對置される。市民法（民事実体法）とならんで訴訟法・刑事法が「私法」とされたのはそのためであって、この意味での「私法」にはいわゆる警察行政法も含まれるのである。今日的な行政法はしたがってクライトマイアの「国法（公法）」と「私法」の両分野にまたがった存在である。更に「ポリツァイ（条令）」はそのような行政法の範囲をも超えて法（法律）秩序全般を意味する範疇であった。その中で、「ラントの憲法」としての意味を持つ『ラントの特^{ゾライイ}権の宣言』は伝統的に特別な地位を与えられていた。

以上で観察したように、クライトマイアは中世後期以来の上・下バイエルンにおけるラント法発展史の全成果を、「国法（ラント法）」^ニ「私法」と「国法（公法）」の二本立てで体系化した。前者は更に刑事法・訴訟法・市民法（民事実体法）の三つに分類された。この分類方法自体、バイエルン・ラント法史の自然な帰結であった。このように整理された法素材に彼はどのような法源理論的説明を与えたか——この第一章で予め指摘されつつも残されていた問題が次章の主題^{テーマ}を構成する。

(1) CIBC. I. 8. §. 5.

(2) CIBC. I. 8. §§. 6 u. 7. 「公暴力罪 (Crimen vis publicae)」と「私暴力罪 (Vis privata)」があり、後者は裁量処罰の対象とされた。
^{ヤレト・ジメ}

(3) CIBC. I. 9. §. 5. 選定侯の役人のみならず、ラント^{シヤフト}等族会ならびにラント^{シムクレンデ}等族や自治体の役人・裁判官を含めた規定である

ことは興味深い。

- (4) CJBC. I. 4. §. 9. 売春・蓄妾(妾養公)などが考えられているようである。
- (5) Günter, a. a. O., S. 266.
- (6) Vgl. Jutta Brückner, Staatswissenschaften, Kameralismus und Naturrecht. Ein Beitrag zur Geschichte der Politischen Wissenschaft in Deutschland des späten 17. und frühen 18. Jahrhunderts, München 1977, S. 149ff.. くへス・マヤター「旧ドイツ國家論と西欧の政治的伝統」F・ヘルトマン、R・フターアヘウスほか著(成瀬治編訳)『伝統社会と近代國家』(一九八二年)一五二頁以下、一五六頁参照。
- (7) Vgl. Ernst-Albert Seils, Die Staatslehre des Jesuiten Adam Contzen, Beichtvater Kurfürst Maximilian I. von Bayern, Lübeck u. Hamburg 1968; Robert Bireley, Maximilian von Bayern, Adam Contzen S. J. und die Gegenreformation in Deutschland 1624—1635, Göttingen 1975.
- (8) Kreittmayr, Staatsrecht, S. 432f..
- (9) Vgl. Anmerkungen ad CMBC. V. 22. §. 5.
- (10) CJB. I. §. 11. なお、官庁相互間の管轄争いならびに会計などの財務事項(Rechnungs- und andere Cameralsachen)に関しては、官定財務局が裁判権を行使する(CJB. I. §. 12. Ziff. 8)°

Krreittmayr in der bayerisch-landrechtlichen Entwicklung („Friede“, „Polizei“, „Konstitution“ als rechtsschöpferische Ideen)

—Verfassungsgeschichtliche Prolegomena zur Landrechtsfor-
schung—

Von Takuro WADA*

Zweckmäßig wäre hier die etwas ausführlichere, wenn auch immer noch stichwortartige Inhaltsübersicht vor auszuschicken:

0. Einführende Bemerkungen zur typologischen Forschung der Gesetzgebungsgeschichte (von W. Ebel).— I. Kreittmayrsche Kodifikationen. Ihr Verlauf und systematischer Aufbau (Zwischenstadium vom römischen Institutionen- zum deutsch-naturrechtlichen System des preußischen ALR). II. Entwicklung und systematische Aufgliederung des bayerischen Landrechts (Vorläufer der Kreittmayrschen Kodifikationen). II-0. Perspektive zur bayerischen Landrechtsgeschichte. „Rechts“-terminologische Vorbemerkung. II-1. Entwicklung des Landrechts im Spätmittelalter. II-1-i. Grundstruktur des Oberbayerischen Landrechts von Kaiser Ludwig dem Bayern im Jahr 1335/1346 („Rechts-“, nämlich Gerichtsbuch als herzogliche Landfriedensgesetzgebung). II-1-ii. „Landrecht“-liche Organisation der autogenen Herrschaften, d. h. Gerichtsbarkeiten (iurisdictiones) auf bayerischem Boden. Der ober- und niederbayerische Weg von den Provinciae Baioariae zum „Land“ Bayern („Zum Buch freien“ oder „Einung“). II-1-iii. Systematik der bayerischen landrechtlichen Reformation von 1518 (Herauskristallisierung des Prozeß-, Kriminal- und Zivilrechts. Hervortreten des „gemeinen Nutzens“ als Legitimitätsgrund eines Gesetzes). II-2. Umwandlung des Landrechts in der neueren Zeit. II-2-i. Rechtsentwicklung im 16. Jht. (Polizeiordnung). II-2-ii. Maximilianische Kodifikation (Reorganisation des Landrechts:

* Assistent an der juristischen Fakultät der Hokkaido-Universität, MA.

Verselbstandigung des Prozeß-, Kriminal- und Zivilrechts. Entstehung des ausschließlich materiellen objektiv-subjektiven „Rechts“-begriffs). II-2-iii. Weitere legislatorische Tätigkeit des großen Herzogs Kurfürsten Maximilian (Polizeiliche Verordnungen und Dekrete). II-3. Juristische Tätigkeit Kreittmayrs als Endphase der Landrechtsgeschichte Bayerns. (soweit in diesem Heft. Weiter voraussichtlich im nächst folgenden)—III. Rechtstheoretisches bei Kreittmayr. Quellen und Wesen des Jus Publicum und Jus Privatum. III-0. Vorbemerkung zum öffentlichen und Privatrecht. III-1. Jus Privatum (Bürgerliches Recht) als das System der Handlungsnormen der privaten Personen (Die an Untertanen gerichteten oberherrlichen Gebote und Verbote als die privatrechtlichen Quellen). III-2. Jus Publicum (Staatsrecht) als das System der „respublica“-nischen Herrschaftsrechte (Die Landsverträge und die landesherrlichen Gesetze als die öffentlich-rechtlichen Quellen). III-3. Einteilung des Jus Publicum in die Konstitution und das Verwaltungsrecht (Ausklang der älteren Landrechtsgeschichte und ihre Neuentfaltung im 19. Jht.).—IV. Abschließende Bemerkung zur Ideengeschichte der Gesetzgebung (von S. Gagnér).

0. Angesichts der von K. Kroeschell getriebenen „Rechts“-terminologischen Forschung, die uns gezeigt hat, daß der objektiv-subjektive „Rechts“-begriff erst im Laufe des 12. Jhts. entstanden ist (in: Vorträge u. Forschungen XII.)—dies sogar im rein formalen bzw. prozessualen Sinne (in: Festschrift für H. Heimpel III.)—, sollte man nun etwas vorsichtig sein, wenn man O. Brunner darin folgen wollte, das mittelalterliche Land nicht bloß als die Gerichtsgemeinschaft, sondern auch als eine Rechtsgemeinschaft im materiellen Sinne zu verstehen. Mir scheint das „Land“ als solches auf dem bayerischen Boden erst nach der sog. „Re“-union Oberbayerns mit den niederbayerischen Territorien entstanden zu sein, also von daher nur schwer im 16. Jht.. Das Weistum, wie W. Ebel es sieht, könnte man sich nur auch sehr schwierig als eine älteste und urtümliche Gesetzgebungsform vorstellen. Würde doch keine materielle Rechtsnorm gewiesen, wo es am materiellen „Rechts“-begriff fehlte. Es wäre kein Recht,

was gewiesen wurde; man wies im Mittelalter die Urteile auf dem Recht (=Gerichtsversammlung) nach dem Recht (=dem rechten, vorgeschriebenen Verfahren) durch das Recht (=die rechte Urteil), wenn wir einem quellenmäßigen Sprachgebrauch folgen würde. Was die Ebelsche Satzung bzw. Einung angehen würde, wäre zu sagen: die Satzung unter den einfachen Leuten käme nie in Frage als ein landrechtlicher Gesetzgebungstypus. Die Untertanen würden zwar eventuell zur Satzung mit aufgerufen, wie wir im Friedenseid bei den hochmittelalterlichen Landfrieden sehen könnten. Es wäre aber bloß die Einung des Landesherrn mit den Landherren bzw. höchstens jene ausschließlich unter letzteren (von den Landständen könnte vielleicht erst in der neueren Zeit die Rede sein), welche die beliebige, dem betreffenden Land allgemein verbindliche Rechtsnorm zur Geltung zu bringen fähig wäre. Die landrechtliche Satzung wäre dann nichts anders als die vom Landesherrn und den Landherren/Landständen gemeinsam „allen“ Landesmitgliedern „gebotene“ Rechtsnorm (daran nähme eventuell die bloßen Untertanen mit teil). Der Verfasser hält es für richtig, das Rechtsgebot wesentlich in jeder Rechtsnorm zu sehen. Daran würde der Einungscharakter gewisser Rechtsquellen, welcher sich lauter auf die Umstände bezöge, daß der Gesetzgeber in diesem speziellen Fällen mit einer Korporation identisch war, überhaupt nichts ändern.

I. Die im vorigen Abschnitt geschilderten Überlegungen am Beispiel Bayerns zu verifizieren, war das Ziel der vorliegenden Arbeit, welche ihre Aufgabe aufgrund der begrenzten Quellenkenntnis des Verfassers darauf beschränken mußte, die juristische Tätigkeit Kreittmayrs richtig in die Landrechtsgeschichte Bayerns einzuordnen und zu verstehen. Das erste Kapitel der Arbeit ist vor allem dazu bestimmt, den japanischen Lesern, die sich in diesem Sachgebiet nicht immer zurechtfinden würden, die Entstehungsgeschichte, den Aufbau und den Inhalt der Kreittmayrschen Gesetzbücher nahezubringen. Festhalten muß man vielleicht, daß der systematische Aufbau von Kreittmayrs Werk als ein Mischprodukt vom römisch-rechtlichen Gedanken einerseits und deutsch-naturrechtlichen Denken, wie es bald

im preußischen ALR seinen endgültigen Ausdruck finden sollte, andererseits auffassen könnte. Was das römische Denkmodell betrifft, möchte ich darauf hinweisen, daß die drei Codices samt den Anmerkungen zum „Privatrecht“, die zwei Compendia in jure publico et privato, Kreittmayrs Generaliensammlung sowie die späteren, von G. K. Mayr herausgegebenen Bände der Landesverordnungen (6 bzw. 8 Bde.) als ganzes gesehen an das Gesamtsystem des Justinianischen Corpus Juris erinnern, das ja aus Codex, Pandectae, Institutiones, Codex repetitae und Novellae besteht, ganz zu schweigen von der Institutionensystematik des Kreittmayrschen Zivilrechtskodex (, dem ein lehnrechtliches Kapitel aber auch beigelegt ist). Es ist aber nicht zu vergessen, daß die Auflösung der actio ins materielle und Prozeßrecht so weit gediehen ist, daß das letztere hier für sich einen eigenen Kodex verlangt. Auch dem Kriminalrecht mußte ein besonderes Gesetzbuch gewidmet werden. Das materielle und prozessuale Strafrecht (hier wäre auch doch zu bemerken, daß dieses in der CCC jenem vorgegangen wäre), das die deutsche, d. h. gemeine Kriminalrechtsgelehrsamkeit hervorgebracht hatte, wagte Kreittmayr nicht mehr ins Institutionensystem einzugliedern, auch wenn sein „Grundriß der Privatrechtsgelehrsamkeit“ das materielle Zivilrecht mit dem Prozeßrecht wieder im traditionellen Rahmen des Institutionensystem vereinigt zu haben scheint, das auf dem dreierlei Objectum des Rechts, nämlich Persona, Res, Actio beruht. Der 5. Teil der Zivilrechtsanmerkungen ist entstanden, weil Kreittmayr das römische Personenrecht nicht einfach als solches, sondern als Standesrecht (Recht der Stände) wahrscheinlich unter dem Einfluß der naturrechtlichen „Status“-lehre umgedeutet hat. Es ist meines Erachtens die „polizeilich“-gesetzgeberische Tätigkeit der Landesherren mit den landständischen Räten, die dieses Standesrecht inhaltlich gebildet hat. Während das römisch-rechtliche Rechtsdenken in Bayern einen Teil des Standesrechts als Personenrecht noch dem ganzen Rechtssystem vorangestellt hat, so ist das deutsch-naturrechtliche Denken vom Standesrecht in Preußen zur Alleinherrschaft gekommen, so daß das ALR das gesamte Standesrecht vom Personen- bis zum Staatsrecht

im Anschluß am Vermögensrecht geregelt hat. Diesem materiellen Zivilrecht folgen hier wie in Bayern die Bestimmungen zur Gerichtsbarkeit und die Strafvorschriften. Die prozeßrechtlichen Bestimmungen, die der Gerichts-„ordnung“ zugehörig sein sollten, sind vom Allgemeinen Land-„recht“ streng getrennt, das als das „Gesetz“ die Handlungsnormen der Privatpersonen gesetzt hat (so G. Kleinheyer, Vom Wesen der Strafgesetze). Es wäre jedoch ein Irrtum zu glauben, Kreittmayr trenne seine „Gerichtsordnung“ vom „Landrecht“ nach dem Gesichtspunkt ihrer Gesetzmäßigkeit, wie C.G.Svarez dies tut.

II-0. Der erste Kreittmayrsche Codex (Codex Juris Bavarici Criminalis) heißt auf deutsch „Criminal-Recht“, und der zweite (Codex Juris Judiciarii) „Gerichtsordnung“, wohingegen nur der dritte (Codex Maximilianus Bavaricus Civilis) „Landrecht“ bezeichnet wird. Man darf aus diesen unterschiedlichen Benennungen nicht schließen, wie oben schon angedeutet, daß die drei Kodizes an ihrer Gesetzlichkeit und „Rechts“-eigenschaft verschieden wären. Hatte das Publikationsmandat insbesondere des Strafgesetzbuchs doch klar gestellt, daß die drei Gesetzbücher alle zusammen „einen Codex Juris Patrii“ darstellen sollten. Es ist aber auch nicht zu leugnen, daß Kreittmayr seinen gesetzespositivistischen „Rechts“-begriff (CMBC. I. 1. §3.) manchmal nur ausschließlich im materiellen Sinne verstanden hat. So hat er in seinem Kommentar zum CMBC. I. 1. §3. Ziff. 1 von der actiones nicht als Jus selbst, sondern als den bloßen media ad Jus gesprochen. Das ist auch einer der Gründe dafür gewesen, daß er das neue bayerische Zivilrecht nach dem Institutionensystem nicht ganz glücklich nur aus dem rein praktischen Grund zum Schulbrauch dargestellt hat. Der „Rechts“-begriff muß seine ursprünglich formale Bedeutung nun in eine materielle gewandelt haben, wie Kroeschell einmal nicht ohne Grund vermutet hat. Dies erscheint mir deshalb sehr wahrscheinlich, weil das Wort „Recht“ überall im Ssp im prozessualen Sinne als „Gericht“, „ordentliches Verfahren“ bzw. „richterliches Urteil“ verwendet worden ist. Auch in Bayern ist diese formale „Rechts“-terminologie noch im 15. Jht. nachweisbar, wenn z. B. eine Handschrift des Oberbayerischen Landrechts das Wort

„judicium“ auf „recht“ überträgt (vgl. W. Jaroschka, in: Wittelsbach u. Bayern I-1, S. 380). Die in Gerichtsbriefen im oberbayerischen Raum zu dieser Zeit öfters auftauchende Rechtsformel von „setzen zu recht“ oder „rechtsatz“ weist auf den gleichen Rechtsbegriff hin (vgl. H. Schlosser, Spätma. Zivilprozeß, S. 389ff.). Die Dauer und der Wandel der Rechtsauffassung ist auch noch am „Landrecht“ hervorzuheben: das mittelalterliche Landrecht sei das Recht „over hals unde over egen“, wie Eike von Repchow formuliert hat (Ssp. Lehn. 69. §. 8, vgl. Ssp. Landr. III. 52. §§. 2 u. 3); Kreittmayr versteht aber unter dem „Landrecht“ nur das Zivilrecht. Dabei wäre es vielmehr das sowohl „Leib und Leben“ auch „Hab und Gut“ betreffende „Jus Patrium“, das dem Eikeschen „Landrechts“-begriff inhaltlich entsprechen würde (Publikationsmandat des CJBC). Die Abschnitte des 2. Teils der Arbeit sollen dazu dienen, die wichtigsten Landrechtsquellen Bayerns auf den verschiedenen Entwicklungsstufen in ihrem jeweiligen inneren Aufbau zu untersuchen und die Wandlung des „(Land-) Rechts“ im naheren darzustellen.

II-1-i. Der Verfasser begann seine Untersuchung mit dem Oberbayerischen Landrecht Kaiser Ludwigs des Bayern, denn der Schwabenspiegel gilt als stark beeinflusst vom Ssp, dessen „Rechts“-begriff wir schon oben ganz kurz erwähnt haben, während die fränkische Lex Baiuvariorum aus der Zeit Herzog Odilos (vgl. Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte I, S. 32. u. a. m.) überhaupt keinen doppelsinnigen objektiv-subjektiven „Rechts“-begriff gekannt hatte. In Niederbayern, wo es schon in den früheren Jahren viele Königs- und Reichskirchengüter gegeben hatte, auf denen sich im Hochmittelalter eine Menge der kleineren Adelherrschaften entwickelt hat (vgl. Beiträge von F. Prinz u. G. Diepolder), haben die späteren Herzöge, von König Otto angefangen, die Provinciae Baiuariae durch die Einung mit den Landherren, nämlich durch die Handfesten und die Freiheitsbriefe zum „Land“ als einem System von Gerichtsbarkeiten zusammengefaßt und organisiert. Die niedere Gerichtsbarkeit der an der Einung beteiligten Herrschaften wurde anerkannt; dem Landesherrn ist die höhere, insbesondere die Blutgerichtsbarkeit in

den sog. Viztumshändeln vorbehalten, die dem alten Adelsgeschlecht der Frauenhofer beispielsweise noch im 18. Jht. eine der wichtigsten Rechtsgrundlagen ihrer Reichsunmittelbarkeit liefern sollte. Dem „Land“ ist eine Reihe von Friedens- und Landesordnungen gegeben („geboten“). Die Landfriedens- und Territorialbildungsbestrebungen Kaiser Ludwigs und seiner Söhne haben in Oberbayern eine andere Form als im Niederbayern angenommen, nämlich die eines Landrechtssbuchs, das nicht allgemein an die Landleute gerichtet, sondern den einzelnen Gerichten gegeben wurde. Die Gerichte, die das Landrecht akzeptierten und danach richteten, sind die Landgerichte. Auch die einst autogenen Herrschaftsgerichte des Adels bildeten die Landgerichte mit, soweit sie „zum Buch gefreit“ wurden. Nur im Umfang der „Landgerichte“ war demnach das „Land“ als die landrechtliche Gerichtsgemeinschaft verwirklicht. Die nicht-landgerichtliche Adels-herrschaft gehörte dem „Land“ nur in ihren vom Buch anerkannten Teilen begrenzter Dorfgerichtsbarkeit zu, besäße demnach also eigentlich eine „außerländliche“ Existenz. Die umfangreichere landrechtliche Adelsgerichtsbarkeit, wie sie in Niederbayern herrschte, wird im oberen Lande nur den einigen Einzelpersonen mittels besonderer Privilegierung zuerkannt. Im Mittelalter kommt es also hier nicht zu einer allgemeiner Einung. Das Oberbayerische Landrecht, das „weder beschworen noch dem Volk verkündet, sondern den Gerichten übergeben“ worden ist, ist „als Anweisung für die rechtsprechenden Gerichte und die exekutierenden Viztume“ gedacht (H. Angermeier, Königtum und Landfriede, S. 158). Nach Svarez' Terminologie wäre es eher als eine „Gerichtsordnung“ wie ein „Gesetz“ zu betrachten. Das „Gerichtsbuch“ besteht aus den Gerichtsverfassungs-, Friedens- und zivilistischen Bestimmungen, bei denen noch von keiner Trennung des materiellen vom Prozeßrecht die Rede ist. Aus einer derartigen Systematik könnte man die Zielvorstellung ablesen, die Streitenden mit dem Mittel der Friedensbestimmungen zur „friedlich-“gerichtlichen Entscheidung zu zwingen. Die Schein-Strafvorschriften machen hier mangels eines vom ordentlichen Prozeß gesonderten peinlichen Verfahrens noch kein echtes Kriminalrecht aus.

II-1-ii. Aus den obigen Darstellungen wird schon klar, daß die Struktur der Landrechtsentwicklung im Mittelalter in beiden Landesteilen Bayerns unterschiedlich gewesen ist. Im oberen Lande verlief die „landrecht“-liche Organisation der autogenen Herrschaft schrittweise durch das einzelne „Zum Buch freien“ und besondere Privilegierung. Die oberbayerische Dorfgerichtsbarkeit hat eine enger beschränkte sachliche Kompetenz im Vergleich zur niederbayerischen Herrschaftsgerichtsbarkeit, die in Form von Einungen durch die Handfesten verliehen worden ist. Der Ausgleich zwischen beiden Gerichtsbarkeitssystemen ist während des späten Mittelalters erfolgt, indem sich die oberbayerische Dorfgerichtsbarkeit der niederbayerischen Herrschaftsgerichtsbarkeit in ihrer sachlichen Kompetenz angenähert hat. Andererseits konnten auch die Herzöge in Niederbayern die autogenen Herrschaften nicht leicht in Form der „landrecht“-lichen niederen Gerichtsbarkeit (Hofmarksgerechtigkeit) organisieren, denn mehrere Landherren kämpften noch unter dem Kaiser Friedrich III. um die Reichsunmittelbarkeit (Reichsstandschaft). Jedoch hat sich das politische Klima des Reiches an der Schwelle zur neueren Zeit geändert. Unter Kaiser Maximilian I. ist das Land als ein vom Reich relativ selbständiger Friedensbereich auch reichsrechtlich anerkannt. Das Wort „Landfrieden“ ist daher beim sog. ewigen Landfrieden zum ersten Mal auf den königlichen Frieden angewendet (Kroeschell, DR. I., S. 186f.), der eigentlich nicht mehr einen „Land“-frieden, sondern von nun an einen Reichslandfrieden bzw. eine Reichsfriedensordnung darstellt (Angermeier, a. a. O., S. 533ff.). Unter solchen Umständen hat die „landständische Verfassung“ der vereinten Herzogtümer sowohl in der Erklärten Landesfreiheit von 1508 auch im 60. Freiheitsbrief von 1557 ihren endgültigen Ausdruck gefunden, also erst nach der sog. „Re“-union Bayerns. Es sind vor allem die beiden Freiheitsbriefe, die die ständische Hofmarksggerichtsbarkeit einheitlich im gesamten Bayern in sachlich wie räumlich größtem Umfang verliehen haben. Die letztere Urkunde hat den Landständen sogar die Möglichkeit eröffnet, die eigene Niedergerichtsherrschaft auf ihre sog. „einschichtigen“ Güter auszudehnen. Die Polizei- und

Landesordnungen haben auch die niederen Polizeibefugnisse der ständischen Gerichtsbarkeit hinzugefügt.

II-1-iii. Die Reformation des bayerischen Landrechts zeigt, in welche Richtung das Landrecht sich in dieser neuen Situation weiter entwickeln sollte. Hier ist auffällig, daß das Gerichtsverfassungs- und Prozeßrecht in den ersten 14 Kapiteln systematisch geregelt sind. Daran schließen sich das Strafrecht, das nur noch ganz fragmentarisch behandelt wird. Man darf hier wohl schon von einem eigentlichen Kriminalrecht sprechen, weil man doch das peinliche Verfahren hat. Es sollte auch nicht übersehen werden, daß die Friedensbestimmungen nun von der ersten an die zweite Stelle gerückt ist. Sie werden nicht mehr im 3., sondern im 15. Kapitel behandelt. Das würde bedeuten, daß das Gerichtswesen einen sicheren Platz in der durch die Erklärung der Landesfreiheit objektivierten landständischen Verfassung gefunden hat und keiner Unterstützung von Friedensbestimmungen mehr braucht. Man sollte nicht zuletzt darauf aufmerksam machen, daß das Wort „Recht“ besonders in den späteren zivilrechtlichen Kapiteln auch im materiellen Sinne, wenn auch meistens noch im herkömmlichen formalen Sinne verwendet wird.

II-2. An die Stelle des „Friedens“ tritt nun die polizeiliche Idee des „gemeinen Nutzens“. Zum gemeinen Nutzen kann der Herzog als Landesherr die Gesetze „mit Rat der Landschaft und der Räte“ erlassen, erklären, revidieren und aufheben (Letztes Kap. der Reformation). Das Prozeß-, Straf- und materielle Zivilrecht sind alle das „Recht“, wenn sie nur vom Gesetzgeber zum gemeinen Nutzen geboten sind. Es ändert nichts an ihrem „Rechts“-charakter, ob sie noch in einem „Landrecht“ vereinigt bleiben, oder ob sie in einzelnen Ordnungen gefaßt sind, wie dies bei der großen Kodifikation Maximilians der Fall ist. Schon hier fällt auf, daß allein das materielle Zivilrecht unter dem „Landrecht“ verstanden ist, genau so wie bei Kreittmayr. Diese „Landrechts“-terminologie kennt das Mittelalter nicht. Sie scheint erst am Anfang des 17. Jhts. entstanden zu sein. Man hat aber überhaupt nicht gezögert, den Stoff der Polizeiordnungen mit dem des „Landrechts“ zusammenzufügen und in dem neuen Gesetzbuch

zu vereinigen. Man hatte nicht vor, die Rechtsmaterien dadurch in ihrem Wesen zu verändern, bildeten doch nur alle Gesetze im gewissen Sinne die „Polizeiordnung“. W. Ebel hat die „Polizei“ einmal als „Verwaltung“, also im wesentlich weiteren wie im heutigen Sinne verstanden. Darum ist durchaus verständlich, daß er die „Polizeiordnungen“ als Exekutivgebote, höchstens als Rechtsgebote im „rechts“-freien Bereich vom eigentlichen „Recht“ unterscheiden mußte. Freilich muß man hier die Kernsche These des im Volksgefühl immerwährenden „guten, alten Rechts“ auch in Rechnung stellen. Mir scheinen die „Polizeiordnungen“ aber vom Anfang an das „Recht“ selbst gewesen zu sein, wie schon ganz am Anfang dieser skizzenhaften Darstellung angedeutet. Das erhellt sich auch aus der Tatsache, daß die von Gailkircher geführten herzoglichen „Policey“-räte die entscheidende Rolle bei der Verfertigung der ganzen Kodifikation, auch des „Landrechts“ spielten. Der erste „Policey“-rat ist kein „Verwaltungs“-organ, sondern eine Gesetzgebungskommission. So hat die „polizei“-liche legislatorische Tätigkeit des Kurfürsten das Rechtsgebäude weitergebildet. Am Endpunkt der Landrechtsgeschichte Bayerns stehen somit die Kreittmayrschen Kodifikationen.

II-3. So ist in diesem geschichtlichen Zusammenhang ganz verständlich, warum Kreittmayr das „Criminal-Recht“, die „Gerichtsordnung“ und das zivilistische „Landrecht“ unter dem Namen „Jus Patrium“ zusammengefaßt. Dieses Jus Patrium ist das „Privatrecht“, einschließlich des gesamten Ständesrechts. Das ist das, was die Rechtsgebote des Landesherrn entwickelt haben. Die ständische Verfassung des Landes, die ihren Sitz bei Kreittmayr im Jus Publicum hat, ist aus den Einungen der Freiheitsbriefe gewachsen. Das Staats- und Privatrecht sollten verschiedene Eigenschaft schon an ihren Quellen haben. In den folgenden Abschnitten wurde sich der Verfasser mit dieser rechtstheoretischen Frage bei Kreittmayr beschäftigen.