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）（３）　ークライトマイアを中心にー
Author(s)	和田, 卓朗
Citation	北大法学論集, 34(6), 1-72
Issue Date	1984-03-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16448
Type	departmental bulletin paper
File Information	34(6)_p1-72.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

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（フリーデ）・ポリツァイ・憲法（フェアファッスング））（三）

――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（以上三三巻三号）
補　説　バイエルンにおける貴族支配（Adelsherrschaften）の生成・展開とラント法史の基本構造（以上三四巻二号）
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」（以上本号）
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

第三章　クライトマイアの法理論

小　序　問題の所在

クライトマイアの九点の法学作品は、「国法(公法)(Jus Publicum, Staatsrecht)」と「私法 (Jus Privatum, Bürgerliches Recht)[1]」の両体系を包摂している[2]。前者は更に、「一般国法 (jus publicum universale, allgemeines Staatsrecht)[3]」・「ドイツ国法 (Deutsches Staatsrecht)」・「バイエルン国法 (bayrisches Staatsrecht)」の三部に分かれる。このそれぞれを「一般国法」・「特別国法 ((jus publicum speciale,) besonderes Staatsrecht)」・「最特別国法 (jus publicum specialissimum)」と言い換えることができる[4]。通常、ドイツの国法は、「ドイツ一般国法[5] (一般ドイツ公法[6]) (ius publicum Germanicum generale)」と「ドイツ個別国法[5] (特別ドイツ公法[6]) (ius publicum Germanicum speciale)」とに分けられたといわれる[7]。クライトマイアの「〔ドイツ〕特別国法」はこの前者、そして彼の「最特別国法」は後者に対応する概念である。このような分類上の名称のずれは、さしあたり、クライトマイアが国法総論とでもいうべき部分を独立の篇とし、これを「一般国法」と呼んで、(広い意味での)ドイツ国法の叙述の前に置いた結果、生じたものと思われる[8]。このような「国法 (公法)」の体系を素描するため、『国法論』が著わされた。一方、『綱要』に略述される「私法」は、「刑事法 (Jus Criminale, Criminal-Rechte)」(刑事実体法と刑事訴訟法を含む)・「訴訟法 (Jus Judiciarium, Gerichtsordnung)」・「〔市〕民法 (Jus Civile, Landrecht)」の三つの部分から構成される。バイエルンにおける「私法」の以上の各領域を規律し確定し詳述するのが、三つの『国法 (ラント法) 典 (Codex Juris Patrii)』とその『註釈』で

ある。このバイエルン私法と先のバイエルン国法（公法）とを合わせて、「国法（ラント法）（Jus Patrium）」と呼ぶことができよう。[9] 但し、この「国法（ラント法）」は、決して自己完結的・排他的なものではない。バイエルン国法（公法）は一般国法ならびにドイツ国法と相似的構造を持つのみならず、後二者と密接な連繋を保ちつつ機能する（後述）。「国法（ラント法）」の私法部分にしても、それは「ローマ」普通法・ラントの法律・ラント内局地法などが織り成す大きなネット・ワークの中で、その有機的構成部分となって機能すべきものであった。[10] それはまた従来の法学――刑事法についてはベーマー（Johann Samuel Friedrich Böhmer）（一七〇四年―一七七二年）によって一応の集大成を見た普通刑事法学、[11] 民事法については「パンデクテンの現代的慣用」法学の成果を法典化したものであって、[12] バイエルン私法は内容的には逆にドイツ私法を取り込んでさえいた。その場合のドイツ私法とはローマ普通法〔学〕（Jus Commune Romanum）にほかならない。[13] そしてまさにそれ故にクライトマイアは、インゴールシュタットにおけるローマ法の講義を「国法（ラント法）」の講義で置き換えることができるはずだと考えたのである。[14]

法は、「国際法（Völker-Recht, Jus Gentium）」・「国法（公法）」・「私法」という三つの体系で叙述される。[15] 後二者はそれぞれ、「一般法（＝法学総論）」・「特別法（＝ドイツ法）」・「最特別法（＝「国法（ラント法）」）」から構成される。そして原理的には、ラントの数に等しい「最特別法」の叙述が存在しうる。クライトマイアの法学活動は、バイエルン国法（ラント法）以外の「最特別法」と「国際法」を除外した、「国法（公法）」・「私法」の全領域に及んでいる。しかし、このうち法典化されたのは、「最特別私法」であるバイエルン私法だけであった。彼が「一般法」・「特別法（＝ドイツ法）」を法典化しなかったのは、当然のこととして理解できる。だが、「最特別国法（公法）」であるバイエルン国法（公法）が法典化されなかったことは、第一章の末尾で指摘しておいた「国法（公法）」の「法〔律〕」的性格ならびに「国法（公法）」と「私法」との関係という問題との脈絡で興味深い事実である。

「伝統的な法観念においては、国法（ユース・プブリクム）は行政法を含まず、むしろ民事法とともに君主の立法権の所産としての行政法を制約するものであった」、と村上教授はいわれる。[16] シュロッサー（Johann Georg Schlosser）は、法律を「憲法（Staatskonstitution）」、「民事法（Civilgesetz）」、「刑事法（Strafgesetz）」および「行政法（Regierungsgesetz）」の四つに分類し、統治者の諸権利についての法である「憲法」は、法律というよりはむしろ「契約」としての性質をもち、他のすべての法律の前提となるものである、とした。[17] この「憲法」こそ、当時一般に「国法（ユース・プブリクム）」と呼ばれていたものにほかならない、というのである。[18] とすれば、「行政法」は、「国法（公法）」と「私法」とから構成される法体系のどこにも位置付けることができないことになる。なるほどクライトマイアにも、「国法（公法）」もしくは「私法」のいずれかに分類される著作とならんで、『勅法・条令彙纂』という作品があるが、その体系的地位は必ずしも明らかではなかった。

このように、「国法（公法）（Jus Publicum, Staatsrecht）」が、シュロッサーの「憲法」――伝統的に「基本法〔律〕（leges fundamentales）」[19]と呼ばれてきたもの――に限定されるものであったとすれば、一九世紀の後半、行政の司法からの解放が推し進められ、行政法が民事法と対等もしくはこれに優越する独立の法領域に発展している中で成立した近代的「公法（öffentliches Recht）」[20]の系譜をそこに求めることはできない。後者には、憲法と並んで民事訴訟法・刑事訴訟法を含む刑事法が属しており（サヴィニー）[21]、更には、今ようやく「法〔律〕」的性格を認められるに至った行政法も含まれる。[22] 一方、「国法（ユース・プブリクム）（公法）」ないし「公法」に対置される「私法」の方も、前者にあっては、刑事法（刑事訴訟法を含む）・民事訴訟法[23]・政治社会（societas civilis）の法としての「市民法（民事法）（ius civile）」を包摂していたのに対して、後者の場合の「私法」の内容を構成するのは、自律的な経済社会の私的自治の法としての民事法である。[24] 勿論、新旧二つの「国法（公法）」ないし「公法」概念の間には、以上のような相違もしくは断絶面のみならず、共通点

ないし連続面もまた存在している。即ち、シュロッサーの「憲法」――村上教授によれば、これこそが伝統的「国法（ユース・プブリクム）」にほかならない――が「民事法」を含む「私法」の前提たるべきものとされていたように、サヴィニーの場合にも、「国法（公法）（Staatsrecht, öffentliches Recht）」に対する私法の依存性と国家による私法の定立可能性は原理的に承認されていたのである。[25] しかし、この点に関しては、「公法」に対する「私法」の自律性（「国家から独立した純粋なる私法」）を説くツァイラー（Franz von Zeiller）のような例も存在している。彼の主張は、一見、「国法（公法）」（＝「憲法」）と「私法」との関係についての伝統的理解を逆転させたもののように見えるが、実は、「行政法」に対する「民事法」の優位を強調するシュロッサーの議論や、司法への行政の従属を眼目とする「司法事項（Justizsache）」と「ポリツァイ事項（Polizeisache）」の理論の伝統を継承するものであったことは、周知の通りである。[27] ツァイラーの「公法（国法）」観のこのような二面性は、「憲法」のみならず「行政法」をも「公法」に含めて考えたことに起因するものである。だが、行政の司法への従属と、「民事法」ないし「私法」の「行政法」に対する優越を主張するのならば、「民事法」と「行政法」の混淆を嫌う以上に、「国法（公法）」＝「憲法」と「行政法」との混淆を嫌ってよいはずである。それにもかかわらず彼が「行政法」をも「公法（国法）」に含めているのは、伝統的な「国法（ユース・プブリクム）（公法）」が実は「憲法」ないし「基本法〔律〕」に限られるものではなく、「行政法」ないしいわゆる「ポリツァイ条令」、もしくはその一部をも含むものであったか、少なくともツァイラーの時期までにはそう考えられるようになっていたためであると考えられる。

ところで「公法（国法）」と「私法」の区分は、裁判所の管轄権の帰属（有無ないし分配）にとって、常にこのように決定的な意味を持っていたわけではない。伝統的法理論においては、「私人の権利（ius privatorum, Rechte Privatter）」に関わる事案は、それが「ポリツァイ事項」に属するか否かを問わず、全て「司法事項」を構成し、帝国裁判所（ライヒスゲリヒト）

ならびに少なくとも理論的にはラントの司法裁判所の管轄に服するものとされていた。[28] 当該「私人の権利」が「公法(国法)」上のものか「私法」上のものか、当該「私人の権利」がいかなる局面で問題にされているか、その事案が果たして「公法(国法)」に分類されるものか「私法」に属するものか——これらはその際全く問題にされない。[29]「公法(国法)」と「私法」の区別ではなく、「私人の権利」の侵害についての訴のみを基準として「司法事項」か否かを判断し、〔司法〕裁判所の管轄権を決定するこの原理が堅持されている限り、この区別は、主として、講学上の分類にとどまっていた。[30] そして両者は、体系的にも交錯する二つの法領域を構成しており、内容的にも共通の規律の上に大幅に立脚するものであった(一般法ないし普通法としての「私法」と特別法としての「国法(公法)」[31])。一八世紀の後半以降、〔司法〕裁判所の管轄権の基準が「私人の権利」から「私法」へと移動していったことによって、「国法(公法)」と「私法」の区別は実践的・政治的にも重大な意味を持つに至り、両者は、体系的にも実体的にも峻別されなければならないことになった。ツァイラーやサヴィニーは、このような脈絡の中で、〔理性法論や〕[32] カントの議論を踏まえて、「公法(国法)」と「私法」とを範疇論的に区別する。[33] 自律的経済社会の私的自治の法という新しい「私法」(民事法)概念と、「私人の権利」ではない純粋に「私法」上の権利である「私権」概念は、こうして成立したのである。[34] それはまた、近世初頭までに成立してきていた法=権利(Recht)の二重概念の実体〔法=権利〕的理解[35]が一段と徹底的に推し進められ、「国法(公法)」と「私法」との区別にまで及んだことの帰結でもあった。だがそれは歴史的には極めて新しい時代の出来事であって、それ以前は、近世の大半を通じて「国法(公法)」と「私法」は、「単に事物に即した部分的区別のための帰属点(Zuordnungspunkte)を構成していたにすぎなかったのである」[36]。

「ポリツァイ事項」と「司法事項」という概念も、必ずしも「ポリツァイ条令」の法〔律〕的性格を否認するものではなかった。「ポリツァイ事項」であることが同時に「司法事項」にも該当する可能性を否定しなかったように、ある

「ポリツァイ事項」が「司法事項」と認定されたとしても、それによって「ポリツァイ事項」でなくなるわけではない。「私人の権利」〔の主張〕は一種の「訴えの利益」と理解されるべきものであって、これを主張する者は、「司法事項」と認定された「ポリツァイ事項」――「ポリツァイ条令」や行政行為（ポリツァイ）の効力――を裁判上争う「当事者適格」とでもいうべき資格を認められる、というにすぎない。[37] 換言すれば、「司法事項」であるとの認定は、あくまで裁判所の管轄権についての手続法ないし訴訟法上の判断にとどまるのであって、当該事案（「ポリツァイ事項」を含む）に関する実質的・実体法的評価を下したものでもなければ、実体的判断の際の基準法規を指定する「法律関係の性質決定」でもない。それゆえ、たとえば帝室裁判所（ライヒスカムマーゲリヒト）は、ラント君主の「ポリツァイのための最高の配慮権（cura suprema politiae）」とそこから流出する「ポリツァイ的改革権（ius reformandi politicum）」を根拠とした管轄権の排除（原告の訴えの却下）の主張こそ認めないが、相手方の「既得権（ius quaesitum, wohlerworbenes Recht）」の主張を斥けてまでその実体法的効力を認めることもあった。[38] 即ち、裁判所は、「国法（公法）」・「私法」・「ポリツァイ条令」・ラント君主の命令・既得権といったあらゆる法源を考慮しながら、自主的・創造的に実体的判断を下していたのである。なるほど一六世紀の中葉には、「法（Recht）」と「ポリツァイ（Policey）」との区別に対応して、永続的な「法律（Gesätz〔e〕）」と、その時々の状況に応じた公共の利益に奉仕する一時的な「条令（Ordnung〔e〕）」とを対比する考え方が出現している。[39] しかし、それはやはり、近世の初頭までに法＝権利の二重概念が実体的に把握されるようになってきていた結果、ラントの客観的法の伝統的秩序が大幅に組み替えられるに至った、[35] という事実との脈絡で理解されるべきものと思われる。即ち、それは、いわば法律の機能的下位区分であって、規律対象領域の相違によって、「法律」ないし「条令」として異なった属性を持つことになったにすぎない。実際、バイエルンでは一七世紀になってから、「ポリツァイ〔条令〕（Policey）」と呼ばれる諸「〔条〕令（Ordnung）」と「ラント法〔書〕（Landrecht, LandtRecht）」とがほとんど同一の手続

と経過――ポリツァイ参議会（ラート）の指導的役割、統治府（レギールンク）への諮問、ラント等族会（シャフト）〔代表者会〕の協働、宮廷法院（ホーフラート）の鑑定、勅令による採択・公布――を経て制定されており、内容的にも両者の関係はなお流動的であった。[40] もちろんこの時期には勅法による君主の立法活動もまた活発に展開されており、[41] それによって「法律」と「条令」ないし「布令（Verordnung, Dekret）」との差異が質的相違としていよいよ強く意識されていくことにはなった。[42] だがそれがすぐに実体法としての優劣関係を意味したわけではなく、裁判所は関係するさまざまの「法律」・「条令」・「布令」を勘案しながら、実質的に判断を下したのであった。「既得権」の法源としての性格も同じであって、その他の法源や君主の行政行為（ポリツァイ）に対するその対抗力は、必ずしも万全ではなかったのである。[43] その限りで、近世のドイツ国家――神聖ローマ帝国ならびにそれを構成する諸ラント――は、法＝権利維持国家[44]という意味においても法＝法律国家[45]という意味においても「法治国家（Rechtsstaat）」ではなく、さりとて「警察国家（Polizeistaat）」[46]ではましてなく、まさに「司法国家（Justizstaat）」とでも言うべき存在であった。[47] 法定立的色彩を強く帯びた中世以来の裁判観の伝統が、[48] ここに生きている。そしてその司法が学問化されてきていた限りで、[49] 法学が国家＝社会生活を支配していたのである。[50] 一八世紀の末に「自然的自由（natürliche Freiheit）」を理論的根拠として、裁判所による臣民の保護が「私人の権利」ないし「既得権」の範囲を越えて拡大されたことも、[51] 以上のような法構造それ自体に変動をもたらすものではなく、むしろこのような法構造がそれを可能にしたのであった。このような状況の中で、もしシュロッサーが「行政法令（Regierungsverordnung）」に対する「民事法〔律〕」の実体法的優位を説いたとすれば、[52] それは法＝権利の二重概念（Recht）の実体法的把握を更に徹底させることによって、従来の議論を一歩推し進めたものと考えられる。即ち、それは、身分制的伝統との連続性は否定できないにしても、やはり歴史的には新しい段階に属するもので、伝統的な「国法（公法）」―「私法」観や「法〔律〕」―「条令（布令）」観を忠実に反映したものではないのである。

以上を要するに、「国法（公法）」と「私法」は、伝統的には、それぞれ後の「憲法」もしくは「民事法」を中心的なものとして含みつつも、厳格な意味での「法律」・「〔ポリツァイ〕条令」・「布令」・「既得権（特権）」といったさまざまの法源から織り出されるものであって、体系的・内容的のみならず法〔律〕的性格の点でも必ずしも相互に峻別されうるものではなかった、と考えられる。クライトマイアの場合も、その『国法（公法）論』は、一連の特権付与状や『ラントの特権（フライハイト）の宣言』や勅法・条令を内容としており、「私法」も中世以来の「ラント法〔書〕」やポリツァイ条令・勅法を集大成したものであった。(53) その限りで、彼の法学体系は、シュロッサー以前の伝統的法観念に立脚しているものだ、と言える。(54) しかしその一方で、彼の「国法（公法）」と「私法」は単なる講学上の便宜的区分に甘んじてはおらず、一般的・理論的説明が与えられている。(55) この点に理性法論(56)の影響が明らかに看取されるが、その結果、クライトマイアの法学体系は、シュロッサー以後の発展の萌芽を潜在させた構造を備えることにもなったのである。

本章では、以上の視角から、クライトマイアの法理論の構造を分析し、あわせてその法学体系が一九世紀になって更にどのように分化していくことになるか、その過程の見通しを立ててみたい。

（1）CMBC. I. 2. §. 7 は、„Jus Publicum“ と „Bürgerliches Recht“ とを等置している。

（2）本稿(一)『北大法学論集』三三―三（一九八二年）第一章参照。

（3）Vgl. Kreittmayr, Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayerischen Staatsrechtes, München u. Leipzig 1769, §. 1. S. 2.

（4）A. a. O., §. 39, S. 77 は「一般国法と並んで……それぞれの国（Staat）にはまたそれぞれ特別の〔国法〕（sein besonders）がある。……今日の「ドイツ国民の神聖ローマ帝国（das Heilige Römische Reich Deutscher Nation）」に固有のそれをドイツ国法といい、成文・不文の帝国基本法律（Reichsgrundgesetze）に基づいている」と述べ、a. a. O., §. 101, S. 179 はまた「ドイ

ツには一般国法のみならず、二つの特別国法 (ein zweyfach besonderes Staatsrecht) がある。一つはドイツ帝国全体 (der gesammte deutsche Reichscörper) に関するものであり、もう一つは最特別国法 (jus publicum specialissimum) と呼ぶことができようが、各選定侯ないし帝国の等族 (Stand des Reichs) とそのラントとの関係に固有のものである。なぜなら彼らは皆それぞれがまた一個の国 (Staat, oder respublica) であって、剰えその強大なものにあっては、クラェソ (Craeso) のユスティヌス (Justinus) が書いているように、王宮もしくは王宮の格式に匹敵する生活を送っている (aut regiam, aut regiae dignitati proximam duxisse vitam) というのが実情だからである」としている。

(5) 村上淳一『近代法の形成』(一九七九年) 一四〇ないし一四一頁の訳語。

(6) F・ハルトゥング、R・フィーアハウス他著 (成瀬治編訳)『伝統社会と近代国家』(一九八二年) 六〇頁の訳語。

(7) Friedrich Merzbacher, Staat und Jus publicum im deutschen Absolutismus, in: Gedächtnisschrift Hans Peters, Berlin, Heidelberg u. New York 1967, S. 153 [フリードリヒ・メルツバッハー「ドイツ絶対主義における国家とユス・プブリクム」成瀬前掲編訳書六〇頁].

(8) A.a.O. [前掲] における「極めて特別な公法 (jus publicum specialissimum)」の説明は、これと多少ニュアンスを異にする。

(9) 本稿(一)第二章小序参照。

(10) Vgl. CMBC. I. 2. §.17.:「以上の制定法 (willkürliche Rechte) が相互に一致しないときは、まず既得権(die wol hergebrachte besondere Freyheiten)、次に各自治体(ナルト)の賞讃すべき慣習、条例・法令 (Satz- und Ordnungen)、次に一般ラント条例 (General-Lands-Statuta)、最後に普通法に拠るものとする。但し、法廷地・不法行為地法・物の所在地・契約地・住所地 (in loco Judicii, Delicti, Rei sitae, Contractûs und Domicilii) の法、すなわち条例や慣習が異なる場合、訴訟方式に関しては(quoad formam Processûs) 事件の係属する当の法廷で行なわれている法、犯罪の処罰についてはそれが犯された地(オルト)の法、これに対してある行為 (Handlung) の方式 (Solennität) にだけ関わる場合はそのような行為が死者や生者の間で行なわれてきた地の法、純然たる人法上の問題については (in merè personalibus) 住所地の条例 (Statuta in loco Domicilii)、最後に物法ないし混合法上の問題については (in realibus vel mixtis) 動産・不動産、有体物・無体物の別なく物の所在地 (in loco rei sitae) の法にしたがって審理して判決するものとする」。

但し、『刑事法典』公布勅令は、「朕は……この新しい制定法（Satz- und Ordnung）が、バイエルンならびに上プァルツの朕の選定侯領全域、及び朕に帰属するその他の全ての貴族領（Herrschaft）とラント（Ländereyen）において、万人によって忠実に遵守され（von Jedermänniglich genauist nachgelebet）、そして裁判所において、犯罪人の処罰ならびに訴追の際（sowohl in Bestraff- als Processirung der U[e]belthätern）、唯一の準則（Regul）にして目安（Richtschnur）と考えられるべきこと、そして朕は他方、これまで通用していた古い法と地方条例法と条令は全て、選定侯ならびにラント君主としての権力をもって、これよりのち完全に廃止し廃棄し廃絶するものであるからには、〔本制定法令は〕今後至るところでいよいよ忠実この上なく義務として尊重されるべきことを命令する」と述べて、同法典の排他的通用力を主張している。この点で第一法典は、第二・第三法典と多少その趣きを異にしている。そして公布勅令の以上の文言について Anmerkungen über CJBC. Ad mandatum electorale praemissum, Ziff. h は、「今日の実務（Praxis hodierna）は……各選定侯ないし帝国の等族がローマ法その他の帝国普通法律を、後者がドイツ帝国の国家体制（Staatsverfassung）に関する事柄を取り扱うのでなく、私法（Privat- und bürgerliche Gesätze）のみを対象とするものである限り、自らのラントにおいてこれを適宜（nach Gutbefinden）変更し、もしくは別のものを導入する権限を有する、ということを疑問視しない」というコメントを付している。ところがこの『刑事法典』における同様のラント君主の立法権は、実は『市民法典』の場合にも矢張り前提されているのである。即ち Anmerkungen über CMBC. I. 2. §. 9. Ziff. 22 に、「各選定侯ないし帝国の等族が自らのラントにおいて格別の配慮をなし、ユ帝法から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……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は、……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たがったのである……」ということが述べられている。ところでこのコメントが付された CMBC. I. 2. §. 9 は、ローマ法の補充的効力を認めた条文であった（「ローマ法は、はじめはなるほどローマ人にだけ与えられたものであるが、以後は他の国々、ことにドイツならびに本ラント（バイエルン及び上プァルツ）（in Teutsch- und hiesigen Landen）にも導入されたものであり、固有法（einheimisches Recht）などが十分に規定していない事案では、うまく（auf schicklich- und thunliche Weise）補助として（zur Hülf）用いられるべきものである」）。これに対して『刑事法典』公布勅令はなるほど『市民法典』とは異なり、法の欠缺の場合についても法典外の法源の適用を認めてはいない。しかし、枢密参議会（ゲハイムラート）への報告を義務付けた上でのことではあるが、「衡平と法の類推によって知識を尽し良

心にしたがって」裁判することは許されている。このように見てくると、第一法典と第二・第三法典は、一見したほどにはその法律としての基本的性格を異にするものではないことが分ってくる。それらは何れもラント君主の立法権を基礎としながらも法学的営為に対して程度の差こそあれ開かれた姿勢を示しており、後者による法体系の継続的発展を予想しかつそれを期待しているものといえよう。『刑事法典』の法源論の独自性は法律としての基本的性格の相違に由来するというよりは、刑事法の法領域としての特殊性に鑑みた立法技術の所産と理解さるべきものであろう。以上の問題については本稿(一)一二四頁註(38)のほか、vgl. Wolfram Peitzsch, Kriminalpolitik in Bayern unter der Geltung des Codex Juris Criminalis Bavarici von 1751, München 1968, SS. 4 u. 20 f..

(11) Peitzsch, a. a. O., S. 15 ff.. 因みに、コックツェーイの法改革は一七四八年の訴訟法典に始まり、民事法の一部を公表したところで、彼の死によって中断された。したがって、ドイツにおける刑事法の体系的改革は、クライトマイアの『刑事法典』(一七五一年)をもって緒についたわけである。この時期には、刑事政策上の改革をめぐる本格的な議論はまだない。『百科全書』派の刑事政策改革論がドイツで反響を呼ぶのはようやく世紀の中葉を過ぎてからのことであり、ベッカリーア(Beccaria)を翻訳する(一七七八年)ホムメル(Karl Ferdinand Hommel)の著作(一七六五年)ならびに「良き刑事立法の完全で詳細な設計図(プラン)」をテーマとしたベルンの懸賞(一七七七年)を機に、無数の法律草案や個別論文や近代的刑法綱要が公刊されるようになった。つまり、刑事政策上の改革をするという思想が共有財産となるのは、『刑事法典』制定後一〇年から二〇年を経てからのことなのである。A. a. O., S. 18 f.; Ernst Landsberg, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, Abt. 3 Halbband 1, München u. Leipzig 1898, Nachdruck Aalen 1957, SS. 218 f. u. 224.

(12) クライトマイアの『市民法典』は「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……で叙述しよう」(Anmerkungen ad CMBC. I. 2. §. 9. Ziff. 23)として編まれたものであるが、これこそ一六、一七世紀の「パンデクテンの現代的慣用」文献の特徴にほかならない、といわれる。Sten Gagnér, Die Wissenschaft des gemeinen Rechts und der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, in: Helmut Coing u. Walter Wilhelm (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert I, Frankfurt am Main 1974, S. 4; Klaus Luig, Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert, in: Ius Commune 3 (1970), S. 66 f..

(13) したがって、ローマ法の補充的効力を規定したCMBC. I. 2. §.9の実際的意味は相当程度減殺されることになる。他方、ラント内局地法律はラントの法律に優先するという原則は、ラント君主によるラント内局地法律の明示ないし黙示の承認と結びつけられている。また、存在が明らかでない法律を援用せんとする者は、文書によってその存在を立証する責任を負っていた(以上CMBC. I. 2. §.13)。この結果、〔ローマ〕普通法であれラントの法律・慣習法であれラント内局地法であれ、「国法(ラント法)典」以外の法源が適用される余地は——理論上は——非常に狭く限定されたものとなっている。法源の補充的効力関係の連鎖という普通法的法源論を維持しながら、「国法(ラント法)典」が排他的でこそないにしても決定的に重要な位置を占めるに至っている。制定法至上主義(Gesetzespositivismus)への傾斜を持つヴォルフ(Christian Wolff)の法理論の影響は、自己の排他的通用力を主張する『刑事法典』のみならず、「国法(ラント法)典」全体に及んでいるのである。しかしクライトマイアの場合、それは『プロイセン一般ラント法典』に見るように極端なものとはなっていない(村上前掲書一五二—一五三頁参照)。彼は、法学ならびに裁判官の活動が実定法体系を継続的に発展させ完成させてゆく可能性を否定せず、むしろそれを期待している。但し、その過程は国家によって把握され制禦されている必要があった。クライトマイアにとって、ヴォルフ的法理論の受容は、「パンデクテンの現代的慣用」型のローマ=ドイツ法学の伝統との訣別を意味するものでは全くなかったのである。Vgl. Peitzsch, a. a. O., S.27f.; Sten Gagnér, Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung, Stockholm, Uppsala u. Göteborg 1960, S.70. 前註(10)も参照の事。

(14) 本稿(一)一二頁、一二八頁註(76)参照。バイエルン以外から来ている学生に対しては従来通りの普通教育を続けても良い、とされている。しかしインゴールシュタット法学部は、選定侯のこの命令に異を唱えた。内国人(ラント)もバイエルンの外で実務に就くことがあり、バイエルン内でも普通法の知識なしに済ますことはできない、とすれば普通法の教科書のほかに「国法(ラント法)典」を購入させることによって学生に過大な負担を強いることにもなりかねない、というのが反対の理由であった。これに対して選定侯は、『市民法典』には市民法に属するものは全て含まれている、と弁明した。しかし、いかにローマ=ドイツ普通民事法学の教科書としての優秀性を誇ろうとも、〔普通〕法律としての優越性に訴えることができない限り、『市民法典』が他の普通法学文献をおしのけて法学教育を支配すべきだという主張の貫徹は不可能となる。両者は原理的に等価だからである。それどころか、普通法学が『市民法典』に寄せる関心は、その内容がローマ=ドイツ普通法であったがためにかえって小さくなる。クライトマイアの目論見はまさに裏目に出て、インゴールシュタットの普通法学教育上、『市民法典』が中心的な役割を演ずることはな

かった。その後、大学はランズフート、ミュンヒェンへと移転し、法学の潮流も合理論的普通法学（ティボー、フォイエルバッハ、ゲンナー、クリュル Franz Xaver Krüll)、帰納的・比較法的ドイツ普通法学（ミッターマイアー）ならびに歴史法学派（サヴィニー、アイヒホルン、ウンターホルツナー Karl Unterholzner)、構成法学（ゲルバー）ならびに記述的法〔史〕学（パウル・ロート Paul Roth、〔シュトッベ Otto Stobbe〕)、ドイツ法学派（ベーゼラー、ブルンチュリ）という風に移っていったが、事態は変わらなかった。一九世紀を通じて法学ならびに法学教育上、『市民法典』にクライトマイアが考えたような位置付けが与えられたことは、バイエルンの地においてさえなかった。クリュルなどにとっては、「パンデクテンの現代的慣用」の伝統を承けてローマ普通法と『市民法典』との差異 (differentiae iuris) に関心を寄せたヴァイスハウプト (Adam Weishaupt) と比較しても、『市民法典』は軽い意味しか持っていない。もちろん時とともに『市民法典』に言及されることが多くはなっていった。しかし結局、法学者たちはそれぞれの問題関心と方法論に立って、〔あるべき〕ドイツ法を講じたのであって、その際に『市民法典』が一つの資料として利用されたにすぎないのである。Gagnér, Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, S. 6 ff..

(15) CMBC. I. 2. §. 5:「自由な諸国民 (Völker) の間で黙示の合意 (Einwilligung) によって慣行 (Gebrauch) となったものが、本来、国際法と呼ばれる」。

(16) 村上前掲書一七八頁。

(17) 村上淳一「『良き旧き法』と帝国国制㈢」『法学協会雑誌』九一―二（一九七四年）一―四頁、同『近代法の形成』一四〇頁。

(18) 前掲『近代法の形成』一四一頁。

(19) 前掲書一四〇頁、本稿㈠『北大法学論集』三四―二（一九八三年）一〇六頁参照。

(20) 村上『近代法の形成』一七七―一八八頁、同『法学協会雑誌』八―二六頁参照。

(21) 村上前掲書一八八頁。

(22) 前掲一九三頁註（8)。

(23) 前掲一九二頁註（6）参照。

(24) 前掲一四二―三、一七一―四、一七七―八、一八七―八頁、村上前掲論文七―八、二六―三三頁。まさにこの民事法（市民法）ないし私法の政治的性格のゆえに、教授は、ツァイラーの見解の伝統的・身分制的性格を指摘されるのである。

(25) Savigny, System des heutigen römischen Rechts I (1840) S. 21 ff. は、法の全体を「国法 (Staatsrecht)」と「私法 (Pri-

vatrecht)」の二つに分けて議論を進めている。そして、実際には国家の活動と個々人の活動とを完全に切り離すことはできないために、民事訴訟法・刑事訴訟法をその一部とする刑事法が「国法」に属することが正しく理解されていない、として、「国法(Staatsrecht)という名称と並んで、公法(öffentliches Recht)というより一般的な名称を用いて、民事訴訟〔法〕と刑事法(少し前でサヴィニーは、刑事訴訟〔法〕は刑事法の一部である、と述べている——筆者)をもこれに含めて理解することは、珍らしいことではないし、また目的に適っていると思われる。本書では以下、この呼び名を用いることにする」(S. 27)、と述べる。サヴィニーがここで、国法(Staatsrecht)を公法(öffentliches Recht)と呼び変えるのは珍らしいことではない、としているように、フーゴー(Gustav Hugo)も、Lehrbuch eines civilistischen Cursus I (5. Aufl. 1817) §. 6 において、「国法(jus publicum)ないし公法(droit public)、有名な著述家たちの呼び方では政治的(国家〔的〕)法(droit politique)(この呼称はその語源からすれば〔前二者と〕同一のものであるが、ドイツ人著述家は余り用いない)〔は〕、ドイツ語では三〇年ほど前から、国法(StaatsRecht)というほか、公法(öffentliches Recht)〔とも呼ばれる〕」と述べている。なるほどサヴィニーにおける、法全体を「公法(öffentliches Recht, Staatsrecht)」と「私法(Privatrecht)」とに分類する範疇論的二分法は、超越論的哲学ないし形而上学を基礎とする新規のものではあったが、「国法(jus publicum)」=「公法(droit public)」=「政治的(国家〔的〕)法(droit politique)」=「政治的(国家)〔的〕法〔律〕(political laws)」(ホッブズ Hobbes)などと呼ばれてきた伝統的「国法(公法)(StaatsRecht)」との連続は、その場合でもやはり意識されているのである。Vgl. Sten Gagnér, Über Voraussetzungen einer Verwendung der Sprachformel „öffentliches Recht und Privatrecht" im Kanonistischen Bereich, in: Ernst Caemmerer u. Konrad Zweigert (Hrsg.), Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966, Berlin u. Tübingen 1967, SS. 31 f. u. 34 f..

(26) 村上『近代法の形成』一八七—八頁。

(27) 前掲一七二—四頁、村上『法学協会雑誌』二八—九頁。

(28) 村上註(17)所掲論文(二)『法学協会雑誌』九〇—一一(一九七三年)四九—五二頁、同(三)八—一九頁、同『近代法の形成』七〇—七一頁。カール・クレッシェル、村上淳一訳「司法事項とポリツァイ事項」『法学協会雑誌』九九—九(一九八二年)一三七—九頁。但し、村上教授は他の論著においては両事項(事件)の関係を実体法的な性質決定の問題として説明されているが、この点については、クレッシェルにしたがって、〔実体法と訴訟法というように〕レベルを異にする概念と考えることにする。

(29) クレッシェル（村上訳）前掲講演一四一頁。Martin Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht. Studien über Sinn und Funktionen der Unterscheidung, Stuttgart, Berlin, Köln u. Mainz 1968, S. 28 f.. 塩野宏「(紹介) マルティン・ブリンガー『公法と私法』」『法学協会雑誌』八六—七（一九六九年）三二頁参照。

(30) 一五三九年、オルデンドルプ（Johannes Ordendorp）は、「政治の法学化（Verrechtlichung des Politischen）」という状況の中で、国家や自治体の指導に当たる者を育成するためにも、法学教育の中で「公的・私的な市民法上の事柄（res Civiles tum publicae tum privatae）」を同等の比重で平易に取り上げる必要を説いた。一六世紀の後半、ヴィゲーリウス（Nicolaus Vigelius）は、ローマ法を素材にして、最初の「国法（公法）論」を纏めた。ドネルス（Hugo Donellus）の場合にも、「国法（公法）」は、「市民法」とならぶ〔小さいけれども〕一つの学科に成長してきている。一七世紀の前半には、フランスやドイツでの宗教対立が背景となって、皇帝（国王）権力の絶対性の如何が大いに議論され、「国法（公法）」は強い政治性を帯びることとなった。しかしそれは、「国法（公法）」と「私法」との区別それ自体が政治的意味を持った、ということではない。一八世紀には「国法（公法）」の基本的性格も定まって、当初それが持っていた政治性も弱まり、「国法（公法）」と「私法」の区別は、純粋に講学上の伝統的分類と理解されるようになっていた。Vgl. Bullinger, a. a. O., SS. 16—30; Gagnér, Sprachformel „öffentliches Recht und Privatrecht", S. 52.

(31) Bullinger, a. a. O., SS. 18 u. 28. 塩野前掲。

(32) プーフェンドルフ（Samuel Pufendorf）は、本来、国家的共同生活の条件から自律的な法関係と、国家（status civilis）に特有の法関係のそれぞれを、理性の一般的諸原則から導出することによって、実質的には、一般私法と一般国法とでも呼ぶべきものを築き上げていた。だが彼は、「国法（公法）」と「私法」を概念的に区別することをせず、したがって法律をこの二つに分類することもしなかった。プーフェンドルフのみならず、ベーマー（Justus Henning Boehmer）・トマジウス（Christian Thomasius）・ヴォルフ・ダルイェス（Joachim Georg Darjes）・ネッテルブラット（Daniel Nettelblatt）にも、「国法（公法）」・「私法」の範疇論的二分法は見出されない。Bullinger, a. a. O., S. 32 ff.; Gagnér, a. a. O., S. 30 f..

(33) 塩野前掲三三頁以下参照。

(34) 村上前掲論文(三)三一—六頁参照。「もっとも、意思の支配領域のみを既得権として保護すべきものとし……、一般に権利を『意思の力』として定義したサヴィニーにあっては、その定義は意思の抽象性において経済社会の自律性を指向するのみならず、

支配ないし力の要素によって、自権者の自力により担保された前国家的権利という観念……とのつながりを示すものであった」（村上『近代法の形成』一九三頁註（9））し、「私」法秩序の「自律性は、完全に脱倫理的な経済社会の予定調和的自律性ではなく、一種の倫理的な自律性であった」（同「倫理的自律としての私的自治」『法学協会雑誌』九七―七（一九八〇年）一一一頁）。「サヴィニーにあっては、法はやはり『各個人の意思に内在する倫理の力の自由な展開を保障』すべきものなのであって、反倫理的な経済活動の展開は、可能ではあるが、本来法が欲するところとされているわけではない。脱倫理的とされる財産法は、あくまでも倫理的秩序が主体的に形成されることを期待して、その可能性を保障するものなのであり、その意味ではすぐれて倫理的な性格を示すものであった」（一一三頁）。一九世紀中葉になってもなお、イェーリングは「やはりアウトノミーにもとづく倫理的秩序の形成を構想」している。その際、「『私的自治』の担い手として予定」されていたのは「依然として『家父長的小家族』の……家長」であった。「支配者たる家長の倫理的自己抑制を介して、『私的自己』そのものに倫理的色彩」が与えられていたのである（一一二―三頁）。

(35) 本稿(一)一七四―一七五、一八七頁。

(36) 塩野前掲三二頁。Bullinger, a. a. O., S. 30.

(37) 本稿(一)一七九―一八〇頁。

(38) クレッシェル（村上訳）前掲講演一二七―一三〇頁に掲げられた、ロストック市とメクレンブルク太公との間で争われた事案（請求棄却）を見よ。一方、原告の請求を認容した事例（ラント君主敗訴）については、村上註（28）所掲論文三六―四九頁参照。

(39) Vgl. Rolf Grawert, Historische Entwicklungslinien des neuzeitlichen Gesetzesrechts, in: Reinhart Koselleck (Hrsg.), Studien zum Beginn der modernen Welt, Stuttgart 1977, S. 228. そこではこの対比を一七世紀中葉のものとしているが（村上『近代法の形成』一四五頁註（15）参照）、引用されているのはオルデンドルプが一五三〇年に著した『都市とラントの良きポリツァイと秩序を確立するための方策に関する考察（Van radtslagende, wo men gute Politie und ordenunge, ynn Steden und landen erholden möghe）』である。Vgl. Hans Maier, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, 2. Aufl., München 1980, SS. 111 u. 106 Fußn. 69.

(40) 本稿(一)一七〇、一七二―四、一七七―八頁。

(41) 同一八四頁参照。

(42) カントにおける「法律」と「布令」との厳格な区別については、村上『近代法の形成』一七九頁。
(43) クレッシェル（村上訳）前掲講演一三九、一四二頁。
(44) フリッツ・ケルン、世良晃志郎訳『中世の法と国制』（一九六八年）八二頁参照。
(45) 清宮四郎『憲法Ⅰ――統治の機構――〔第三版〕』（一九七九年）九頁参照。
(46) このオットー・マイヤー（Otto Mayer）の概念については、村上註（17）所掲論文三六―八頁参照。
(47) 同三八―四〇頁。クレッシェル（村上訳）前掲講演一四三―四頁参照。
(48) 本稿(一)八九―九〇、一三四―五頁。
(49) Vgl. Karl Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte 2 (1250—1650), Reinbek bei Hamburg 1973, S. 267 ff..
(50) 註（14）参照。
(51) クレッシェル（村上訳）前掲講演一四〇頁。
(52) 村上前掲論文四―七頁、同『近代法の形成』一四一―三頁。
(53) 本稿(一)第二章小結参照。Vgl. Bullinger, a. a. O., S. 32 mit Fußn. 116.
(54) 本稿(一)一九二頁。Vgl. Anmerkungen über CMBC., Vorrede, S. Ⅲ ff.:「教会法（Kirchenrecht oder Jus Canonicum)……は、それと市民法（Jus Civile）との間の非常に大きな結びつきにもかかわらず、対象を異にしているため（propter diversitatem objecti)、常に、後者から区別された（separirt）全く別の学科（Disziplin）と考えられてきた……。いま述べた状況は国際法ならびに一般国法（公法）ないし〔個別〕国家の国法（公法）（Jus Gentium et Publicum universale vel Civitatis）についても同じである……。（改行）シュマウス（Johann Jacob Schmauß）の『国法（公法）大全』（Corpus〔Compendium?〕Juris publici）の序文で既に指摘されて（remarquirt）いるように、さまざまな混合的素材（Materias mixtas）があって、その一部は国法（公法）（Jus publicum）に、また別の一部は市民私法（〔Jus〕privatum Civile）に分類されるが、それには幅（latitudo）があって、数学上の点（Punctum Mathematicum）のように分別し分類することはできないのだから、『法典（コーデックス）』自体がそうしているように、本『註釈（Annotationes）』で狩猟法・森林法・ビール醸造権の素材や混合法（Jus mixtum）に属するその他のものを論じたからといって、何人との間でも境界争いの起こる気遣いはない。〔私は〕……同じ理由で、屢々引用した第二章の第七条で前提にした一般原則（Principia generalia）にしたがって、最近になってようやく開発され始めたものではあるが法に携わる

(rechtschaffenen) 法律家 (Juris-Consultus) にとっても不可欠の君主たちの明確な私法 (Jus Principum privatum seu illustre) (いわゆる Fürstenprivatrecht——筆者) をも、躊躇することなく本註釈に取り込むことにした。なぜなら我々は、これを私法学に (ad Jurisprudentiam privatum)、その他のものを公法学に (ad Publicam) 付属させて論ずるからである」。

(55) CMBC. I. 2. §§. 6 u. 7.

(56) 註 (32) 参照。

第一節　私人の行為規範の体系としての「私法」

一

クライトマイアの三つの『法典(コーデックス)』は、「国法 (ラント法)」——もしくはその「私法」部分を法典化したものである。中世後期の「ラント法」は、「裁判(レヒト)〔所(ト)〕の書」とでも称すべき性格を持った太公の平和立法(フリーデ)として客観化されていた。(1) 近世初頭に「公共の利益」による新しい基礎付けを与えられた「ラント法」(2)は、「ポリツァイ法律」としてのラント条例法秩序が拡充・整備された一七世紀(3)、刑事法・訴訟法・民事実体法 (市民法) に組織されて、体系的に分離されることになった(4)。一方で、法＝権利の二重概念が実体的に理解されるようになってきていたことにより、民事実体法(市民法)に限って「ラント法 (Recht)」の語を充てる用語法が生まれた(5)。しかしそれによって、伝統的「ラント法」の「法令」・「条令」・「法命令」的性格に否定もしくは変更が加えられたわけではない(6)。そのことは、マクシミリアン大選定侯の法典(7)やクライトマイアの法典(8)の立法経過からも十分うかがわれるが、更に『市民法典』第一部第一章第三条は、次の様に宣言していたのである。曰く、「法 (das Recht) とは多様な意味を持った言葉であるが、ここ (本法典) では、法律

(Gesätz) のことを言う。すなわち、公共の最高善 (das gemeine Beste) に関する事柄について、臣民 (Unterthan) に向けて規定した上級支配者の命令 (Oberherrschaftliches Gebott) である」。

ここで言われている「上級支配者の命令とは、一国の君主 (Regent)・最上位者 (Oberster) が、その上級支配者たる資格 (Oberherrlichkeit) とこれに付随する立法高権 (Jus Supremum Legislatorium) に基づいて発するもの」のことである。「位階 (Rang und Würde) が最高である (Superiorität) だけでは不十分で、命令権という優越性 (帝国高権) (Superioritas Imperii) が必要である。そして、法律の名宛人は臣民ということになる。なぜなら同格者は同格者に対して命令権を有しないからである (par in parem enim non habet Imperium)」[9]。

選定侯や帝国等族は、それぞれ自己の領国 (Landen) をもって「一つの個別国家 (einen besonderen Staat, oder rempublicam) を築き上げている」[10]。なるほどその「ラント高権 (Landshoheit) ないし上級支配者たる資格 (Oberherrlichkeit) は、〔一般〕国法論で (in jure publico) 叙述された君主権 (Majestät) ないし最高権力 (höchste Gewalt) に……完全に匹敵するものではない。蓋し帝国等族は、絶対的にではなく場合を限ってのみ (nicht absolute, sondern nur respective)、すなわちその臣民と外国に対しては主権者であり (Souverains) 独立であるが、皇帝と帝国に対しては (intuitu imperatotis & imperii) そうではない。彼らは皇帝と帝国を自己の首長 (Oberhaupt) と認め、帝国の最高裁判所[11]をそこに係属する事件について自己の裁判官と認めねばならぬからである。彼らはしたがって、真の君主権 (Majestas vera) は持たない。しかし君主権類似の (analogia) 権利を有し、これを領邦高権と言う (vulgo superioritas territorialis)。これによって彼らは、君主が臣民と外国に対して (sowohl respectu subditorum als exterorum) 自然法・国際法上常に有する全て〔の権利〕を、自己の領邦において (in ihrem territorio)、帝国の法律ならびに自己のラント等族と締結した有効な契約と慣習 (Observanz) に反しない限り行使することができる。……〔帝

国」等族（シュテンデ）のこの高権（ホーハイト）（Superioritas a statibus）……自己の権利と名（権原）において（jure & nomine proprio）、但し帝国とラントの憲法（国制）（Reichs- und Landsverfassung）に則って行使される」のである。[12] バイエルン太公は、選定侯として、[13] 以上のような領邦高権（ランデスホーハイト）という上級支配者たる資格を有していた。

領邦高権（ランデスホーハイト）がそれとの類似性において把握された君主権（マイエステート）については、「国家の公共の最高善を指導し整える、君主（Regent）もしくは国家の首長の権利」と説明される。至高の命令権（インペリウム）（Summum Imperium）・国家最高の権能（suprema in republica potestas）と呼ばれるが、戴冠した首長の場合には、普通、君主権（majestas）と言われる。その内容をなすものは、「独立性（Independenz und Unabhängigkeit）ないし主権性（Souverainität）」である。[14] クライトマイアの場合に特徴的なことは、この君主権（マイエステート）から個々の支配権が導き出されてはいない点である。「国王留保権（レガーリア）ないし君主の権利（フ・レヒト）（regalia vel jura majestatica）」と呼ばれる具体的支配権は、君主権（マイエステート）自体を基礎付けている目的（finis vel scopus summae potestatis）たる「公共の福祉（gemeine Wohlfahrt）」から流出する、と説明される。もとより「君主は国家の首長（caput reipublicae）としてこの目的をあらゆる手段を尽して（auf alle thunliche Weise）達成する責務を負っているから、目的への権利は手段への権利を与えるという規則によって（per regulam, jus ad finem dat jus ad media）「公共の福祉……を保持する手段」たるこれらの支配権は、その手に帰される。こうして君主権（マイエステート）と君主の支配権（レガーリア）とは結局は結びつくのだが、君主権（マイエステート）（もしくは主権（スヴェレニテート））がそれ自体として支配権能を内包しているわけではなく、むしろこれを取得するための権利能力とでも言うべきものである。[15] そして具体的支配権（レガーリア）は、その存立根拠を直接「公共の福祉」の中に持つのである。ビール醸造権（jus braxandi）・狩猟権（jus venandi）・塩専売権（jus salinarum）などは、臣民の明示ないし黙示の同意によって（consensu populi expresso vel tacito privative）国王留保権（レガーリア）とされてはいるものの、「公共の福祉」に基づくものではなく、その他の私人の権利（ユース・プリヴァトールム）と区別するというだけの消極的な意味で（in

sensu valde improprio ad distinctionem aliorum jurium privatorum) そう呼ばれているにすぎない、として区別される。(16)

この厳密な意味での「君主の権利（レガーリア）」の筆頭に位する重要なものが立法権 (jus legislatorium) とされる。「立法権によって (vi juris legislatorii)、君主は、司法 (Justiz-) 事項においてもポリツァイ (Policey-)・財務 (Cameral-)・通商 (Commercien) その他の事項について国家の利益のために (pro bono reipublicae) 自ら新しい法律を作ることができるのみならず、たとえばギリシャ・ローマ法のように、外国の法律をそのラントに導入することも、既存の法を宣言したり公定 (authentice) 解釈を下したり、拡大・限定したり、時と状況の変化に応じて廃止・撤廃することもできるのである」。(17)

これと同様の「立法権を帝国等族（シュテンデ）がその領邦（ラント）内で (in seinem territorio) 行使できる」ことは、領邦高権（ランデスホーハイト）と君主権（マイエスタート）との類似性からして、クライトマイアには自明であった。そしてそれは、「伝統と帝国法律 (Herkommen und Reichssatzungen) 中にも根拠のあることであった。蓋し〔帝室裁判所令（ライヒスカムマーゲリヒト）と帝国〔宮廷〕法院令（ライヒスホーフラート）という〕法律は、帝国の最高裁判所に対して、ラントの条例法律 (Landsstatuta) を、ラントから移管された事件の裁判の際の規範である (pro norma)、としていたからである。皇帝の認可も……ラント等族（シュテンデ）の同意も必要ではない。後者がこれについて諮問されることが普通であっても、それは助言を求めているのであって、不可欠だから、というのではない (mehr ex consilio als necessitate)。もっとも、ラント契約 (Landsverträge) が協働を不可欠としている場合は別である。……条例制定権には (ad jus statuum legislatorium)、法律を公布し解釈—変更—廃止し特免を与え特権を与える権利 (jus publicandi, interpretandi, mutandi, abrogandi, dispensandi aut privilegia concedendi) も含まれる。最後のものは、但し、帝国憲法（国制）とラント契約に反し得ない」。(18)

即ちクライトマイアは、その三法典を、帝国等族（シュテンデ）であるバイエルン選定侯がその領邦高権（ランデスホーハイト）という上級支配者たる資格（オーバーヘルリッヒカイト）に付随する立法権を行使することによって制定した「法律」であって、「公共の福祉」の達成のために、「公共の最高善」に関する事項について臣民に向けて発した命令である、と位置付けていたわけである。「公共性」の範囲を画定するのは、「統治者と臣民とが力を合わせて公共の福祉（das gemeine Wohl）を伸長するために結びついて形成される国家＝市民社会（societas civilis seu civitas et republica, vulgo der Staat, oder die bürgerliche Gesellschaft）」[19]としての選定侯領（複合ラント）である。その拡がりは、上・下バイエルン（四つの地方政庁管区（レントアムト）から構成される）、上プファルツ（一つの地方政庁管区（レントアムト）を構成する）、ラントグラーフシャフト・ロイヒテンベルク（Leuchtenberg）[20]、グラーフシャフト・カム（Cham）[21]等、『国法論』第一〇二節から第一一一節までに列挙され[22]、そこでこれらの所領の歴史や沿革、選定侯の手に帰属することになった経緯や権原（質、買入等）が相当詳細に論述されている[23]。この領域においては、したがって、彼の「私法」＝「国法（ラント法）」の法典はいずれも、「ポリツァイ〔条令〕」的「法命令」として、自己の客観的法（＝法律）的通用力を主張するものであったのである[24]。ラント等族（シュテンデ）の助言・同意は、「ラント契約（シュヤフト）」がこれを要求していない限り、必要ではなかった。確かに、「ラント等族会の意見書を求めずに、新しい条例（statuta）やラント条令（Landsordnungen）を制定するのは容易なことではな[25]」かったけれども、それによって『法典（コーデックス）』の「法命令」的性格が否定されるわけではない。なぜなら『法典（コーデックス）』は、意見書によって協働するラント等族（シュテンデ）の範囲を越えて、一般の臣民に対しても「法〔律〕」としての拘束力を有していたからである。これを基礎付け得るのは、ただ、君主の立法権だけである。なぜならラント等族（シュテンデ）は、君主権（マイエステート）も領邦高権（ランデスホーハイト）も有さず、したがって、少なくとも帝国法上ならびにラント法上の立法権は持たないからである。等族（シュテンデ）に帰属するのは、「貴人特権（エーデルマンズフライハイト）」とこれに付随する支配権、すなわち下級裁判権ならびにポリツァイ執行権その他若干の「市民法」上の支配権だけである[26]。したがって彼らの支配は、ラント

君主(ヘル)の立法権と「私法」法典の「ラント君主の法命令」的性格を前提として初めて、自己の「〔ラント〕法(Recht)」上の正当性を主張することができたにすぎない。(27)

「法(Recht)」すなわち「法律(Gesätz)」の名宛人である臣民については、『国法論』第一八一節に、以下のような記述が見出される。「一般のバイエルン臣民、すなわち一般都市民・農民、その他の軽い身分の者たちは、選定侯のラント裁判所・官庁(Aemter)に直属するか(immediate)、ラント等族(シュテンデ)の裁判権(Jurisdiction)・支配権(Obrigkeit)に直属するかによって、選定侯の臣民とラント等族(シュテンデ)の臣民とに分かれる。ラント等族(シュテンデ)は、臣民である(Subjection und Unterthänigkeit)点で一般臣民と違いがあるわけではないが、後者の有しない特権(die Prärogativen und Freyheiten)、とりわけラント等族(シュテンデ)の本質(das essentiale)であるラント集会(ターク)における議席と票決権とを与えられている点で区別される。……貴族・騎士中、貴族領すなわちラント台帳(Landsmatricul)に登録されている地所を持たない者は、ラント等族(シュテンデ)とはみなされない(28)」。ラント等族(シュテンデ)の特権中、その臣民に対する支配権の中核をなすものが、ホーフマルク権(Jus Hoffmarchiale, Hofmarchsgerechtigkeit)である。その主たる内容は、「裁判権(potestas judiciaria)とポリツァイ事項における監視(Obsorge)である。前者に基づいて、ホーフマルク権者(Hofmarchsherr)は、その管区(District)内で、家産裁判権と呼ばれる通常民事裁判権(jurisdictio civilis ordinaria & quidem patrimonialis)を行使する。……ポリツァイ(Policeywesen)については、先ず、法の制定(立法)〔権〕と〔法の〕監視(執行)〔権〕とを(inter juris constitutionem & inspectionem)区別しなければならない。前者は、ホーフマルク権者には帰属しない……(29)」。「父が子に、主人が従僕に、裁判官が当事者に対して下す命令は、法律ではない(30)」から、父や主人や裁判官——ラント等族(シュテンデ)は、これらの属性を併せ持っていた——は、自己の支配権の根拠と行使の基準を、ラント君主(ヘル)の「法命令」の中に求める以外に方法はなかった。少なくとも、宮廷法院(ホーフラート)・統治府(レギールンク)・破毀院(レヴィジーリウム)といったラントの法廷において(そして

場合によっては帝国裁判所において)、自己の支配行為の当否・正当性を主張しようというときには、そうであった。蓋し、なるほど『市民法典』第一部第二章第一三条は、地方条例法(Statuta)を、ラント法([Statuta] Provincialia, Land-Rechte)と都市法・市法(マルクト)・自治村法(ゲマインデ)・職人組合法等の自治体法・局地法([Statuta] Municipalia, Localia, oder Stadt- Markt- Gemeinds- Handwerks- und dergleiche Rechte)とに二大別した上で(31)、「普通制定法(das willkürliche gemeine Recht)(32)にラント法が優先し(derogirt)、ラント法には都市法その他の特別法(das Stadt- oder andere dergleichen Particular Recht)が優先する」(33)としているが、これにすぐ続けて、次の様に規定していたのである。即ち、「後者(ラント全体ではなく、特定の都市・市(マルクト)等の自治的団体 Communitäten に適用されるラント内局地(特別)条例法)は、ラント君主(ヘル)の明示ないし黙示の承認なくして存在しない。両地方条例法(ラント条例法およびラント内局地条例法)とも、その存在が明らかでないときには(an Ort und End, wo sie nicht offentlich Kundbar seynd)、これを援用する者が、信頼に価する文書ないし官において作成された摘要(Obrigkeitlich-gefertigte Extracten)を提出するなどして、十分な証明をしなければならない(34)」。

このように、「国法(ラント法)」――もしくはその「私法」部分は、ラント君主(ヘル)が臣民に対して発した行為規範命令であったのであるが、そのことは、「私法」とりわけ近世以降「ラント法」と呼ばれるようになった民事法(市民法)が私人の権利の体系でもあることを、否定するものではない。クライトマイアの考えでは、むしろ法律こそ万人に対して対抗できる権利を設定するものであった。『市民法典』第一部第一章第四条は、これを義務の側面から表現して、「ここ(法律)から人間の義務と拘束が、立法者との関係においてのみならず、法律から間接・直接に何かへの権能を獲得した者全てに対して生ずる」、と述べている。更に『註釈』に曰く、「義務と拘束力という点に、助言(Rath)と法律(Gesetz)との主要な相違がある。前者は各人を自由のままに放置し、何人もこれに従う義務はない。助言が上位者に

由来するものであろうが、下位者に由来するものであろうが、また同格者からのものであろうが、それは同じことである。……法律は逆に自由を廃棄し、臣民は従わざるを得なくなる。臣民の側からの法律の受容など、不要である。なぜなら、彼らは、これ（法律の受容）を待つまでもなく、これ（法律）に拘束されているからである。「人民が決めたことが、法律としての効力を持つ（quod Populo placuit, Legis habet vigorem）」というローマの法文は、人民（Volk）が同時に立法者でもある民主政という状態（Status Democratius）からのみ理解できる。……人間は、法律によって、立法者に対して（Legislatori）［だけ］ではなく、そこ（法律）から法的権能を間接・直接に獲得した者に対しても、拘束される。蓋し、権利と義務（債務）（Jus et Obligatio）とは、不可分の相関概念（Correlata）である。ここから、二つの注目すべき帰結（Consectaria）が出てくる。第一に、対物権（Jus reale）[35]とても、よく考えてみると、人（Person）の義務（Obligation）なしには理解できない。私がそのような何らかの権利を取得するや否や、全ての人がこれについて私を侵害してはならない義務を課されるのである。第二に、対人権（Personal-Jura）[35]や債権（債務）（Obligationes）も、究極のところでは（ultimato）、法律に基づくものであることは変わらない。なるほど、これらは合意と不法行為によって（mediante Pacto vel Delicto）成立するものではあるが、どちらも自らの効力ではなく、法律によって付与される効力によって、義務を負わしめるのである。……だから、我々の法典は、『間接・直接に』という言葉を用いているのである……」[36]。既に再三論じてきたように、ラント等族の「支配権（ルジシャフト）」を、「父権」（『市民法典』第一部第五章）・「後見・保佐」（同第七章）・「賦役」（同第二部第一一章）・「家族世襲財産」（同第三部第一〇章）・「軽犯罪処罰」（同第四部第一六章第三条）等の「ラント法（市民法）」上の客観的権利＝法に仕上げたのも、まさにこのラント君主（ヘル）の立法権であった。そして、それが可能であったのは、「ラント法」が伝統的に「ラント君主（ヘル）の法命令」であったからにほかならない。なるほどその「法命令」的性格は、基本的には、裁判機関を名宛人とする「裁判（レヒト）［所］の書」もしくは

「裁判令（Gerichtsordnung）」ないし「訴訟法〔条〕令（Prozeßordnung）」としてのそれではあった[37]。但し、バイエルンでは、クライトマイア段階に至ってもなお、これらを君主の最上級裁判権に基づくものとして、君主がその立法権に基づいて臣民を名宛人として発する「法律」から区別する思考（シュヴァーレツ）は認められない[38]。「ラント法」は、その実体法的部分も訴訟法的部分も、「裁判〔レ〕〔所〕〔ト〕の書」ないし「裁判令」であると同時に、君主の立法権に基づいて臣民に向けて発せられた「法律」でもあった。いわばそれは、裁判規範であるがゆえに行為規範となり、行為規範とされたがために裁判規範でもあったのである。もしこれをラント君主〔ル〕の立法権の概念と最上級裁判権概念との混淆ないし未分化と理解するとすれば、その限りでここにもやはり法定立としての中世的裁判・判決観との連続性を読み取ることができよう。その意味でも、クライトマイアの法典は、『プロイセン一般ラント法典』とは明らかに異なった、法理論的には一段階前の古い地平に位置するものなのである。

二

君主の命じた臣民に対する行為規範という性格は、狭い意味での「ラント法」すなわち『市民法（民事法）典』に限られるものではない。それは、「私法」全般に共通した特徴なのである。たとえばクライトマイアは、『刑事法典』が行為規範であることを毫も疑ってはいない。それどころか彼は、『市民法典』第一部第一章第三条に対するコメントの中で、刑事法規以外の行為規範性を強調する必要を感じてさえいたのである。曰く、「刑罰はなるほど法律によくついてまわり、違反者に対してこの点が予め告知される。しかし、それは、法律の本質的部分ではない。ただ単に命じられたものも、刑罰を伴う命令と同様の効力を持っているのである」[39]。すなわち、しばしば説かれているように、クライトマ

イアの『刑事法典』における刑事実体法（第一部）と刑事手続法（第二部）との結びつきは、なるほど刑事法の「裁判令」的性格を現わしているものだとしても[40]、そのことによって、刑事法が臣民を名宛人とした行為規範でもあることが、否定されるわけでは必ずしもないのである。実際、一七世紀初頭のマクシミリアンの大法書における刑事法規が、「ラント法〔書〕」中に散在する若干の刑罰規定[41]を別にすれば、第九部分法律を構成する「刑事訴訟令」だけであったこと、『ヴォルムス改革都市法書（Wormser Stadtrechtsreformation）』（一四九八年）・『バムベルク刑事法令（Constitutio Criminalis Bambergensis）』（一五〇七年）・『カーロリーナ刑事法典（Constitutio Criminalis Carolina）』（一五三二年）では、手続法規が実体法規に先立つ体系が採用されていたことなど[42]と比較するならば、クライトマイアにおいては、刑事実体法が格段の充実を見ているのみならず、刑事訴訟法よりの自立化が相当程度進んできていることは、明らかであろう。「裁判規範か行為規範か」という問題と「実体法と訴訟法からの独立（「アクチオ」の分化）」の問題とが一応別の問題であることは言うまでもないが、実体法の充実と〔相対的〕独立によって、刑事法が臣民を名宛人とした行為規範という性格を強く帯びてくることはやはり否めない。かくしてバイエルンの刑事条例法〔律〕は、クライトマイアの法典の段階に至って、「裁判〔所〕の書」ないし「裁判令」ないし「訴訟法〔条〕令」としての伝統的性格を依然として維持しながら[43]、臣民の行為規範たる「法律」という基本的属性をも兼ね備えることになったのである。

『プロイセン一般ラント法典』は、「法律によって禁止されていない行為または不作為は、それによって他人が損害を蒙ろうとも、本来の犯罪とみなすことはできない[44]」と述べて、「法律なければ犯罪なし。法律なければ刑罰なし（nullum crimen, nulla poena sine lege）」の原則を宣明した[45]。この発展は、刑事〔実体〕法が臣民ないし国民（Bürger）の行為規範と理解されたところからもたらされたものであって、遡及処罰の禁止[46]と法律の公布の必要性[47]が謳われたのも、同じ理由からであった[48]。しかし、まさにそのことによって、『プロイセン一般ラント法典』は、「裁判令」としても完成さ

れたものとなったのである。実際、それは、自らが裁判規範としても完結的・絶対的なものであることを、主張していた。即ち、この「法典は『国家の住民』の権利義務を認める基準たるべき規定を含むものとされ（序章第一条……）、州（プロヴィンツ）の特別法や個々の団体の条例は君主の承認を得た場合にのみ法律としての効力を認められるものとされ（同第二条）、プロヴィンツやその他の下位団体の慣習法はプロヴィンツの制定法に採用された場合にのみ法律の効力を認められるものとされ（同第三条）、学者の説や裁判例は今後顧慮すべきでない、とされる（同第四条）。裁判官は法律の適用にさいして、法律の文言、訴訟の対象と法律の文言との関係、ないしその法律の明白な立法理由から知られる意味だけを参照すべきであり（同第四六条）、法律の本来の意味が明らかでないときは裁判官は君主直属の法律委員会の判断を仰がなければならない（同第四七条）。事案に適用すべき法律が存在しないときは、裁判官はこの法典の一般原則と、類似の場合を規律する既存の法令と、自己の慎重な洞察とによって裁判するほかはないが（同第四九条）、同時にかれはその法律の欠缺を司法大臣に申告しなければならない（同第五〇条）。法律は立法者によって明示的に廃止されるまで効力を有し（同第五九条）、慣習や学説や判例や個別的な命令によって改廃されることはない（同第六〇条）[49]」。逆に言えば、それ以前の刑事法令はただ単に行為規範ではなかったというのみならず、裁判規範としても不完全・不十分なものだったのである。近世になってラント君主（ヘル）のポリツァイ権（ius politiae）による新しい基礎付けを受け[50]、糺問主義的刑事訴訟・自由刑と結びつくことによって絶対主義的紀律化（Disziplinierung）の度を高めてきていた刑事法が[51]、一方で法＝権利の二重概念（Recht）がようやく実体法的に理解されるようになった結果、等族（シュテンデ）を含む私人の権利＝法の体系としての性格を持つに至った市民法（民事法、ラント法）とともに、「私法」を構成することが可能であったのも[52]、一つにはそのためであると考えられる。決して、「一八世紀中葉までの刑事立法が基本的に裁判機関を名宛人とする裁判令……であったのに対して、ようやく一八世紀後半から私人の行為規範としての刑事法が問題となるに至った、とい

う事情」があり、「糺問主義と自由刑の展開によって刑事法に関する法共同体の崩壊が進行しつつあったにもかかわらず、刑事立法における実体法が依然として直接臣民に向けられた行為規範としての性格を示しえなかったかぎりで、法共同体ないし少なくとも法共同体の意識は消滅するに至ら」[53]なかったからではない。蓋し、法＝権利共同体としてのラントの意識を体現していたのが主として等族的司法部であったとするならば[54]、臣民を名宛人とする「法律」となるまでもなく「裁判令」であるだけで既に、「ポリツァイ」的刑事法は等族の法＝権利意識と衝突することになるはずである。他方、刑事法律が臣民一般にとっての行為規範となったとしても、裁判規範として排他的・絶対的自己主張を掲げ得ない限り、紀律化の実は上がらない。即ち、刑事法令が完全な裁判規範となり、その限りで「司法国家」的法構造[55]の克服が緒についたことこそ、決定的に重要なのである[56]。それによってラント君主の「法（＝法律）治国家」への要請と等族の法＝権利意識との間に対抗関係が生じ、その中で裁判規範たる刑事法律が同時に行為規範としても把握されるに至り、その結果まずプロイセン型の罪刑法定主義が形成されたわけである[57]。行為規範としての刑事法〔律〕というこの理論構成は、やがてフォイエルバッハの心理強制説において、犯罪者は犯罪行為によって自らの処罰を容認した、と説かれるほどに徹底したものとなった[58]。「法律上の刑罰なければ犯罪なし（Nullum crimen sine poena legali）」[59]の原則はここから生まれてきたものであって、こうしてようやく成立を見た近代的罪刑法定主義を『バイエルン王国刑事法典（Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern）』（一八一三年）第一条は、「法律が一定の加害によって威嚇する違法の行為または不作為を惹起した者は、自己に対する刑罰としての法律的加害に服する……」と表現している[60]。刑事法の領域における「司法国家」の「法＝法律国家」による克服の過程はここに一応の完結を見るが、そこに出現した「法＝法律国家」は、同時に法＝権利意識に礎定された、完全な意味での「法治国家（Rechtsstaat）」であった[61]。

以上の文脈の中でクライトマイアの『刑事法典』を観察するならば、その――そして彼の「私法」全体の――法理論

的性格が極めて過渡的なものであったことがいよいよ明らかになる。彼の三つの「私法」法典は、いずれも裁判規範ないし「裁判令」として、相当の成熟を遂げている。既に見たように、等族（シュテンデ）を含む臣民の義務と権利は基本的に法律に由来するものとされ（『市民法典』第一部第一章第三、第四条）、ラント内の諸々の自治体（都市・市（マルクト）・村・職人組合等）の条例法の通用力も君主の〔明示ないし黙示の〕承認に依存するものとされていた（同第二章第一三条第三項）。法律の解釈についても、『市民法典』第一部第一章第九条第一項が、「明確な法律や条令は解釈してはならず、その文言の通常の意味（gewöhnlich- und Landläuffige Bedeutung）を拡張してはならない」、と定めている。しかし、その裁判規範としての完結性・排他性は、『プロイセン一般ラント法典』に比べると、やはり低い。たとえば「慣習法（Gewohnheits-Recht oder Herkommen）（Jus Consuetudinarium）は、自治体（ゲマインデ）の意思のみならず、ラント君主の同意（die Landsherrschaftliche Miteinstimmung）をも示すと推定させる（muthmaslich）ような慣行に依存する。したがってその慣行は、法廷の内外で公然と繰り返される恒常的にして均一かつ合理的なものでなければならない。そのためには、少なくとも三〇年が経過することを要する。但し、法律（die Rechte）が相当の期間（eine minder- oder mehrere Zeit）を特に定めている場合、もしくは新法の導入ではなく以前の疑しい法〔律〕を確認ないし説明するにすぎない場合を除く」[62]、とされている点は、州（プロヴィンツ）の制定法に採用された場合に限って慣習法の効力を認めるプロイセンと明らかに異なっている。「そしてこのような法的慣習は法律としての効力（vis Legis）を持つから、それはもちろん先行の成文・不文の法〔律〕を廃止するが、しかし一方、新しい法律ならびに相反する慣行によっては、上記第一章第一二条によって（in Conformität）やはり廃止される」[63]。即ち、法律が立法者によって廃止されるまで効力を持つ点[64]、学説・判例・個別的命令によって改廃されることがない点[65]では両法典の間に差異はないが、慣習法による法律の改廃を認めるか否かについては、両者の原則的態度は分かれるのである。もちろんクライトマイアも、成文法に反する慣習法は限定的に解釈す

ることを命じ[66]、また特別条例法の場合（『市民法典』第一部第二章第一三条第四項[67]）と同様、慣習法についてもその存在の証明責任を援用する者に課していることを忘れてはならない[68]。更に、法律的性格を否定された学説・判例も、クライトマイアの場合、法律の解釈に際しては大きな地位を与えられている。即ち、「一方、曖昧で疑義のあるもの（法律や条令）は、法学者、慣用もしくは立法者自身によって解釈され、第一の解釈（Interpretation）を『学問的（博士の）(doctrinalis)』、第二のを『慣用による（usualis）』、第三のを『公権的ないし法律による（authentica & legalis）』と称する[69]」とされるが、学説と判例はそれぞれ学問的（博士の）解釈、慣用による解釈の基準となるのである[70]。一方、公権的ないし法律による解釈は特別の場合に限られており[71]、君主直属の法律委員会の判断を仰ぐことを原則とする『プロイセン一般ラント法典』との顕著な対照をなしている[72]。但し『刑事法典』については、既に再三指摘した通り[73]、他の二法典とは事情が多少異なっている。即ち、古い法（Rechte）・条例（Statuten）・条令（Verordnungen）を廃絶し、刑事事件における唯一の準則たるべきことを主張しており、したがって旧来の慣習法の通用力も否定されている（公布勅令）。しかし実はこれは『市民法典』との本質的な相違をなすものではない。なぜなら『市民法典』第一部第一章第一二条は既に、先行する法〔律〕の全廃を理論的に認めていたのである[74]。ただクライトマイアは、『市民法典』・『訴訟法典』においてはそのような立法技術を採用することを不適当と考えたにすぎない。更に『刑事法典』といえども、将来、慣習法が生成して法典を修正することまでを排除したわけではない。もっとも慣習法の生成には最低三〇年を要し（『市民法典』第一部第二章第一五条第三項）、またポリツァイ権としての刑事裁判権は基本的にラント君主の手に留保されているので[75]、刑事法における慣習法の意味は非常に限定されたものになったことは否めない。『刑事法典』とその他の法典との裁判規範性の相違という点でむしろ注目されるのは、法の欠缺への対処の仕方である。即ち、「衡平と法の類推によって、知識を尽し良心にしたがって、上申（Anfrag）をなすことなくして判決し執行することができる」

（公布勅令）のは他の二法典の場合と〔準拠法源の問題を別にすれば〕同様であるが、[76] 同時に枢密参議会（ゲハイマー・ラート）への法の欠缺の申告を義務付けている点では『プロイセン一般ラント法典』の一般原則と同じである。[77] しかしプロイセンでは、既に見たように、「法律なければ犯罪〔ならびに刑罰〕なし（nullum crimen, nulla poena sine lege）」の原則が成立していたのである。

クライトマイアの法典は、『刑事法典』に関する限り、裁判規範としては『プロイセン一般ラント法典』にかなり近い（但し同じではない）成熟度を示していた、と言ってよい。しかし、バイエルンでは、フォイエルバッハ刑事法典以前には、罪刑法定主義の成立を見ることはなかった。その原因を、クライトマイア法典は未だ単なる「裁判令」にすぎず、臣民の行為規範たる「法律」ではなかった、というところに求めることはできない。なぜならこれまでの叙述からも明らかなように、彼は自己の法典の行為規範性をはっきりと意識していたからである。またそれゆえに彼は、法律によって義務を課される者の理解能力・意思能力を要求し、[78] 法律の公布（Promulgation）を発効の必須要件とし、[79] 法律の遡及的適用を禁じているのである。[80] それにもかかわらず彼において「法律なければ犯罪なし、法律なければ刑罰なし（nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege）」の原則が形成されなかったのは、『刑事法典』を含む彼の「私法」法典が、裁判規範としても行為規範としても網羅的・完結的なものだとは未だ立法者自身によっても信じられてはおらず、その限りでバイエルンの「司法国家」的構造――それは必ずしも法＝権利（レ　ヒ　ト）共同体ではない――が完全には克服されることなく生き続けたことによる。この間の事情を最も雄弁に語ってくれるのはおそらく、普通刑事法学を通じて維持された「正規刑（poena ordinaria）」と「特別刑（poena extraordinaria）」という対概念であろう。クライトマイアの『刑事法典』第一部第一章第一二条は、次の様に規定していたのである。すなわち、「裁判官（リヒター）の衡量（Ermäßigung）に委ねられる裁量刑ないし特別刑（willkührliche und Extraordinari-Straffen）の場合、裁判所（Obrigkeit）は、減軽

事由もしくは加重事由となる犯罪の全ての事情を考慮し、より軽微なる場合や疑わしい場合には加重よりも減軽をなすべきであり、新しい刑罰や異常な刑罰を案出してはならず、犯罪と刑罰との適正な均衡（Proportion）を考えねばならず、本条例（die Statuta）に明文の規定がない場合に自由裁量（Arbitrium oder Gut-Bedenken）によって死刑を科することは許されない」。続く第一三条は、「法律すなわち法（Gesatz und Recht）によって既に定められている正規刑（Ordinari-Straffen）は、（身体刑、生命刑、その他任意の刑罰たるを問わず、）本条例に（in denen Statutis）明文の規定があるか、もしくは少なくとも法の類推によって（per analogiam Juris）これ（本条例中の規定）から引き出しうる適法な事由が存在しない限り、裁判官（リヒター）は加重もしくは減軽することによって、これを裁量によって（willkühr-lich）自己の考慮にしたがって変更してはならない」、と定めている。この二つの法文は、なるほど『刑事法典』は裁判機関を名宛人とする「裁判令」ではあるが、実体法的裁判規範を網羅的に提供するものではなかったこと、したがってその臣民の行為規範としての性格も極めて限定されたものでしかなかったことを、如実に示している。しかしその一方で、『刑事法典』の〔実体法的〕裁判規範としての相対的充実に対応して、「正規刑」・「特別刑」という概念が、初期の普通刑事法学におけるそれとは異なる意味内容を獲得してきていることもまた見逃すことはできない。

三

『カーロリーナ刑事法典』第一〇四条に、「……我が皇帝法が生命・名誉・身体もしくは手足に対するいかなる苦痛刑をも置いたり定めたりしていない事柄（もしくはこれに類する事柄）については、裁判官ならびに審判人は、何人をもこれに反して死刑その他の苦痛刑に処してはならない……（……inn was sachen (oder des selben gleichen) vnser

Keyserlich recht, keinerley peinlicher straff am leben, ehren, leib oder gliedern setzen, oder verhengen, …… Richter vnd vrtheyler darwider auch niemant zum todt oder sunst peinlich straffen ……)」という規定がある。続く第一〇五条は、「……本法典の以下の条文には苦痛刑が科されていないか十分な説明がなかったり理解できなかったりする刑事事件や告発については、（それが有罪とされる場合）裁判官ならびに審判人は、このように法典が予期しておらずもしくは理解できない事件においては、どのように審理し判決することが我が皇帝法と朕の本法典にもっとも適うのかについて助言を求め、しかるのちこれにしたがった判決を下さなければならない……（……inn war〔was?〕peinlichen fellen oder verklagungen, die peinlichen straff in disen nachuolgenden artickeln nit gesetzt oder gnugsam erklert oder verstendig wer, sollen Richter vnd vrtheyler (so es zu Schulden kompt) radts pflegen, wie inn solchen zufelligen oder vnuerstendtlichen fellen, vnsern Keyserlichen rechten, vnd diser vnser ordnung am gemessigsten gehandelt vnnd geurtheylt werden soll, vnd alßdann jre erkantnuß darnach thun, ……)」という規定がある。[82] これらの規定は、両法典自身が認めているように、両法典が法典としての完結性（無欠缺性）を欠いていることに由来するものである。近世ドイツ普通刑事法学はこの状況を踏まえこれを克服しようとする知的・実践的営為であって、「正規刑」・「特別刑」の概念もこの脈絡の中で形成され、重要な役割を演じながら変容を遂げていくのである。

中世イタリア法学に由来する「法定犯罪（crimina ordinaria）」・「非法定犯罪（crimina extraordinaria）」の概念は、オランダ人ダムホウダー（Jodocus Damhouder）[83]やラウフドルン（Heinrich Rauchdorn）[84]を通じてドイツに導入されたもののようである。カルプツォフ（Benedikt Carpzov）（一五九五年―一六六六年）は、この問題を、「法定外（特別）刑（poena extraordinaria seu arbitraria）」の側から論ずる。「法定外（特別）刑」には、㈠法律自体が量刑を裁

判官に委ねている場合と、[85]㈡「おかされた犯罪が特定の名称を持たず、法律ないし条例に含まれていることが明らかでない場合（Sed et si crimen perpetratum nec peculiare nomen sortiatur, nec legibus vel statutis expresse comprehensum reperiatur）」とがある。[86]このように「犯罪の名（titulus criminis）」も「法律上の処罰（legitima animadversio）」も欠いているが処罰するに価する行為は、「非行（stellionatus）」という「一般的名辞（generale vocabulum）」で呼ばれるが、[87][88]これが「非法定犯罪（crimen〔delictum〕extraordinarium）」である。これに加えて、さらに㈢時代の変遷に伴う量刑価値の変動ならびに実に多様な事例に直面する刑事裁判実務の要請から、「法定（正規）刑」に加重・減軽を施すことも行なわれた。[89]以上の「法定外（特別）刑」は全て適正かつ在来の刑種を用いたものでなければならない、とされていた。[90]カルプツォフの経験主義的・実務的姿勢は、[91]彼をして「法定外（特別）刑」の枚挙を断念させ、また「今日の判決（裁判）はことごとく法定外（特別）のものである（omnia enim judicia hodie extraordinaria sunt）」と発言せしめたが、[92]その際彼は『カーロリーナ刑事法典』の第一〇五条を引用している。イタリア法学の圧倒的な影響の下にさしあたりドイツ法源とは独立に進められてきたドイツ刑事法学の営みは、[93]ドイツ普通刑事法の最初の体系的叙述であるヴィゲーリウス（Nicolaus Vigelius）の『公けの裁判の順序に並べ変え普通法と対照したカーロリーナ法典（Constitutiones Carolinae publicorum iudiciorum in ordinem redactae cumque Jure communi collatae）』（一五八三年、一五九〇年、一五九六年、一六〇三年、一六一三年）[94]以降、『カーロリーナ法典』をはじめとするドイツ固有法源との結びつきを強くしてきていた。[95]ゴープラー（Justinus Gobler）（„Auctuaria“）（一五四三年）[96]やレムス（Georg Remus）（„Nemesis Carulina“）（一五六四年）[97]の書物のほか、[98]一七世紀前半には『カーロリーナ法典』の規定にとりわけ法律が法通暁者の助言を求めるように指示しているところでイタリアの法学者の学説による補充を加えた註釈も少なくとも五点現われており、[99]ドイツの法生活において同法典が持つ意味は、徐々に大きくなってきている。[100]そのような

状況の中で、そもそも裁判官の法活動に対する制定法律の原理的優位を前提とした上でその法律を具体的に適用し（カルプツォフの「法定外（特別）刑」の第一類型）その欠缺に対処し（同じく第二類型）それを修正・緩和して実質的合理性を確保する（カルプツォフの「法定外（特別）刑」の第三類型）ものである「法定（正規）刑」・「法定外（特別）刑」の対概念が、『カーロリーナ法典』という現実の制定法律の規定と結びつけられたのである。こうして『カーロリーナ法典』をはじめとするドイツ固有法源は、「司法国家」もしくは「法学国家」とでもいうべき法＝国家構造の中に理論的・有機的に組み込まれ、不断に生成・発展を遂げていく〔ドイツ〕刑事法学の基礎ないし核となった。またその限りで、逆に「司法国家（法学国家）」的構造に枠をはめ、これを制約することにもなったのである。

ヨーハン・ザムエル・フリードリッヒ・ベーマーは[101]、そのような〔刑事〕法学史の流れの中で、「正規（法定）刑」・「特別（法定外）刑」の概念を再構成することになった。彼の解釈によれば、『カーロリーナ法典』第一〇四条は、同法典ならびに普通法が死刑・身体刑・名誉刑を科さず、軽い贖罪金（民事罰）を科しているにすぎないときに（「有名（特定）犯罪（species delicti nominatim definita）」）、〔地方の慣習 Observanz や裁判官の衡量によって〕重い刑罰（苦痛刑、刑事罰）を科すことを禁じたもので、その限りで「司法部の裁量の濫用（abusus arbitrii iudicialis）」が否定される。一方、第一〇五条は、「『カーロリーナ法典』では全く触れられずに見過ごされている犯罪（si crimen in Carolina prorsus silentio omissum）」や、規定はあっても一般的なものであったり逆に特殊な事案について規定されているだけで禁令の内容が不完全・不明確なもの、「刑罰が十分に確定されていなかったり曖昧な文言で規定されている（poena non satis determinata vel verbis ambiguis proposita）」にすぎない場合に関するものである。以上の場合には、普通法（但し、実務はベーマーと異なり、ローマ法の補充的効力を否認する）の適用や『カーロリーナ法典』の規定の類推ないし宣言的解釈（interpretatio declarativa）および〔第一〇四条の制限を逸脱しない範囲で〕地方特別法や裁判の

慣行（usus forensis）をもって処断するものとされる。[102] これをカルプツォフは「法定外（特別）刑（poena extraordinaria）」と呼び、こうして処罰される犯罪のうち『カーロリーナ法典』では全く言及されていないものを「非法定犯罪（crimina［delicta］extraordinaria）」（＝「非行（stellionatus）」）と呼んでいた。しかしベーマーにおいては「非法定犯罪」の概念は捨て去られ、[103]「有名（特定）犯罪（delicta nominatim definita）」と「無名（不特定）犯罪（delicta innominata）」という概念が用いられる。[104] これはベーマーが、テオドリクス（Petrus Theodoricus）（一五八〇年―一六四〇年）と同様、禁令が存在してはじめて、ある行為を「許されぬ行為（actus illicitus）」とし、犯罪と評価することができるのであって、「法律以前の行為は全て法的には無色である（omnes actus ante legem sunt indifferentes）」、と考えていたことによる。[105] しかし、その結果、ベーマーの体系は、犯罪の一般理論と「無名（不特定）犯罪」概念との間の論理的矛盾を抱え込むことになった。[106] この緊張関係を緩和するためには、犯罪の「有名（特定）」化を極力推進しなければならない。ドイツ古法に由来する「家の平和破壊罪（家宅襲撃・同侵入）（Hausfriedensbruch）」に［成文法（lex scripta）を欠くにもかかわらず］死刑を科すことを、ラント平和擾乱罪（Landzwang）・ラント平和破壊罪（Landfriedensbruch）に関する『カーロリーナ法典』第一二八条と同第一二九条の類推によって正当化したり、共犯に関する同第一七七条を類推して「犯行後の犯人援助（事後共犯）」を認めたり、窃盗の規定を類推して業務上横領を処罰したり、魚の窃盗に関する第一六九条の類推ないし宣言的解釈によって野獣やザリガニの窃取の処罰を認めたりなどする彼の解釈論[107]は、いわば新しい構成要件を提案し既存のそれを明確化することによって、以上の課題に答えようとするものである。第三者による囚人解放に関する第一八〇条を自己解放に類推適用したり、第一一一条に定められた鋳貨の偽造・変造の場合の刑罰をそのまま外国君主の「国王留保権（レガーリア）」侵害に類推適用することを否定する解釈学上の提案[107]も、また同様の機能を持つものであった。

「非法定犯罪」概念が否定され、「無名（不特定）犯罪」の「有名（特定）」化が意図されたことに対応して、「法定外（特別）刑（poena extraordinaria）」の概念もその意味を変え、[108]「特別（法定外）刑（poena extraordinaria）」と「裁量刑（poena arbitraria）」とが区別されることになる。[109]「特別刑」概念の多義性や、[110]「特別（法定外）刑」と「裁量刑」の概念が幾世紀にもわたって等置されてきたことも関連して、ベーマーの概念規定はなお必ずしも明確とは言えないが、[111]基本的には、「裁量刑（poenae arbitrariae）」は「確定的法定刑（poenae determinatae, poena legitima）」と対をなす概念であり、[112]「特別（法定外）刑（poena extraordinaria）」は「正規（法定）刑（poena ordinaria）」と対をなす概念である。[113]「裁量刑」を構成するのは、㈠『カーロリーナ法典』第一〇六条（身体、生命もしくは手足）、同第一一一条（身体もしくは財産）、同第一二三条（ラントからの追放、晒し柱への繋留、両耳の切断もしくは笞打ち）などのように」法律が特定の刑罰を定めてはいるが、それが複数の異なった刑種に分かれている場合、㈡「無名（不特定）犯罪」におけるように暗黙の内にか、〔『カーロリーナ法典』第一〇九条、同第一一〇条、同第一一一条、同第一一二条、同第一一四条、同第一三四条などのように〕「裁判官の衡量（ermessung des richters）」や「法に精通した者たちの助言（radt der rechtsverstendigen）」を明示的に示唆するか、もしくは「人間の状態や事件の形態にしたがって（nach gelegenheyt der personen und gestalt der sachen）」という条項によるかを問わず、ともかく法律が刑罰の決定（刑種の決定ならびに刑の量定）を完全に裁判官に委ねている場合である。[114]つまり、ベーマーの理解では、「裁量刑（poena arbitraria）」もまた法律に根拠を持ち、法律の枠内で衡量を行なうものである。その限りで、それは、「確定的法定刑（poena legitima, poena determinata）」とともに「法定（正規）刑（poena ordinaria）」を構成している、ということができる。[115]これは、観念的・形式的にはカルプツォフの「法定外（特別）刑」の第一類型と第二類型に対応する概念である（但し、実質的にはそのかなりの部分について、なお解釈論的提案というレベルでではあるが、「有名（特定）」

化ないし「確定的法定」化の努力がなされていたことは、既に述べたとおりである。しかし、それは今や「裁量刑」として「法定（正規）刑」の中に組み込まれて、その下位区分ということになった[116]。このような「正規（法定）刑罰（poena ordinaria）」を、一定の前提条件の下に、いわば法律の枠を越えて加重し減軽するのが、「特別（法定外）刑（poena extraordinaria）」である[117]。これは、カルプツォフの「法定外（特別）刑」の第三類型の一部を構成していたものである。「法定外（特別）刑」の概念は、ここまでその外延を縮小してきていたのである。応報の観念に由来する罪刑の均衡（Proportion）の原理や一般予防という目的主義的考慮とならんで、『カーロリーナ法典』自身が殺人（Tötung）を謀殺（Mord）・故殺（Todschlag）・嬰児殺（Kindertötung）に分けて死刑を加重している（第一三〇条―第一三七条）事実を類推して、ベーマーは、死刑をもって威嚇される「重処罰犯罪（delicta atrocia）」についてのみ、法律外の加重を認める。したがって、死刑にいかなる付加刑を科するか、ということだけが問題であった[118]。これに対して、刑罰の法律外の減軽の方は、広い適用領域を持っていた。ベーマーは、加重事由（aggravantia）[119]ならびに減軽事由（mitigantia）[120]を枚挙・体系化し、「正規（法定）刑」・「特別（法定外）刑」[121]が適用される要件や刑罰阻却事由[122]に関する詳細な議論を展開している。「無名（不特定）犯罪」を中心とする「裁量刑」の適用対象を「有名（特定）」化し確定する努力と同様、「特別（法定外）刑」の内容を明確化し確定しようという彼の解釈学的営為は、とりもなおさず「法定外（特別）刑」の最後に残された部分（カルプツォフの「法定外（特別）刑」の第三類型の一部）についても、その「法定（正規）」化を促すことになった[123]。たとえば、ベーマーにおいては、「過失（culpa）」と「未遂（conatus）」は、「確定的法定刑（poena legitima seu determinata）」を「正規（法定）刑（poena ordinaria）」として、これに対する「特別（法定外）刑（poena extraordinaria）」を基礎付ける「全ての犯罪と刑罰に共通の減軽事由（mitigantia omnibus delictis et poenis communia）」に属するものと体系的に位置付けられていたが[124]、ハイスラー（Heisler）が一七五

二年に著した『犯罪における正当な刑罰減軽事由について（De iustis poenam mitigandi causis in criminibus）』という博士論文（ディセルタツィオーン）は、未遂行為は既遂行為とは「別の類型（alius casus）」であり、故意犯罪は過失犯罪とは「別の犯罪（aliud crimen）」であるとして、両者を減軽事由から除外している。「刑罰が減軽される、というのは、当該事案について法律が定めているより少なく刑罰が科される場合である（poena mitigari dicitur, quoties poena minor infligitur, ac est ea, quam in datu casu lex exprimit）」（傍点筆者）からである。ハイスラーのこの考え方は、コッホ（Johann Christoph Koch）の『刑事法提要（Institutiones iuris criminalis）』（第四版、一七七五年）や小マイスター（Georg Jacob Friedrich Meister）の『ドイツ普通刑事法原理（Principia iuris criminalis Germanicae communis）』（一七八九年、第六版一八一九年）にも採り入れられて、一八世紀中葉以降の主流を形成することになった[125]。過失犯と未遂犯は、法律に定めのない「無名（不特定）犯罪」として、「裁量刑（poena arbitraria）」の対象となるか、さもなくば独立の構成要件として法定されなければならないことになったのである[126]。

クライトマイアは、そのいずれの途をも選ばなかった。彼のとった方法は、いわばベーマーにおいて一応の集大成を見たドイツ普通刑事法学の成果をそのまま法典（法律）化することであった。ハイスラーの論文は、『刑事法典』の翌年になってようやく発表されることになる。かくして『刑事法典』第一部第一章第三条[127]は「一方、犯罪となるのは、邪悪で危険な故意（Fürsatz）と著しい過失（merckliches Versehen）、すなわちラテン語でいうdolus vel culpaにより、法律に違反して作為もしくは不作為をなした場合である。両者は、民事事件においては（in Civilibus）同一に扱われることがあるが、刑事事件においては（in Criminalibus）刑罰との関係で常に区別される」と述べて[128]、過失犯が「裁量刑」の対象となることを宣言する。即ち、彼は、カルプツォフを引用して「したがって、単純過失ならびに重過失に対してさえ（ob solam culpam etiam latam）、正規（法定）刑（poena ordinaria）が科されることはない」と述べる

とともに、「だからと言って、二、三の者たちが考えているように、過失の場合に（in casu culpae）刑事罰が生じない、ということにはならない」と断言するのである。[129] 未遂に関しても『刑事法典』第一部第一二章第三条が、「何らかの犯行を実行しようとしたが現実には達成されなかった単なる未遂（Bemühung, Conatus）には、犯行そのものに対して定められた正規（法定）刑（ordentliche Straff）ではなく、常に緩和された刑罰を科さねばならない……」と規定している。ベーマーの体系化したそのほかの加重事由[130]・減軽事由[131]・刑罰阻却事由[132]もまた、全てこの二つの章の規定によって「法定」化された。その結果、「特別（法定外）刑」と「裁量刑」との区別は再び消失する。「正規刑（Poenae ordinariae）は法律・法令（Gesetz und Ordnung）によって既に確定されているものであって、いかなる裁判所（Obrigkeit）も法律上の事由（legaler Ursach）なくして減軽もしくは加重してはならない。一方、特別刑（poenae extraordinariae）は、裁判官の自由裁量（willkührlich-richterliche Ermässigung）に委ねられているために、裁量刑（[poenae] arbitrariae）とも呼ばれる[133]」。ここで「裁量刑」といわれているのは、まさにベーマーが「裁量刑」と呼んでいたものにほかならないのであって、その意味では「法定刑」である。実際、『刑事法典』第一部第一章第一二条は、この「裁量刑ないし特別刑」の場合の裁判官の衡量に、一定の枠をはめようとしていた。一方、ベーマーの「特別（法定外）刑」は、ここでは何の名称も与えられてはいないが、裁判官の裁量に委ねられるという意味では「裁量刑」であり、加重事由・減軽事由が法律上のものに限られているという意味では「法定刑」である、ということができる。すなわち、「法定外（特別）刑（poena extraordinaria）」が「裁量刑（poena arbitraria）」化したことによって両者の概念的区別がなくなったのであって[134]、その逆ではない。つまり、それは、カルプツォフへの回帰を意味するものでは決してないのである。カルプツォフの場合には、処罰に価する「非行（stellionatus）」が法律以前に存在しており、これが「特に「非法定犯罪」に対する「法定外（特別）刑」の場合の」刑事罰を基礎付けていたが、クライトマイアの「非行

(Frevel)」概念は、それほど積極的な意味を持ってはいない。「あらゆる非行、処罰に価する全ての行為が刑事〔事件〕とされるわけではなく、身体刑・生命刑を科されるもの、もしくは法〔律〕(Recht)と慣習によって刑事法廷に(ad Forum Criminale)係属するものだけ〔が刑事事件〕である」[135]。そして、犯罪は、なによりもまず法律違反であった(『刑事法典』第一部第一章第三条)。

かくして、クライトマイアは、犯罪と刑罰の法定化を理念的には達成していた。但し、それはあくまで理念の上でのことであって、現実には逆に「裁量刑すなわち特別刑(poena arbitraria seu extraordinaria)」という形で、「司法国家」的構造を『刑事法典』の中に持ち込んでいる。それは未だ完全な裁判規範(「裁判令」)ではなく、なお生成・発達の途上にあるものと意識されていた。「特別刑」の概念は、枢密参議会(ゲハイマー・ラート)への報告の義務付けと相俟って法の欠缺を克服し、将来における『刑事法典』の完成を保障してくれるはずであった。したがって、「法律なくして犯罪と刑罰なし(nullum crimen, nulla poena sine lege)」の原則の入り込む余地は、そこにはなかったのである。しかし、裁判規範として未完成・未成熟であるからといって、それは必ずしも、既に法典化されている範囲で、刑事法律が同時に臣民の行為規範としての性格を有することを妨げるものではない。クライトマイアによれば、「刑罰には多くの目的がある。㈠侮辱を被った側の補償、㈡加害をもってする加害に対する報復、㈢犯人の矯正、㈣犯行を重ねる手段の剝奪、㈤他の者たちに対する威嚇(Abscheuliches Exempel)、㈥国庫(Aerarium)と国家共同体(das gemeine Wesen)の利益。以上の六つの目的が完全に達成されればされるほど(Je näher und vollkommener)、刑罰と犯罪との均衡はそれだけ適正なものとなる(je mehr……proportionirt)[136]」。被害者の名誉の回復や応報(同害報復)という古い(中世初期的)刑罰観、犯行手段の剝奪という「〔法=権利〕共同体からの追放(ユクスコムニカーツィオ)」的発想(中世中・後期的刑罰観)とならんで、「裁量刑」の確定の際には、その一般予防効果ならびに特別予防効果も考慮に入れられる必要があった。更に、「公共の利益」

に対するポリツァイ的配慮も示唆されており（近世的刑罰思想）、そこには明らかに社会の紀律化に寄せるクライトマイアの関心を読み取ることができるのである。もとより社会の紀律化は、犯罪と刑罰を法定して、その法律の行為規範性を宣言しただけで達成されるものではない。法律が裁判の場において実現されてはじめて、紀律化の意図が実現される可能性が与えられる。『刑事法典』はなるほど厳格な意味では網羅的・包括的なものではなかったために、自ら「裁量刑」の存在「ならびに法の欠缺の際の法定外処罰」を容認せざるを得なかった。しかし、法典化された部分については、自己の裁判規範としての唯一性・排他性を主張していた。その限りでその社会の紀律化の要求は現実的なものであり、その諸規定は自己の行為規範性を主張することができた。更に、クライトマイアは、具体的刑事裁判を通じて刑事法の行為規範性を個別的に実現し、貫徹しようと努めてもいた。それは、たとえば『刑事法典』の次のような規定の仕方にうかがわれる。すなわち第一部第五章第一条第一項は、無産の既婚男子が初回の姦通を未婚女子との間で犯した場合、四週間水とパンのみを与えられて牢獄に繋がれたのち、鉄枷（Eisen, oder dem sogenannte Brecher）をはめられ、腕をむき出しにして、手にはローソクと笞（Licht und Ruthen）を持って、教会の戸の前に三度に亘って晒される（Vorstellung）、としていた。同じ男が二度目の姦通を既婚女子との間で犯した場合、三度の晒しと八週間の禁錮と少ない給餌（geringe Aztung）を科され、同時にもう一度姦通を犯すならば死罪に処せられる旨の予告（Verstandene Certioratio Mortis）を受ける（同第二条）。この男が三度目に姦通を犯した場合には生命を奪われるが（同第三条）、二度目のときに死刑の予告を受けていることが条件とされている（同第五条）。この姦通の規定は「確定的法定刑」ないし「正規刑」と考えられるもので、それ自体、十分、行為規範性を備えている。それにもかかわらず、刑事裁判の場で個別的に「死刑の予告」をすることによって、第三条の行為規範性を当該犯人において具体的に確保しようとしているのである。

このような刑事実体法の発展を支えた理念が「ポリツァイ」であったことは、既に明らかであろう。実体法と訴訟法とに分離した民事法を支えているのも、またこの理念であった。法＝権利の二重概念（Recht）は、「ラント法」の語を民事実体法（市民法）に限定する用語法を生んだが、訴訟法を「裁判令」として客観的法（法律）と区別する思考は未だ登場していない。その意味では、クライトマイアの「国法（ラント法）」は、依然として「裁判（レ）（ヒ）〔所（ト）〕の書」としての「ラント法〔書〕」の伝統の枠内にとどまっている。だがそれと同時に、彼の「国法（ラント法）」は、民事法（市民法）においても刑事法においても、臣民に対するラント君主（ヘル）の「法命令」に支えられた私人の義務・権利（行為規範）の体系という性格を併せ持つようになってきていた。「国法（ラント法）」のこの二面的性格を前提として、クライトマイアは、ピュッター（Johann Stephan Pütter）やシュヴァーレッと同様[137]、民事法（市民法）・訴訟法・刑事法を「私法（Bürgerliches Recht, Jus Privatum）」として一括し、「国家（Staat）それ自体と国家共同体の紐帯（Nexus Reipublicae）に関わるよりは、私的（私人の）行為（Privat-Handlungen）と〔私人の〕権能（私権）（die Gerechtsamen）により大きく関わる法律（Gesätz）が、本来、私法を構成する」、と定義することができたのである[138]。反対に「国家それ自体と国家共同体の紐帯」の方により大きい関わりを持つ法律は、「私法」と対置される「国法（公法）」に属することになる。このようなクライトマイアの「法命令」的「国法（ラント法）」＝「私法」観に対して、ラント等族（シュテンデ）の側から異議が唱えられることはなかった。『刑事法典』編纂の際に見られたように、彼らはむしろ立法による紀律化の強化を求めてさえいたのである[139]。蓋し、彼らは単なる臣民ではなく、選定侯の法院（Justizdicasteria）や統治府（レギールンク）とならんで立法に協働する共同支配者だったからである。これは、大選定侯マクシミリアン一世のときはもちろん、既にヴィルヘルム四世やルードヴィッヒ一〇世（『バイエルン改革ラント法書』の立法者）のときからマックス三世ヨーゼフとクライトマイアの現在に至るまで一貫して認められる近世バイエルン法史の基本構造とも言うべきものである。

四

ラント等族の支配者性は、既に見てきたように、その臣民性を阻却するものではない。ラント君主でさえ、「国法(ラント法)」＝「私法」にしたがって権利を取得しそれを行使する限りでは臣民である、といえるかもしれない。「外国人、聖職者、その他の特権保有者(Eximirte)は、一定限度で臣民とみなされ、その範囲で国家の法律の下にある」[140]。そして、「国法(ラント法)」＝「私法」上の権利は、ラント君主の立法権に依存するものであって、これを当然には制約しない。『国法論』は、立法権の中に法律を変更・廃止する権限を含めて理解しており[141]、『市民法典』第一部第一章第一二条も、立法者「したがってまたラント君主」の法律改廃権をはっきりと認めていた[142]。蓋し、「国家の一般的目的はひとえに公共の福祉であり、これは常に唯一にして不変である。しかし、これを保持する手段は、時代時代によって異なる。目的は同じでも、状況が別のことを要求するからである。人定法律は、そのような手段の一つである。……したがって、法律を制定した者は、必要に応じてこれを再び廃止することができる」[143]。要するに、「私法」＝「国法(ラント法)」上の権利は、等族の支配権をも含めて、君主の立法「改廃」権によって変更・修正を受け、廃止されることがあり得るのである。立法権を基礎付けその行使を枠付ける「公共の福祉」は、クライトマイアにおいては「安全・平穏かつ快適な……生活」[144]であって、法＝権利の体系を必ずしも意味してはいない。後者は前者に依拠し、むしろこれによる制約を受ける関係にある。もとより君主は、自然神法「律」(いわゆる自然(理性)法「律」)(Jus divinum naturale)と実定神法「律」(啓示された法「律」、聖書に書かれたいわゆる神法)(Jus revelatum)に拘束される[145]。蓋し、それらは通用力の根拠を神の意思に置くものであって[146]、それによって「人間は……神と自分自身と隣人に対していかなる義務を負っ

ているか、を知ることができるのである」[147]。そして、これは、「主権者とその他の者とで違いはない。神法〔律〕は、前者も後者も拘束する。なぜならその（神の）権力と上級支配者たる資格は、両者の上に等しく及んでいるからである」[148]。但し、その場合、「自然法の第一原理（Primum principium juris naturalis）は、人間は、その本性ならびにそこで意図されている神の目的に則して行動すべし、というもので」あって、権利という含意はない。この第一原理から導き出されるのも、「神を敬い愛し畏れ、節度を守り、自分の生命を維持し自己の生活を改善し、隣人と平和に仲好く暮し、何人をも侮辱せず、各人に各人のもの（das Seinige）を帰し、こうして神の栄誉と人間の幸福（Glückseligkeit）という目的を促進する……義務」である[149]。何が「彼のもの（das seinige）」かは、そこでは未だ明らかではない。それは、人定法律によって明らかにされるべきであって、自然法学ならびに神〔法〕学の直接的適用は避けることがむしろ正義に適う由縁である、と考えられていた。また、神法ならびに自然法は、それ自体としては「国法（ラント法）」を構成するものではないから[150]、たとえそれが法＝権利の体系としての実質を持つものであったとしても、「国法（ラント法）」＝「私法」上の〔臣民の〕権利がラント君主の立法〔改廃〕権を理論的に制約することは、いずれにしてもあり得なかったのである。

だからといって、クライトマイアは、ラント君主の立法〔改廃〕権があらゆる人定法からの拘束を免れている、と考えていたわけではない。既に見たように、ラント君主の具体的支配権（jura majestatica, Majestätsrechte）のラント内での行使は、帝国法律とラント等族との契約ならびに慣習による制限を受けていた。以上の三つが、「帝国とラントの憲法（国制）（Verfassung）」の実質である[151]。但し、これは支配権能全般についての一般的規則であって、法を設定する立法権については若干の修正が加えられる。すなわち、「帝国等族が、普通法に反して（contra jus commune）そのラントにおいて何らかの立法をなすことができるかについて、学説上（in theoria）なお争いがある。神法ならびに

自然法という普通法に関しては（jure communi divino vel naturali）、この点についての問題はない。蓋し、この世の何人も、これを廃止することはできないからである。一方、ドイツ帝国普通法律については、私的事項と帝国憲法（国制）（Reichsverfassung）に関わる事項とが区別される。後者については否定的見解が、前者については肯定的見解が通説である（……negativa, ……affirmativa communior）。もう一つの論点は、先行する〔ラント〕条例（statutum）が新しい一般帝国法律によって廃止されるか、というものである。論者によっては単的に（simpliciter）肯定したり否定したりするが、或る学者たちは、いろいろに類型分けをして（mit verschiedenen Distinctionen）解決を与える。特に重要なのは、臣民・外国・帝国裁判所との間の（inter subditos, & extraneos vel judicia imperii）区別である。学者の説は、後二者は帝国法律、最初のものに関してはラント法律（Landsgesetz）によるべし、というものである[152]」。慣習法（Gewöhnheits-Recht, Herkommen, Jus Consuetudinarium）がラント君主（ヘル）による改廃の対象になりうることは、『市民法典』第一部第一章第一二条、同第二章第一五条第五項に明文化されているとおりである[153]。こうして残ったラント等族（シュテンデ）との契約だけが、ラント君主（ヘル）のラント内事項に関する立法権を理論的にも制約することができるのである[154]。これは、「合意は守らるべし、という神の掟（Praeceptum divinum, Pacta servanda esse）」に基づくものである[155]。しかし、「国法（ラント法）」＝「私法」は、そのような「ラント契約（Landsverträge）」ではなかったのである。

（1）本稿(一)第二章第一節第一項ならびに一八六頁。
（2）同第二章第一節第三項ならびに一八六頁。
（3）同第二章第二節第一項。
（4）同第二章第二節第二項ならびに一八七頁。
（5）同一七四―五、一八七頁。

(6) 同一七〇―五、一七七―一八〇、一八七頁ならびに本章小序参照。
(7) 本稿(一)第二章第二節第二項参照。
(8) 同第一章とりわけ一一七―九頁参照。
(9) Anmerkungen ad CMBC. I. 1. §. 3, S. 6.
(10) Kreittmayr, Staatsrecht, §. 101, S. 180.
(11) A. a. O., §. 80, S. 135 f. に、「帝国の最高裁判所 (die höchste[n] Reichsgerichte)……を構成するのは帝国〔宮廷〕法院 (ライヒスホーフラート) とヴェツラーの帝室裁判所 (Cammergericht) のほかに、皇帝空位期間中 (durante interregno) 帝国〔宮廷〕法院を代理する任を負う帝国代理職 (ヴィカリアート) の二つの裁判所 (Vicariatsgerichte) がある。皇帝は、帝国の同意なくして新しい帝国裁判所を組織したり、旧来のそれを改組することはできない」、とある。黄金印文書によれば、「プァルツ選定侯とザクセン選定侯が、自己の地方 (District) で帝国代理職 (vicarii Imperii) を務めることになっていた。ヴェストファーレン和約以来、プァルツ選定侯家のライン帝国代理職 (das rheinische Reichsvicariat) がバイエルン選定侯によって争われてきた。一七二四年に両選定侯家が共同で (auf die Gemeinschaft)、一七四五年には交代で (alternativam) 就くことに話し合いがつき、一七五二年、正式の帝国決議によって批准された。……各帝国代理職は、空位期間中活動の停止する帝国〔宮廷〕法院 (ライヒスホーフラート) に替わる自己の帝国代理職裁判所を自己の地方 (管区) において組織する……権利を有する。……帝室裁判所は、帝国〔宮廷〕法院 (ライヒスホーフラート) とは異なり、空位期間中もその活動を停止することはないが、その判決 (expedienda) は両帝国代理職共同の名の下に下される……」(a. a. O., §. 56, S. 96 f.)。このほか、ロートヴァイル (Rothweil) の宮廷 (ホーフ) 裁判所、ヴァインガルテン (Weingarten) 在のシュヴァーベン・ラント裁判所、ニュルンベルク・ブルクグラーフのフランケン・ラント裁判所といった帝国の下級裁判所がなお活動していた (a. a. O., §. 83, S. 141 ff.)。帝国等族 (シュタンデ) の仲裁裁判所 (Auftregalgericht) も存在した (a. a. O., §. 84, S. 143 f.)。帝国〔宮廷〕法院 (ライヒスホーフラート) と帝室裁判所 (ライヒスカンマーゲリヒト) については、vgl. a. a. O., §§. 81 u. 82, S. 135 ff..
(12) A. a. O., §. 86, S. 145 ff..
(13) A. a. O., §. 58, S. 100.
(14) A. a. O., §. 5, S. 9 ff..
(15) 本稿(一)九九―一〇〇頁参照。

(16) A. a. O., §. 7, S. 15 f.. 本章小序註 (54) 所引 Anmerkungen über CMBC., Vorrede も参照の事。
(17) Staatsrecht, §. 8, S. 19.
(18) A. a. O., §. 88, S. 150 f..
(19) A. a. O., §. 2, S. 4.
(20) 本稿(一)九七頁参照。
(21) 同八九頁参照。
(22) 以下、原名を列記する: Grafschaft Haag, Grafschaft Hals, Herrschaft Waldeck, Herrschaft Hohenschwangau (Schongau), Sulzbürg, Pyrbaum, Herrschaft Rotenberg, Herrschaft Schwabeck, Herrschaft Mindelheim, Herrschaft Wiesensteig und Trachenstein, Stadt und Herrschaft Wemding, Donauwörth (Schwäbischwörth), Reichspflegwörth, Reichsritterschaft Wertingen, Hohenreichen, Angelberg, Zaisertshofen, Mattsies, Raningen, Dürnau, Gamelshausen, Peternau, Illerdissen (以上が、グラーフシャフトもしくはヘルシャフトと呼ばれる), andere Pfleg- und Landgerichte.
(23) A. a. O., §§. 136—165, SS. 258—352 では、近隣の司教領、皇帝領、帝国諸侯領、帝国騎士領、外国との関係が、やはり歴史的に叙述されている。前註所掲のグラーフシャフトないしヘルシャフトのうちヴェルティンゲン (Wertingen) 以下のヘルシャフトは、バイエルン太公 (選定侯) やケムプテン (Kempten) 公 (Fürst) 等を封主とする騎士レーンであって、本来、帝国騎士領と区別されるべきものであるが、次第にこれと同様の取り扱いを受けるようになっていったものである (A. a. O., §. 110, S. 201 ff.)。その経緯は a. a. O., §. 163, S. 347 ff. に詳述されている。なお、バイエルンの支配構造(ヘルシャフト)の生成・発展の歴史の概略については、本稿(一)とりわけ九六—一〇四頁参照。
(24) 本稿(一)九九頁所引『市民法典』公布勅令、本章小序註 (10) 所引『刑事法典』公布勅令ならびに『訴訟法典』公布勅令 (「……件の刑事法〔律〕(peinliche Rechte) をもって我がラント条例 (Landsstatuten) の改訂作業は、既に一七五一年に緒についていた。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。最後に、古来の全ての普通法ならびに条例法 (sowohl gemein- als statutarische Rechte) を精力的に渉猟・斟酌して、起こり得るありとあらゆる事態 (Händeln und Vorfallenheiten)

に際して、裁判官や当事者や弁護士の確実にして十分な基準（Maßregel）となり得るような、そのような秩序立った明晰な網羅的な訴訟法体系（ein solch- ordentlich- deutlich- und ausführliches Systema Juris Judiciarii）を作らなければならない。（改行）朕は、朕の全法院（sammentliche Justizdicasterien）に予め諮問して意見書を提出させ、また朕の親愛にして忠実なラント等族会（ランシャフト）を部会（Ausschuß）で協議させて（auf Art und Maß）その助言的協働を得た後、本法典を採可するのみならず、ここに以下のことを選定侯にしてラントの侯としての（chur- und landsfürstlich）朕の命令とするものである。即ち、本法典は朕の全バイエルン選定侯領ならびに上プファルツ、そして朕に属するその他の全てのラント（Landereyen）の全域で遵守されるべきものである。但し、この新法（Jus novum）が全く新しいことを命じ、もしくはこれまで行なわれていたことを廃止している場合は、それはやがて到来する一七五四年の「聖母マリアの光のミサの祭日（Lichtmeß）」（二月二日）になって初めて発効するものとする……」）参照。

(25) Staatsrecht, §. 186, S. 428.

(26) 本稿(一)第二章第一節第二項、同(一)一〇三頁参照。

(27) 本稿(一)一四九、一八四、一九二頁参照。

(28) Staatsrecht, §. 181, S. 410 f..

(29) A a. O., §. 188, S. 434 f..

(30) Anmerkungen ad CMBC. I. 1, §. 3, S. 5.

(31) CMBC. I. 2. §. 13. pr..

(32) CMBC. I. 2. §. 12 は、自然法（Jus Naturae）・教会法・ローマ法・ランゴバルトのレーン法・ドイツ法を普通法としている。ドイツ法源中、ザクセンとシュヴァーベンの両シュピーゲルは、その他の古びた法律とともに、バイエルンにおける普通法としての通用力を否認されている。自然法が聖書中の実定神法（Jus Divinum positivum）とともに神の法律であることが強調されている点は（CMBC. I. 2. §§. 2 u. 4）、法律＝法（Recht, Jus）というクライトマイアの基本姿勢が一貫したものであることを示していて、興味深い。

(33) CMBC. I. 2. §. 13. Imò u. 2dò.

(34) CMBC. I. 2. §. 13. 3tiò u. 4tò. 本章小序註（13）参照。また、裁判権とは独立の国王留保権（レガーリア）である文書館設営・管理権

(jus archivi) は、この脈絡で、重大な憲法（国制）史的・法史的意義を持っていたのである。次節註（72）参照。

(35) 本稿(一)一二五頁註（43）参照。

(36) Anmerkungen ad CMBC. I. 1. §. 4, S. 8 f..

(37)「裁判令 (Gerichtsordnung)」と「訴訟法〔条〕令 (Prozeßordnung)」（シュヴァーレツ）の概念の意味内容については、Gerd Kleinheyer, Vom Wesen der Strafgesetze in der neueren Rechtsentwicklung. Entwicklungsstufen des Grundsatzes „nulla poena sine lege", Tübingen 1968, SS. 4—8 u. 13 f.. 村上『近代法の形成』一一〇九—一一一頁参照。

(38) 本稿(一)一〇七頁。

(39) Anmerkungen ad CMBC. I. 1. §. 3, S. 6.

(40) Vgl. Kleinheyer, a. a. O., S. 7 f.. 村上前掲書一一〇頁参照。

(41) 本稿(一)一八七—八頁参照。

(42) Kleinheyer, a. a. O., S. 3.

(43) 本稿(一)九八頁所引『刑事法典』公布勅令参照。

(44) ALR. II. 20. §. 9（村上『近代法の形成』二一二頁の訳文による）.

(45) Kleinheyer, a. a. O., S. 14. 村上前掲。

(46) ALR. Einl. §. 14:「新たな法律は、すでに生じた事件には適用されない」（村上前掲の訳文による）。

(47) ALR. Einl. §. 10:「法律は、しかるべく周知せしめられたときから、はじめて法的拘束力をもつ」（村上前掲の訳文による）。

(48) Kleinheyer, a. a. O., S. 14 f.. 村上前掲参照。

(49) 村上前掲書一五二—三頁。同「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）七七頁参照。

(50) 本稿(一)一五六—八、一六七、一八二、一八五頁註（16）参照。

(51) 村上『近代法の形成』二〇〇—七頁参照。

(52) 前掲二一一頁（ピュッター、シュヴァーレツ）、本稿(一)九九頁（クライトマイア）参照。

(53) 村上前掲書二一〇頁（傍点原文）。

(54) 同一四六―九頁、村上「プロイセンにおける Machtspruch」同『ドイツの近代法学』(一九六四年) 八五頁以下、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) 一二頁以下参照。

(55) 実は、一五世紀末から一六、七世紀には、民事法(市民法、ラント法)の領域においても、法律の裁判規範性それ自体が、非常に不確実なものでしかなかったのである。Bernhard Diestelkamp, Das Verhältnis von Gesetz und Gewohnheitsrecht im 16. Jahrhundert――aufgezeigt am Beispiel der oberhessischen Erbgewohnheiten von 1572, in: Rechtshistorische Studien. Hans Thieme zum 70. Geburtstag zugeeignet von seinen Schülern, Köln u. Wien 1977, S. 1 ff. は、上くッセンについて、この事実を指摘している。A. a. O., S. 2 Fußn. 10 所掲の Hagen Wend, Die Anwendung des Trierer Landrechtes von 1668/1713 im rechtsrheinischen Teil des Kurstaates und in benachbarten Gebieten――zugleich eine Studie zum Verhältnis zwischen Gesetzesrecht und Rechtswirklichkeit im ausgehenden 17. und 18. Jahrhundert. Diss. jur. Frankfurt am Main 1973 も、一七世紀トリーアのラント法について、同様の事実を指摘しているというが、筆者は未見(以上の二つの研究文献に関する知見は、一九八三年八月二六日午後の北海道大学法学部における研究会の席上でのカール・クレッシェル教授の示唆に基づくものである)。しかし、「既存の慣習法を意識的に排除することによって法を統一することが継受私法法律の目的ではな」く、「この時期の立法理論の中心的課題は、『確実な法 (ius certum)』を創出すること」であって (Diestelkamp, a. a. O., S. 30)、「これらの法律は、普通法と同様、法の適用の際、補充的効力を持つべきことを要求していたにすぎない」とすれば (a. a. O., S. 31)、他方、慣習法に明白な規定がない場合、それは「制定法律によって補充され追補されるのであって、ラントグラーフの役人の活動が許容されもしくは要請さえされた」とすれば (a. a. O., S. 27 ff.)、そして最後に「一六世紀の法秩序といえども決して固定的なものであったわけではな」く (a. a. O., S. 19)、なるほど「高権的法命令だからという理由ではなく、法実務上生じた必要という基準から」ではあっても、「継受期の私法法律……もやはり実効力を獲得していった」とすれば (a. a. O., S. 32)、このような民事法律と慣習法との関係の中に、等族的法(ジュタンデ)＝権利意識とラント君主(ヘル)の「ポリツァイ」的紀律化の営為との対抗関係を、どの程度読み込むことができるかは問題であろう。ましてこの図式を、中世中・後期の「ラント法」観念と「ラント法書」ないしラント君主(ヘル)の命令権(立法権、平和高権(ラント・フリーデ))との関係に当て嵌めるについては、慎重であって然るべきであろう。既に再三指摘したように、中世後期における実体的法＝権利の二重概念の存在は、必ずしも自明ではないからである。筆者はむしろそこに、中世的判決(＝法定立)観の伝統とそれに由来する「司法国家」的法構造を認めたいと思う。

(56) フリードリッヒ・ヴィルヘルム一世 (Friedrich Wilhelm I.) は、既に一七二一年の『改訂プロイセン太公領ラント法(das verbesserte Landrecht des Herzogtums Preußen)』(一六二〇年の „Jus provinciale Ducatus Prussiae" の第二改訂)を公布するに際して、これを裁判規範として遵守すべきことを裁判官の義務とした。Diestelkamp, a. a. O., S. 32; Wilhelm Ebel, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, 2. Aufl., Göttingen 1958, S. 71. Vgl. Eberhard Schmidt, Rechtsentwicklung in Preußen, jetzt in: ders., Beiträge zur Geschichte des preußischen Rechtsstaates, Berlin 1980, S. 94.

(57) 法律への裁判官の拘束は、君主の意思への裁判官の拘束であるのみならず、法律への〔立法権を除く〕全国家権力の拘束の一部と理解される。したがって、処罰法令の遡及的立法が理論的に否定されているわけではないが、現実にはそれは不当とされていた。但し、量刑に関しては、法律への裁判官の拘束は君主の意思への拘束であるにすぎず、君主の恣意による刑の加重もしくは軽減の余地が残されていた。Kleinheyer, a. a. O., S. 22 f.. 村上『近代法の形成』一一一頁。Vgl. Hans-Ludwig Schreiber, Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege, Frankfurt am Main 1976, SS. 88—96.

(58) Kleinheyer, a. a. O., S. 19 f.. 心理強制説においては、刑罰の威嚇の理論と刑罰の執行の理論が相互に密接な関連を有している。この新しい理論的基盤の上に、刑事実体法と刑事手続法はかつての結び付きを回復し、ともに「法律」と呼ばれることになった。

(59) Paul Johann Anselm von Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, Neudruck des 14. Aufl. Giessen 1847 hrsg. von Karl Joseph Anton Mittermaier, Aalen 1973, §. 20, S. 41 は、この原則を、「法律なくして刑罰なし (Nulla poena sine lege)」・「犯罪なくして刑罰なし (Nulla poena sine crimine)」とともに、刑事法の最高原則としている。

(60) Kleinheyer, a. a. O., S. 24. 村上前掲。Vgl. auch Schreiber, a. a. O., SS. 102—112.

(61) もちろん原理的・形式的に見た場合、こう言えるということであって、実質的にはフォイエルバッハの厳格主義的刑法理論は、恣意的に軽減的な当時の普通法実務に対する批判であり、これに対応して一八一三年の『刑事法典』も、厳格かつ苛酷な刑罰(一一の事案に対する死刑、終身にして「法律上の死亡(民事死)(bürgerlicher Tod)」を伴う鎖刑など)を基調とするものになっていた。死刑や刑罰としての「法律上の死亡」制度は「〔法＝権利〕共同体からの追放 (excommunicatio)」を本質とし、本

来は目的主義的考慮を何ら含むものではなかったが、ここではそれは一般予防主義（相対的応報刑理論）を前面に押し出すことによって、社会の紀律化という目的と意識的に結びつけられている。なるほどフォイエルバッハは、グロールマン（Karl Ludwig Wilhelm von Grolmann）やクラインシュロート（Gallus Aloys Kleinschrod）の「絶対主義的」特別予防主義に反対し、それによって〔村上『近代法の形成』二一七頁の言葉を借りるならば〕「紀律化の貫徹を前提とする刑罰の緩和」に反対した。だからといって、彼にとっては決して、紀律化の「不徹底を前提とする刑罰の強化も――本来紀律化を目標とするものであるゆえに――承認しがたい、ということに」はならなかった。「フォイエルバッハ……は、紀律化の進展をも前提として、犯罪と刑罰の均衡を実現しようとした」（同二二〇頁）。それどころか彼は、自己の『刑事法典』に対する「ドラコン的恐怖政治（アッテンタート）」という非難に答えて、紀律化の必要を改めて主張していさえするのである。彼のこの紀律化への積極的意思は、有期の自由刑に対する高い評価ともなって現われている（一方、〔法＝権利〕共同体からの追放 Excommunicatio 的な終身の鎖刑ならびに無期重懲役刑 Zuchthausstrafe――これは、労役刑 Arbeitshausstrafe・軽懲役刑 Gefängnisstrafe と区別される――に対する彼の態度は、懐疑的とまでは言えないにしても、相当に微妙である）。もし、このようなフォイエルバッハの刑法理論の伝統的・等族制（シュタンデ）的性格を指摘することができるとすれば、そもそも等族の法＝権利意識（レヒト）や法共同体の存在を前提とする伝統的刑罰観は必ずしも紀律化を拒否するものではなかった、とも思われる。いずれにせよ、彼の刑法理論は非常に峻厳なものであって、実質的にはそれと近代的法治国家との間には相当の距離があったのである。しかしフォイエルバッハ自身がやがて、罪刑法定主義を形式的に理解するようになっていく。更に、改正勅法（Novelle）によって裁判官の裁量による刑の軽減の可能性が拡大されてきていたことを承けて、一八二四年の『刑法典草案』においては、「法律上の死亡」の削除、累犯規定の改正、一般的減軽事由の導入、刑罰の下限の引き下げと刑罰の枠の拡大などにより、刑罰を緩和すると同時に裁判官の裁量の幅を拡大している。このフォイエルバッハ草案はバイエルンの刑事立法史に直接の影響を与えることこそなかったが、彼の刑事法理論はこうして近代法治国家のそれへの歩みを更に一歩進めていたのである。Gernot Schubert, Feuerbachs Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern aus dem Jahre 1824, Berlin 1978, SS. 56―67, 72ff., 205―215〔山中敬一訳『一八二四年バイエルン王国刑法典フォイエルバッハ草案』（一九八〇年）六二―七二、七八―九三、二七五―二八六頁〕。山中敬一前掲訳書「解説」七九―八九頁、E・キッパー（西村克彦訳）『近代刑法学の父　フォイエルバッハ伝』（一九七九年）一七―一九、二二、六八―七〇、七六、一七〇―一七五頁。また藤木英雄『刑法講義　総論』（一九七五年）一二―一四頁、同『新版刑法』（一九七八年、部分補正版一九八〇年）

五—七頁参照。

(62) CMBC. I. 2. §. 15. Imò, 2dò u. 3tiò.

(63) CMBC. I. 2. §. 15. 4tò u. 5tò. Vgl. CMBC. I. 1. §. 12.:「法律は、第一に (Imò) 全臣民について廃止され、第二に (2dò) 任意の特定人をこれから除外し、第三に (3tiò) 他の拘束力ある法律と相互排斥的に抵触することがある。第一の場合を廃止 (Abrogatio)、第二の場合を特免 (Dispensatio)、第三の場合を法律の抵触 (Collisio Legis) という。この最後のものに関しては、次の第二章第一七条を参照せよ。初めの二つは立法者の明示ないし黙示の承諾なしになされることはなく、更に特別条例 (Particular-Statutum)・特権 (Privilegium)・慣習は、後続の一般法律 (General-Gesätz) がこの点で特段の言及をするか、先行の一般法ならびに特別法を全て廃棄する旨の条項 (Clausula omnium anteriorum Jurium tam generalium quam specialium Derogatoria) を含まない限り、これによって廃止されることはない」。

(64) 但し、前註に見るようにクライトマイアの場合、立法者の意思は明示でも黙示でもよかったが、プロイセンでは明示的廃止に限られることになった。

(65) ALR. Einl. §. 60. CMBC. I. 2. §. 14. Imò, 2dò, 3tiò u. 4tò:「成文法 (Jus Scriptum) は立法者の明示的意思、不文法は黙示の意思に立脚するものである。註釈 (Glossen) や法学者の説は (通説 Communes であろうとなかろうと) 成文法にも不文法にも属さず、学問的 (博士の) 解釈 (Doctrinal-Auslegung) によって考慮される (in Consideration) にとどまる。最高の裁判所 (die obriste Justitz-Instanz) で出された判決 (Res Judicatae)・判例 (Praejudicia) は、成文法としての通用力こそ持たないが、疑わしい同一の事案においては慣用による解釈 (Usual-Interpretation) に用いられる。そのためには、当該問題に関する対立は全て排除されていなければならない。蓋し、それは、特定の人間や〔君主の〕私的な案件に関するラント君主の勅書 (Rescripten)、勅令 (Decreten)、証書 (Signaturen)、その他公的法律の形式で (in Forma Legis Publicae) 出されたものではない命令 (Verordnungen) とほとんど同じ性格のものである」(傍点筆者)。

(66) CMBC. I. 2. §. 15. 6tò:「したがって慣習法 (Herkommen)、とりわけ成文法に反するそれは決して拡大解釈してはならず、逆に縮小解釈するように努めねばならない」。

(67) Vgl. auch CMBC. I. 2. §. 13. 5tò u. 6tò:「さて条例が〔文書による十分な証明をもって〕正当に持ち出されたならば、その無効 (Nichtigkeit) が十分に証明されるまでは、法であることが推定される。したがって、〔意味に〕疑問のある条例の解釈

は、他の法律の場合と全く異なることなく行なわれる」。

(68) CMBC. I. 2. §. 15. 7mò:「またこれ（慣習法）を援用する者は、その存在が既に明らかで（Kund- und offenbar）ない限り、それを十分に証明しなければならない」。

(69) CMBC. I. 1. §. 9. 2dò.

(70) 註（65）所引 CMBC. I. 2. §. 14. 2dò u. 3tiò.

(71) CMBC. I. 1. §. 9. 3tiò:「この最後の解釈（公権的ないし法律による解釈）は、初めの二つが文意について（in Thesi）存在する大きな疑問を排除するに十分でないときになってはじめてなされるべきものである」。

(72) ALR. Einl. §. 47.『訴訟法典』公布勅令（「……（註（24）所引部分）……これに対して、従来のものを単に繰り返し確認しもしくは文意の疑義と論争（in Thesi dubia & controversa）を解決しただけのその他の部分については、将来の事件も過去の事件も（sowohl quo ad Casus futuros, als praeteritos）これによって判決されるものとする。したがって下級裁判所（untere und subordinirte Obrigkeiten）は必要とあれば上級の裁判所により常に力をこめて（mit Ernst und Nachdruck）そのように指示されてしかるべきである。そして最後に、時が経つにつれて新しい諸法（条）令の文言からも理解（意味）（Verstand）からも決定（decidiren）できないような法律上の疑義（Dubia Juris）が生じるだろうが、それはいずれの裁判所も依然として従前通り問い合わせ（Anfrag）をすることなく自己の良心にしたがって決定するべきものとする。……」）ならびに『市民法典』公布勅令（「……（本稿(一)九九頁所引部分）……しかし、全く新しいことを命じたり、これまで行なわれていた古い法を廃止したりする新法（das Jus novum）に関しては、来る七月の第一日を期して初めて発効するものとする。一方、従来のものを単に繰り返し確認しもしくは文意の疑義と論争（in Thesi dubia & controversa）を解決しただけのその他の部分については、今より後直ちに、将来・現在・過去の行為（Handlungen）を審理（Erörterung）する際、但し最後「すなわち過去」のものについてはまだ判決が下されていたり既判事項と（in rem judicatam）なったりしていない限りで、これに準拠するものとする（sich reguliren）。最後に、時とともに生じる、予期に反して法律の理解（意味）によっても文言によっても（ex Mente vel Verbis Legis）うまく処理できない法律の文意についての容易ならぬ疑義（erhebliche Dubia Juris in Thesi）は、普通法・成文法・自然法・その他昔の法原理（Rechts-Principia）により、また各裁判所（Obrigkeit）がその最善の意思と良心にしたがって判断するところにより、更に問い合わせ（Rückfrag）をすることなくして決定してさしつかえない。……」）参照。

(73) 本稿(一)一二四頁註(38)、本章小序註(10)参照。
(74) 註(63)参照。
(75) Staatsrecht, §. 190, S. 447.
(76) 註(72)所引の他の二法典の公布勅令参照。Vgl. auch CMBC. I. 1. §. 10. Imò, 2dò, 3tiò u. 4tò:「学問的(博士の)解釈は、法律の理解(意味)や精神から(ex mente & ratione Legis)疑義のある文言を説明し、同一もしくはより強い理由(Ration)により刑罰について(in Strafen)もそれ以外についても法律をそこで言及されている特定の(Special)事案から言及されていない他の事案にも拡張し、他方、あまりにも一般的な言葉で(in allzu generalen Terminis)書かれている法令(Ordnung)を特定の事案について、その場合に法律の精神(Ratio Legis)が完全に(vollkommen und gänzlich)停止することが明らか(offenbar und augenscheinlich)な場合には制限する。法学者のその他の準則(Reguln)は全て無益であるか、以上のものに包摂される。」u. CMBC. I. 1. §. 11:「前条で述べた第三の解釈準則が立脚する自然的衡平(natürliche Billigkeit, [Aequität])は、法律の明白な字句(der truckne klare Buchstabe)から乖離する口実を裁判所(Obrigkeit)に与えるものではない。なぜなら主張される法律の精神(Ratio Legis)自体が怪しく不確かなものだからである」。また『刑事法典』公布勅令のこの措置は、『プロイセン一般ラント法典』序章第四九条と完全に一致する。
(77) ALR. Einl. §. 50.
(78) CMBC. I. 1. §. 5:「法と法律によって義務(Auftrag)を課される者の側には、常に、それに必要な理解や意思の力が前提される」。
(79) CMBC. I. 1. §. 6:「したがって法(das Recht)は、万人がそれを知りかつ弁える(wissen und erfahren)ことができるように、公けに告げ知らされて(öffentlich kundbar gemacht)いなければならない」u. CMBC. I. 1. §. 7:「したがって、人間(ペルゾーン)の資質(Gestalt)と状況に応じて然るべく努力し注意すればおそらく避けられたであろうし避けるべきである不知(Unwissenheit)(不注意による無知 Ignorantia crassa、偽りの無知 affectata、克服しえた無知 vincibilis)は、法(die Rechten)が特に(specialiter)許した場合を除いて、何人にも対抗できない」。
(80) CMBC. I. 1. §. 8:「法律の効力はまた(aber)将来の事案にだけ及び、現在ならびに過去の事案には及ばない。但し、以前から既に疑義のあった法律の単なる説明、もしくは明示的にそのように命じられている場合は除く」und Anmerkungen ad CM

BC. I. 1. §.8. S.14:「法律（Lex）は、臣民が行動する際（in ihrem Thun und Lassen）自らを律する（sich reguliren）規範（Richtschnur）である。起こってしまったことを改めて起こらないものとすることは不可能で、そのまま過去に属する（quoad praeteritum）のだから、法規範（Norma Legis）は通常（regulariter）将来の行為（Handlungen）に対してだけ効力を持ち、過去・現在の行為には及ばない。但し、純然たる宣言的・解釈的法律の場合（in Lege mere declarativa vel interpretativa）は除く。蓋し、それによって現実には（effective）新しいことは何も命ぜられておらず、疑義のあった法律が以前にも既に持っていたところの真実の理解（意味）（Verstand）を告示しているだけである。……何人にも不利益をもたらさない単なる特権〔付与〕（Privilegien）や恩赦（Gnaden-Sachen）の場合にしばしばそうであるように……立法者（Legislator）がこの点について明示的に定めているときも、同様である……」。註（24）、註（72）所引『訴訟法典』・『市民法典』公布勅令も参照せよ。

(81) Gustav Radbruch u. Arthur Kaufmann (Hrsg.), Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 4. Aufl. (Reclam-Universal-Bibliothek 2990 [2]), Stuttgart 1975, S. 76 f.. 塙浩訳「カルル五世刑事裁判令（カロリナ）」『神戸法学雑誌』一八―二（一九六八年）二五三頁参照。

(82) Vgl. Heinrich Zoepfl (Hrsg.), Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl's V. nebst der Bamberger und der Brandenburger Halsgerichtsordnung sämmtlich nach den ältesten Drucken und mit den Projecten der peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karl's V. von den Jahren 1521 und 1529, Leipzig u. Heidelberg 1876, SS. 88 u. 90. 塙浩訳「バンベルク刑事裁判令（バンベルゲンシス）㈠」『神戸法学雑誌』二一―一・二（一九七一年）九七、九八頁参照。

(83) Friedrich Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, Nachdruck der Ausgabe 1930 Berlin, Aalen 1973, SS. 3 u. 40 によれば、『刑事法実務（Praxis rerum criminalium）』（一五五四年）という著書があり、その中で「非法定不法行為（犯罪）（delicta extraordinaria）」を説明して、「それらに対しては、法律によっても君主の条例によっても慣習法の導入によっても、決まった（固定した）刑罰が定められておらず、裁判の際の裁量によって科され、それは不法行為（犯罪）や〔犯〕人の〔性〕質にしたがう（quod non sit illis certa aut lege aut principis statuto aut consuetudinis introductione constituta poena, sed arbitrio imponitur iudicantis, et hoc secundum delicti et personae qualitatem）」と述べられている。Schreiber, a. a. O., S. 29 によれば、この著作の刊行年次は、一五七〇年ということである。

(84)『法実務 (Practica)』(一五六四年) という著作があり、そこで、「非法定犯罪 (crimina extraordinaria)」は「法定犯罪 (crimina ordinaria)」と異なり、裁判官が「自己の判断と正しい衡量にしたがって (nach seinem gefallen und pillichen erachten)」刑罰を科することができる犯行である、と定義されている。Schaffstein, a. a. O., SS. 5 u. 39.

(85) Carpzov, Practica nova, Pars. Ⅲ. q. 134 n. 1, nach Gottfried Boldt, Johann Samuel Friedrich von Böhmer und gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft, Berlin u. Leipzig 1936, S. 56. Vgl. Schaffstein, a. a. O., S. 40; Schreiber, a. a. O., S. 29. 公けの掲示板を破壊すること、権限なくして遺言書を開封することなどが、これに相当する (Boldt, a. a. O.)。

(86) Carpzov, Practica nova, Pars. Ⅲ. q. 133. n. 1, zitiert nach Schaffstein, a. a. O.; Boldt, a. a. O., S. 55; Schreiber, a. a. O..

(87) Carpzov, Practica nova, Pars. Ⅲ. q. 133. n. 2, zitiert nach Boldt, a. a. O., S. 56.

(88) Carpzov, Practica nova, Pars Ⅲ. q. 133. n. 3, zitiert nach Schaffstein, a. a. O.. その例としてカルプツォフは、禁止された賭博、犯行後の犯人援助 (事後共犯) (Begünstigung)、家屋侵入、誣告 (Anschuldigung)——以上 Boldt, a. a. O., S. 55 f.——、死亡の予言——Schreiber, a. a. O.——、裁判所の催告 (obrigkeitliche Aufforderung) に反してする地代の不払い (果実の不法留置)——Schaffstein, a. a. O.; Boldt, a. a. O., S. 56——、婚礼の席での不作法な振舞、絞首索の切断、禁令に背いて家を退去して伝染病を人にうつすこと——Schaffstein, a. a. O.; Schreiber, a. a. O.——など一二の事例を挙げているが、これだけにつきるものでないことは、言うまでもない。

(89) Schaffstein, a. a. O., S. 42; Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1965, S. 167; Boldt, a. a. O., S. 56.

(90) Schaffstein, a. a. O., SS. 40 u. 42; Schreiber, a. a. O., S. 30.

(91) Friedrich Schaffstein, Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis Carpzov, in: Der Gerichtssaal 101 (1932), S. 43 ff., jetzt beigefügt zu: ders., Die allgemeinen Lehren, S. 254 ff..

(92) Carpzov, Practica nova, Pars I. q. 25. n. 1, zitiert nach Schmidt, a. a. O., SS. 156 u. 167. Vgl. Boldt, a. a. O., S. 72 f..

(93) ラウフドルン・ペルネーダー (Andreas Perneder)、ザミーゼンベック (Matthäus Wesenbec)、シュナイデヴィン (Johann Schneidewin)、ガイル (Andreas Gail)、フォルツ (Valentin Voltz) という一六世紀後半の学者たちは、犯罪の一般理論が形成されるに際して、重要な役割を演じた。以上の学問的系列と併行して、ペルネーダーの『刑事裁判令 (Halsgerichtsordnung)』

（一五四四年）、ゴープラー（Justinus Gobler）の『裁判所亀鑑（Rechtenspiegel）』（一五五〇年）、ラウフドルンやドルネック（J. A. v. Dorneck）の『法実務（Practica）』（後者は一五七六年刊）、ザウア（Abraham Sawr）の『刑事法書（Straffbuch）』（一五七七年）のように法学者だけではなく、審判人（Schöffen）を中心とする広い読者を対象として著された一連の書物があり、これらは「一四二五年に南ドイツで著され、一五一六年に人文主義法学者のセバスティアン・ブラント（Sebastian Brant）が編集し直した」『訴訟鑑（Klagenspiegel）』や『カーロリーナ法典』などの抜き書き的性格が強く、体系性も完結性も持っていない。但し、後者もローマ法学の知識を土台として書かれており、ラウフドルンやペルネーダーは、正当防衛（Notwehr）・未遂（Versuch）・共犯（Teilnahme）の形式についても極く簡単なものではあるが考察を施している。前者は、「法定犯罪」・「非法定犯罪」の概念を導入してもいる。また他方、ブラントが『訴訟鑑』を校訂していることからも分かるように、人文主義的「ローマ」法学とドイツ法律実務とを截然と区別することは無論できない。Schaffstein, a. a. O,S. 4ff..

(94) A. a. O., S. 6. Vgl. Roderich von Stintzing, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, Abt. 1, München u. Leipzig 1880, Nachdruck Aalen, S. 437 f.. ヴィゲーリウスの著書の刊行年次は、後者による。

(95) たとえばギルハウゼン（Ludwig Gilhausen）の『刑事裁判の支柱（Arbor iudiciaria criminalis）』（一六〇六年）は、イタリアのデチアーヌス（Tiberius Decianus）やヴィゲーリウス、ユ帝『法学提要』の刑事法規定についての註釈であるテュービンゲンのハルプレヒト（Johann Harpprecht）の『刑事法論考（Tractatus Criminalis）』（一六〇三年）などによりつつ、『カーロリーナ法典』とローマ法やイタリア刑事法学の成果とを結合することを試みている。Schaffstein, a. a. O., S. 7; Stintzing, a. a. O., S. 636.

(96)『カーロリーナ法典』をラテン語に翻訳し註釈を付したもので、同法典と法学との結合を意図した最初の文献である。Stintzing, a. a. O., S. 632 f..

(97) レムスが仕えたヴィート（Wied）のグラーフ、ヴィルヘルム（Wilhelm）に献呈されたこの書物は、初学者のために、普通法源を引きながら『カーロリーナ法典』を敷衍したもので、法学文献からの引用は若干名の法学者のものに限られている。A. a. O., S. 636 f..

(98) Schaffstein, a. a. O., S. 7 f..

(99) ムスクルス（P. Musculus）（一六一四年）、ツィーリツ（Bernard Zieritz）（一六一一年）、シュテファーニ（Matthias Ste-

phani)（一六一六年)、ブラヴィウス（Antonius Bullaeus)（一六三一年)、マンツィウス（Caspar Manzius)（一六五〇年)。A. a. O., S. 8.

(100) A. a. O., S. 4.

(101) ユストゥス・ヘニング・ベーマー(Justus Henning Böhmer)（一六七四年―一七四九年)の長男である。Boldt, a. a. O., S. 3.

(102) A. a. O., SS. 58―62.

(103) A. a. O., SS. 55―58, insb. 57. 彼はなるほど公的不法行為（犯罪）(delicta publica)を、厳格な手続（processus solennis）と確定的な刑罰（poena determinata）があるか否かによって、「法定犯罪（ordinaria)」と「非法定犯罪（extraordinaria)」とに分けているが、これはローマ法の分類であって、「今日では通常いずれの場合においても、手続と刑罰は全て法律に定められている（hodie processus utrobique fere idem poenaque omnis legitima est)」からあまり意味を持たない、としている。裁判は全て法定外のものとなっているとしたカルプツォフとは正反対のベーマーのこの発言は、両者の直面していた法的現実と課題の間に大きな隔たりが生じていたことを推測させる。また「非行（欺瞞罪）(stellionatus)」の概念もカルプツォフにおけるように「非法定犯罪」全体を包摂するものではもはやなく、偽(造)罪(falsum)と「今日の法ではほとんど区別できない（iure hodierna parum differt re ipsa)」個別犯罪となっている。この変化は、ベーマーのローマ法源理解が、カルプツォフより遥かに深いものとなっていることを示すものである。船田享二『ローマ法』第一巻（一九四三年、改版一九六八年）三四六頁参照。

(104) これは、テオドリクス（Petrus Theodoricus〔Dietrich〕)（一五八〇年―一六四〇年）に習ったものである。その著書『刑事法教程（Collegium criminale)』（一六一八年）は、著者自身が改訂して『刑事裁判実務（Judicium criminale practicum)』（一六七一年）となった。カルプツォフも『帝国ザクセン新刑事実務（Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium)』（一六三五年）で「法定外（特別）刑」を論じた際、テオドリクスの「無名（不特定）不法行為（犯罪）(delicta innominata)」概念の定義を借用している（「法定外（特別）刑」の第一類型と第二類型の区別)。Boldt, a. a. O., S. 65; Stintzing, a. a. O., S. 721. Vgl. auch Schaffstein, a. a. O., S. 8f..

(105) Boldt, a. a. O., SS. 62―64. テオドリクスは、犯罪の質料（materia）は故意（dolus）もしくは過失（culpa）によって犯された行為の事実（factum)、「犯罪の形相（forma delicti)」は「何らかの法律違反（transgressio alicuius legis)」であり、後者によってのみ「許される行為は、許された行為ないしどちらでもない行為から区別される（actus illicitus secernitur a licito et

alioquin indifferenti)」、と考えた。一方、カルプツォフは、犯罪は、「犯罪を犯そうとする意思（心素）、犯罪となる行為の事実、法律によって処罰される犯罪（animus, ut quis intendat delinquere; factum, ut sequatur delictum; delictum, ut sit per legem punibile)」(Practica nova, Pars. I. q. 1. n. 18) の三つを前提とする、としている。意思（心素）(animus) と行為の事実 (factum) という二つの要素からなりたつ現象は法律以前に既に悪であり犯罪でありうるわけで、法律はいわばその後を追うかたちで刑罰を定めるのである。「非法定犯罪」ないし「非行」もしくは「無名（不特定）犯罪」という概念を認めざるをえない現実を考えるならば、カルプツォフの態度の方が実務に即した正しいものであることはいうまでもない。だが、テオドリクスの犯罪理論と「無名（不特定）犯罪」概念との矛盾が、普通刑事法学を活性化させ、その発展の動因となったこともまた見逃してはならない。

(106) Boldt, a. a. O., SS. 65—69. エンガウ (Johann Rudolph Engau) の『ドイツ・カーロリーナ刑事法提要 (Elementa juris criminalis Germanici-Carolini)』(一七三八年) は、「無名（不特定）犯罪」概念を削除することによって、体系の理論的整合性を獲得しようとした。しかし、ベーマーの（テオドリクス以来の）この体系の二律背反性と内的緊張関係は、クヴィストルプ (Johann Christian Ernst von Quistorp) の『ドイツ刑事法綱要 (Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts)』(一七七〇年、第五版一七九四年) にも基本的にはそのまま受け継がれている。Vgl. Schaffstein, a. a. O., S. 19 f..

(107) Boldt, a. a. O., S. 59 f..

(108) A. a. O., SS. 58 u. 137 Anm. 223. 「特別刑 (poena extraordinaria)」という概念は、普通法上五つの異なった意味を持っていた。即ち、㈠法律で言及されていない事例すなわち「非法定犯罪 (crimen extraordinarium)」の場合の刑罰、㈡死刑にあらざる刑罰 (poenae non capitales)、㈢「裁量刑 (poena arbitraria)」と同義に用いられる場合、㈣「正規刑 (poena ordinaria)」全般に対して減軽された刑罰一般、㈤正当な刑罰減軽事由 (justae causae poenam mitigantes, mitigantia) である。

(109) A. a. O., S. 69 ff. Vgl. a. a. O., S. 56. カルプツォフも、「法定外（特別）刑」の第二類型である「非法定犯罪 (crimen extraordinarium)」の場合における法律によらない (illegitimus) 法創造を「裁量刑 (poena arbitraria)」というのは適当ではなく、「法定外（特別）刑〔罰〕(poena extraordinaria)」という表現を用いた方がよいとはしていたが、なお両者はしばしば同義語として相互互換的に用いられている。

(110) 註 (108) 参照。

(111) Boldt, a. a. O., S. 130.

(112) A. a. O., S. 69 ff., insb. S. 73.
(113) A. a. O., S. 78 ff..
(114) A. a. O., SS. 71 u. 73.
(115) A. a. O., S. 129.
(116) なお、『カーロリーナ法典』第一〇四条は、「また、何人かが、我が成文普通法（本来はローマ法のことであったが、ベーマーは『カーロリーナ法典』自体をもこれに含めている）にしたがって何らかの非行ゆえに死刑判決を受けたときは、良き慣習ならびに法に精通した良き裁判官の指示にしたがって……当該死刑の方式と方法を決定し判決するものとする。……しかし、若干の非行について〔我が〕法〔律〕（＝本法すなわち『カーロリーナ法典』）は、身体もしくは手足に加えられるが受刑者は生き残るような苦痛刑を許している。このような刑罰もまた先に死刑について規定したところと同様に、各ラントの良き慣習ならびに思慮深い良き各裁判官の衡量にしたがって判決し執行されるべきものである。我が皇帝法（本来はローマ法、ベーマーでは『カーロリーナ法典』も含まれる）は、現代の状況とラントの実情にそぐわない若干の刑罰を定めており、その一部のものは、それを文字通りに執行することは不可能である。更にこの法〔律〕は、個々の苦痛刑の方式と量刑を示さずに、これをやはり良き慣習と思慮深い裁判官の判断に委ねていることがある。しかし同じ制定法律は、犯行の性状と悪質性に鑑み、正義と公共の利益のために、刑罰を命じ執行することとしている……（Item so jemandt vnsern gemeynen geschriben rechten nach, durch eyn verhandlung das leben verwürckt hat, soll man nach gutter gewonheyt, oder nach ordnung eynes guten rechtuerstendigen richters …… die form vnd weiß der selben tödtung halten vnd vrtheylen. …… aber inn etlichen mißthatten, lassen die recht peinlich straff am leib, oder, gliedern zu, damit dannocht die gestrafften bei dem leben bleiben. Die selben straff mag man auch erkennen vnd gebrauchen, nach guter gewonheyt eyns jeden lands, oder aber nach ermessung eyns jeden guten verstendigen richters, als oben von todten geschriben steht, Wann vnser Keyserlich recht, etlich peinlich straff setzen, die nach gelegenheyt diser zeit vnd land vnbequem, vnd eyns theyls nach dem buchstaben nit wol müglich zu gebrauchen weren, darzu auch dieselben recht die form vnd maß, eyner jeglichen peinlichen straff nit anzeygen, sonder auch guter gewonheyt oder erkanntnuß verstendiger Richter beuelhen, vnd inn der selben wilküre setzen, die straff nach gelegenheyt vnd ergernuß der übelthatt, auß lieb der gerechtigkeyt, vnd vmb gemeynes nutz willen zu ordnen vnd zu

machen. ……)」(Radbruch u. Kaufmann, a. a. O. (註(81)所掲), S. 75 f.. 塙訳二五二―三頁参照)、と定めている。その規定はいわゆる「裁量刑」のみならず、「確定的法定刑(poena legitima seu determinata)」をも含めた「法定(正規)刑」の全体に及ぶものであった。こうして『カーロリーナ法典』の苛酷で時代遅れの刑罰体系は、「良き」裁判慣習(usus forensis)やラント法律(leges provinciales)によって、より人間的・合理的なものへと変わってきていたのである(たとえば、同性愛・獣姦(sodamia)(第一一六条)、普通放火犯(incendium)(第一二五条)、鋳貨を偽造し流通させた者(第一一一条)には焚刑が科せられていたが、それらは概ね普通の斬刑(poena gladii)に置き換えられていたし、耳切り、鼻切り、目のえぐり出し、子供を殺害した女の生き埋めと杭刺し(第一三一条)のような刑罰も、「野蛮で現代の感覚に合わない(ob truculentiam genio nostri seculi parum convenientem)」とか「行なわれなくなっている(per desuetudinem)」という理由で、廃止されている)。これは、カルプツォフの「法定外(特別)刑」の第三類型の一部を構成する現象にほかならないが、ベーマーはこれを『カーロリーナ法典』自身が認めた裁量の余地内のものとして、いわば「法定(正規)刑」の範疇の中に取り込んだのである。Boldt, a. a. O., SS. 69―71.

(117) A. a. O., S. 78 ff..

(118) A. a. O., S. 101 ff..

(119) A. a. O., SS. 93 f. u. 130―142. ベーマーはまず、㈠「一般的裁量(arbitrium in genere)」、すなわち「正規刑」としての「裁量刑」を確定する際に考慮される量刑基礎事実とでも言うべき要素と、㈡本来の減軽事由(mitigantia)とを区別する。㈠に際しては、「動因(causa)」(「犯罪の一般的意思(intentio delinquendi in genere)」とも呼ばれる)・「実現(eventus)」・「質(qualitas)」(国家的諸価値に対する犯罪の関係)・「量(quantitas)」・「時間(tempus)」・「場所(locus)」という七つの観点(septem modi)から、悪意(malitia)と被害(damnum)が検討される。㈡は更に、(1)「正規刑」としての「裁量刑」に対する減軽事由と、(2)「確定的法定刑」に対する減軽事由とに分かたれる。㈡の(1)については、やはり先の七つの観点に照らして、宣誓をして偽証した際(『カーロリーナ法典』第一〇七条)に生じた被害の小さいこと、単純侮辱(Beleidigung)の際の被害者との和解、犯行以前のまじめな生活態度、「時によって」女性であることや後悔などが、減軽事由と認められる。また、刑罰目的との関連で、窃盗(『カーロリーナ法典』第一五九条、同第一六〇条)の際の「矯正の可能性(spes emendationis)」、恥辱刑の場合の「人間の身分(dignitas personae)」などが考慮され、さらに未決勾留や、妊娠などの受刑者の「身体の虚弱さ(corporis im-

becillitas)」が考慮に入れられることがある。㈠の(2)は、(i)「個々の犯罪に固有の減軽事由(mitigantia singulis delictis propria)」と、(ii)「全ての犯罪と刑罰に共通の減軽事由(mitigantia omnibus delictis et poenis communia)」とに区別される。㈠の(2)の(i)については、先の七つの観点のうち、特に「行為の事実の質(qualitas facti)」、すなわち保護法益と国家的利益との関係に、重要な意味が与えられている。すなわち、私人の利益を主たる保護法益とする「私的不法(privata iniuria)」に限って、窃盗や偽(造)罪(falsum)の場合の「私的な和解(transactio privata)」・「損害賠償(restitutio damni)」・「価格分の補償(compensatio pretii)」や、姦通・重婚・誘拐・強姦の場合の謝罪や結婚のように、私的利益の侵害を除去ないし軽減する事情の存在は、「確定的法定刑」に対する減軽事由と認められるのである。最後に、㈡の(2)の(ii)は、①「熟考・故意・判断力の欠如(deliberationis, doli et iudicii defectus)」(「過失(culpa)」を含む)、②「未遂(conatus)」③「共犯(concursus)」という三つの観点から構成される。これらの事由はいわば「確定的法定刑」を「裁量刑」化するものであり、したがって例えば過失犯の場合には、過失の程度のほかに、㈡の(1)に属する「矯正の可能性」とか「被害の質(qualitas damni)」といった事情も考慮して、「特別(法定外)刑」が決定される。以上の「全ての犯罪と刑罰に固有の減軽事由(mitigantia omnibus delictis et poenis propria)」は犯罪概念に即したいわば実体法的なものであるが、これらのほかに、㈢「犯罪事実(罪体)の不確実(incertitudo corporis delicti)」といういわば手続法(証拠法)上の理由から「特別(法定外)刑」が科される場合がある。これが、いわゆる「嫌疑刑(Verdachtsstrafe)」である。これについては、Vgl. auch G. Schubert, Feuerbachs Entwurf aus dem Jahre 1824, SS. 76—85, insb. 77〔山中訳八四頁〕(註(61)所掲).

(120) Boldt, a. a. O., S. 147 ff.; Schmidt, a. a. O., S. 167.「故意(dolus)」・「既遂(exitus)」・正犯と非常に近い関係にある「近接共犯(concursus proximus)」が、これにあたる。「故意」には、「間接的ないし未必の故意(dolus indirectus seu eventualis)」も含まれる。「近接共犯」には、「共謀(共同正犯)(conspiratio)」、「委任(間接正犯)(mandatum)」、「教唆(consilium)」、「幇助(auxilium)」の四種がある。正犯と「ほぼ同様の事由(causa proxima)」があるために、「正規(法定)刑」が科される。その意味では、これを、「正規の共犯(〔concursus ordinarius,〕ordentliche Teilnahme)」と呼ぶこともできる。

(121) Boldt, a. a. O., S. 355 ff.; Schmidt, a. a. O..「故意の程度が非常に低いこと(infimus gradus doli)」、「過失(culpa)」、「未遂(conatus)」、「特別の共犯(〔concursus extraordinaria,〕außerordentliche Teilnahme)」が、これにあたる。この「特別の共犯」には、「過失による〔近接〕共犯(concursus〔proximus〕culposus)」、正犯との関係が非常に遠い「遠隔共犯(concursus

remotus)」、「遠隔共犯」の特別な場合である「犯罪の不阻止――「凶悪犯罪（crimen atrox)」に限られる――と不告発」の三つが含まれる。

(122) Boldt, a. a. O., S. 501 ff.. 主要な論点だけを列挙すれば、「故意・過失能力（責任能力）(doli vel culpae capacitas)」、「事実の錯誤（ignorantia facti)」、「法〔律〕の錯誤（error iuris)」、「正当防衛」、「緊張窃盗」、「不慮のできごと（casus)」、「既遂の欠缺」ということになる。

(123) カルプツォフの第三類型の残りの一部である時代の変遷にともなう量刑価値の変動に基づく「法定外（特別）刑」については、既にベーマーにおいて概念的「法定（正規）刑」化が達成されていた。註（116）参照。

(124) 註（119）参照。

(125) Boldt, a. a. O., S. 134 f..

(126) なお、過失犯論の歴史については、内田文昭「過失犯論の史的展開について(一)(二)」（未完）『上智法学論集』一六―一（一九七二年）、一七―三（一九七四年）がある。

(127) Vgl. CJBC. I. 1. §. 2:「これ（犯罪）は、軽刑罰犯罪（gering, leviora）と重刑罰犯罪（schwer, graviora）と過重刑罰犯罪（überschwer, atrocissima）からなる。懲役刑（Gefängnisstraff）・罰金刑・恥辱刑（Schandstraff）等の比較的軽い刑罰を科されるものが、第一のものを構成する。第二のものには、身体刑・生命刑を伴なうものが含まれる。第三のジャンルに属するものは、単に生命を奪われるだけではなく、苛酷で緩慢な死刑を科され、もしくは著しい付加刑をもって処断される」。

(128) Vgl. Freyherrn von Kreittmayr, Compendium Codicis Bavarici Civilis, Judiciarii, Criminalis et Annotationum……, München 1768, S. 519:「故意（dolus）は、その際、常に推定される。重過失（Culpa lata）と故意は民事においては同一に評価されるが、刑事ではそうではない」。

(129) Anmerkungen ad CJBC. I. 1. §. 3. Ziff. c.

(130) CJBC. I. 1. §. 35. Vgl. Compendium, S. 522:「犯罪の加重事由を定めることはそれほど容易ではない。誰が（quis)、何を（quid)、どこで（ubi)、誰の幇助を得て（quibus auxiliis)、なぜ（cur)、どのように（quomodo)、いつ（quando)、という点を考慮しなければならない。それによって、身体刑を生命刑に変更したり、死刑（Capital-Verbrechen）の場合に死刑の種類（genus mortis）を簡単に変更したりすることはできず、状況に応じて付加刑を申し立てるにすぎない」。

(131) CJBC. I. 1. §§. 14—34, I. 12. §§. 2 (犯罪の不告発), 3 (未遂), 8 (事後共犯), 11 (嫌疑刑). Vgl. CJBC. I. 12. §§. 5—7 (正規刑の対象となる共犯).

(132) CJBC. I. 1. §. 4 (責任能力).

(133) Compendium, S. 521.

(134) もっとも、加重事由・減軽事由に関する規定が「刑事犯罪と刑罰一般について」という『刑事法典』第一部第一章の中に置かれているのに対して、狭義の「裁量刑」は第一部の第二章以下の諸章に散在している、という相違は残る。これと関連して、ベーマーが減軽事由と考えてハイスラーの反論を招くことになった問題の「過失」と「未遂」のうち、前者は第一章中に規定されて、その他の減軽事由といわば同等の扱いを受けたのに対し、後者は「刑事犯罪の認識 (Wissenschaft)、未遂、共犯 (Beyhülf)、嫌疑の処罰について」の第一二章に規定されて、いわばその他の「裁量刑」と同等の体系的位置付けを与えられているかのように見えるが、それはほんの外観にすぎない。それは未だ独立の構成要件というほどの内容は与えられておらず、実質的にはあくまで一つの減軽事由でしかない。

(135) CJBC. I. 1. §. 1.

(136) Anmerkungen ad CJBC. I. 1. §. 12. Ziff. g.

(137) Kleinheyer, a. a. O., S. 11f., 村上『近代法の形成』二一一頁。

(138) CMBC. I. 2. §. 7.

(139) 本稿(一九八頁参照。

(140) Anmerkungen ad CMBC. I. 1. §. 3, S. 6.

(141) 註 (17) 対応本文参照。

(142) 註 (63) 参照。

(143) Anmerkungen ad CMBC. I. 1. §. 12, S. 22.

(144) Staatsrecht, §. 2, S. 4.

(145) Compendium, S. 3; CMBC. I. 2. §§. 2—4 で論ぜられる「神法〔律〕(Göttliches Recht, Jus Divinum)」——「自然神法〔律〕(Jus divinum naturale)」と「実定神法〔律〕(Jus divinum positivum)」とがあり (§. 2)、後者は「啓示法〔律〕(Jus

revelatum)」と呼ばれる――、「自然法〔律〕(Jus Naturae)」(§. 4)――「実定神法〔律〕」にほかならない――、「人定法〔律〕(Jus Humanum)」(§. 3)――「作られた法〔律〕(Jus conatum)」ないし「実定法〔律〕(Jus positivum)」とも呼ばれる――という概念が、Sancti Thomae Aquinatis Summa Theologiae Ia-IIae q. 90 seq.〔稲垣良典訳『神学大全13』(一九七七年)〕の「法律(leges)」論の系譜を引いていることは明らかであろう。そこで聖トーマスは、「永遠法律(lex aeterna)」・「自然法律(lex naturalis)」・「人定法律(lex humana)」・「神法律(lex divina)」――「旧〔約の〕法律(lex vetus)」と「新〔約の〕法律(lex nova)」とがある――という区別を立てていた(q. 91)。クライトマイアは、これらを「法〔律〕(Jus)」という言葉に置き換えて叙述するわけである。もっとも聖トーマスも、Summa Theologiae IIa-IIae q. 57 art. 2 において、「自然法(ius naturale)」と「実定法(ius positivum)」との区別を認めてはいる。しかし、それは、「自然法律」と「人定法律」との区別と同じものではない。蓋し、「法(ius)」と「法律(lex)」は、別の概念なのである。「法もしくは正しいこととは、公平の何らかの基準に照らして、他者にとって適正な何らかの行為である(〔Respondeo dicendum, sicut dictum est,〕 ius, sive justum, est aliquod opus adaequatum alteri secundum aliquem aequalitatis modum)」(q. 57 art. 2)。一方、「実践知に先立って準則が存在しているように、理性が確定する正しい行為に先立って、理性が心の中に存在している。これが文字に記録されているとき、法律と呼ばれる。法律とはすなわち、イシドールスのいう成文法律である。しかして法律は、本来の意味では、法そのものではなく、いわばこの法の理性なのである(ita etiam illius operis iusti quod ratio determinat quaedam ratio praeexistit in mente, quasi quaedam prudentiae regula. Et hoc si in scriptum redigatur, vocatur lex: est enim lex, secundum Isidorum, constitutio scripta. Et ideo lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris)」(q. 57 art. 1)。更に、聖トーマスは論ずる。「法は正義の客体であり(〔Unde manifestum est quod〕 ius est obiectum iustitiae)」(loc. cit.)、「その他の徳と比べた場合、正義の特質は、人間を他者との関係において規律することである(〔Respondeo dicendum quod〕 iustitiae proprium est inter alias virtutes ut ordinet hominem in his quae sunt ad alterum)」(loc. cit.)。「正義とは、各人の法(権利)を各人に配当する恒常不断の意思である(iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi)」(D. 1. 1. 10. pr.)〔春木一郎訳『ユースティーニアーヌス帝学説彙纂 ΠΡΩΤΑ』(一九三八年)六三頁参照〕(但し、聖トーマスにおいては、"tribuendi" は Inst. 1. 1. pr. と同様に "tribuens" の語に、"cuique" も "unicuique" に置き換わっている)というウルピアーヌス (Ulpianus libro primo regularum) の定義は、「正しく理解する限り、適当なものである(〔Respondeo

dicendum quod praedicta iustitiae definitio conveniens est, si recte intelligatur)」(Summa Theologiae IIaIIae q. 58 art. 1)。一方、「正しいこと（すなわち法＝権利）の正しい境界画定を導入する裁判は、本性上、正義と深い関わりを持っている（[Et ideo] iudicium, quod importat rectam determinationem eius quod est iustum, proprie pertinet ad iustitiam)」(IIaIIae q. 60 art. 1)。要するに、聖トーマスの「法（ius)」とは、裁判官（iudex）が裁判（iudicium）を通じて確定する各人の権利［の総体］であって、その根拠としての「法律（lex)」から明確に区別されるものであった。体系的にも「法（ius)」論（IIaIIae q. 57）は、「法について（De iure)」(q. 57)、「正義について（De iustitia)」(q. 58)、「不正について（De iniustitia)」(q. 59)、「裁判について（De iudicio)」(q. 60)、「正義の諸部分について（De partibus iustitiae)」(q. 61)、「原状回復について（De restitutione)」(q. 62) 等々と続く「正義」論の総論の最初に位置付けられており（「さて、正義については、四つの考察がなされる。第一に、法について……(Circa iustitiam vero consideranda sunt quatuor: primo quidem, de iure; ……)」)、「法律（lex)」論から完全に切り離されている。中世後期・近世を通じて「司法国家」的構造が徐々に限定・克服される中で、「法（＝権利）（ius)」の概念は、「法律（lex)」という合意を獲得することになった。それはまた、「法律（lex)」に逆に「法（＝権利）（ius)」が持ち込まれ、前者が後者による内在的制約を受けるようになったことを意味する。クライトマイアが聖トーマスの「法律（lex)」の区分を「法［律］(Jus)」の区分として受け継ぐことができたのは、このような事情があったからである。その結果、聖トーマスの「法律」論と「法＝権利（正義)」論とが接合され、聖トーマスが IIaIIae q. 57 art. 3 で論じた「万民法（ius gentium)」が、「国際法（Jus Gentium)」として CMBC. I. 2. §. 5 の内容を形成することになった（小序註（15）参照)。

(146) Peter Pöpperl, Quellen und System des Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, Diss. Würzburg, Bamberg, 1967, S. 57.
(147) Compendium, S. 3.
(148) Anmerkungen ad CMBC. I. 1. §. 3, S. 6.
(149) Compendium, S. 3 f..
(150) Pöpperl, a. a. O., S. 57 f..
(151) 註（12）対応本文参照。
(152) Staatsrecht, §. 88, S. 151.
(153) 註（63）ならびに同註対応本文参照。

(154) Anmerkungen ad CMBC. I. 2. §. 3. S. 26.

(155) 註（18）対応本文参照。

訂正

本稿(一)（本誌三三巻三号）九四頁一行目「カール・アルプ×レヒト」→「カール・アルプ。レヒト」

同一四〇頁七行目「アルプ×レヒト一世」→「アルプ。レヒト一世」

本稿(二)（本誌三四巻二号）九二頁一一行目、九四頁三行目「アルプ×レヒト熊侯」→「アルプ。レヒト熊侯」

Vol. 34 No. 6 (1984)

≪Summaries of Contents≫

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

——Verfassungsgeschichtliche Prolegomena zur Landrechtsforschung—— (3)

Von Takuro WADA*

Inhaltsübersicht:

0. Einfürende 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). (soweit im 3. Heft des 33. Bands)

Exkurs: Entwicklung der bayerischen Adelsherrschaften und landrechtlicher Strukturunterschied Ober- und Niederbayerns. (soweit im 2.Heft des 34. Bands)

III. Rechtstheoretisches bei Kreittmayr. Quellen und Wesen des Jus Publicum und Jus Privatum.

0. Vorbemerkung zum öffentlichen und Privatrecht.

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). (soweit in diesem Heft. Weiter voraussichtlich im nächsten Heft)

2. Jus Publicum (Staatsrecht) als das System der „respublica" -nischen Herrschaftsrechte (Die Landsverträge und die landesherrlichen Gesetze als die öffentlich-rechtlichen Quellen).

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

3. Einteilung des Jus Publicum in die Konstitution und das Verwaltungsrecht (Ausklang der älteren Landrechtsgeschichte und ihre Neuentfaltung im 19. Jh.).

Ⅳ. Abschließende Bemerkung zur Ideengeschichte der Gesetzgebung (von Sten Gagnér).

Ⅲ-0. Herrschend ist der Trennungsgedanke im 19. Jh.. Man könnte sich leicht erinnern an den Dualismus von Staat und Gesellschaft, Politik und Wirtschaft, Politik und Recht, wie nicht zuletzt die Dichotomie vom öffentlichen und Privatrecht.

Schon bei den Römern ist zwar auch von ius publicum und ius privatum gesprochen. Dieses Begriffspaar wies ja auf ,,eine Möglichkeit begrifflicher Betrachtungsweise" hin, erlangte aber damals ,,weder den Rang einer durchgebildeten wissenschaftlich-systematischen Einteilung des Rechts noch wesentliche praktische Bedeutung für das Rechtsleben". Das war nur ,,eine Differenzierung", die im Grundsatz die Einheit der römischen Rechtsordnung als ius civile (im weiteren Sinne) bestehen ließ. Im 16. Jh. hat Johannes Ordendorp ,,auf dem Hintergrund einer stärkeren Verrechtlichung des Politischen" gefordert, ,,die Universitäten müßten Leute erziehen, die geeignet seien, das staatliche Gemeinwesen (respublica) richtig zu leiten, und müßten deshalb den Rechtsunterricht so formulieren, daß die ‚res Civiles tum publicae tum privatae' gleichermaßen einfach und verständlich gelehrt würden". Es ist aber Nicolaus Vigelius, wer in der zweiten Hälfte des Jhs. wohl das erste Werk mit dem Titel ius publicum verfaßt hat. Auch bei Hugo Donellus hat sich das jus publicum ,,als ein kleiner Wissenschaftsbereich an der Seite des Zivilrechts" einigermaßen verselbständigt, während Jacobus Cujacius sich mit kurzen Zeilen begnügt hatte, was jus publicum betrifft. Hier hat zweifellos die große geistige Bewegung des Humanismus der Zeit auch eine bedeutende Rolle mit gespielt, der zu textkritischen Bemühungen, aber auch zu einer systematischen Richtung der Jurisprudenz führt. Dabei handelt es sich aber eher um ein stärkeres Hinwenden des wissenschaftlichen Interesses und des Rechtsunterrichts zu den Rechtsfragen des öffentlichen Lebens als um die systematische Einteilung des Rechtsstoffes. Ius publicum und ius privatum haben sich im 16. und 17. Jh. ,,als ‚positiones studii iuris', als Wissenschaftsgebiete

gesondert". Sie machen aber ,,rechtssystematisch zwei sich überschneidende Rechtsgebiete mit einem erheblich gemeinsamen Bestand an Rechtsregeln". Von einer Dichotomie des Rechts ist hier nie die Rede.

Vigelius hat sich ,,darauf beschänkt, aus dem Corpus Iuris alles herauszugreifen und geordnet zusammenzustellen, was er nach der Definition Ulpians als zum ius publicum gehörend ansah". Donellus lehnte ,,sich nur teilweise an die Ulpianformel an und entwickelte selbständig die Kriterien für eine umfassende Gliederung des Rechts, die er auch ohne die römische Überlieferung für erforderlich hielt". Dieser hat mit viel größerer Freiheit gegenüber den römischen Quellen als jener gearbeitet, beide aber noch in derselben Höhe gedanklicher Abstraktion und Isolierung von den staatsrechtlichen Verhältnissen seiner Zeit. Die Situation hat sich aber bald im Glaubenskampf geändert. Die römischen Verfassungssätze wie die Formel ,,princeps legibus solutus" waren auch noch in das deutsche Rechtsdenken eingedrungen. So hat die (Reichs-) Publizistik im 17. Jh., den stark praktisch-politischen Charakter gehabt. Es kommt nun darauf an, wie das ius publicum an seinem Inhalt ausgebildet wird. Es nimmt auch mehr und mehr Bezug auf die einheimischen Rechtsquellen. Das hat alles aber nichts am Verhältnis des ius publicum und ius privatum geändert. Eine scharfe Trennung des einen vom anderen kommt nicht in Frage.

Die westfälischen Frieden haben der deutschen Reichsverfassung den festen Grund gelegt. Dadurch wurde der Grundriß des ius teutonicum (germanicum) publicum gegeben. Um so fester die Gesamtstruktur des Gemeinwesens (hier nämlich des Reiches) bestimmt ist, desto selbständiger wird das (deutsche) Staatsrecht als ein Subsystem von dem des Politischen. So wird die Unterscheidung des ius publicum und ius privatum im 18. Jh., nur mehr schulmäßig als bloße ,,Zuordnungspunkte für sachgebundene Teilunterscheidungen" verstanden. ,,Vor allem erlangte das ius privatum nicht die Rolle eines Hortes privater Freiheit gegen die in ius publicum ausgebildete Staatsgewalt; diese Rolle kam den ‚Rechten Privater' zu, in denen sich keine Spaltung zwischen ius privatum und ius publicum vollzog" (soweit Martin Bullinger. Vgl. auch Sten Gagnér).

Mit dem letzten Zitat haben wir den Themenkreis „Justizsachen und Polizeisachen" erreicht. Es geht sich hier darum, ob die Polizeisachen, also die Regierungssachen auch vor Gericht gebracht werden können. Die Polizeisachen sind, an und für sich betrachtet, auch bei den höchsten Reichsgerichten „kein Objectum justitiae". „So bald aber dieselbe contentiosae (streitig) werden, sind sie unter den Justiz-Sachen tanquam species sub suo genere (als einzelne Art einer Gattung) enthalten.....Sie sind aber pro contentiosis (für streitig) so bald zu halten, als außer dem politico (dem Politischen) jura et laesiones partium (Rechte oder Verletzungen der Prozeßparteien) mit in consideration (in Erwägung) zu nehmen....."(Johann Ulrich von Cramer). Eine Polizeisache kann gleichwohl vor Gericht gebracht werden, so daß es also nicht auf einen Wesensunterschied von Justizsachen oder Polizeisachen ankommt. Eine Justizsache ist vielmehr immer dann gegeben, wenn——auch in Polizeisachen——eine Verletzung von Rechten geltend gemacht wird. „Genug wird es ein jus privatorum (privates Recht, oder besser Recht Privater) fürgesetzt, darüber muß der contradicent (Beschwerdeführer) gehöret, und ihm die Justiz administriret werden, und da kann ja nun wohl ein Regierungs-Collegium weder in propria causa Judex (Richter in eigener Sache), noch auch sonst Judex et pars (Richter und Partei) zugleich sein". Dieser Satz ist also nicht im Sinne einer materiellen Überschneidung der beiden Bereiche zu verstehen——etwa so, daß eine Polizeisache dann zugleich Justizsache ist, wenn eine polizeiliche Anordnung die erworbenen Rechte der Untertanen berührt. Vielmehr liegt der Begriff der Justizsache auf einer anderen, der prozessualen Ebene. Es ist nicht erforderlich, daß eine Rechtsverletzung vorliegt, sondern es genügt, daß sie geltend gemacht wird (soweit Kroeschell, in: Gerichtslauben-Vorträge, 1983).

So handelt es sich hier weder um eine Entscheidung noch um eine Qualifikation im materiell-rechtlichen Sinne. Die „cura suprema Politiae" (die oberste Fürsorge für die Polizei) des Landesherrn, aus der sich ein „ius reformandi politicum" (eine polizeiliche Reformbefugnis) ergibt, schließt zwar die Kompetenz der höchsten Reichsgerichte nicht aus, wird aber nicht ohne weiteres für unrecht geachtet (Kroeschell).

Sowohl die landesherrlichen Regierungsakte einschließlich der polizeilichen Gesetzgebung auch die wohlerworbenen Rechte (iura quaesita) der Privaten sind vor dem Gericht sozusagen gleich gestellt, und das Gericht entscheidet die Sache mehr oder minder selbständig und rechtsschöpferisch. Entscheidend ist hier das richterliche Gutdünken, obwohl der Richter dabei alle Rechtsquellen (gemeines Recht, Statuten, Polizeiordnungen, Privilegien u. a. m.) in Rechnung ziehen muß. In diesem Sinne möchte der Verfasser vom ,,Justizstaat" der neueren Zeit, weder vom Rechts- noch vom Gesetzesstaat sprechen. Der Justizstaat steht noch in der Tradition von der mittelalterlichen Urteilsauffassung als ,,Rechtsetzen". Es ist erst im 19. Jh., wenn der ,,Rechtsstaat" als Synthese des ,,Justizstaat" mit dem absolutistischen ,,Gesetzesstaat" in Erscheinung tritt. Das Wort ,,Recht" ist allerdings im Hoch- und Spätmittelalter hauptsächlich als ,,Gericht" verwendet worden. In diesem Sinne darf man also auch in früheren Jhe. natürlich vom ,,Rechtsstaat" statt des ,,Justizstaats" sprechen. Es hat aber mit dem modernen ,,Rechtsstaat" nichts zu tun.

Seit der Mitte des 16. Jhs. ist von der Unterscheidung von dauerhaften ,,Gesetzen" und wechselnden ,,Ordnungen" die Rede (Rolf Grawert). Sie ist eine Parallelerscheinung zur Unterscheidung von ,,Recht" und ,,Polizei". Die Grenze des ,,Rechts" zur ,,Polizei" war aber ziemlich schwankend. Viele landrechtliche Bestimmungen stammen einerseits eigentlich aus Polizeiordnungen, und die straf- und prozeßrechtlichen Ordnungen sind anderseits in der frühen Neuzeit als ,,Polizei" getrennt entworfen, während sie im Mittelalter einen wesentlichen Teil des Landrechtsbuchs gebildet hatte, wie wir schon im früheren Teil dieses Beitrages gesehen haben. Das gleiche gilt auch für die Unterscheidung von ,,Gesetzen" und ,,Ordnungen". Hier handelt es sich nur um eine funktionelle Unterscheidung der Gesetze im weiteren Sinne. Sowohl die ,,Gesetze" auch die ,,Ordnungen" haben den rechtlichen Chrrakter. Sie sind sozusagen zwei verschiedene Arten einer Gattung des Rechts. Sie sind auch nicht zuletzt auf dem Hintergrund der oben hingewiesenen justizstaatlichen Tradition zu verstehen.

Johann Georg Schlosser hat unter den Gesetzen 4 verschiedene

Arten unterscheidet, nämlich die ,,Staatskonstitution", das ,,Civilgesetz", das ,,Strafgesetz" und das ,,Regierungsgesetz". Seine Meinung steht anscheinend mit der traditionellen Unterscheidung von ,,Recht" und ,,Polizei" in Verbindung. Es ist aber nicht zu verleugnen, daß das Hauptanliegen Schlossers im materiellen Vorrang des ,,Civilgesetzes" vor dem ,,Regierungsgesetz" gelegt ist, die zuvor nicht die Rede gewesen waren. So kommt der Themenkreis ,,Justizsachen und Polizeisachen" im ausgehenden 18. Jh. mit dem des ,,öffentlichen und Privatrechts" in Berührung, obwohl sie beide miteinander eigentlich nichts zu tun gehabt haben.

Die Lehre von Schlosser stellte eine Auseinandersetzung mit dem Vorhaben Svarez', die Zivil- und Polizeigesetze einheitlich zu kodifizieren, dar. Er ,,verstand das Privatrecht oder bürgerliche Recht fast durchweg als das gesetzlich geregelte Recht der Lebensverhältnisse der Bürger nicht nur in ihrem wechselseitigen Verhältnis, sondern auch im Verhältnis zum Gemeinwesen und damit als allseitig wirksame und geschützte, freilich den unabdingbaren Erfordernissen des Gemeinwesens angepaßte". Solche Konzeption hat natürlich keine scharfe kategoriale Scheidung vom öffentlichen und Privatrecht zur Folge. Im Gegensatz zu Svarez sah Franz von Zeiller unter dem Einfluß von Kant ,,die Aufgabe des allgemeinen Privatrechts und seiner Wissenschaft darin, diejenigen Rechtsverhältnisse der Menschen darstellen, die sich aus den Prinzipien der Vernunft ergeben, wenn der Staat, die Staatsgewalt und deren positive Anordnungen hinweggedacht werden. Dieses ‚natürliche Privatrecht' sollte, unter anderem mit seiner Idee angeborener Rechte, die positive Gesetzgebung im staatlichen Gemeinwesen bestimmen und deren Grundbestandteil bilden" (Bullinger). Es ist möglich, dieser Auffassung von Zeiller die ständische Rechtstradition abzulesen, wie sie die Schlossersche Meinung und die Lehre von ,,Justiz- und Polizeisachen", bei denen es sich um den Vorrang des Zivilgesetzes vor dem Regierungsgesetz bzw. um die Unterstellung der Verwaltung unter Justiz geht, zeigen. F. K. von Savigny hing auch ,,einem von staatlichem Gemeinwesen methodisch isolierenden, kategorialen Privatrechtsverständnis" an (Bullinger). So entstanden hier der neue Begriff des

Privatrechts als des Rechts der Privatautonomie in der freien wirtschaftlichen Gesellschaft und der des (subjektiven) privaten Rechts, das als rein privatrechtliches vom herkömmlichen ius privatorum (Recht Privater) unterscheidet werden muß. Bald in der ersten Hälfte des 19. Jhs. erhielt die Unterscheidung vom öffentlichen und Privatrecht eine Funktion, den Rechtsweg auf privatrechtliche Streitigkeiten zu beschränken. Es kam eigentlich beim gerichtlichen Rechtsschütz in Regierungs- und Polizeisachen auf den Unterschied zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht nicht an. Entscheidend war, nur daß eine Verletzung irgendeines ius privatorum (Recht Privater bzw. privates Recht) geltend gemacht ist. Es ist dabei ganz gleichgültig, ob es zum öffentlichen oder zum Privatrecht gehört. Nun wird nur privates Recht, das privatrechtlich ist, gerichtlich geschützt. So weit hat sich das materielle Verständnis des doppelsinnigen ,,Rechts"-begriff, das bis zum Anfang der Neuzeit entstanden war, durchgesetzt.

Die Dichotomie von öffentlichem und Privatrecht kam erst unter dem Einfluß des neuzeitlichen Vernunftrechts und insbesondere der transzendentalen Philosophie Kants voll in Erscheinung. Sie steht aber auch mit dem herkömmlichen Begriffspaar ,,jus publicum (Staatsrecht, droit public, droit politique, political laws)——jus privatum (Bürgerliches Recht)" in Verbindung, was sowohl Savigny auch Gustav Hugo ganz selbstverständlich war. Wir haben hier den Wandlungsprozeß der Begriffe skizziert. Kreittmayrsche Gesetzeswerke im geschichtlichen Zusammenhang einzuordnen, ist unsere Aufgabe in diesem Kapitel.

III-1. (1) Kreittmayr hat das ,,Jus Patrium" oder seinen privatrechtlichen Teil in drei Kodizes kompiliert, nämlich Strafrecht, Gerichtsordnung und Zivilrecht. Sie machte einst im Mittelalter alle zusammen das Landrechtsbuch, obwohl nur das dritte Gesetzbuch den Namen des ,,Landrechts" trägt. Das zeigt die Terminologie, die an der Schwelle zur Neuzeit entstanden ist. Mittelalterliches Landrechtsbuch war in Bayern ein ,,Gerichts"-buch, das von Landesherren an die Landgerichte gegeben wurde. ,,Landrecht" der frühen Neuzeit war genau so wie ,,Polizei" ein Gesetz, das der Landesherr unter dem ständischen Mitwirken gab. Nämlich ist das Landrecht im Grunde landesherrliches Rechtsgebot. Dementsprechend definiert Kreittmayr das ,,Recht" als ,,ein Gesätz, das

ist, ein Oberherrschaftliches Gebott, welches in Sachen das gemeine Beste betreffend, dem Unterthan vorgeschrieben ist" (CMBC. I. 1. §. 3).

Gesetze (Rechte) gibt ein Oberherr, der ,,superioritas Imperii" hat. Der Kurfürst von Bayern hat zwar keine Majestät noch suprema potestas, aber ,,majestatem analogiam, vulgo superioritas territorialem". Es geht sich hier um eine reichsständische Rechtsfähigkeit. Nur dem, wer diese persönliche Würde mit sich führt, ist erlaubt, die landesherrliche Herrschaftsgewalt auszuüben. Weder die höchste Gewalt, die die souverainitas genannt wird, noch die Landeshoheit bedeutet also die plena potestas. Die konkreten Herrschaftsbefugnisse, die einem Herrscher gehörig sind, sind eins nach dem anderen aufgezählt, wie im nächsten Abschnitte näher gesehen wird. Unter solchen ,,regalia vel jura majestatica" findet sich auch das jus legislatorium. ,,Die gesetzgebende Macht, welche ein Reichsstand in seinem territorio zu exerciren hat, ist nicht nur in der Natur und Eigenschaft der Landsbothmäßigkeit, sondern auch in dem Herkommen und Reichssatzungen fundirt, dann diese schreiben den höchsten Reichsgerichten selbst dergleichen Landsstatuta pro norma vor, wornach sie sich in den aus einem jeden Land dahin erwachsenen Sachen mit der judicatur richten müßten. .....Einer kaiserlichen Confirmation brauchen status zu sothanen Landsordnungen nicht, und eben so wenig auch der Einwilligung ihrer Landständen, dann wann diese gleich darüber consultirt zu werden pflegen, geschiehet solches mehr ex consilio als necessitate, wo nicht das letztere den Landsverträgen gemäß ist. .....Ad jus statuum legislatorium gehört auch das jus publicandi, interpretandi, mutandi, abrogandi, dispensandi aut privilegia concedendi, sofern nur diese letzte weder gegen die Reichsverfassung, noch Landsverträge anstoßen" (Kreittmayr, Staatsrecht, §. 88).

Adressat des Gesetzes ist der bayerische Untertan, dessen drei Arten die Landstände, die sonstigen gefreiten und die gemeinen sind. ,,Der gemeine bayrische Unterthan, das ist, der gemeine Bürgers- oder Bauersmann und andere dergleichen Leute von geringerer Condition werden in die churfürstliche und landständische abgetheilt..... Die Landstände distinguiren sich von dem gemeinen Unterthan nicht in der Subjection

und Unterthänigkeit, sondern durch die Prärogativen und Freyheiten, womit sie vor jenen begabt sind, ..."(Staatsrecht, §. 181). Weder ein einzelner Landstand noch die Landschaft können ein Gesetz geben. Sie beteiligen sich an der (wichtigen) Gesetzgebung des Landesherrn bloß durch das Gutachten von Landschaftsverordnung. Das Landrecht wird zwar durch das Stadt-, Markt- oder ein anderes Partikularrecht(von verschiedenen Kommunitäten), genau so wie das willkürliche gemeine Recht durch die Statuta Provincialia derogiert. Statuta Municipalia, Localia und die sonstigen Rechte können aber ,,ohne Landsherrschaftlich- ausdrücklich- oder stillschweigender Bewilligung niemahl bestehen. Beede müssen an Ort und End, wo sie nicht offentlich kundbar seynd, von deme, der sich darauf beziehet, mittels Beybringung glaubwürdiger Urkunden und Obrichkeitlich- gefertigter Extracten oder sonst gnugsam bewiesen seyn" (CMBC. I. 2. §. 13). So hat jedes Gesetz sein Fundament letztlich in landesherrlichem Willen. Die Landstände können immer nur mit dem Landesherrn zusammen Gesetz geben, wenn davon auch überhaupt die Rede wäre. Sie sind kein selbständiger, sondern höchstens ein Mitgesetzgeber. Die Herrschaftsrechte der Landstände müssen seinen rechtlichen Grund auch im Landrecht, nämlich in landesherrlichen Rechtsgeboten (Gesetzen) suchen, wenn sie sich immer vor dem Gericht des Landes (Regierungen, wo die Stände ihren ersten Gerichtsstand haben, und Revisorium als die höchste Instanz des Landes) geltend machen wollen.

(2) In welchem Sinne man das Gesetzeswerk Kreittmayrs für landesherrliches Rechtsgebot ansehen kann, ist die nächste Frage. Es steht einerseits in der mittelalterlichen Tradition des Landrechts. So versteht es sich als ein ,,Rechts-" und ,,Gerichtsbuch", d. h. einen nicht unmittelbar an Untertan, sondern an Gerichtsorgan gerichteten Befehl und Ordnung. Es ist anderseits gleichzeitig auch ein ,,Gesetz", das dem Untertan als seine Handlungsnorm vorgeschrieben ist. In diesem doppelten Sinne ist die Kreittmayrsche Kodifikation als Rechtsgebot zu verstehen. Svarez hat die ,,Gerichts- "bzw. ,,Prozeßordnung" wohl von eigentlichem ,,Gesetz" unterscheidet, mit der Begründung, daß jene der Landesherr als oberster Richter des Landes mit seiner höchsten Gerichtsbarkeit erläßt, während dieses er mit seinem legislatorischen

Recht gibt (Gerd Kleinheyer). Das ist aber bei Kreittmayr nicht der Fall. Codex Juris Bavarici Criminalis hat auch diese zwei Seiten.

Man sagt, frühere Strafgesetze seien im Grunde ,,Gerichtsordnungen", bei denen sich nicht um die Handlungsnormen es geht. Zum ersten Mal stelle sich das preußische Allgemeine Landrecht als Handlungsnormen der Untertanen vor. Es sei gerade diese Eigenschaft, die den Satz ,,nullum crimen, nulla poena sine lege" erforderlich mache (Kleinheyer). Der doppelte Charakter der bayerischen Kriminalordnung weist aber darauf hin, daß diese beiden Charakteristika nicht im alternativen Verhältnis stehen. Je vollständiger als gerichtliche Entscheidungsnorm ein Strafgesetzbuch wird, desto vollständiger wird es auch als Handlungsnorm. Das Prinzip ,,nullum crimen, nulla poena sine lege" zeigt nicht nur den Gesetzescharakter als Handlungsnorm, sondern auch die Vollständigkeit und die Geschlossenheit des Strafgesetzbuch als Entscheidungsnorm. So kommt es hier nicht darauf an, ob die betreffende peinliche Ordnung nur noch eine ,,Gerichtsordnung", oder schon ein ,,Gesetz" sei. Es handelt sich vor allem darum, inwieweit die ,,justizstaatliche" Rechtsstruktur durch dei ,,gesetzes-", und dann die ,,rechtsstaatliche" ersetzt worden ist. Kreittmayr, dessen gesetzespositivistischen Züge unverkennbar sind, und der aber den Satz ,,nullum crimen, nulla poena sine lege" noch nicht kannte, stellte ein Übergangsstadium von der gemeinen zur modernen Strafrechtswissenschaft und eine Phase der Rechtsquellenlehre am Vorabend von vollem Gesetzespositivismus des 19. Jhs..

(3) Die schwankende rechtswissenschaftliche Lage spiegelt sich in der Sinnwandlung des Begriffspaares ,,Poena Ordinaria und Poena Extraordinaria". Carpzov hat das Wort ,,poena extraordinaria" mit ,,poena arbitraria" gleichbedeutend verwendet. Die willkürliche und extraordinäre Bestrafung findet statt, wenn keine feste Strafe gesetzlich geregelt: erstens wenn das Gesetz selbst dem Richter die Entscheidung der Strafe überläßt, und zweitens wenn im Gesetz überhaupt nichts erwähnt ist. Der letztere Fall, als dessen Bezeichnung auch Carpzov das Wort ,,poena arbitraria" eigentlich nicht ganz für geeignet hielt, ist die Bestrafung der ,,stellionatus". Es ist auch noch möglich, eine gesetzlich fixierte Strafe aus verschiedenen Erwägungen zu verschärfen oder

mildern. Das ist der dritte Fall der ,,poena extraordinaria"(Schaffstein).

J. S. F. von Böhmer hat im Anschluß an Petrus Theodoricus von ,,delictum innominatum", nicht mehr von ,,stellionatus" gesprochen, weil er diesen Begriff quellengetreu als einen dem ,,falsum" ähnlichen Tatbestand verstanden hat. Er hat ,,delicta innominata" soviel wie möglich zu ,,delicta nominatim definita" zu machen versucht, indem er neue Tatbestände vorgeschlagen und vorgegebene Tatbestände deutlicher definiert hat. Solche dogmatische Bestrebungen waren ihm unentbehrlich, wenn er den Grundauffassung ,,omnes actus ante legem sunt indifferentes" hatte, wenn die strafgesetzliche Regelung aber noch nicht zulänglich war, um den praktischen Erfordernissen gerecht zu werden. Ihm eigentümlich ist die Terminologie ,,poena extraordinaria" als ,,aggravantia" bzw. ,,mitigantia", nämlich die bestimmten Gründe, die die ,,poena ordinaria" verschärfen oder mildern. Zur ,,poena ordinaria" gehört die Bestrafung nicht nur der ,,delicta nominata" bzw. ,,legitima" (,,poena ordinaria" im Sinne von Carpzov), sondern auch der sonstigen ,,delicta nominatim definita", die bei Carpzov die ,,poena extraordinaria" erster Gruppe gebildet hat. Diese wird ,,poena arbitraria" genannt. »Poena arbitraria" ist bei Böhmer keinen Gegenstück zur »poena ordinaria" mehr, sondern zur ,,poena (delicta) determinata" bzw. ,,legitima". Die grausamen Strafen in Carolina sind auch mit dem Laufe der Zeit in andere mildere Strafarten geändert worden. Diese Strafänderung bildete bei Carpzov einen Teil der ,,poena extraordinaria seu arbitraria" der dritten Art, begreift Böhmer aber als eine von Art. 104 CCC. vorgesehene ,,poena arbitraria", keine ,,poena extraordinaria" mehr. Nur ein Teil der »poena extraordinaria" dritter Gruppe von Carpzov wird so bei Böhmer unter denselben Begriff eingezogen, abgesehen von ,,delicta innominata". ,,Conatus" und ,,Culpa" sind neben ,,deliberationis, doli et iudicii defectus" u. a. m. als ,,poena extraordinaria" im eigentlichen Sinne (nämlich der Milderungsgrund) aufgezählt. Dagegen hat Heisler in seiner 1752 erschienener Dissertation behauptet, daß sowohl de Versuch auch die Fahrlässigkeit als ein selbständiger Tatbestand gesetzlich vorzuschreiben sind, wenn der Anwendungsbereich des Begriffs von ,,delicta innominata" nicht erweitert werden darf (Gottfried Boldt).

Kreittmayr hat die Meinung von Böhmer angenommen. So machen

sowohl ,,culpa" auch ,,conatus" bei ihm ,,mitigantia" (CJBC. I. 1. §. 3 u. I. 12. §. 3). Böhmersche ,,poena extraordinaria" (mitigantia) wird hier aber gesetzlich definiert. Sie ist keine echte ,,poena extraordinaria" mehr. Daher ist der Unterschied von der extraordinären und der willkürlichen Strafe wieder verloren (CJBC. I. 1. §§. 12 u. 13). Das bedeutet aber die Rückkehr zu Carpzov nicht. Der Begriff vom ,,Frevel" spielt bei Kreittmayr keine wichtige Rolle, die Carpzov dem Begriff von der ,,stellionatus" zugeschrieben hat (CJBC. I. 1. §. 1). ,,Ein Verbrechen wird" nicht zuletzt ,,begangen, da man gegen das Gesatz etwas thut oder unterlasset....."(CJBC. I. 1. §. 3). Die gesetzespositivistische Intention des Verfassers tritt hier ganz deutlich zu tage.

(4) Kreittmayrsche Kodifikation ist im ganzen die ,,Gesetzgebung" im eigentlichen Sinne des Wortes. Sein Recht ist theoretisch schon ,,positives Recht". Es ist wandelbar. Der Gesetzgeber kann natürlich nur in einer bestimmter Grenze Recht ändern. Diese Grenze der Rechtsänderung bietet die ,,Verfassung", in anderem Wort das System des Landes. Es besteht in der Reichsverfassung wie in den Landsverträgen, die nicht dem Privatrecht, sondern dem Jus Publicum gehört.