



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）（４）ークライトマイアを中心にー
Author(s)	和田, 卓朗; WADA, Takuro
Citation	北大法学論集, 35(1-2), 155-212
Issue Date	1984-08-15
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16453
Type	departmental bulletin paper
File Information	35(1-2)_p155-212.pdf



中世後期・近世におけるバイエルン・ラント

法史研究序説フリーデ フエアファッスンク (平和・ポリツアイ・憲法)(四)

——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 バイエレン・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（以上三三卷三号）

補 説 バイエレ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（以上三四卷二号）

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」（以上三四卷六号）

第二節 支配権の体系としての「国法（公法）」（三まで本号）

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

第二節 支配権の体系としての「国法（公法）」

一

『市民法典』第一部第二章第六条は、「国法（公法）（Staatsrecht, Jus Publicum）」を定義して、「国家における首長の最高権力（höchste Macht und Gewalt）と臣民の権利・義務」に関するものと言う。「私法」を定義する同第七条の表現を用いるとすれば、「私的（私人の）行為（Privat-Handlungen）」よりは、「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有する法「[律]」によって構成される法領域ということになる。以上の規定を受けて、『国法論』第一節に曰く、「統治者と臣民の権利と義務を論ずる法学（Jurisprudenz）の部門を、国法（公法）学（Staatsrecht, oder Jus publicum）と言う。……その対象は、人間が人間として私的意図においてなす行為ではなく、国家の成員として、

公共の利益 (der gemeine Nutz) をめざしてなす行為のみである。……自然の法 (Recht der Natur) からは、国法 (公法) は、全体の中の一部分として区別され、国家市民社会状態 (Stand der bürgerlichen Gesellschaft) に固有の義務と権利だけを包含する。……国家の究極目標は公共の福祉であり、これは、各人が安全・平穏かつ快適に国家内で生活し得ることに存する。ここから、一般国法 (公法) 学の第一原理 (primum principium juris publici universalis) すなわち、国家の福利が最高の法律であるべし (salus reipublicae suprema lex esto) といふことが導き出される……」⁽¹⁾。

「人間の状態は、自然のものかまたは導き入れられたもの (naturalis vel adventitius) である。前者の下では……神 (Gott) 御自身とその法律以外の何物にも従属しない。この状態では、人間は、神と自然の法律によるもの以外、何らの義務も権利も有さない。……導き入れられた状態とは、人の命令もしくは自分自身の選択により現出した社会状態 (Gesellschaftsstand) であって、完全なものと不完全なものとに分かれる。後者は、家社会 (societas domestica)・婚姻社会 (societas conjugal)・[貴族の] 支配社会 (societas herili) からなる。……前者は、これら全ての従属社会 (subordinierte Gesellschaften) なしに自治的団体 (Communitäten) を含む国家市民社会状態 (status societatis civilis, seu civitatis et reipublicae, vulgo der Staat, oder die bürgerliche Gesellschaft) である。統治者と臣民は、これによって公共の福祉 (das gemeine Wohl) を促進させるために、互いに結びつくのである」⁽²⁾。

「もしこの世に敬虔な人々だけが住んでいるのであれば、彼らを恐れることは何もないから、特別の団体を形成したり支配者の保護を求めたりする必要はなかったはずである。したがって、人間の墮落した状態が、国家市民社会 (bürgerliche Gesellschaft) への最初の動機を与えたのである。だが、そのような社会への絶対不可避性は、理性を通じて出てきたものではおそらくない。蓋し、人間的快適さも必需品も平穏も安全も、他の社会や結合によって調達できるからである。だから、国家共同体 (Republik) の最初の起源は、絶対的自然法の中に (in jure naturae absoluto) では

なく、純粹に事実上のもの (*res meri facti*) として歴史中に探らねばならないであろう。つまり、他の見解に比べて最もありそうだと思われるのは、暴力 (*Gewalt*) と功名心が始まりだ、ということである。カインやニムロデはその顕著な例であるし、アウグスティヌスも、大いなる強盜行為なくして王国なし (*quid sunt regna, nisi magna latrocinia*)⁷ と言っている。それはともあれ、いずれにせよ臣民に服従、統治者に保護と平和と平穩と安全と公共の福祉の実現を要求する合意 (*pactum*) がそこに推定され、ここから国家・市民社会の紐帯 (*Band der bürgerlichen Gesellschaft und nexus civilis*) と呼ばれる相互的債務 (*mutua obligatio*) が生ずる⁽⁸⁾。「私法」の始めにあったのが「ラント」君主の立法権であったのに対し、「国法(公法)」の始めにあるのは合意なのである。この合意こそ、君主の立法(改廃)権を理論的に制約し得る唯一の「人間的」法原理であったことは、前節の考察の末尾で確認したとおりである。

「最初に自由意思から集まって、一人ないし二、三人に対して指導(統率) (*Direction* [*Führung*]) を明示的ないし沈黙によって黙示的に委譲した民 (*Völker*) にあっては、この明示されてはいないにしても黙示的の合意によって (*pactio si non expresse, saltem tacito*)⁹ その状態は立派な正当性を有する (*hat... seine gute Richtigkeit*)。強制された民の場合、これに対して、その始めは強制もしくは征服にではなく、明示ないし黙示の服従に求めなければならない。それまでは、征服者の暴力は被征服者に対して何ら道徳(法)⁽¹⁰⁾ 的効力を持たず、両者は戦争状態に (*in statu belli*) あり、双方とも他者に対して抵抗をなす権能を有する。しかし、臣従 (*Huldigung*) によって明示的に、もしくは忍耐・沈黙・従順によって黙示的に服従し、征服者が被征服者を臣民として取り扱い受け容れるや否や戦争は終了し、先に述べた相互の義務 (*mutua obligatio*) と国家の紐帯 (*nexus civilis*) が、両者の間で開始する。臣民の側の義務は完全だが、統治者の側のそれは不完全なものである。なぜなら、彼らは、その履行を力をもって強制されることがないからである。この点はいわゆるモナルコマキ (*monarchomachia*)⁽¹¹⁾ ないし統治者にとってかわろうとする者たち (*Regimentsstürmer*) に対す

る反論として、特筆しておきたい。蓋し、彼らは、民に統治行為への恣意的介入の意思 (*arbitrium in actus imperantium*) を与え、もって動乱への途をひらくからである。国家の紐帯 (*nexus civilis*) を統治者と臣民との間の明示ないし黙示の合意に (*in pacto expreso vel tacito inter principem et populum*) 求めず、神の意思の中にこれを探ろうとする論者たちは、ルードヴィヒ・バイエルン人帝の (*Ludovici Bavari*) 選挙勅法 (*Wahldecree*) の中にも見える「私の名において、国王たちは統治する (*Per me reges regant*)」という文言を根拠として引き合いに出す。このような考え方は、ルードヴィヒ以前には通説 (*communis opinio*) であった。しかし、その場合、神の間接的関与と直接的関与とを区別する必要があり、前者については問題はないが、後者は先の文言からもほかからも立証できない、と言わねばなるまい⁽⁴⁾。「国法(公法)」の理論的基礎ないし正当性の根拠は唯一「合意」のみである、というクライトマイアの論証は、こうして完結する。

『国法論』の第四節では、政体(国家形態)の分類がなされている。まず、首長の数を基準として、王政(状態) (*status monarchicus*)・貴族政(状態) (*status aristocraticus*)・民衆政(状態) (*status democraticus*) が区別される。以上がいわば基本型で、続いて異種・変種が列挙され説明される。第一に、無政府状態 (*anarchie*) という異常事態がある。王政ないし貴族政(状態)の変種としては、二頭政 (*Dyarchie, duumvirat*) と三頭政 (*triarchie, triumvirat*) がある。暴政 (*Tyrannie*)・寡頭政 (*Oligarchie*)・衆愚政 (*Ochlocratie*) というのは、三基本型それぞれの墮落形態である。王政(状態)の下位区分類型の中に、家産王国 (*regnum patrimoniale*)・世襲王国 (*regnum haereditarium*)・専政王国 (*regnum despoticum vel herile*) というのがあり、この三つの類型は概念的に明確に区別される。第一のものにおいては、君主は、国と国民に対する処分権を持つ。第二においては、国家は君主の相統権の対象にはなるが、君主はそれに対する自由な (*nach eigener Willkür*) 処分権能を有しているわけではない。第三のものにおいては、君主は臣民の行動 (*ac-*

tones)・財産に対しても完全な支配権を有しており、臣民は家畜か奴隷と同じ境遇に甘んじている。この点に、第一のものとの相違がある。重要なのは「混合政体 (vermischte Regierungsart)」の概念で、これは統治権が複数の統治者に分有されている場合を言い、統治者たちが平等な権利を有するか否かによって、対等な(aequalis)連邦国家体制(systema civitatum foederatarum)と対等な⁽⁹⁾もの(inaequale)それとの二つに分かれる。前者の例がスイスとオランダであり、ドイツ帝国(unser deutscher Staatskörper)は後者に分類される⁽⁹⁾。政体(国家形態)論におけるこのような類型化の進展によって、「怪物にも似た異常な政体(irregulare aliquid corpus et monstro simile)」というプーフェンドルフ(Samuel Pufendorf)(一六三二年—一六九四年)の有名な修辭⁽⁹⁾(形容)を用いずとも、ドイツ帝国を国家(政治)学的に把握することが可能となったのである。記述の形式と対象との調和が獲得されたという意味で、そこに、伝統的国法(公法)学(ius publicum)の記述学的・「歴史」⁽⁹⁾誌(historia)的性格の一つの完成を認めることができる。しかし、それと同時に、なるほどアリストテレスの『政治学』(第三卷第六章—第四卷第一〇章)から持ち込まれたという限りでいわば外在的なものではあったとしても、本来純粹に記述的な性格のものであったはずのこの政体分類論が、「なるほど同じく少なからず歴史主義的に換骨奪胎されているが」基本的には自然法学的な「状態(status, Stand)」論の中に、その一部として組み込まれるに至っていることもまた見逃してはならない。

この事実にも象徴されるように、クライトマイアの国法(公法)理論、ひいては「私法」をも含めた法の一般理論は、二面的な性格を有するものであった。すなわち、それは一面では、ヴォルフ(Christian Wolff)(一六七九年—一七五四年)に代表されるような伝統的自然法論と同様、自然法「律」・神法「律」によって「実定的秩序を固定化しようとする」傾きを持っていた。しかし、その反面、トマジウス(Christian Thomasius)(一六五五年—一七二八年)の歴史主義的な「国(公)」法学と同様、「表面的には法(正義)の不変性の觀念を維持しながらその実質的変更可能性」・法

の実定性を、はっきりと容認してもいたのである。⁽⁸⁾ もとより、このような歴史主義的思考によって承認される法の「実定性 (Positivität)」⁽⁹⁾ は、「帝国国制の枠を破るものではなく……そのかぎりで、歴史主義が——領邦権力による——法の実定化を阻害する機能を果たしたことは、否定できない」⁽¹⁰⁾。しかし、なるほどそれが「既得権の維持に力を貸すこともありえた」⁽¹¹⁾ことは事実であるにしても、既得権が常に領邦権力に對抗しえたわけではない。⁽¹²⁾ 神法と自然法を別にすれば、帝国憲法 (国制) に関わる事項についてはドイツ帝国普通法律「ならびにその中に根拠を有する限りでラント等族の既得権」、ラント内私的事項についてはラント等族との契約 (ラント契約) のみが、ラント君主の「ポリツァイ」的立法権の行使による「法の実定化 (Positivierung des Rechts)」⁽¹³⁾ に対して、理論的歯止めを提供しえたのであった。但し、これは理論的・形式的にはそうだった、というにすぎず、クライトマイアが現実には法の「実定化」を推進したわけではない。それは、現実には、「バンデクテンの現代的慣用」型市民法学ならびに伝統的ドイツ普通刑事法学を法典化したものにすぎない。その限りでは、クライトマイアも、ヴォルフと同様、「実定の秩序を固定化しようとした」と言えるのである。

ところで、クライトマイアに見られる形式的法理論と法の実質的内容との間のこのような乖離は、おそらくヴォルフについてもまた指摘することができる。すなわち、彼の国家理論・立法理論は、アリストテレスとりわけその『政治学』に由来する多くの要素を含むものであった。たとえば、彼の『人類の幸福を増進するために真理の愛好者へ頒ち与えられる人間の社会生活とりわけ国家共同体に関する合理的考察 (通称『ドイツ政治学』) (Vernünftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen zu Beförderung der Glückseligkeit des menschlichen Geschlechtes den Liebhabern der Wahrheit mitgetheilt) (Deutsche Politik)』 (一七二二年、第二版一七二五年) には、有徳にして幸福な状態を国家の究極目標とする考え⁽¹⁴⁾、正しい法律を制定す

る場合の指導理念ないし特徴をなす「公共の福祉」の観念⁽¹⁵⁾、絶対的自然法と相対的自然法の区別⁽¹⁶⁾、状況（国制）の相違に応じて多様な法律が立法されるという認識⁽¹⁷⁾、人間のあらゆる法的交渉の基礎に立法行為を据える、といった考え方が全て見出される⁽¹⁹⁾。しかし、ヴォルフはこの立法観念を「制定法至上主義（Gesetzespositivismus）」的なもの⁽¹⁸⁾にまで徹底させることによって、自然法についての像⁽¹⁹⁾という点ではアリストテレス以来の伝統からの乖離を示すことになるのである⁽²⁰⁾。すなわち、グローティウス（Hugo Grotius）（一五八三年—一六四五年）は、国家法律のみならず、確実な慣習や法学者の証言の中にも、市民法（国法）（*ius civile*）の存在を認めていた。プーフェンドルフの場合にも、国家の立法が持つ意味はさほど大きいものではなかった。彼の主要な関心は、裁判規範⁽²¹⁾の問題ではなく、裁判（判決）そのものに向けられていた。彼が高権⁽²²⁾的立法の必要性和合目的性を認めたのは、法律行為の方式と裁判手続についてだけであって、あとは自然法の絶対的支配が前提される。「法律は口頭もしくは書面をもって公布されることを要する、と考える必要はない（*modo non credatur, ad legem esse necessarium, ut viva voce, aut verbis in scriptum relatis promulgetur*）」⁽¹⁷⁾。ところが、ロック（John Locke）（一六三二年—一七〇四年）の経験論哲学や『リヴァイアサン』（一六五一年）の国家哲学を介して、中世後期の主意主義的唯名論（「新しき途（*via moderna*）」）の伝統に連なるトマジウスは、「立法者は命令権者である（*autor legis semper est imperans*）」とし、「自然法律ならびに神法律は、命令というよりは助言である（*Lex naturalis et divina magis ad consilia pertinet, quam ad imperia*）」にすぎない、⁽²³⁾と云う。そして、「公布は実定法の本質であって、この公布という点を考えるならば、全ての実定法は人定法である。すなわち、他の人々に伝達するために、公布され告知されている（*Omne jus positivum intuitu publicationis, quae ad ipsius essentiam pertinet, humanum est, i. e. medianibus aliis hominibus, aliis publicationum et revelationum est*）」⁽²⁴⁾と云われる。ヴォルフは、このようなトマジウスの主張のあとを承けて、「全ての法〔律〕が人間の本性（自然）から導き出される」ものであること

をあらためて確認しようとしたのである。⁽²⁵⁾ だが、それは決して「制定法至上主義」を否定して、自然法の実定法としての直接的効力を認めるものではなかった。逆に彼は、裁判官にとっては網羅的な裁判規範、臣民にとっては行為規範の体系として学ばれるべき完全な法典を起草することこそが肝要である、と考えた。慣習法を含めて、国家共同体にとって無益な所与の法律は全廃することが、望ましい。法律は公共の福祉と安全を維持する手段であるから、それに反する行動が容認されるならば、公共の福祉と安全に支障をきたすことになるが、これは国家共同体においてあってはならぬことである。国法〔律〕(市民法〔律〕) (bürgerliche Gesetze, leges civiles) は、全て支配者^{オレグロヒカト}によって定立・公布される。法律に規定のない事案の判決はラント君^{ヘン}主に提示して、その認証を得ねばならない。そして、この新しい準則が、法典の中に書き加えられることになる。君^{オレグロヒカト}主には必要な場合に法律を改訂もしくは廃止する権限も帰属する。法律は、全て違背なく遵守されねばならない。立法者が不明であったり、また不当な法律を制定した場合であっても、盲目的に服従することが必要である。⁽²⁶⁾ なるほど実定法と自然法との乖離が正当化できないほどのものであるときには、前者は後者との関係において不法となり、そこに受動的抵抗権が発生する。⁽²⁷⁾ しかし、それは、いわば神と自然法の法廷において自ら恥じることのないよう刑罰を甘受もしくは国外に退去する倫理的義務とでもいうべきものにすぎない。更に、この受動的抵抗権が発動されるのは自然法の命令もしくは禁令に対する違背の場合だけであって、この両極の間に横たわる自然法的には許されていること (naturaliter licitum) の領域においては全く問題にならない。グローティウスやブーフエンドルフ同様、ヴォルフもまた、支配者が悪意で全国民を滅ぼそうとするときには能動的抵抗権を認めている。しかし、単なる悪政や私益の追求は、この場合に該当しない。能動的抵抗権の行使は、君主の特定の行為があった際についてこれを留保する条件付きで支配権力の委譲がなされた場合にも認められるが、この場合の能動的抵抗権はいわば既に実定法 (国法) 上の根拠を有しているのであって、先の君主の暴虐非道の場合のように国家・社会状態が解消されて自

然状態に復帰するからではない。「混合政体 (formae Rerumpublicarum mixtae, gemische Regierungsformen)⁽²⁸⁾」にあっては、「基本法律 (leges fundamentales, Grund-Gesetz, Fundamental-Gesetz)⁽²⁹⁾」ないし「協定 (Kapitulation)⁽³⁰⁾」と呼ばれる憲法に違背した君主の命令については、国民はもちろんこれを拒絶することができる。これは受動的抵抗であるが、そのような命令によって国民ないし等族 (patricius, Patrizien) に留保されていた〔憲法上の〕権利が侵害されるときには、能動的抵抗が許される。国家目的たる公共の福祉によって画された枠を逸脱して権力が濫用される場合についても、純粋な国家形態の場合には生得の (angeboren) 権利の侵害があるときに限って受動的抵抗が是認されたにすぎないのに対して、混合政体においては能動的抵抗権が承認される。しかし、これらの能動的抵抗権もまた既に実定法 (国法) 上の存在である。⁽³¹⁾ 要するに、自然法律は自由な承認をまづはじめて執行される法律命令であって、それ自体では実定法としてのサンクションを全く欠いている。それゆえにこそ自然法は、立法化される必要があったのである。実定法〔律〕はまたそれ自体としては恒常不変のものである自然法を、その時々 of 国家の具体的状況に即応させる任務をも負っていた。⁽³²⁾ こうしてヴォルフもまた、法の実定性と可変性を原則的に承認したのである。「人間のあらゆる行動の『正邪を決定する』ものだ」とヴォルフが言う『自然法律』は、トマジウスの場合の自然法の『助言』同様、完全に立法〔行為〕の後景に退いてしまい、一般的倫理学となりおおせた。立法者がそれを遵守することは、究極的には、有効な (maßgebend) 法律の成立の不可欠の条件ではない。もちろんこの著者 (ヴォルフ) にとってこの倫理学説は非常に重要なものではあったが、それは人間の生活と営為の際の理想としてであって、法律の正当化の根拠としてではなかった⁽³³⁾。いわば彼の自然法学は、基本的には「立法学 (Gesetzgebungswissenschaft)」としての性格を持つものであったのである。もちろん主として『科学的方法にしたがって探求された自然法 (Jus naturae methodo scientifica pertractatum)』(全八巻、一七四〇年—一七四八年)と『科学的方法によって探求された国際法 (Jus gentium methodo scientifica

pertractatum』(一七四九年)との二著⁽³⁴⁾において展開され『プロイセン一般ラント法典』にも決定的影響を及ぼすことになった彼の自然法体系は実質的には当時の普通実定法〔*lex*〕を内容とするものであったために、「実定法を実定法以上のものとして正当化する」という現実的機能を営むことになった。⁽³⁵⁾その限りでは確かにヴォルフの立法政策的意欲は弱いもので、その法学の「立法学」的性格も普通法の体系的再編成という以上のものではなかった、と言える。⁽³⁷⁾しかし、それはあくまでヴォルフの法理論の実質的側面ないしそこに由来する現実的機能にすぎず、形式的・理論的にはそこでも既に、法の流動化の可能性が示唆されていたのである。⁽³⁸⁾

かくしてクライトマイアとヴォルフの法理論は、酷似した構造と歴史的意味を有していたことが分る。おそらく前者が後者から直接・間接に学んだ結果と推定されるが、両者の政体(国家形態)論の間には非常に強い近似性が認められる。⁽³⁹⁾とりわけヴォルフのオリジナルと考えられる「混合政体」概念は、現実のドイツの法の「実定化」とその限界を問題とする際、重要な意味を持つことになった。すなわち、クライトマイアは、混合政体における「能動的」抵抗権に関するヴォルフの議論を、君主の立法権とりわけラント君主⁽⁴⁰⁾の立法権の制約として具体化し実定法化している。⁽⁴¹⁾抵抗権論のこのような換骨奪胎は、クライトマイアが抵抗権を原則として認めないことと関係するものである。彼は『国法論』第三五節(第一部)で臣民が首長に対して有する義務と権利を論じた際、「服従(Gehorsam)と忠誠(Treue)は、臣民が首長に対して負っている義務(Pflicht und Obliegenheit)の二つの主要にして本質的な部分である」、と述べた。「不能なことがらと神に背くことがらだけは別として、その他の全てのことに關して臣民はそのラント君主⁽⁴²⁾に対してのみならず、自己が従属している下位支配者(Subalter)に対しても服従(parieren)しなければならない。命令については、疑わしい場合には(in dubio)常にその可能なることと正しいことが推定される(Nat...praesumptionem possibilitatis & justitiae)。……忠誠は、あらゆる場合に君主⁽⁴³⁾の利益を増進し、その損害を排除し、非常事態に際しては財産(Hab und

Guth)・身体・生命を彼に捧げ、その恥辱は自分自身の名誉(guter Name)を賭しても救おうとする義務を臣民に課するものである。ほかならぬこの義務から流れ出てくるものとして、最後に、君主が臣民に不法を働いたとしても、それを全て甘受せねばならぬ受忍〔義務〕(Gedult)がある。これに対する穏やかな異議の申し立て(remonstraciones)は、禁じられない。しかし、これが効を奏しないときは、神と時間に委ねる以外の方法は残されていない。この場合、実力や反抗(Widersässigkeit)に訴えることは許されていない。暴君(Tyrann)や命令権者に反抗してよいか、という設問(Question)は空論であって(speculativ)「実際の(practisch)ではない……」⁽⁴²⁾。

ここに見られるような「実定法」の理論の歴史的意義は、「立法(legem ponere, Gesetzgebung)」の觀念にあるわけではない。法律を制定するという行為自体は、西欧近代以外にも至るところに見出される。「法(ius, Recht)」を設定・変更する、ということも必ずしも新しく認められたものではない。もし実体的法=権利関係を「法」と呼ぶとすれば、それは本来「裁判集会(recht)」の席で「正しい手続(recht)」を踏んで争われたのち「判決(recht)」によって決定されるものであって、はじめから設定されるものだったのである。またそれが可變的・流動的で、しばしば不確定・不確定であったからこそ、近世も末になってからもなおヴォルフやクライトマイアらが、「確実な法(ius certum)」を獲得すべく努力を積み重ねなければならなかったのである。法の「実定化」の核心は実は法觀念の問題というよりは、「どんな可能性のなかからでも有意義な選択を行ないうるような制度と決定過程」を構築するという点にあった。⁽⁴³⁾それは、多元的な裁判所に帰属していた法についての決定権を立法府の手に集中し一元化することであって、「司法国家」的法構造の「法治(法律)国家」による克服にほかならない。この課題を理論的に達成したのはトマジウスと、そのあとを承けて伝統的自然法学を集大成したヴォルフの「絶対的(抽象的・理論的・純粹)自然法学」であった。しかし、彼(そしてまたクライトマイア)は、基本的には従来の法を理論的に「実定法」の体系に組み上げるにとどまったのであり、

この体系を現実に「実定化」していく任務を担ったのは、いわゆる「仮説的（相対的・実務的・応用）自然法論」者たちであった。⁽⁴⁴⁾一八世紀の後半とりわけ一七八〇年以降に顕著となってくる自然法論のこの新しい潮流を以上のような脈絡において古い自然法学から分けることになった最大の要因は、おそらく法的価値観の実質的相違であろう。法の「実定性」それ自体はトマジウスやヴォルフの段階で既に承認されていたから、両者の間に形式的・理論的意味での法観念上の相違はない。また、一八世紀末には法学の分野において演繹（的方法）から経験（的方法）への方向転換が一般的に認められ、⁽⁴⁶⁾これと対応して自然法学も数学的なものから哲学的なものへとその方法論的基本性格を変えてきていた、⁽⁴⁷⁾と言われる。⁽⁴⁸⁾後者の方法論の核心は、モンテスキュー（Charles Louis de Secondat Montesquieu）（一六八九年—一七五五年）の『法律の精神（De l'esprit des lois）』（一七四八年）にも刺激されて、「事物の本性（Natur der Dinge, Natur der Sache, nature des choses）」ということが頻りに議論されるようになったところにある。その結果、ヴォルフが体系化したような、人間の本性から演繹的に導き出される一体的・普遍的な自然法の客観的・実際的妥当性が疑われ、その国その時代の具体的状況に即応した「正しい法（richtiges Recht）」が主として単行論文^{モノグラフ}によって個別的に探求されることになった。⁽⁵⁰⁾こうして自然法は再び実定法に対する批判的距離を回復し、本来の意味での「立法学」となったのである。⁽⁵¹⁾但し、二つの自然法論の方法論的相違は実は力点の置き方の程度のちがいでしかなく、これを過度に強調することは許されない。すなわち、ヴォルフにおいても自然法を国家共同体の具体的状況に適合させることは立法者の重要な課題であって、⁽⁵²⁾その限りで実定法と自然法の相対性はモンテスキュー以前にも既に——基本的にはアリストテレス以来常に——意識されていたのである。⁽⁵³⁾歴史的考察方法についても、人文主義的典雅法学^{pragmatisch}とならんで歴史に対する実践的（pragmatisch）関心はやはりモンテスキュー以前にも存在しており、⁽⁵⁴⁾法学の分野においてもそれはたとえばトマジウスや「法理論的にはヴォルフに非常に近いところに位置する」クライトマイアの例に顕著に現われている。したがって、

ティボー (Anton Friedrich Justus Thibaut) (一七七二年—一八四〇年)、フォイエルバッハ (Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach) (一七七五年—一八三三年) の「哲学的にして歴史 (＝誌) 的な (philosophisch-historisch)」法学やライテマイヤー (Johann Friedrich Reitemeier) (一七五五年—一八三九年) の『ドイツ法の百科全書と歴史 (Enzyklopädie und Geschichte der Rechte in Deutschland)』(一七八五年)⁽⁵⁶⁾ を伝統的「自然」法学から分かつ真の由縁は、法觀念や方法論といった形式的・理論的なものというよりは、普遍法史や比較法学にまで連なつてゆく法誌的・地誌的・文化人類誌的関心と視野の飛躍的拡大であり、また「これと相互的影響関係に立つ」従前の法の權威の動揺・断絶という実質的事情だったのである。⁽⁵⁸⁾ これを「啓蒙 (Aufklärung)」と呼ぶことができる。⁽⁵⁹⁾ この脈絡で更に注意されなければならぬことは、このような既存の実定法秩序に対する批判的姿勢が、当初は従来の市民法学や自然法学の言葉で表明されたことである。すなわち、ユ帝法典は「……蓋し、自然法によれば、全ての人間は元初から自由に生まれついている (iure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur) ……」⁽⁶⁰⁾ 「そして、それゆえにこそ自由人と呼ばれる自由とは、実力もしくは法によって妨げられない限り、各人が自己の欲するところを行なう生まれながらの能力である (Et libertas quidem est, ex qua etiam liberi vocantur, naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid aut vi aut iure prohibetur)」⁽⁶¹⁾ と述べていた。一方、伝統的自然法学も自然状態における万人の自由と平等を想定しており、その限りで国家「社会状態における等族の特権 (ständische Freiheiten)」とその反射としての生まれながらの不平等「と不自由」との間に潜在的緊張関係を生み出していた。⁽⁶²⁾ もちろんこの伝統的な「自然的自由 (libertas naturalis)」の觀念は等族の「自由 (特権) (libertates)」を否定するものではなかったが、これを「自然的」なものとして積極的に肯定するものでも必ずしもなかったのである。一七七一年、ハウシルト (Johann Leonhard Hauschild) はこの「自然的自由」の存在を推定して、農民の人身の自由をめぐる訴訟における立証責任を、農民の賦

役義務・体僕身分を主張する者の側に負わしめた。その限りで「自然的（自然状態における）自由」は、「〔国家〕社会状態における」生まれながらの自由」となったわけである。この新しい「自然的自由」概念はその後のプロイセンの司法を支配し、やがて「人間の権利の基礎は一般に、他人の権利を害することなく自己の福利を追求し増進することのできる生まれながらの（自然的）自由（natürliche Freiheit）の中にある」という『プロイセン一般ラント法典』序章第ハ三条として具体化されることになる。⁽⁶³⁾ いうまでもなくここに成立した「〔実定法上の〕生まれながらの自由」概念は、身分制的な「諸自由（特権）」の観念と真向から対立するものである。しかし、それは形式的な意味での法観念の転換や経験的・歴史的考察の結果として新たに獲得されたものというよりは、立証責任の転換という訴訟法上の技術的操作によつて「〔自然法上の〕自然的自由」に新しい意味が与えられたものにすぎない。この過程の背後にあってこれを指導したのは、身分制的な実定法秩序に対する実質的価値評価の変化であった。そして、クライトマイアやヴォルフは、この法的価値観の変遷過程の前かもしくはその極く初期に位置する法律家ないし法理論家であったのである。

二

国家論の基礎を叙述する『国法論』第一節ないし第四節に続く第一部の諸節は、君主論（第五節―第三三節）、臣民論（第三四節―第三七節）、国家終焉論（第三八節）に分けることができる。国家終焉論は本来『国法論』冒頭の四節とともに国家の基礎理論を構成すべきものであるが、それが「国法総論」の最初と最後に分けられているのは、一つにはクライトマイアが国家を一個の人間もしくは生命体（有機体）と考へていたことによるものであろう。彼の生命体的国家観は、例えば『国法論』第一〇三節がラント君主たるバイエルン選定侯を頭（首長）（caput）に、部分ラントを胴体（corpus）にたとえて、バイエルンと上プファルツとの関係を「頭だけは一つだが胴体は分裂し」ている、と形容し

ているところにかがわれる。⁽⁶⁴⁾「人体における血液循環に相当するのが、国家体 (Staatskörper) における国内的ないし国外との通商 (Handel und Wandel) である」⁽⁶⁵⁾とか「正しいポリツァイ (regelmäßige Policey) は、いわば国家の生命と魂と呼ぶことができる」⁽⁶⁶⁾、とも述べられている。『国法論』とくに「国法総論 (一般国法論)」は、このような法的人間もしくは生命体としての国家の一生、その誕生と活動と死のメカニズム、⁽⁶⁷⁾個体の歴史の叙述として構成されているわけである。君主と臣民は、このような生命体としての国家の器官である。前者は頭 (caput) に、後者は胴体に相当する。国家の一体性と同一性は、これらの器官の結合と同一性に依存する。したがって、「国家は自然的 (naturaliter) もしくは法的 (道徳的) に (moralter) 終焉を迎える」が、「後者は、国家=市民社会 (bürgerliche Gesellschaft) の絆が国内の紛糾その他の原因によって完全に解体し、ある者はあちらにまたある者はそちらへと分裂してしまう場合である」、ということになる。「[領土の] 割譲 (分割) によっては国家は終焉を迎えず、縮小されるにすぎない。併合や〔領土の〕交換によっては国家は、その頭についても胴体についても、以前の君主のかわりに新しい君主を戴くほどには変更されない」⁽⁶⁷⁾。

君主論は、君主権 (Majestät) 論 (第五、第六節)、君主の具体的支配権 (Majestätsrechte) 論 (第七節—第三二節)、臣民や (第三二節) 他の君主ならびに外国に対する (第三三節) 君主の義務に関する議論からなる。君主権の主要な特徴は独立性 (Independenz und Unabhängigkeit) なし主権性 (Souveränität) であるが、それは「最高の命令者 (summi imperantes) が臣民と外国人に対峙 (sowohl respectu subditorum als exteriorum) する自然状態 (Status naturalis) から流出するものである。神との関係では (respectu Dei) 事情は異なる。蓋し、神に対しては、この世の最も大なるものも最も小さきものも従属しているからである。……主権から帰結されることとして、君主はいかなる人定法律にも拘束されない。但し、王国の基本法律 (leges regni fundamentales) は彼を拘束する。しかし、それは、ひとえに神の自然

法的な命令の効力によるものである。この命令は、全ての合意 (pacta) したがって国家 (公的) 協定ないし合意の一種 (species capitulationis vel conventionis publicae) になかならぬ上述の基本法律 (leges fundamentales) もまた神聖にして犯すべからざるものである、としているのである。「主権の」もう一つの帰結は、主権者たる君主は臣民の裁判所の下に立つことはなく、またモナルコマキ (Monarchomachi) や統治者にとってかわろうとする者たち (Regiments-stürmer) が誤って主張しているように、これ (臣民) に対して責任を負っているわけでもない。君主の権力が起源的には臣民に由来するという事情は、何の妨げにもならない。なぜなら、それは君主に重疊的に (部分的に) (cumulative) 譲渡されたのではなく、放棄する形で (一挙に) (abdicative) 譲渡されたものだからである。君主権の本体 (majestas realis) というべきものが未だに現実 (actu) 臣民に依存している、というのは非現実的な主張 (non ens) にすぎない。最高の権能 (summa potestas) は、独立性とならんで、君主の人格の神聖性と不可侵性を伴う。なるほど自然法は (iure naturae) 何人といえども侮辱されてはならないとしているが、特に邪悪を阻止することにあたるために最も頻繁にこれに曝されている彼の者 (君主) は、他の者よりも遙かに高い程度において不可侵である。それゆえに君主権 (大権) 侵害罪ないし叛逆罪 (crimen laesae majestatis vel perduellionis) は……通常、最も重い刑罰を科されるべき犯罪の一つとみなされている。国家外においては、統治者たる地位 (Regentschaft) が現実化することはない (in keiner Activität)。なぜなら、一つの国民は他の国民に対して自然状態 (in statu naturalis) あり、したがって一者が他者に命令することはあってはならないからである。しかし、人格の神聖不可侵性 (Sanctitas et inviolabilitas personae) は君主に付随しているものであって、国外にあっても、正しい準則もしくはせめて「礼儀」作法ならびに君主間の儀礼上の相互的義務によらざる限り (si non ex regulis iustis, saltem decori et mutuis inter reges humanitatis officiis) どこでも尊重され、独立であるとみなされる。継続期間ならびに恒常性が最高権力の不可欠の属性でないことは、たとえば帝国代理職

(Reichsverweser)や後見職、統治を辞した者たちの場合から明らかなとおりである。……政体 (forma regiminis) の相違によってそれ (君主権^{フンクツケン}) 自体が変わることはなく、王政においては (in statu monarchico) 唯だ一人によって、一方、貴族政、民衆政ならびに混合政体においては (in aristocratico, democratico vel mixto) 二、三の者や場合によっては (respective) 全ての者が共同でそれを持つというように、主体の点で (in subjecto) 変更が生じる。最後に、戴冠や称号などの外形的なものがこれ (君主権^{フンクツケン}) に何かを付加したり差し引いたりすることは、ありえない。戴冠したものもしないものも首長は皆、最高の命令者 (summi imperantes) と呼ばれる。この一般名称は、事柄の本質 (Wesen der Sache) (一) 自体から流れ出てくるものである。その他の称号や儀式は偶然的なものにすぎず、いずれの君主もその他の自由な国家から明示ないし黙示の合意なくして正当にそれを要求せずとも、自由の自然法上 (iure libertatis naturalis) 自己の判断によってこれを帯びることができ⁽⁶⁸⁾る」。

「最高の権能の取得方法 (Modi acquirendi summam potestatem) は多様である。それは或る場合には相続によって、また或る場合には選挙や戦争による占領その他によって獲得される。取得の存否ないし正当な権利主体が誰かという争いが複数の有資格者の間に生じた際には、臣民もしくはこれを代表する等族^{ノブレス}が、その一部たりとも臣従等^{ノブリス}により占有 (Possession) 下に入っていない限りで、裁判官となる。このような事態が生ずるや否や、臣民はもはや自由な自然状態に (in statu libertatis naturalis) いるのではなくなり、したがって裁判することができなくなる。統治が最初の譲渡によりある家族全体に帰属しているときには、相続によって最高の権能 (summa potestas) が取得される。その順位は、『市民法典』第三部第一章 (『自然的相続もしくは無遺言相続 (Succession ab intestato) について』六条構成——筆者) に対する註釈の第七条 (節) 等において論じたところにしたがう。養子ならびに非嫡出子 (Adoptati aut illegitimi) には継承資格はないが、未成年者の継承は許される。但し、父の意思もしくは帝国やラントの法律ないし慣習法^{ノルム}が指示して

いるように、成熟した判断力を備え成年に達するまでは後見を受けねばならない。選挙によって統治者となるのは選挙〔帝〕国においてのみであり、それは帝位変更のたびごとに毎回 (oties quoties) 行なわれる。その場合、しかしながら全臣民ではなく、その部会 (Ausschub) が帝国憲法 (Reichsconstitution) ないし慣習法に合った方法で、つまり通常は大人貴顕によって (regulier per majora) 選出する。但し、ポーランド (Pohlen) における自由人の拒否権 (liberum veto) の例に見るような特例が存在する場合は、別段とする。世襲制 (haereditaria) であると同時に選挙制 (electiva) でもあるような混合的性格の (mixtae naturae) 元首政国ないし王国において (in principatibus vel regnis) も選挙は行なわれるが、現在統治している家の出の者に対して大きな配慮が払われる。……想像もできぬほどの期間の経過に基づく〔取得〕時効は、少なくとも通説によれば、やはり最高の権能の取得方法に (modos acquiendi summam potestatem) 数えられる。一方、譲渡には養子縁組 (adoptiones) や終意処分 (letztwillige dispositiones) も含まれるが、家産王国においては (in regnis patrimonialibus) これは取得原因であるけれども、その他の侯国 (Fürstenthümer) や帝国において (in theoria) その道德性 (法的有効性) に対する賛否 (pour et contre) が大いに議論されているが、学理的命題を実行に移すことは実務的には (in praxi) いつも困難であり、あまりにも難しすぎる。蓋し、第一に、暴政であることが実際に (in facto) そのとおりでなければならぬ。しかし、誰が謀反の嫌疑を受けずに単にそう主張し、ましてやそれについての審理を試みたり判決を下そうなどと考えるであろうか。

クライトマイアの以上の叙述から既に明らかのように、彼のいう君主権とは、君主の人格の独立性と神聖・不可侵性を内容とする人的 (persönlich) 権利、もしくは君主たる地位に付随する尊厳とでもいうべきものであって、物的 (dinglich) 支配権を包含するものでは必ずしもない。前者は後者を取得するための一種の権利能力であって、そこから

後者を演繹的に導出することはできない。それは、「国家の究極目的たる公共の福祉」⁽⁷⁰⁾から流出するものである。否、厳密に言えば、君主の具体的支配権 (*jura majestatica*) もしくは国王留保権 (*regalia*) と呼ばれるこれらの物的(実質的)支配権は、公共の福祉に対して手段と目的という関係に立つものであって、したがってその中に自己の正当化根拠を持つと同時にこれによって制約されるけれども、それ自体としては決してそこから流出するものではない。それらはむしろ、個々別々に生成してきた極めて歴史的な形成物なのである。まさにそれゆえに、クライトマイアの『国法論』は、その「国法総論」の大半を費して、かかる具体的支配権を列挙しなければならなかったのである(第八節—第三〇節)。この目録を構成しているのは、立法権(特権付与権を含む)⁽⁷²⁾(第八節)、裁判権(第九節)⁽⁷²⁾、官庁組織権(第一〇節)、集税権(第一一節)、関税権(第一二節)、国庫(財政)権(*jus fisci*)⁽⁷³⁾(第一三節)、命令権ないし優越所有権(支配権) (*imperium vel dominium eminens*) (第一四節)⁽⁷³⁾、叙勲・授爵権(第一五節)、通商権(出版特許付与権を含む)(第一六節)、ポリツァイ (*Politia, Policey*) 権(第一七節)、貨幣鑄造ならびに郵便事業権(第一八節)、仲間団体 (*Collegia*)・大学などの団体 (*communitas*) 設立許可権 (*jus instituendi vel confirmandi collegia aut universitates*) ならびに最高監督権 (*jus supremæ inspectionis et directionis*) (第一九節)、交戦権 (*jus belli*) (第二〇節)、軍備権 (*jus armorum*) (第二一節)、報復措置権 (*jus represaliarum*) (第二二節)、中立権 (*jus neutralitatis*) (第二三節)、仲裁権 (*jus mediationis*) (第二四節)、講和権 (*jus pacis*) (第二五節)、休戦権 (*jus armistitii*) (第二六節)、同盟権 (*jus foederum*) (第二七節)、外交使節派遣権 (*jus legationum*) (第二八節)、儀式ならびに式典举行権 (*jus ceremoniarum*) (第二九節)、宗教監督権 (*jus sacrorum*) (第三〇節) とつた諸国王留保権であった。交戦権以下外交使節派遣権までが外事高権 (*regalia in transeuntia*)、その他が内事高権 (*regalia in immanentia*) とつたことになる。国王留保権はまた、国家目的からの遠近によって、大高権と小高権とに (*regalia in majora et minora*) 分類された⁽⁷⁴⁾。

以上の諸々の支配権はそれ自体としては極めて歴史的なものであるが、それと同時に理論的にはそれらは全て「公共の福祉」という国家目的を基礎として、君主と臣民との間の明示ないし黙示の合意により客観的に成立した法・権利である、と理解される。したがって、そこには歴史的・具体的な限界が存在しており、それはまた「公共の福祉」に内在するものとして位置付けられることになる。即ち、「或る者たちがそう信じているように、この者（君主）は、上の目的を顧慮することなくただひたすらその意の儘に（selon le bon plaisir）行動し、いわゆる権能の充溢ないし権力の完全性をもって（mit der sogenannten plenitudine potestatis oder Machtvollkommenheit）いすこなりともまかり通ることができるよう無制限の権利を持つ」というのは誤りである。もしそうであったならば、「国王留保権ないし君主の権利という（de regalibus et iuribus majestaticis）重たく多岐に亘る素材をひきずる必要など殆んどなかったはずである。〔君主の具体的支配権に関する〕全理論は、〔朕は〕かく欲しかく命ずる（sic volo, sic jubeo）、という四語に尽くされることになろう。しかし、そう考えそう主張するのは、マキアヴェリ（マキアヴェリ）の徒輩（Machiavellisten）と似而非政治学者たち（pseudopolitici）だけである。このような言説と思考様式は、聖書や健全な理性の中に些かも根拠を有するものではなく、有害な自己愛かさもなくば宮廷で勢力を得て寵児たんとする意図に出たさもしい追従の匂いしかそこには感じられない」。また、「新しい国王留保権を案出し、上述した旧来のそれを拡張」しようとして、「公共（国家）の安寧と効用（salus vel utilitas publica）……が……遁辭に持ち出されるが、通常それは、偉大なる支配者〔の良心〕を麻痺させ、実際はそれら（公共ないし国家の安寧と効用）というよりは彼自身の利益を増進しようとするためのまやかしかであるから、著述家たち（Auctores）は、黒と白とを一層容易に判別できるようにと、次のような諸準則を定めた。まず第一に、この点に関して、各国の特別の憲法（国制）を考慮しなければならぬ。……各君主はその臣民（Untertanen）の上に権力（Macht und Gewalt）を持っているが、統治形態の相違に依じて或る者は他の者より多く〔これを〕保有し

ている。多くの国では、これが特別の合意 (pacta) と基本法律 (leges fundamentales) によって制限されている。この限界 (limites) を君主は、公共 (国家) の効用と必要を口実にして (sub praetextu utilitatis vel necessitatis publicae) 等族の承認を得ずして越えることはできない。なぜなら、その権力はそれほど広汎なものではなく、国家の体系 (Staats-systema) が依拠している最も重要な大黒柱である基本法律 (leges fundamentales) が覆されるときにもまして大きな危険に公共 (国家) の安寧と静謐 (salus vel quies publica) が直面することはないからである。第二に、公共の福祉があれこれ「の国王留保権」を要請するかどうか、またどの程度要請されるかについて疑問がある場合には (in dubio) 君主が合意もしくは基本法律に (per pacta vel leges fundamentales) それほど拘束されない国々では、彼が決定を (den Ausschlag und das decusum) 下すわけであるが、その際にもやはり、彼の無制限の権力をやたらに行使するのではなく、状況や事柄の重要性に応じて等族の協働や諮問をとりつけて着手するのが、実践智 (Klugheit) に適ったやり方である。アウグスティン・ライザー (Leyserus) は言う、『公共 (国家) の安寧と効用という口実ほど頻繁に用いられ、かつ無内容なものはない。蓋し、少なくとも間接的に公共 (国家) の福祉に関わるものを案出することは、非常に容易である。このような法律家の技法は古くドミティアヌス帝 (在位八一年—九六年) の頃にもあったが、それが認められたことは殆んどない。汝はおそらく同様に簡単に公共 (国家) の安寧を主張して、全ての土地を私人から取り上げて国庫に帰属させたり、裁判権や収益を彼らから奪い取るであろう。もし、そのような権能を君主に与えるならば、私人に残されるものは何一つないことになる。かくして、公共 (国家) の安寧を説くことは十分ではなく、臣民が従順なのは、必要が納得できるものであり、承認できる理由があるからである (Nil enim salus vel utilitatis publicae obtentu frequentius, nihil etiam vanius, facillimum quippe reperire aliquid, quod saltem indirecte ad bonum publicum referatur. Vetus hoc sub Domitiano advocatorum artificium fuit, nec temere admittendum, eadem

facilitate fortasse dicas salutem publicam poscere, ut fundi omnes privatis erepti fisco addicantur, ut iudicia, & reditus eis auferantur &c. Si hanc potestatem principi tribuis, nil tandem privatis relinquetur. Non sufficit itaque allegare salutem publicam, audiendi sunt subditi, probanda necessitas, causa cognoscenda」⁷⁵。第三に、公共(國家)の安寧(salus publica)にもいろいろな段階(gradus)があつて、その或るものは他のものに競合する場合(in concursu)常に劣後する。そして、既に明らかたように、國王留保権ないし君主の具体的支配権(regalia vel jura majestatica)は、この有益な(heilsam)目的を達成するための手段にすぎない。したがつて、選択にあたっては軽い手段、安全な手段、通常の(ordinari)手段を、重い手段、危険な手段、例外的な手段(extraordinari)に優先させるべきことが、理性から自ずと明らかになる。さもなくば、一方でうまくいく以上遙かに他面では弊害が大きく、目的を達成しそこなうことになる。そしてまた、目的が停滯するならば手段もまた停滯する、という帰謬論法により(ex argumento contrario, cessante fine cessant etiam media)手段に対する権利(jus ad media)も失われる⁷⁶。

「國王留保権は全体を一括しては(in toto complexu)領邦高権(Landeshoheit)の部分にしてその付着物(annexa)であつて、後者と一緒のみに獲得される。だが全体を必ずしも不可分の一体(corpus indivisibile)と見る必要はないから、あれこれの部分が合意ないし時効取得によつて(per pacta vel praescriptionem)これから切り取られることはしばしば起る⁷⁷」。ピール醸造権(jus braxandi)・狩猟権(jus venandi)・塩専売権(jus salinarum)のように「[公共の福祉という]最高の権能の上記目標ないし目的から(aus obigen fine vel scopo summae potestatis)流れ出ているものとは言えない」⁷⁸「不真正國王留保権についても、これは同様である。」「したがつて、等族や臣民も、その臣民性(Subjection)と両立し相矛盾しない限りではあるが、君主による明示的譲渡もしくはその默示的譲渡すなわち記憶できないほどの長期間の経過による時効取得によつて(ex concessione principis expressa vel tacita, id est, praescriptione temporis

immemorialis) 個々の國王留保權を獲得することがある。その付与は、或るときは負担付きで (titulo oneroso) また或るときは無償で (mere gratuito) 一定の期間を限ったりもしくは期間を定めずになされるが、依存的で從属性を損うことのない形 (dependent et salva subordinazione) をとらないことは減多になく、したがって付与された國王留保權は基本的には上級支配權という形で (eminenter) 依然として統治者に留保されている。臣民には、行使と用益 (exercitium et utilitas) だけが帰属する⁽⁷⁹⁾。私人の財産權もまた君主の優越所有權 (dominium eminens) という上級支配權を認めるものではあったが、專政王國以外ではそれはやはり真正の所有權であつて、所有權者たる私人は、奴隸の特有財産 (pecunia) の場合のように、優越所有權 (支配權) 者たる君主から、その行使と用益だけを限定的に認められているというわけではない。優越所有權 (支配權) は、補償を伴う公用徴収 (収用) や私法事項における君主の立法權、行為能力制度における國家 (裁判所) の後見的判定權などを根拠付ける脈絡で持ち出されており、さしあたつてはそれ以上の意味を有するものではなかつた。その限りで、國王留保權と呼ばれる政治的支配權は、財産權などの私的權利と同様、等しく「私人の權利 (ius privatorum)」を構成するものではあるが、やはり後者とは區別されるべき特殊な法的性格を帯びているのである。だからこそ、本来は私人である臣民に対して行なわれる國王留保權の「このような譲渡 (cessiones) はまた常に嚴格に (stricte) 解釈され、疑わしい場合には、私人に対して放棄されたものというよりは、重疊的 (部分的) なものと (in dubio mehr pro cumulativis als abdicativis et privativis) みなされ、大高權 (das Mehrere [= regalia maiora] よりも小高權 (das Mindere [= regalia minora]) 「が譲渡されている」と理解される。また、私權 (Privatrechte) をも包摂する一般的表現は、國王留保權と (ad regalia) いうよりは私權と解釈される。時効は、通説によれば (juxta communioem opinionem) 國王留保權取得の「方法とされる (gehört unter die modus acquirendi regalia)」。……しかし、その際、或る國王留保權 (Regal) の占有から、これと不可分に (inseparabiliter) 結びついてい

るわけではない他の国王留保権 (regale) 「の時効取得」を導き出すことはできない。すなわち、占有されただけのものが時効取得される (tantum praescriptum, quantum possessum) のである⁽⁸¹⁾。

既に述べた様に、国王留保権の取得・保有・行使は、原則として、君主権ないし領邦高権⁽⁸²⁾という人的権利もしくは一種の権利能力の存在を前提としている。これは「君主もしくは国家の首長の（に帰属する）権利」であって、臣民についてはただ臣民性 (Unterthänigkeit, subjectio) の得喪だけが問題となるにすぎない⁽⁸³⁾。したがって、「公法というよりは私法に (mehr ad jus privatum als publicum) 属する臣民相互間の権利と義務 (jura & obligationes subditorum inter se)」を別にすれば、君主との関係で国法 (公法) 上彼らに当然に——即ち、国家・社会共同体設立の合意の結果として——帰属する義務と権利は基本的には服従と忠誠のみに限られる。臣民が、君主の保護の下で私法上の権利を享受するという受動的な国法 (公法) 上の権利のほか、国王留保権という主体的・能動的支配権を取得・行使するためには、(国家・市民社会の設定の際の合意に加えて) 君主との間に更にもう一つ特別の合意 (取得時効による黙示的なものを含む) が存在することが、要求されているわけである。このような合意によって獲得された臣民の支配権は、どちらかと言えば私法で論じられる不真正国王留保権を一応別にすれば、国法 (公法) を構成する要素として君主の手にある君主の支配権と同程度の法・権利的性格と対抗力を認証されるのである。クライトマイアの考えでは、「ホップズ (Hobbesius) は主権者たる君主は臣民に対する義務と拘束から完全に免れているというが、それは大変な誤謬である。蓋し、君主はその主権性ゆえに市民法 (国法) 上のいかなる義務 (keine Obligation ex jure civili) をも負っていないが、自然法 (jus naturae) は、臣民と同様、彼をも拘束するのである。公共の福祉を最大限に増進し、国家を守護し (Conservation) 国の内外の暴力や不法から臣民を保護することは、君主たる職務 (Regentenamt) の性質と本性 (Natur und Eigenschaft) 自体から直接流出してくる主要な義務と責任 (Pflichten und Obiegenheiten [munera et onera]) であ

る。合意、法律、特権〔付与〕、譲渡、慣習法ないし〔取得〕時効により (ex pacto, lege, privilegio, concessione, observantia vel prescriptione) 臣民が一旦合法的に獲得したものは、君主はこれを彼から恣意的に (willkürlich) 剥奪することができないのみならず、逆に違法な制限から彼を守り (manuteniren) 各人にその権利を (ius suum cuique) 与えなければならない。私的合意について (Quo ad pacta privata) やえ (ohnehin) 判例上の公理 (das juristische Axioma) は、君主は契約に関しては私人と同一である (Princeps in contractibus unius jure privatorum) と述べる。君主が統治の開始などに際して等族と誓約付きもしくは誓約なしで (cum vel sine jramento) 敵かに取り結んだ公的 (国家) 契約ないし協定 (選挙協約) (Pacta publica vel capitulationes) は、基本法律の効力を (vim legis fundamentalis) 有し、国家の体系と国内の平穩と協和 (Einigkeit) がそれに主として依拠している大黒柱ともいふべきものであるから、いよいよ聖なるものとして両者から遵守されねばならない」⁽⁸⁷⁾。

かくして、「首長の対概念 (correlatum) であり……ラテン語では臣民ないし市民 (國民) (subdinus vel civis) と呼ばれる臣民 (Unterthan) は、その保有する支配権ならびにその前提となる憲法 (國制) ないし国法 (公法) 上の地位もしくは人的権利 (權利能力) の如何に依じて、幾つかのグループに岐れることになる。即ち、「非直屬 (の臣民) と直屬 (の臣民)」、特権を有する者 (gefreit) と特権を持たない者 (ungefreit) 高貴な者と卑賤の者」とにである。「その最下等を構成するのは農民であり、それゆえに厳格な意味では (in sensu stricto) 農民だけが臣民 (人の下に立つ者) であると理解される。高貴な者に算入されるのは帝国等族ないしラント等族^{シュレンク}だけではなく、貴族や高位の役人 (distinctione Bediente) もそうである。特権を有する者はその優越的地位 (Vorzüge) によって特権を持たない者と区別され、直屬のものと非直屬のものとの違いは、前者はラント君主自身と彼を代表する直屬の役所に (dicasteris immediate) のみ服屬するのに対して、後者はその他の非直屬の官庁にも服屬している点にある。通常 (regulär) 全ての国内居

住者は、その身分や地位(Stand und Wesen)の如何にかかわらず、特別の由来や同意(Vergleich)や特権によって免除(exemptio)がなされていない限りは、臣民である」。主権者たる君主は、外国滞在中も、その地の臣民とは(pro subditis)ならず、免除された者と(pro exemptis)みなされる。「君主の女性配偶者ないし入夫した男性配偶者、また(item)支配家の子供や親戚は、国内に居住する際、或る者は免除された者と(für exempt) また或る者は臣民とみなされるが、その場合でも第一等の位階を有する(primae classis)。聖職者は、霊的事項については(in spiritualibus)世俗君主の臣民ではないが、世俗的事項については(in temporalibus)臣属する。旅行者(Passagiers)は、一時的な臣民と(pro subditis temporariis)考えられるにすぎない……。〔封建法上の〕家臣(Vasallen)や国内に土地(Güter)を有する外国人を、臣民と(pro subditis)みなすことができるかどうかは、ラントの憲法(国制)によって異なる……。複数の〔封建〕主君に対してひとりの者は、財産に関してはそれぞれの所在地で(quo ad bona in diversis territoriiis sita)〔自分の〕人格については(quo ad personam)相矛盾しない事柄について臣民でありうる。全体に関わる事案について開かれる等族ないし臣民の集会は帝国議会もしくはラント議会(Reichs- und Landtage)と云い、召集・解散権(jus convocandi & dissolvendi)は通常(regulariter)君主に帰属する」⁽⁸⁾。

以上で見てきた通り、クライトマイアの『国法論』とりわけ「国法総論(一般国法)」は、まさに「国家それ自体と国家共同体の紐帯」を論じ(第一ないし第四節と第三八節に叙述されたところの国家論)、「統治者と臣民の権利と義務を論ずる」ものである(第五ないし第三七節)。そして全体の約三分の二(全三八節中二五節、八つ折り版七四頁中四七頁)が、君主の具体的支配権(國王留保権)に関する議論で占められる(第七ないし第三一節)。かくして彼の「国法(公法)」は、「政治的(國家的)支配権の体系という基本性格を持っているのである。臣民もこれを保有する限り、「国法(公法)」上の積極的主体となる。「基本法律(leges fundamentales)」や「協定(capitulationes)」や「公的合意(国家

契約) (pacta publica) という「憲法」は確かにその中で中心的な役割を与えられてはいるが、客観的意味の「国法(公法)」の全てでは決してない。君主権や國王留保権^{マイスター}の得喪については相統法や時効などの私法上の原則がしばしば決定的に重要な役割を果たすことが承認され期待されていたし、諸種の國王留保権^{グレイ}(たとえば官庁組織権や集税権や関税権や財政権など)を具体化し現実に行使するに当たって「法(Recht)」ないし「法律(Gesetz)」と対比されるいわゆる「ポリツァイ(条令)(Polizei)」ないし「命令(法令)(Ordnung)」が果たした役割も決して無視することはできない。それらも国家的・政治的支配権を基礎付けその行使態様を規律する限り、「国法(公法)」を構成したことと思われる。これに対して「私的(私人の)行為と「私人の」権能(私権)」とを取り扱う「私法」の主たる内容を構成しているのは、前述した通り、「臣民相互間の権利と義務」である。したがって、それを「人間が完全に自由で平等かつ独立の状態にある自然状態から(ex statu naturali)推量することはできない。蓋し、臣民はなるほど国家状態ないし市民社会においても(in statu vel societate civili)相互に独立であるが、共通の首長に従属しており、何人も自己の裁判官ではなく、或る者は他の者を自分が服属する裁判所^{ヤンセン}に訴えなければならぬからである。自然的自由は、公共の最高善が自由の制限を(restrictionem libertatis)要請しない限りで残されるにすぎない。臣民は自分自身のためというよりは国家共同体のために生きるのである(Subditus enim non tam suo, quam reipublicae comodo vivit)。したがって、自然状態においては単に自発的意思と人間性(儀礼)に任せられていたにすぎぬ(in statu naturali merae voluntatis & humanitatis)ものの多くが、市民(国家)社会においては(in societate civili)必然的となる(necessitatis)。たとえば、救恤(Alimosen)や後見といった国家の(公的)義務と責任(munera vel onera publica)がこれである」⁽⁶⁶⁾。国家のこのような義務と責任ならびにこれに対応する権限は、前述した通り、君主の優越所有権(支配権)(dominium⁽⁶⁷⁾ eminens)やポリツァイ権⁽⁶⁸⁾に法的根拠を持ち、そこから流出してくるものであった。そして、これらの課題を達成する

ため、彼は「君主の権利の筆頭に位置する最も高貴なものの一つ」である立法〔高〕⁽⁹³⁾権を行使して、「私法」領域である臣民相互の権利関係についても、「一般的法律によって(per legem generalem)臣民に対して基準と秩序(Maas und Ordnung)を規定し、契約や終意処分や相続の態様と方式〔など〕を(modum et formam contractuum, ultimatum voluntatum et successionum)規律」する⁽⁹⁴⁾。蓋し、「アリストテレスが言う通り、国家の安寧(公共の福祉)は法律に依存しており(in legibus…… consistit salus civitatis)法律の存在しないところにあるのは、無秩序と不穏と不確実性以外のなにものでもない。これらは、公共の福祉のまきに対極に位置するところのものである。君主が良き模範を垂れることは大いに有益ではあるが万能ではなく、法律とりわけ人定法律がなければならない。人間が墮落(墮罪)⁽⁹⁵⁾した状態にあっては、自然法律だけでは到底十分とはいえないからである」。かくして、「私法」は、形式的・理論的にはまさに君主の「法命令」としての基本性格を有する「実定法(ius positivum, Positives Recht)」にはかならない。しかし、むしろまさにそれゆえに、これもまた既に示唆しておいたように、クライトマイアの「私法」は、「国法(公法)」の「歴史(Historia)」的性格に対応して、実質的には伝統的・身分制的色彩を濃厚に帯びている。曰く、「賢明(理性的)な君主は、自分の自由と同様に、臣民の平等をも手段を尽くして維持しようと努める。しかし、国家においては、全ての人間が同一の身分とグループに属しているわけではなく、さまざまな身分やグループ(Gattungen)に岐れているので、臣民の権利と義務に関して(circa jura & obligationes subditorum)完全な平等を実現することは不可能であって、身分や官職その他の状況に応じて或る者が他の者より多くもしくは少なく自由を享受するように、この相違に応じて或る者は他の者より多いもしくは少ない権利と義務を有する。但し、これ以外にも、全ての臣民が対等な条件に立ち(paris conditionis)何人も他者に対して優先権を(eines praecipui)持たない共通の権利・義務が(an iuribus & officiis communibus)存在⁽⁹⁶⁾する」。

クライトマイアの『国法論』の第一部「国法総論（一般国法）」は、(一)国家論（国法論総説、国家論総説、国家起源論、国家形態論、国家終焉論）、(二)君主論（君主権論、君主の具体的支配権論、对臣民關係論、对外國關係論）、(三)臣民論（臣民論総説、对君主關係論、私法総説、臣民性の起源・終焉論）という構成を持っていた。国家論から国家終焉論が体系的に切り離されて末尾に置かれ、臣民論とりわけ臣民性終焉論を承けて「国法総論（一般国法）」全体を締め括っているのは、臣民性の終了（喪失）原因の最後のひとつとして国家の解体（*civitatis dissolutio*）が挙げられていたという事情もあるけれども、それ以上に彼の生命体（有機体）的国家観に由来するものであることは、既に述べた通りである。『国法論』の第二部「ドイツ国法」も、基本的にはこれと同じ構成を持っている。その冒頭に位置する第三九節（「ドイツ国法全般について」）⁽⁸⁶⁾は、いわば「ドイツ」国法論総説である。第四〇節で「ローマ・ドイツ帝国」の概念とその範囲を画定した後、ドイツ国法（公法）法源として、成文の帝国基本法律（*Reichsgrundgesetz*）（第四一節）と契約（条約）（*Verträge*）（第四二節）⁽⁸⁷⁾、帝国の慣習（*Reichsherkommen*）（第四三節）⁽⁸⁸⁾、補充的ドイツ国法（公法）（*subsidia jura publica germanica*）（第四四節）の四種が列記される。第一のジャンルに属するのは、「帝国全体会議（*allgemeine Reichstäge*）の席上で皇帝と帝国との間で決議されて公布された法令（*Verordnungen*）」である帝国議會決議（*Reichsabschied*）のほか、「皇帝カール四世（*Carl der Vierte*）が一三五六年に皇帝選挙や戴冠ならびに選定侯の特権などの帝国事項について等族の賛同を得て発布した法令（*Verordnung*）」である「黄金印文書（*die goldene Bulle*）」（一四九五年に作られ一五五五年に更新されたラント平和令（*Landfriede oder pax publica*））——いわゆる「永久ラント平和令」——、「同年に（*eodem anno*）（すなわち一五五五年）結ばれた「アウクスブルクの」宗教和議とパッサウ仮条約（*präliminar Passauer Vertrag*）（一五五二年）」、「この年に（一五五五年）決議され後に更新されることになった「帝国」執行令

〔Executionensordnung〕」「既に一四九五年に作成され一五五五年に改訂された帝室裁判所令(Cammergerichtsordnung)」「皇帝フェルディナンド(Ferdinand)が一六五四年に帝国〔宮廷〕法院に對して規定した帝国〔宮廷〕法院令(Reichshof-rathsordnung)」そして「カール五世以来(seit Carolo 5to)時の皇帝と選定侯との間で結ばれてきた選挙協約(協定)(Wahlcapitulationes)」がある⁽⁶⁹⁾。第二のジャンルである契約(条約)には、国内契約(einheimische Verrträge)と外国との契約(条約)(Verträge mit extraneis)とがある。前者に含まれるのは、「ドイツ帝国諸侯ないし選定侯の権限を行使することを目的とした」「一三三八年と一五二一年の選定侯会議(Churfürsten Verein)」——前者はレンス(Rhens)における選定侯会議(Kurverein)であるが、後者は不明。一五一九年にライン選定侯会議、一五五八年に選定侯の全体会議(gemeiner Kurfürstenverein)が開催されている——と「ブルグンドの地」——オランダ、ルクセンブルク(Luxemburg)・ブルグンド自由グラーフシャフト(フランシュ・コンテ(Franche Comté)からなるブルグンド・クライス——)とドイツ帝国との結合をめざした」「一五四八年のブルグンド条約」などである。外国との契約(条約)のうちドイツ国法(公法)上「最も注目に価する(der remarquableste)」のは勿論、「三〇年戦争を終結させたのみならず、帝国憲法(国制)に宗教的にも政治的にも(sowohl in ecclesiasticis als politis)全く異なった形態を与えた」一六四八年のヴェストファーレン和約である。「一六四九年と五〇年の施行協定(Executionensrecess)は、ヴェストファーレン和約の付属物(annexum pacis Westphalicae)として考慮されるにすぎない」。一六七九(一六七八?)年のニムヴェーゲン(Nimwegen)一六九七年のリスウィック(Ryswick)一七一三年と一四年のユトレヒト(Utrecht)とラシエタット(Rastatt)・バーデン(Baden, Baden)一七三五年と三八年のウィーン(Wien)一七四八年のアーヘン(Aachen)一七六二年と六三年のバリ(Paris)とフーベルツブルク(Hubertsburg)における各講和条約も、「帝国の利害に関する限りで」「ドイツ国法(公法)法源に含まれる。」「ローマ皇帝位に對するドイツ国王の権利」に關して九六四年——オットー一世(Otto

1.) の皇帝戴冠は九六二年である——に教皇座との間で結ばれた契約 (conventio)、「司教の叙任権 (jus eligendi & investendi episcopos)」に関する一二二二年のいわゆるヴォルムスの協約、「ドイツ国民の政教条約」という (concordatum nationis germanicae) 名でも知られる」一四四八年のいわゆるウィーン政教条約^{コンコルダット}もまた、ドイツ国法(公法)と共に構成する契約(条約)である。以上の二種の法源に対して、第三の帝国の慣習〔法〕は、利害関係人の中で証明されたと認められた限りで「不文法としての効力を(vim juris non scripti)獲得する」にすぎず、その法源論上の地位は副次的なものである。第四のジャンルに属する「自然法、国際法、ユ帝法、ランゴバルド法、教会法(jus Justinianaeum, Langobardicum, Canonicum)」、ザクセンとシュヴァーベンの両シュピールゲルは、国法(公法)の法源ではなく(keine fontes juris publici)それに補助的に(in subsidium)利用されるにすぎない。国法(公法)は、帝国史(誌)(Reichshistorie)国家(公的)文書や外交文書(acta publica, Diplomatic)ならびに類推によっていろいろに説明される。しかし、法律によっても契約(条約)ないし慣習〔法〕によっても(weder lege noch pacto vel observantia)決定されていないドイツ国家的事項において、我が国家憲法(国制)(Staatsverfassung)から果たしてまだどの程度各人一般の地位より皇帝に有利に法(権利)を推定することができるか(praesumptio juris mehr pro imperatore als statibus universis vel singulis)については、未だ定説はな^⑩い。

クライトマイアの以上の叙述に拠れば、ドイツ帝国国法(公法)は、必ずしも基本法律と契約(条約)とに尽きるものではないが、やはり主としてこの二つから構成されるのである。前者は、基本的に、皇帝と帝国ないし帝国等族^{レクステンザ}との「協約」的性格を持つものであったことが、再三指摘されている。二つの帝国裁判所令の場合、事情は多少異なっているが、「いわゆる帝室裁判所令草案(Cammergerichtskonzept)は、なるほど明示的に(expresse)ではないが、慣行によって黙示的に受け容れられている(per usum tacite recipiri)帝国(宮廷)法院令に対しては……いまだに異論はある

ものの、その間に「現在の」皇帝の選挙協約(協定)の第二四条第八節において(in cap. caes. art. 24 §. 8)「改正は帝國議會で(in comitis)行なわれるべきである、と定められるほどにまで承認されてきている」。更に、「上記の帝國基本法律は、今考察した「現在の」皇帝の選挙協約(協定)の第二三条第三節ないし第四節で、全てもう一度更新されている」⁽¹⁰⁾。しかし、それらは、依然として「法令(Verordnung)」として、契約(条約)とは区別されるものであった。この区別のよって来たる由縁は、一つには、協議ないし契約の相手方が、立法行為時に、帝国内的存在であったと言えるかどうか、という点にあらう。これに対して、国内契約と外国との契約という区別は、「クライトマイアの」現在から視ての分類であるとも考えられる。パッサウの仮条約やアウクスブルクの宗教和議が基本法律として説明されている一方で、ブルグンド条約が国内契約とされている事情は、一応これで理解できるし、帝國憲法(國制)の大綱を決定したものであっても、ヴェストファーレン和約は、「ミンスター(Münster)」においてフランス王権と、オスナブリュック(Onabrügge)においてスウェーデン王権と取り結んだ⁽¹¹⁾」もので、外国との契約として位置付けられるのである。しかし、基本法律と契約(条約)との本質的相違は、やはり前者が「法令」であるのに対して後者は「契約」ではない、というまさにその点にあると思われる。即ち、基本法律は、それ自体、協議ないし協働的立法の当事者に限られない帝國の全ての能動的・受動的構成員を規律すべき規範意思を、本質的内容として持っているのである。それは理論的には「協約」の事実から導き出されるものではなく、これに先立って存在している。「協約」は、基本法律のこの規範意思を現実的なものたらしめるために、その都度必要に応じて調達されるもので、実際にはしばしば不可欠といつてもよいほどに決定的な意味を持つてはいたが、理論的にはやはり基本法律の「法令」的性格にとつては付随的な要素たるにとどまるものである。それゆえ、「協約」における皇帝の相手方も或る時は帝國議會として制度的に組織化された「帝國」であり、また或る時は「帝國」等族⁽¹²⁾なり「選定侯」である、というように多様であり、「協約」の方式も明示的

なもののばかりでなく、「慣行」による黙示的・漸次的なものであることもあるが、いずれの場合も等しく基本法律は「法令」なのである。もっとも基本法律が「協約」^{アイメンツ}でもある限りで皇帝は「協約」^{アイメンツ}当事者に対する関係で、「合意は守らるべし」という神の掟 (Præceptum divinum, Pacta servanda esse) ないし自然法律に基づき、自らもまた立法権を有する君主としての資格においても基本法律を遵守する〔自然〕法的な義務を負うことになる⁽¹⁰⁾。かくして、混合政体に属するドイツ帝国において、基本法律は、その法律体系の中で一種特別の地位を占めることになる⁽¹¹⁾。それらはなにがしかの程度において皇帝と「帝国」・「帝国」等族^{ミットグリエーデル}・「選定侯」^{キニグ}との共同立法とでも言うべき性格を持つものであって、それゆえに君主はこれらを単独で自由に改廃することができないのである。その意味では帝国等族は立法の局面においても程度の差こそあれ支配者性を皇帝と共有しているわけで、皇族を別にすれば帝国臣民の最高ランクに位置付けられる⁽¹²⁾一方で、「帝国」の〔能動的〕共同構成員 (die Mitglieder des Reiches) とも呼ばれるのも一つにはこのような事情によると考えられる。但し、帝国等族^{ミットグリエーデル}のそのような法的地位は、まさに彼らが歴史的にそのような役割を果たしてきたという事実に依存するものであって、彼らがなおそのような役割を演じ得る実力を備えているか、もしくはその歴史の規範的妥当性が未だ疑われていない限りで、維持されるにすぎない。蓋し、基本法律の具体的規律内容はなるほど実定法上のものであるが、君主たる皇帝に対するその法的対抗力自体は自然法的なものでしかないからである。したがって、能動的抵抗権の行使が非現実的と断定される状況が生まれでもすれば、⁽¹³⁾実定法としての基本法律もまた、少なくとも理論的にはその内容がいよいよ容易に変更可能な優れて「実定的 (positiv)」なものとなるわけである。一方、契約 (条約) は、「法令」的基本法律とは全く対照的に、基本的には契約 (条約) 締結当事者における規範設定行為であって、そこで定立される規範の通用力は、その解釈の問題を一応別にするならば、当事者の行為時における〔現実の〕意思に決定的に依存している。したがって、それは、第一次的には当事者間に限られているのである。もっとも、当事者は、契約 (条約) を遵守する

法的義務を負っているから、皇帝と帝国〔等族〕^{シテツア} ないし選定侯には、その定めをドイツ帝国内で実現する責務がある。国内契約における臣民のそれは実定法上の義務であるが、君主のそれは自然法的なものである。したがって、国内契約については、基本法律の場合とは、同様の事情が存在している。他方、外国との契約における当事者は、何れも国際法上の義務を負うが、「国家ないし君主は相互に単なる自然状態に (in statu mere naturalis) すなわち自由と公平と独立の状態に (in statu libertatis, aequalitatis & independentiae) ある」ので、それもやはり基本的には自然法上の義務とすることになる。蓋し、「自由な状態にあるがゆえに (nach dem statu libertatis) それら (国家ないし君主) は、お互いに、神と自然が一般の人間社会におけるあらゆる人間に対してその (社会の) 維持のために課している以外の義務は負わない。更に、「これらの義務に關しても」必然的義務と儀礼的 (人間的) 義務との (inter officia necessitatis & humanitatis) 差異がある。後者は不完全な法〔律〕に基づくものでしかないが、気高くキリスト教的に思考する偉大な支配者によっては、私人による (von privatis) 以上に無視されることは遙かに少ないことが普通である」⁽¹⁰⁾。外国 (とりわけフランス) はまた現実にも帝国と対等か、もしくはしばしばこれを凌駕する実力を備えていたのである。帝国に対する関係では、皇帝はたとえば国王留保權^{レゾルバツト}の一つたる講和權を行使して講和条約を締結するのであるから、「講和条約締結に拘束されるのは講和当事者 (pacificatores) だけではなく、選挙によるか相続によるか (per electionem vel hereditatem) にかかわらず、王位ないし元首位を継承した者 (successores regni vel principatus) ならびにその臣民もまた同様である」⁽¹¹⁾。こうして、外国との契約も結局は契約 (条約) 当事者の範圍を超える規範的通用力を獲得するのであるが、その理論的品格は「法令」たる基本法律とは全く異なっているのである。なによりも先ず、それは、それ自体としては、皇帝と帝国〔等族〕との「協約」^{アグメント}ないし共同立法としての品格を持つてはいない。もともと、国際条約 (契約) ではありながらドイツ国法 (公法) 上最も重要な意義を有するものの一つであるヴェストファーレン和約は、「一六五四

年の最終帝国議会決議 *der jüngste Reichsabschied* にとり入れられることによって、最後の帝国基本法となった⁽¹⁰⁾。以上の法源論(第四一ないし第四四節)が、第三九節のドイツ国法論総説と第四〇節のドイツ国家論総説とともに、ドイツ国家論とでも称すべき部分を形成する。「国法総論(一般国法)」の体系にしたがうとすれば、これに続くのは、ドイツ君主論でなければならぬ。それゆえ、『国法論』は、第四五節(「ローマ皇帝について」)・第四六節(「皇帝選舉」)・第四七節(「戴冠」)・第四八節(「皇帝の職務と義務」)・第四九節(「皇帝の留保権」[*jura reservata caesarea*])・第五〇節(「収入」)・第五一節(「裁判籍」[*forum*])と宮廷(*Hofager*)・第五二節(「最高官職」[*Erzämter*])・世襲官職(*Erbmänter*)その他の皇帝の宮廷官職)・第五三節(「皇帝の空位について」)の諸節において、「帝国最高の首長たる」⁽¹¹⁾皇帝の称号・尊称・紋章・人的權利(*Wurde*)ないし法的地位、その得喪、⁽¹²⁾皇帝の權利・義務、その行使に際して皇帝を補佐する宮廷の諸官職についての考察をめぐらせているのである。

皇帝論、すなわちドイツ帝国君主論とでもいふべき部分に続いて、「ドイツ国法」は、皇妃(*Kaiserin*) (第五四節)・ローマ王(第五五節)⁽¹³⁾・帝国代理職(*Reichs-Vicarin*) (第五六節)についての説明を挿んで、ドイツ帝国臣民論を展開する。その最初に位置する第五七節は、帝国等族総説である。「帝国等族と呼ばれるのは、帝国議会の(*in comitiis*)議席と票決権を有する帝国の「能動的」共同構成員である。クライス等族と帝国等族とは、同一のものではない。蓋し、クライス議會(*Reichsconvent*)では議席と票決権を有するが、帝国議會(*Reichsconvent*)では有せず、したがって帝国等族ではない多くのクライス等族が存在しているからである。帝国等族(*Status imperii*)は、第一にその位階(*Würde*)によって選定侯(*Churfürsten*)・諸侯(*Fürsten*)・高位聖職者(*Prälaten*)・グラフ・都市に、第二にその身分によって聖界等族(*Geistliche*)と世俗等族(*Weliche*)に、第三にその宗教によってカトリック等族(*Katholische*)とプロテスタント等族(*Protestantische*)に岐れる。最後のものは、宗教問題などに関してしばしば会合を開き、ザクセン選定侯をそ

の指導者(directorium)と仰ぐものである^(四)。この選定侯以下都市に至る各種の帝国等族^{リヒテンシュタイン}についての説明が、第五八節ないし第六二節において与えられる。

「帝国の〔能動的〕共同構成員の首位を占める最も高貴な……選定侯」を構成しているのは、「マインツ(Maynz)、トゥリアならびにケルン(Cöln)」の「三聖界選定侯(die drei Geistliche)」と「ベーメン(Böhme)バイエルン、ザクセン、ブランデンブルク、プファルツならびにブラウンシュヴァイク・ハノーファー」の「六つの世俗の選定侯」である。「彼ら全員は、先に述べた選定侯会議^{ノイファッパツァー}によって多少なりとも密接に結び付いて、マインツ選定侯の指導(directorium)の下で一つの自分たちだけの合議体(collegium)を形成する。……ヴェストファーレン和約で第八番目の選定侯位〔——上プファルツを占領したバイエルン太公マクシミリアン一世によって一六二三年以来その選定侯位を奪われていたプファルツ侯に対するものである——〕が定められ、次いで一七〇八年にブラウンシュヴァイクの選定侯位が導入され、またベーメン王の再加入が認められた結果、選定侯会議(colleg. elector.)は上記の数にまで(numerum)拡大した。同講和条約によれば(ri ejusdem pacis)、この数は、バイエルン選定侯の家系もしくはヴィルヘルム系の家系が断絶した場合には再び縮減され、バイエルン選定侯家にもプファルツ選定侯にもカトリックの後継者がいない場合には(in casu)、当時は未だハノーファー選定侯の家系はなかったため、カトリック選定侯の長に対して一票の定数外票(votum supernumerarium)が与えられ、それはカトリック選定侯の多数決によって(majoribus)行使されることになっていた^(五)」。

「選定侯の次にランクされる高貴な帝国共同構成員は帝国諸侯(Reichsfürsten)であって、諸侯の位階^{フュルステン}だけを付与されている者と、帝国議会の諸侯会議(Fürstentrat)における議席と票決権をも併せ持つ者^{フュルステン}とがある。後者は聖界諸侯と世俗諸侯、古諸侯と新諸侯に岐れる。聖界諸侯は、大司教(Erzbischoffen)司教(Bischoffen)諸侯に列せられた高位聖職者(gefürstete Prälaten)〔高〕ドイツ騎士団長と聖ヨハネ騎士団長(Hochdeutsch- und Johanniterordensmeister)

から構成される。世俗諸侯は、「オーストリア」大公(Erzhertogen) 太公(Hertogen) プファルツグラーフ(Pfalzgrafen) マルクグラーフ(Margrafen) ラントグラーフ(Landgrafen) ブルクグラーフ(Burggrafen) ならびに諸侯領(Fürstenthümer)を有するかもしくは諸侯の人的位階(die personal fürstliche Würde)を持つにすぎないが併せて帝国議会における票決権と議席を(votum & sessionem in comitiis)獲得しているその他の諸侯からなる。古来の諸侯家に算入されるのは、オーストリア、ブルグンド、バイエルン、プファルツ、ザクセン、フ라우ンシュヴァイク、ヘッセン、ヴェルテンベルク(Würtemberg) メクレンブルク、バーデン、ホルシュタイン、アンハルト、アーレンベルク、そしてその帝国諸侯領のゆえにラントに関する限りで(respective Ländereyen)サヴォア、ロートリンゲンとスウェーデンである。諸侯会議全体(das gesamte fürstliche collegium)は、帝国議会においては、三つの席(Grey Bänke) 即ち聖職者席と俗人席および側面席(Querbank)を構成しているが、オーストリア大公とブルグンド太公は身分によれば俗人席に就くことになるはずであるにもかかわらず、一部は特権により(ex privilegiis) 一部はバイエルンやプファルツやザクセンとの席次争いを回避するために、両者とも聖職者席にすわり、第一の席の者が、ザルツブルク「大司教」を中心として、諸侯会議を問題毎に交代で(alternative von Materie zu Materie)指導(directorium)する。側面席に就くのはプロテスタントの司教、すなわちリューベックと、プロテスタントの宗教である限りでオスナブリュックの司教だけに限られる。議席と票決権を伴う帝国諸侯位への候補者もまたあまた存在しており、この者たちは既に帝国の恩恵的決定は獲得しているが、実際にはまだ参入を許されてはいない^(四)。

「帝国高位聖職者(Reichsprälaten)と呼ばれる者たちも、帝国議会で票決権と議席とを(votum & sessionem in comitiis)有する。但し、彼らは、そこでは諸侯のように個人単位で(virum)ではなく、部会単位で(curiatum)票決権を行使する。そして、一つの席(Bank)の票(vota)を全てまとめて一票と(für ein einziges votum)数える。彼らは

また諸侯會議において、シュヴァーベン部会とライン部会との二つ以上の席は持っていない。そのそれぞれの指導者(directores)はなるほど聖界諸侯席に就くが、一方、その他の者たちは全て別の席にすわり、まず聖俗諸侯が全て投票した後で始めて呼び出される。……レーゲンスブルク(Regensburg)の聖エメラン(S. Emmeran)修道院長やオーバーミュンスターとニーダーミュンスター(Ober- und Niedermünster)の両女子修道院長のように、諸侯としての性格を有する者も幾人かはいる。帝国高位聖職者に特徴的なことは、彼らはなるほど全員が帝国等族資格(Reichsstandschaft)を付与されているが、皆が領邦高権(Landshoheit)をも付与されているとは限らず、かくして自己の人格についてだけは「帝国」直属(immediat)であるが、土地(財産)(Güter)については他の帝国等族に下屬している[ことがある]、という点である」。

「〔帝国〕直属の帝国グラーフと非直属〔のグラーフ〕との別は、前者はやはり帝国議會における(in comitis)議席と票決権を有するのに對して、後者の享受するのがグラーフの位階に限られている点にある。彼ら(帝国直属グラーフ)は、帝國議會の内外において、シュヴァーベン、フランケン、ヴェッテラウ(Wetterauisch)、ヴェストファーレンという四つの席(Bank)もしくは合議体(Collegia)に分かれる。その各々が自己の指導者(directorium)と帝國議會における部会票(votum curiatum)を持ち、この四つの部会票(vota curiata)を行使する任にある者は世俗諸侯にすぐ続いてやはり諸侯席にすわるが、それ以外の者たちはこれに對して自分たちの四つの専用席に就く。……帝國グラーフ身分全体もしくはある一つの地方部会(collegium in particulari)にだけ関わる共通案件は、いわゆるグラーフ集会(Gräfen-tage)で審議される。長い間の懸案であった四部会の統合もついに實現されて、一七四三年には皇帝によつても採可された。帝國グラーフの中の多くの者は、ブルクグラーフ、ラントグラーフ、ヴィルトグラーフ(Wildgrafen)ライングラーフ(Rheingrafen)、ラウグラーフ(Raugrafen)と稱している。帝國フライヘル身分(Reichs-Freyherrstand)もま

た、帝国グラーフ身分に所属する。しかし、ツェントグラーフ (Zentgrafen)、『ハンスグラーフ (Hansgrafen)』、『ザルツグラーフ (Salzgrafen)』というのは単なる官吏にすぎず、市民の出自の者たちだけが任じられていることもしばしばである。したがって、『帝国』直属ないし非直属の帝国グラーフという見出し (rubrique) の下には、『もはや属さない』^(註)。

帝国都市もまた、帝国等族^{ニクテン}である。「帝国都市と呼ばれるのは、皇帝と帝国の下に直属し、かつ帝国議会における (comitis) 議席と票決権を付与されている都市であって、帝国議会において「選定侯会議、諸侯会議と並ぶ」第三の会議体 (Collegium) を構成し、そこには二つの席、即ちラインとシェヴァーベン^{シュヴァーベン}の諸都市席がある。呼び出しは前者から始められるが、投票は引き続いて両席交互に行なわれる。以前には都市の統治は帝国フォークトやシュルトハイスによってなされたが、今日ではそれは市参事会当局 (Magistraten) の手に移行している。しかしながら、皇帝の宮廷はこれを単なる行政官 (administratores) としてしか見ておらず、他の帝国等族^{ニクテン}に対する場合より遙かに多くその統治に (in ihrem regimine) 介入している。帝国都市の領邦〔高〕権 (Jus territoriale civitatum imperii) はなるほど理論上は (in theoria) 未だ争われているが、実務上は (in praxi) 現実に行使されている。……帝国騎士身分とのランク争いの決着はまだついていない。皇帝がかつて帝国都市において行使しなければならなかった権利は (von den ansehnlichen jurebus) 都市税と臣従 (Huldigung) のほかにはもはやほとんど何も残っていない。……ウルム (Ulm)、『ニルンベルク (Nürnberg)』、『シュトラースブルク (Straßburg)』が指導 (directorium) していたかつての帝国都市会議 (Reichsstädttrüg) は、『永久帝国議会以来、もはや開催されない』^(註)。

「帝国直属性 (Reichsimmunität) は、人格ならびに財産に関して (quo ad personam vel bona) 皇帝と帝国そのものに対して直接に下屬し、その他の支配者^{オートノミヤ}には服属しない資格を言う。通常 (Regulariter) 帝国等族^{ニクテン}とクライス等族 (Creysstände) のみならず、帝国騎士身分 (Reichsritterschaft) もまた団体ないしその構成員として直属 (sowohl in

corpore als membris immediat) である⁽¹⁷⁾。「帝国騎士身分と称するのは、皇帝と帝国に直属する高級自由人 (Edelleut) 全員で構成される団体 (corpus) であつて、帝国等族^{Landstän}にもクライス等族^{Reichstän}にも属さない独立の団体 (ein separirtes corpus) である。それは、シュヴァーベン、フランケン、ラインの三騎士クライスからなり、そのそれぞれが、幾つかの管区 (Ort) 地区 (Vierteil) ないしカントーン (Canton) に分かれる。……彼ら (個人としての帝国騎士たち) は、帝国等族資格もクライス等族資格も (weder mit der Reichs- und Creysstandschafft) また多数説にしたがえば (nach der gemeinen Meynung) 領邦高権も (noch mit der superioritate territoriali) 与えられていないにもかかわらず、多くの国王留保権 (regalia) それも小高権 (minora) のみならず、二、三の者たちがそう考えたいとしているように、そのほかにもその (騎士の) 小さな領域に適合し、帝国騎士身分の本質 (reichsritterschaftliche Verfassung) に反しない全てを行使しているのが通常である (regulariter) とりわけ彼らは、宗教ならびに教会事項についても和議文書第五條第二節第四八項によつて (per instr. pac. art. 5. §. 2. 48) 帝国等族^{Landstän}と同格とされ、帝国等族の権利と特権 (Freiheiten) に関する選挙協約 (協定) のさまざまな条文でも一緒に包摂されている。自己の臣民に対して彼らは完全な民事裁判権 (die völlige civil Jurisdiction) だけでなく、厳格な高級裁判権 (die hochfräuliche Obrigkeit) をも行使するが、後者は、大きな騎士領において一般にそうであるように、皇帝からレーンとして受領した場合と違いはない⁽¹⁸⁾」。

帝国直属資格を有するのは、帝国等族^{Landstän}と帝国騎士身分に限られない。「更に、各種の修道院、宗教財団 (教会) (Stifter) 総手的相統財団 (Ganerbschaften) その他がある。ゲクスハイム (Gechsheim) やゼーンフェルト (Seenfeld) は帝国直属村の例であり、上シュヴァーベンにも幾つかの直属農家がある。皇帝の大臣 (Ministr) 帝国宫廷参議官 (Reichshofrätthe) 帝室裁判所陪席判事 (Kammergerichtsassessores) や帝国裁判所の成員のみならず、アーヘンの審判人裁判所や、「帝国」直属の地所を持つて定住しているのではない帝国等族^{Landstän}やクライス等族^{Reichstän}もまた、いわゆる帝国騎士身

分の人名簿に登録されるだけでなく、単なる人格的〔帝国〕直属性 (Personalimmediat) を享受する。年金を受けてゐる (Appanagirte) ヘルは、帝国諸侯の女性配偶者や子供と同様、全く反対論がないわけではないが、やはり〔帝国〕直属者に (immediatis) 数えられる。或る者は、帝国等族の後見人や、〔司教〕空位期間中の司教座聖堂参事会員 (Domcapitulu sede vacante) のように、ある期間だけそうである。多くの者は、局面によつて (sub diverso respectu) 直属である (immediat) と同時に非直属 (mediat) である。例えば、帝国等族の領国内に非直属の土地を占有してゐる帝国等族や帝国騎士身分の構成員 (membra) は全てそうである。帝国直属性 (Immedietas imperii) を、ラント君主としての優越的地位 (領邦高権) (landesherrliche Superiorität) や帝国等族資格ないクライス等族資格と混同してはならない。蓋し、既に見たように、帝国等族でもクライス等族でもなく、ラント君主でもない多くの〔帝国〕直属者 (immediatos) がいるからである。はたして、またどの程度〔帝国〕直属者 (immediatus) が、不法行為 (犯罪) 地、逮捕地、住所地、契約地、履行地、物の所在地の (ex capite delicti, arresti, domicilii, contractus, gestae administrationis, rei sitae) 帝国等族の裁判権に服さなければならぬかについては、まだ一般的には決着が着いていない。とくに帝国騎士身分については、この点は大いに争われている^(四)。

〔帝国の (能動的) 共同構成員 (Mitglieder des Reichs)〕たる帝国等族 (第五七ないし第六二節)、帝国騎士身分を始めたとする「直属の帝国成員 (unmittelbare Reichsglieder)」(第六三ないし第六四節) に続いて、第六五節が「非直属者とラント等族」を論じて、ドイツ帝国臣民論は完結する。「非直属の人間にはさまざまな種別があるが、その中で特に論ぜらるべきなのは、ラント定住者 (Landsassen) とラント等族である。或る帝国等族の領国内に城館 (Schlössen) や村落や地所を持つて定住してゐる (angesessen) 者が、ラント定住者 (Landsaß) と呼ばれる。ラント等族というのは、ラント集会における議席と票決権を有し、集合してラント等族会という名の自分たちの団体 (corpus) を構成する者たち

のことである。……彼らがかつて誇っていた勢威と、与えられていた特権は、常備軍 (miles perpetuus) が成立した時代以降、大いに下落した。……ラント等族^{メーテン}その他の帝国内の非直属者 (mediati) は、皇帝をやはり彼らの最高の首長と認めねばならず、後者はまた前者に対して選挙協約 (協定) 第一条第一節で (in Capit. art. 15. §. 1) 保護を、それと同時にその支配者とラント君主たち (Oberherren und Landesherrschaften) に対しては同条第一節以下で (in eodem articulo §. 1. &c.) 彼の者たちに対するそのラント君主としての権限の保障 (Manutenenz) を約束している」。

「国法総論 (一般国法)」を締め括っていたのは、本来は国家論の一部である国家終焉論である。しかし、「ドイツ国法」には、それに対応する部分はない。クライトマイアが『国法論』を著した一七六九年当時、ドイツ帝国は未だ確固として存在しており、その終焉は単なる可能性の領域に属するものでしかなかったからである。したがって、それは、「国法総論 (一般国法)」における一般的な議論の対象ではあっても、「歴史—誌 (historia)」としての「ドイツ国法」の叙述対象にはなり得ないのである。しかし、「ドイツ国法」は、第六五節までの臣民論をもって終了することにはならなかった。第六六節 (「帝国クライス」)、第六七節 (「クライス統括局 (Creysausschreibämter) 指導局 (directoria) 高等官 (Obersten-ant) ならびに役人」)、第六八節 (「クライス議会」) のクライス論を皮切りにして、帝国議会に関する第六九節から帝国書記局 (官房) (Reichscanzley) に関する第八五節までで、帝国の諸機構とその機能が論じられる。この部分は帝国の統治に関するものであるから、もし「国法総論 (一般国法)」の編成に忠実に従うとするならば、君主論の一部として、皇帝論のすぐ後に置かれていてもよかつたはずである。ところが現実には「ドイツ国法」は、臣民論を国家機構論に先行させているのである。その理由は、まさにドイツ帝国の国制が「混合政体 (vermischte Regierungsart)」と分類されるものであって、統治権が複数の統治者に分有されているからである。即ち、皇帝はなるほど「帝国最高の首長」ではあるが、唯一の首長ではない⁽¹⁸⁾。統治権を分有する限りで、帝国の「成員 (四肢) (Glieder)」も

また同時に「首長（頭）（Oberhaupt）」なのである。もちろん帝国は「対等ならざる連邦国家体制（systema civitatum foederatarum inaequale）」であるから、統治者間にはその保有する権限について質的・量的な相違が存在する⁽¹³⁾。したがって、帝国国民はこれまで見てきた通りのさまざまなグループに分かれることにはなるが、彼らのうち少なくとも帝国直屬者とりわけ帝国等族^{（ネンツェン）}はやはり何らかの程度においては帝国の君主でもあるのである。その意味では、ドイツ臣民論は同時にドイツ君主論としての性格をも併せ持っているのであって、第五七節から第六五節までの諸節は実は第四五節に始まる皇帝論などと共に帝国君主論の一部を形造っているのである、とすることもできる。その場合、第六六節以下は、これらの「帝国の〔能動的〕共同構成員たち」によって構成される共同支配体としての「帝国」に帰属する諸権限と、その行使の具体的態様を叙述しているわけである。「混合政体」としての帝国国制の特殊性に対応して、通常、「帝国」における君主の具体的支配権ないし国王留保権^{（ジュラ・マジェスタチカ・ヴェル・レガリア）}は、「皇帝の留保権（*iura caesarea reservata*）」と「帝国議会の権利（*iura comitialia*）」と「〔皇帝の〕限定付き留保権（*iura reservata limitata*）」との三種に分類される。これを皇帝の権力の完全性^{（plentudo potestatis）}が解体ないし消滅したことの所産と考えることが果たして適當といえるかは問題であるが、いずれにせよ、ドイツ内に始源的に存在しもしくは時とともに生成してきた多元的な支配が、皇帝の主導性^{（イニシヤティブ）}——それは少なからず政治的・事実的なものであって、必ずしも客観的な意味で法的な権力の完全性をそこに読み込むことはできない。客観的な意味で法的なものはむしろ政治的・事実的統合の所産なのであって、ドイツにおけるそれは、皇帝の権力の完全性の主張を現実化するような形にはならなかったのである——の下で徐々に一つの国家的統合体にまとまってゆく長期的過程^{（プロセス）}の一応の到達点に、「混合政体」に分類されるような等族制的・身分制的国制（憲法構造）を備えたドイツ帝国が出現し、支配権の三区分が生まれることになったのである。そのうち既に第四九節で論じられた「皇帝の留保権」を除く後の二つとりわけ「帝国議会の権利」について、今ここで、とりわけ第

六九節(「帝国議會」)以下の部分で考察がなされているわけである。⁽¹⁸⁾

選定侯や帝国等族は、「(皇帝の) 限定付き留保権」や「帝国議會の権利」に關与するという形で、帝国の支配權を有しているばかりではない。彼らはその領邦高權(第八六節)に基づいて、自己の領国内においては固有の支配權を行使しており、その意味でもまた帝国の共同支配者なのである。帝国等族資格も領邦高權も有さないが、帝国騎士身分についてもある程度同様のことが言えるのは、既に指摘しておいた通りである。帝国等族のこのような固有のラント内支配權の目録——第八七節が総論、第八八ないし第二〇〇節が各論を構成する——をもって、「ドイツ国法」は締め括られる。こうしてそれらは、ラント等族を始めとするラントの臣民の「私權」と同等以上に確固たる足場を、帝国国法(公法)の中に与えられているのである。⁽¹⁹⁾ その内容は、帝国憲法(国制)から来る必然的制約を伴ってはいるが、基本的には「国法総論(一般国法)」に叙述された國王留保權の体系にはかならない。これら諸々の具体的支配權を根拠付ける「領邦」高權(Superiorität)の起源およびその成立時期については、国法(公法)學者たちの一致した意見はない。但し、それが全ての帝国等族によって同時に取得されたものでも一挙に取得されたものでもなく、徐々に、少しずつ、ある者は早くまたある者は遅れて獲得していき、最後にヴェストファーレン和約の第八條第一節(art. 8. §. 1.)と皇帝選舉協約(協定)の第一條第二節(art. I. §. 2.)によって當時のその全外延のまゝに(in ihrem dermaligen ganzen ambitu)承認(確認)された、ということだけは確実である。皇帝は同選舉協約(協定)の第一章第八節(I. c. §. 8.)で、帝国等族の領邦においては(in ihren territoris)いかなる理由があるにせよ(sub quocunque praetextu)帝国の最高裁判所やその他のいかなる者をも宗教事項・ポリツァイ事項・司法事項・財務事項ないし刑事事項に介入(vor- oder eingreifen)させない旨を、約束している。⁽²⁰⁾ 即ち、帝国等族の領邦高權とその「ラント内」支配權は、基本法律によって帝国国法(公法)に組み入れられているのであって、したがって皇帝ならびに「帝国」の支配權にも對抗でき、これを制約するところの

帝国憲法上の客観的權利^レ法^ニなるのである。

- (1) Freyherrn von Kreittmayr, Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayrischen Staatsrechtes, München u. Leipzig 1769, S. 1 ff..
- (2) A.a.O., §. 2, S. 3 f..
- (3) A.a.O., §. 3, S. 4 f..
- (4) A.a.O., §. 3, S. 5 ff..
- (5) A.a.O., §. 4, S. 7 ff., vgl. §. 40, S. 78.
- (6) Wolfgang Quint, Souveränitätsbegriff und Souveränitätspolitik in Bayern. Von der Mitte des 17. bis zur ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, Berlin 1971, S. 32; Samuel Pufendorf, Die Verfassung des deutschen Reiches, übersetzt, angemerkt und benachwortet von Horst Denzer (Reclam-Universal-Bibliothek 966 [3]), S. 106.
- (7) Klaus Neumaier, Ius publicum. Studien zur barocken Rechtsgelehrsamkeit an der Universität Ingolstadt, Berlin 1974, SS. 17-19.
- (8) 村上淳一「近代法体系の形成と『所有権』『法学協会雑誌』九三一一(一九七六年)五三一一六二、とりわけ五八頁参照。
- (9) N・ルーマン(村上淳一・六本佳平訳)『法社会学』(一九七七年)一二三頁。
- (10) 村上前掲三八一九頁。
- (11) 同五九頁。
- (12) 本稿(『北大法学論集』三四一六(一九八四年)八頁参照。
- (13) 村上前掲五三頁。ルーマン(村上・六本訳)前掲書二二二頁以下。
- (14) 山本光雄訳「政治学」『アリストテレス全集15』(一九六九年、一九七七年)六頁(第一巻第二章)、一二二頁(第三巻第九章)、三〇七頁(第七巻第一三章)参照。
- (15) 同一二六頁以下(第三巻第一三章)参照。
- (16) 茂手木元蔵訳「エウデモス倫理学」『アリストテレス全集14』(一九六八年、一九七七年)三三八一九頁(第八巻第三章)、前掲「政

- 治学」一二九頁(第三卷第三章)、『一六六頁(第四卷第八章)、『二九六頁(第七卷第九章)参照。
- (17) 前掲「政治学」一四八頁(第四卷第一章)、『一八〇頁(第四卷第十四章)、『加藤信朗訳「ニコマコス倫理学」『アリストテレス全集13』(一九七三年、一九七七年)五頁(第一卷第三章)参照。
- (18) 前掲「政治学」一〇五頁(第三卷第六章)、『一一五頁(第三卷第二〇章)、『一四八頁、『一八〇—一頁(第四卷第十四章)、『二六二頁(第六卷第五章)参照。
- (19) Gagnér, *Ideengeschichte* (本稿註一四頁註(13)末尾所掲), S. 64 (アリストテレスの対応箇所の出典は、同書の示唆による)。
- (20) Aa.O., S. 72.
- (21) Aa.O., S. 68 f.
- (22) Aa.O., S. 72 f.
- (23) 「支配者の規定についてでなければ、本来の意味での人定法律とは言わない」(*lex humana proprie dicta non nisi de norma imperii dicitur*)? Aa.O., S. 63 mit Fußnote 2.
- (24) Aa.O., S. 69 mit Fußnote 4.
- (25) Marcel Thomann, Christian Wolff, in: Michael Stolleis (Hrsg.), *Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert. Reichspublizistik・Politik・Naturrecht*, Frankfurt am Main 1977, S. 259. マルティウス・ヴォルフの思想上の地位についてはvgl. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen 1967, SS. 316-319 [鈴木操弥訳『近世私法史』(一九六一年、一九七五年)三八五—三九二頁参照]。
- (26) Gagnér, aa.O., S. 67 mit Fußnoten.
- (27) Hans-Martin Bachmann, *Die naturrechtliche Staatslehre Christian Wolffs*, Berlin 1977, S. 211.
- (28) Vgl. aa.O., S. 175 ff. クライヤー・インの「混合政体 (*vermischte Regierungsart*)」の概念は、おそむへのヴォルフの概念を継承したものと考えられる。
- (29) 混合政体においては、統治権が複数人に分有されているから、その権力の相互的制限が問題となる。この課題を達成するには、回帰的事象については権力行使の態様を法律で予め規定しておけばよい。その他の場合については、国王なり等族会議 (*Patrizierkollegium*) といった公権力保持者の行為の効力を、全国民もしくは中立の特定人の承認によらしめればよい。このような国家を「合法

- 〔律〕国家 (regnum legitimum)』といひ、國家の指導者 (rector civitatis) を拘束する法律を「基本法律」と呼ぶ。A.a.O., S. 175 ff..
- (30) 恒久的な基本法律ではなく、支配者と国民との特別の契約によって統治権を制約しようとする場合、その契約を「協定」と言ふ。クライトマイアの「ラント契約 (Landsverträge)」がこれに相当するものであることは、言うまでもなからう。A.a.O., S. 176.
- (31) A.a.O., SS. 185-190.
- (32) A.a.O., S. 208 ff..
- (33) Gagnér, a.a.O., S. 70.
- (34) F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1. Aufl., Göttingen 1952, S. 192 が『体系的に考究された自然法 (Jus naturae methodice pertractum)』(全九巻、一七四〇年—一七四九年)』としていたのは、おそらくこの二著のことであらう。Vgl. auch Gagnér, a.a.O., S. 75. 鈴木前掲訳書三九〇、CXXI 頁参照。
- (35) Hans Thieme, *Die Zeit des späten Naturrechts. Eine privatrechtsgeschichtliche Studie*, in: ZRG Germ. 56 (1936), SS. 224-228, insb. 228. 村土註(8)所掲論文四八—五二頁、同『ドイツ法学』碧坂純一・伊藤正己・村土淳一編『法学史』(一九七六年)二一九—二三〇頁、同『近代法の形成』(一九七九年)四、五二、七九、一三五、一五八—九、一六九頁参照。
- (36) Thieme, a.a.O., S. 226.
- (37) Gerhard Dilcher, *Gesetzgebungswissenschaft und Naturrecht*, in: JZ (1969), S. 2.
- (38) 村土『近代法の形成』一六三頁註(11)は、この点を正しく指摘している。
- (39) ヴォルフの国家論については、vgl. Bachmann, a.a.O., S. 118 ff., insb. SS. 158-185 (政体区分論)。
- (40) Vgl. a.a.O., S. 188.
- (41) 前節一、四参照。
- (42) *Staatsrecht*, S. 67 ff..
- (43) ルーマン(村土・六本訳)二一五—一六頁参照。
- (44) Vgl. Thieme, a.a.O., S. 232.
- (45) Diethelm Klippel, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, Paderborn

1976, S. 1 ff. 本稿(一三頁註(11))で指摘したように、刑事法改革も一七七〇年代の中頃を境にして、本格的に議論されるようになる。

- (46) Thieme, aa.O., S. 215.
- (47) Aa.O., S. 222 ff..
- (48) Aa.O., S. 229 f..
- (49) Aa.O., S. 216 u. 221.
- (50) Aa.O., S. 230 ff.; Dicher, aa.O., S. 3 ff., Thieme, aa.O., S. 236 はこの一八世紀の後半とりわけ一七七〇年以降の時期こそ、本来的な意味での「自然法の時代」と呼ぶことができる¹⁾としている。
- (51) Vgl. Thieme, aa.O., S. 227.
- (52) Vgl. Bachmann, aa.O., S. 210 mit Fußnote 15.
- (53) Thieme, aa.O., S. 210 f..
- (54) Vgl. aa.O., S. 211 f.. 更に「人文主義と歴史に対する実務的関心とをどこまで区別することができるかは、本稿(六二頁註(93))のセバステアーン・ランツの例を見ても分かるように、しばしば難しい問題である。
- (55) Aa.O., S. 217 f..
- (56) Aa.O., S. 213 f.; Dicher, aa.O., S. 5 f. その副題は「立法と法律の学の諸原則と歴史 (Allgemeine Grundsätze und Geschichte der Gesetzgebung und Gesetzeskunde)」と言った論理的・体系的要素と歴史的・個体性的要素とがいわば並列的に組み合わされる内容になっている。
- (57) Thieme, aa.O., S. 214; Dicher, aa.O., S. 6. 五十嵐浩「ドイツにおける比較法の発展」『比較法学の歴史と理論』(一九七七年)七一八頁参照。
- (58) Thieme, aa.O., 236 ff.; Dicher, aa.O..
- (59) Dicher, aa.O..
- (60) Inst. 1. 2. 2. 末松謙澄訳並註解『訂正増補ヒュースナーニアヌス帝欽定羅馬法学提要』(第三版、一九一六年)六頁参照。
- (61) Inst. 1. 3. 1 [末松前掲訳書「三頁参照」]. Vgl. D. 1. 5. 4. pr. (Florentinus libro nono institutionum): 「自由とは、実力も

しくは法によって妨げられない限り、各人が自己の欲するところを行なう生まれながらの能力である (Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur) [春木一郎『ユースティニアヌス帝学説彙纂』*HPQTJ* (一九三八年) 九四頁参照]。

(62) Klippel, a.a.O., S. 100 ff.

(63) A.a.O., S. 168 ff.

(64) 本稿(『北大法学論集』三三—三(一九八二年)一二〇頁註(12)参照。

(65) Staatsrecht, §. 16, S. 30.

(66) A.a.O., §. 17, S. 32.

(67) A.a.O., §. 38, S. 73 f. (「……そして前者(自然的終焉)は、全国土が地震に呑みこまれたり、海に洗いつくされたり、戦争や疫病やこれに類する不幸によって完全に蹂躪される場合であり、……」)。

(68) Staatsrecht, §. 5, S. 10 ff. (傍点ならびに感嘆符筆者)。

(69) Staatsrecht, §. 6, S. 13 ff.

(70) Staatsrecht, §. 7, S. 15.

(71) A.a.O.

(72) 文書に高い真正性の推定力を与える文書館設置・管理権 (ius archivi)、恩赦権 (ius aggratiandi)、執行猶予権 (ius concedendi moratoria) などは、裁判権とは一応別個の国王留保権である。したがって、君主権もしくは君主権類似の領邦高権を備えず、下級裁判権を保有しているにすぎないラント等族に対しては、これらの国王留保権は認められない。Staatsrecht, §. 9, S. 20 f.

(73) Staatsrecht, §. 14, S. 28 f.: 「専政王国においては (in regnis despotis vel heribus) 臣民は奴隷であるにすぎず、自己の所有物を全く有しない。彼らはただ、主人が彼らに委ねているものを、それが彼の意に適っている間に限り、使用するにすぎない。しかし、その他の国家ないし国家共同体 (Staaten und Republiken) においては、臣民の財産と権利 (bona vel iura subditorum) は、奴隷の特有財産 (peculia servorum) ではない。……君主はなるほど国家内に存在する全ての財貨 (Güter) と権限 (Gerechsa-men) の上に命令権ないし優越所有権 (支配権) を持っているが、それは臣民の財産 (Haab und Gut) ないし既得権 (ius quaesitum) を奪うところまで及ぶものではない。公共 (国家) の必要と効用という原因から (ex causa necessitatis vel utilitatis publi-

cae) そのような事態に立ち至ることがあり、その場合には私人の財産ないし権利 (bonum vel jus privatum) は國家に (publico) 譲歩しなければならぬが、國家のために (propter publicum) 損害を被ることになった者はやはり國家から (ex publico) 補償を受けるのである。臣民がその財産 (Vermögen) を取得し保持し再び譲渡する方法 (Art und Weise) は國家に (in das publicum) 重大な影響を及ぼすので、君主はそれを等閑視することはできない。それゆえに彼は一般的法律によって (per legem generalem) 臣民に対して基準 (Maas) と秩序を規定し、契約や終意処分や相続の態様と方式を (modum et formam contractuum, ultimarum voluntatum et successionum) 規律し、浪費者から……その財産 (Güter) の管理〔権〕を剥奪し、十分な成熟を示す未成年者に対しては逆にこれを年齢の恩恵によつて (per veniam aetatis) 既に通常の時期以前に付与し、荒蕪地 (öde Güter oder Grundstücke) の保有者に耕作をさせ、この点 (臣民の財産ないし権利の取得・行使) に関して公共の最高善をめざす命令がその同様のことを定める。なお、優越所有権 (ニッホフ・支配権) については、村上『近代法の形成』七四―五頁、同『近代的所有権概念の成立』『私法学の新たな展開 (我妻先生追悼論文集)』(一九七五年) 二二―頁参照。

(74) Staatsrecht, §. 7, S. 16.

(75) Staatsrecht, §. 7, S. 15f.

(76) Staatsrecht, §. 31, S. 59ff.

(77) Staatsrecht, §. 7, S. 17.

(78) Aa.O., S. 16.

(79) Aa.O., S. 17.

(80) 註 (73) 参照。

(81) Staatsrecht, §. 7, S. 17 f. (「……最高権力が帝國もしくはラントの國境を越えて効力を持たぬように、君主の具体的支配権ないし國王留保権も他國では (in alieno territorio) 全く効力を有さないか、最小限、最高の権限としての効力をもって (vi supremae potestatis) 行使されることはなく、純然たる恩恵から (ex mero beneplacito) か役権のように合意や〔取得〕時効により (instar servitutis ex pacto vel praescriptione) ないしは交戦権や同盟権や外交使節派遣権のような外事高権 (regalia transeuntia, z. E. jus belli, foederum, legationum) に関しては自然法上の自由から (ex libertate naturali) 行使されるにすぎない。また、諸種の君主の支配権 (jura majestatica) は、取得される場合と同じ態様で、すなわち最高権力ないし領邦高権の喪失や合意もしくは〔消

減)時効により(per pacta vel praescriptionem)また臣民がそれを保有している場合は、不法行為(犯罪)や濫用などに対する刑罰として廃止されることによつて、再び失われる」。

(82) Staatsrecht, §. 5, S. 9.

(83) Staatsrecht, §. 37, S. 71 ff. 取得原因は、①居住の受容(per receptionem habitationem)②[臣民の子としての]出生(per natiuitatem)③はか「臣民性の対概念(correlatum subjections)としての最高権力が取得されるその他あらゆる方法」がそれに当たる。臣従(Huldigung)は臣民性を取得をせるのではなく、ただそれを確認し確証するだけのものにすぎない。即ち「誓約するから臣民なのではなく、臣民だから誓約する(Non enim ideo subditus est, quia iurat, sed iurat, quia subditus est)」のである。①については一時的居住(habitatio temporaria)と恒久的居住(habitatio perpetua)との別があり、それぞれ一時的臣民性(temporaria subjectio)と恒久的臣民性(perpetua [subjectio])とを招来する。「いずれの場合にも、朕の領土にいる者は即ち朕の臣民である(Qui in territorio meo est, etiam meus subditus est)」というわけである。これは免除された人間については(in personis exentis)あてはまらないが、原則的には(in regula)正しい。喪失原因には、①国外移住(per emigrationem)②免除(per exemptionem)③追放(per ejectionem)④放棄(per abdicationem vel derelictionem)⑤時効(per praescriptionem)⑥国家の解体(per civitatis dissolutionem)がある。②には特定の個人についてなされる場合と相当の人数についてなされる場合があり、前者は「通常君主が合理的な理由に基づき(ex rationabili causa)単独の意思(Willkühr)をもつて行ない、後者は帝國ないしラントの等族の承認を必要とする」。③には、追放刑による場合(per relegationem)のように不法行為(犯罪)(delictum)の存在を前提にするものと、単純な保護の解除や国外退去の忠告——実質的には保護の解除であるが、名宛人の名誉を重んずるときにこの形をとる——のように不法行為(犯罪)以外の重大な理由に基づく場合とがある。いわゆる陶片追放(ostracismus)の正当性は否定される。「最後に、君主の死亡は臣民性を個々のに(respective)解除するにとどまり、これを絶対的に(absolute)廃止するものではない。世襲王國において(in regno successivo)継承権(jus successionis)を有する者がもはや存在しなくなったときには、臣民(國民)は再び完全な自由に戻り、新しい首長を任命したり、統治形態を従来の基礎もしくは新たな基礎の上に据えることができる。空位期間中(währenden interregno)選挙王國の臣民は代理職を選定する権利(jus constituendi vicarium)を有し、世襲王國において「君主が」未成年である間は後見人を置く権利(jus dandi tutorem)を有する。但し、帝國憲法(Reichsconstitutiones)や長年の慣習法に別段の定めがなされている場合は除く」。

- (84) Staatsrecht, §. 36, S. 69.
- (85) A.a.O., §§. 3 u. 35, SS. 5 u. 67. 註 (e) (42) 対応本文参照。
- (86) 本稿(三)一三頁ならびに同一九一一〇頁註(54) 所引『市民法典註釈』序言参照。
- (87) Staatsrecht, §. 32, S. 62 f. (「もともと、ラント君主の権力は以上のような義務によって制限されているが、それによって主権〔性〕(Souveraineté) が否定されるわけではない。蓋し、彼は義務と良心に反してなしたことについていずれ神に対して弁明しなければならぬが、この地上では彼を審く者はいない。彼が〔自分を裁く〕裁判官を持つ場合も、基本法律もしくはその他の特別の契約に基づく仲裁なりし調停裁判官にすぎない(nur iudex mere arbitrius vel compromissarius ex lege fundamentali vel alia conventione speciali……)」)。
- (88) Staatsrecht, §. 34, S. 65.
- (89) A.a.O., S. 65 ff.
- (90) A.a.O., §. 36, S. 69 f.
- (91) 註(73) 註(80) 対応本文参照。
- (92) Staatsrecht, §. 17, S. 32 f.: 「正しいポリツァイを導入し維持する……ために、君主はあらゆる指令をなす権限、とりわけ産業活動(Nahrung)の繁栄を維持し、公衆(das publicum)に十分な食糧を安価に供給し、困窮と貧困とを十分に防止する権限を有する」その他、学校設立・監督等の文部行政権、書籍検閲(censura librorum)権、国内一般査察権、国家の狀態の改革(Reformen in statu politico)権——いわゆる「ガリツァイの改革権(ius reformandi politicum)」——など、「要するに(in summa)安全と快適と良き風紀(gute Zucht)と秩序と産業と人口と国富のためにあらゆることをなす」権限が、この中に含まれている。
- (93) Staatsrecht, §. 8, S. 19.
- (94) A.a.O., §. 14, S. 28 f. 註(73) 参照。
- (95) Staatsrecht, §. 8, S. 19.
- (96) A.a.O., §. 36, S. 70.
- (97) A.a.O., §. 37, S. 71. 註(83) 参照。
- (98) 本稿(一)一〇一一頁註(4) 参照。

- (99) Staatsrecht, §. 41, S. 79 f.
- (100) A.a.O., §. 42, S. 80 f.
- (101) A.a.O., §. 43, S. 82.
- (102) A.a.O., §. 44, S. 82.
- (103) A.a.O., §. 41, S. 80.
- (104) A.a.O., §. 42, S. 81.
- (105) 本稿(四九頁)本節註(68)対応本文、同(87)対応本文参照。
- (106) 本節註(28)―(31)対応本文、同(76)対応本文参照。
- (107) Krettmayr, Staatsrecht, §. 34, S. 66. 本節註(89)対応本文参照。
- (108) Staatsrecht, §. 57, S. 98.
- (109) Staatsrecht, §§. 6 u. 35, SS. 15 u. 69. 本節註(42)対応本文、同(69)対応本文参照。
- (110) Staatsrecht, §. 33, S. 63 f.. 本節註(68)対応本文も参照の事。
- (111) Staatsrecht, §. 25, S. 43.
- (112) ハインリッヒ・ミッタース(世良晃志郎訳)『ドイツ法制史概説』(一九五四年)三四七頁、ミッタース＝リーベリッヒ(世良晃志郎訳)『ドイツ法制史概説』改訂版(一九七一年)四六〇頁。
- (113) 国王留保権一般とは異なる概念であつて、「皇帝が自ら単独で (für sich selbst private) 行使できる権限を」指し、「教会に関するものと政治的(国家的)ないし世俗的なものとに (in ecclesiastica & politica vel secularia) 分類される」。但し「この下位区分は帝國法律や慣習法に基づくものでは必ずしもない」(Staatsrecht, §. 49, S. 87)「皇帝の留保権 (iura caesarea reservata)」に對比されるものに、「皇帝が帝國議會での同意を得て始めて行使することのできる」(議會の中の國王 (Kings in Parliament)) にも比せられるべき「帝國議會の中の皇帝」の権限である「帝國議會の権利 (iura comitalia)」や「選定侯の同意を得てのみ行使し得る権限たる『限定付き留保権 (iura reservata limitata)』がある。ミッタース(世良訳)前掲書三五―頁訳註(1)」、ミッタース＝リーベリッヒ(世良訳)前掲書四七九頁訳註(2)。
- (114) Staatsrecht, §. 45, S. 82. したがつて、皇帝は、帝國の唯一の首長ではなう。

- (115) Aa.O., §. 45, S. 83. ラテン語では「選挙されたローマ人たちの皇帝にして、常に至尊なる者 (electus romanorum Imperator, semper Augustus)」ドイツ語では「選挙されたローマ皇帝にして帝国の版図を常に拡張する者 (dein König (erwählter Römischer Kaiser, allezeit Mehrer des Reichs, und König in Germanien))」と云ふ。
- (116) Aa.O.: 「至尊にして強大、かつ敗北を知らぬ者 (alldurchleuchtest, großmächtigst und unüberwindlichst)」同じくラテン語では「神聖な皇帝陛下 (君主権) (Sacra Caesarea Majestas)」と云ふ。
- (117) Aa.O. 周知の様に、金地に一羽の黒い双頭の鷲をあしらったものである。
- (118) 周知の通り、皇帝は選挙される。「戴冠は、〔選挙後〕すみやかに取り行なわれるべきことが皇帝選挙協約 (協定) 第三条第八節に定められているが (vi cap. Caes. art. 3. §. 8) 選出された者 (electus) は戴冠前には単に『選挙されたローマ国王』、戴冠後には『選挙されたローマ皇帝』と称することになっている (Staatsrecht, §. 47, S. 86)。
- (119) Staatsrecht, §. 53, S. 93f. 皇帝の死と自発的退位によって、皇位は空位となる。後者の場合、全帝国もしくは少なくとも選定侯の同意を要するか、全く不要であるかについては、国法 (公法) 学者の説は岐れている。皇帝がその権力を著しく濫用して帝国を抑圧ないしはこれに敵対する場合に、これを廃位することができるとについても議論があったが、クライトマイアはこれをいわば法律学上の問題とは考えてはいない。曰く、「そのような事例 (casus) は、ヘンによってよりは短剣 (Degen) によって解決されることの方が、遙かに多いであろう」。即ち、それは、事実的・政治的問題なのである。
- (120) Aa.O., S. 94f.: 「未だ皇帝の生存期間中であるにもかかわらず、時として (eventualiter) 帝国における後継者が選挙されることがあり、これをローマ王と呼ぶ。……諮問 (Quaestio an) は選挙集会の席上で始めてなされるのではなく、予め選定侯会議で (bey einem churfürstlichen Collegialtag) 審議せられ決定されている。その際、全帝国の意見が徴せられるべきか否かについては、一七四九年から一七五五年にかけて、大いに論議の対象となった。選定侯たちはこれを自分たちに専属する事項と考え、実際、一七六四年には、帝国諸侯ならびに等族に事前に諮ることなく、ローマ王選挙に踏み切ったのであった。……皇帝が没するか統治の任に耐えぬようになるや否や、ローマ王はすぐさま自動的に (ipso facto) その地位に就く。しかし、それ迄は彼は皇帝の意に反して (invito caesare) いかなる統治行為をもし得ず、国王の称号 (Würde) と陛下という尊称、選定侯を含む諸侯と等族のみならず諸外国の国王にも優る位階のみで満足しなければならぬ」。かくして、例えば一七六四年にローマ王に選挙されてフランクフルト (Frankfurt am Main) で「ローマ王として」戴冠したオーストリア大公 (Erzherzog) ヨーゼフ (Joseph) は、父のローマ皇帝フ

ランツ一世 (Franz I., Franz Stephan von Lothringen) (一七四五年—一七六五年) の死後、即座に帝位を承継してヨーゼフ二世 (一七六五年—一七九〇年) となった。「彼 (ローマ王) の紋章はやはり帝国の鷲 (Reichsadler) であるが、皇帝の紋章と区別するために双頭ではなく単頭である。私法事件その他において彼がそもそも裁判籍 (forum) を有するか、有するとすればどの法廷か、というのは、未だに法律 [学] 上の問題であって議論の岐れているところ (juris dubii & controversi) である」。なお、皇帝の裁判籍は黄金印文書の第五章第三条 (C. 5, §. 3.) によればプファルト選定侯の下にあることになっているが、「このプファルト侯の皇帝に対する裁判権 (judicium palatinum in caesarem) が現実に行使されることになった事例 (casus) は存在しないので」「国法 (公法) 学者たちは将来についてもそれが実際に行使されることはないと考えていた」、といわれる。したがって、皇帝に対しては私法事項についても統治事項についても、他の主権的首長に対する以上に、「諸願ないし不服申立の途 (via supplicationis vel remonstrationis) 諸外国に対しては戦争と軍備の途 (via belli & armorum) 以外に」「これと争う方法はないことになる。Aa.O., §. 51, S. 90 f.

- (121) Aa.O., §. 57, S. 98.
- (122) Aa.O., §. 58, S. 100 f. シュタイヌリーベリッヒ (世良訳) 前掲書四六四—五頁参照。
- (123) Staatsrecht, §. 59, S. 103 f. シュタイヌリーベリッヒ (世良訳) 前掲書四六五—六頁参照。
- (124) Staatsrecht, §. 60, S. 105 f. シュタイヌリーベリッヒ (世良訳) 前掲書四四〇、四六五頁参照。
- (125) Staatsrecht, §. 61, S. 107 f. シュタイヌリーベリッヒ (世良訳) 前掲書四六五頁参照。
- (126) Staatsrecht, §. 62, S. 108 f. シュタイヌリーベリッヒ (世良訳) 前掲書四六六—七頁参照。
- (127) Staatsrecht, §. 64, S. 112.
- (128) Aa.O., §. 63, S. 109 ff. シュタイヌリーベリッヒ (世良訳) 前掲書四三八頁参照。
- (129) Staatsrecht, §. 64, S. 112 ff.
- (130) Rubrik zu Staatsrecht, §. 64, SS. XI u. 112.
- (131) Staatsrecht, §. 65, S. 114 f.
- (132) Aa.O., §. 67, S. 117 f.: 「各クライスは自己のクライス統括局と指導局を持つ。後者は一般に前者に付随するが、時としてそれから分離されることもある。それ (指導局) は、他のクライス等族に対して高権ないし命令権 (Hohheit oder Botmäßigkeit) は有し

ないが、彼らを召集しクライス議會を主宰し、クライスの名において (nomine circuli) 連絡し、それ (クライス) に属する全ての事項を引き受け、文書館と金庫 (Cassa) を管理するなどの権利を持っている。クライスを統括する諸侯、場合によっては指導者 (respective directores) は、バイエルン (「クライス」) においては、バイエルンの選定侯とザルツブルク大司教……である。……クライスを統括する諸侯とならんで、各クライス毎に一人のクライス高等官 (Cresobis) がいることになっているが、その職務は主としてクライス軍とクライス執行機関 (Cresmilitar- und Executionswesen) に対する俸給支払である。多くのクライスにおいては、この地位は全くなくなってしまうたかクライス統括局と統合されてしまっている」。

(133) Staatsrecht, §. 85, S. 144 f.: 「帝国書記局 (官房) は、帝国事務を処理する部署である。帝国には三つの書記局 (官房) があって、第一のものは皇帝の宮廷と帝国 (官廷) 法院に、第二のものはヴェッラーの帝室裁判所に、第三のものは帝国議會にあり、これはマインツ選定侯の (書記局 (官房)) と呼び慣らわされている。……書記局 (官房) 関係者は全員マインツの選定侯の下に立ち、彼がこれらの者を任免し、俸給を支払う。……書記局 (官房) 令の作成に際しては、マインツ選定侯が皇帝と協議する。……しかし、手数料規則 (Taxordnung) は、帝国議會で (in comitis) 決定されるものとし、……皇帝はこれがないがしろにしたり、改変したりすることはできない」。ミッタースローパーベリッヒ (世良訳) 四六九頁参照。

(134) Staatsrecht, §. 4, S. 8. 註 (5) 対応本文参照。

(135) 註 (14) ならびに同対応本文参照。

(136) 註 (113) 参照。

(137) ミッターイス (世良訳) 前掲書三四七頁、ミッタースローパーベリッヒ (世良訳) 四五九頁参照。

(138) 以下、各項目の標題だけを掲げる。第六九節「帝国議會」第七〇節「そこにおける審議、決定、決議」第七一節「帝国議會事項」第七二節「特に、帝国台帳 (Reichsmatricularenwesen)」第七三節「帝国税 (Reichsteuer) ならびに賦課 (Anlagen)」第七四節「貨幣 (Münzwesen)」第七五節「交戦、講和、同盟、使節派遣」第七六節「一般的帝国法令 (Allgemeine Reichsverordnungen [Allgemeine neue Gesetze und Ordnungen])」第七七節「司法事項にまつての」異議申し立て (Rekursachen)」第七八節「帝国追放 [ならびに帝国等族身分の剥奪もしくは停止] その他の帝国議會事項 (Comitalsachen)」以上、第七二節以下は帝国議會事項各論である——第七九節「帝国代表者會議 (Reichsdeputationen)」第八〇節「帝国の最高裁判所」第八一節「特に、帝国 (宮廷) 法院」第八二節「帝室裁判所」第八三節「帝国の下級裁判所」第八四節「仲裁裁判所 (Ausregalgericht)」第八五

節「帝國書記局（官房）」。

(139) 本稿(三)二一頁参照。

(140) 同四七頁以下参照。

(141) Staatsrecht, S. 86, S. 146 f.: 「等族ニホトナヒのこの高權ホウケン (Superiorität a status) は單なる管理者として (modo mere administratio) 皇帝と帝國の名においてではなく、自己の權利と名（權限）によつて、但し帝國とラントの憲法（國制）に則つて行使されるという。ことも、」から自ずと明らかであらう」。Vgl. aa.O., §§. 89, 93, 95 u. 99, SS. 152 f., 160 f., 163 u. 173.

〔追記〕 本誌前号（三四卷六号）（一九八四年）掲載の本稿(三)の第三章小序において引用したカール・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）の原文は、その後 Karl Kroeschell, Justizsachen und Polizeisachen, in: ders. (Hrsg.), Gerichtslauben-Vorträge. Freiburger Festkolloquium zum 75. Geburtstag von Hans Thieme, Sigmaringen 1983, SS. 57-72 として公表された。その旨(三)に記しておく。

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

—Verfassungsgeschichtliche Prolegomena
zur Landrechtsforschung— (4)

Von Takuro WADA*

Inhaltsübersicht :

0. Einführende Bemerkungen zur typologischen Forschung der Gesetzgebungsgeschichte (von W. Ebel).
- I. Kreittmayrsche Kodifikationen. Ihr Verlauf und systematischer Aufbau (Zwischenstadium vom römischen Institutionen- zum deutsch-naturrechtlichen System des preußischen ALR).
- II. Entwicklung und systematische Aufgliederung des bayerischen Landrechts (Vorläufer der Kreittmayrschen Kodifikationen). (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 Person (Die an Untertanen gerichteten oberherrlichen Gebote und Verbote als die privatrechtlichen Quellen). (soweit im 6. Heft des 34. Bands)
 2. Jus Publicum (Staatsrecht) als das System der „respublica“-nischen Herrschaftsrechte (Die Landsverträge und die landesherrlichen Gesetze als die öffentlich-rechtlichen Quellen). (bis zum 3. Teil in diesem Heft. Weiter voraussichtlich im nächsten Heft)
 3. Einteilung des Jus Publicum in die Konstitution und das Verwaltungsrecht (Ausklang der älteren Landrechtsgeschichte und ihre Neuentfaltung im 19. Jh.).

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

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

Dieser Abschnitt, in dem die staatsrechtliche Grundauffassung von Kreittmayr anhand seines 1769 erschienenen „Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayrischen Staatsrechtes“ dargestellt werden soll, wird in 4 Teile abgeteilt. Von denen werden hier die ersten 3 Teile zusammengefaßt.

(1) Zuerst ist zu untersuchen, in welcher geistig-wissenschaftlichen Konstellation dieses kleine Büchlein geschrieben worden ist. Es ist üblich vom älteren systematischen (oder absoluten bzw. theoretischen) und der neueren hypothetischen (oder relativen bzw. praktischen) Naturrecht die Rede (vor allem Hans Thieme, aber auch Gerhard Dilcher). Es handelt sich hier um die methodologische Wendung in der Mitte des 18. Jhs. von der rationalistischen Deduktion zum philosophischen Empirismus. Die ältere Naturrechtsschule, als deren hervorragender Repräsentant der Name von Christian Wolff angegeben werden kann, hat die überlieferten Rechtsstoffe zu einem umfassenden System des Naturrechts zusammengestellt. So ist das positive Recht, wenn es schon überhaupt davon die Rede sein könnte, naturrechtlich legitimiert worden. Die neueren Naturrechtler haben aber den kritischen Abstand von diesem „positiven“ Naturrecht wieder gewonnen. Sie strebten konkretes richtiges Recht in zahlreichen Monographien an. Das herkömmliche Rechtssystem fing dadurch „positiviert“ zu werden an, wie Niklas Luhmann darauf hinweist. Es ist der Begriff der „Natur der Dinge (Natur der Sache, nature des choses)“, der bei der „Positivierung des Rechts“ im letzten Drittel des 18. Jhs. eine große Rolle spielte. Hier ist der geistige Einfluß vom Franzosen Montesquieu unverkennbar. Es ist aber nicht zu übersehen, daß die praktische Zuwendung zur Geschichte und Historie auch zur „Positivierung“ oder Mobilisierung des Rechts nicht wenig beigetragen hat, wie das bei Christian Thomasius festgestellt ist (Notker Hammerstein, *Jus und Historie*, Göttingen 1972).

Kreittmayr stellte seine Staatsauffassung in den ersten 3 Paragraphen des staatsrechtlichen Kompendiums dar: 1) die gemeine Wohlfahrt sei der Endzweck des staatlichen Gemeinwesens und das höchste Prinzip des allgemeinen Staatsrechts (§. 1), 2) der Menschenstand sei naturalis oder adventitius, status adventitius oder der eingeführte Stand werde in den vollkommenen und unvollkommenen geteilt, und der vollkommene

Stand, welcher alle subordinierte unvollkommene Gesellschaften und Kommunitäten wie Haus- und Adels herrschaften oder Ehegemeinschaften unter sich begreife, sei der staatliche und bürgerlich-gesellschaftliche Stand, mittelst welcher sich Regenten und Untertanen zusammen verbunden haben, um mit vereinigten Kräften das gemeine Wohl zu befördern (§. 2), 3) der verderbte Menschenstand möge zur bürgerlichen Gesellschaft und staatlichem Gemeinwesen den ersten Anlaß gegeben haben (§. 3), 4) der erste Ursprung einer Republik sei „in jure naturae absoluto eben nicht, sondern als *res meri facti* in der Geschichte aufzusuchen, da dann vor all anderen Meynungen am wahrscheinlichsten ist, das Gewalt und Ehrgeitz den Anfang hierzu gemacht haben“ (§. 3), 5) es müsse aber zwischen den Regenten und Untertanen, nämlich zwischen den Überwindern und Überwundenen immer eine durch die Huldigung ausdrückliche oder durch die Geduld und leistenden Gehorsam stillschweigende Verabredung (*pactum*), in der allein die staatliche Herrschaft ihre gute Richtigkeit und Legitimität habe, geben. Hier begegnet uns eine eigenartige Mischung der naturrechtlichen Lehre des Staats- und Gesellschaftsvertrages mit dem historischen Verständnis des Staats und Rechts. Die geschichtliche Orientierung von Kreittmayr tritt in der in §. 4 geschilderten Typologie der Staatsverfassung ganz deutlich zutage. Er unterscheidet im Anschluß an Aristoteles 3 Regierungsformen, nämlich *status monarchicus*, *aristocraticus* und *democraticus*. Als außerordentliche Staatsformen und Varianten von jener 3 ordentlichen sind noch anarchie, dyarchie, triarchie, oligarchie und ochlocratie genannt. Wichtig ist der Begriff der „vermischten Regierungsart“, insbesondere des „*systema civitatum foederatarum inaequale*“, mittelst dessen es Kreittmayr gelungen ist, die Verfassung des deutschen Reichs staatsrechtlich zu begreifen, ohne die berühmte Rhetorik von Samuel Pufendorf „*irregulare aliquid corpus et monstro simile*“ anzuwenden. Solche Staatslehre von Kreittmayr zeigt, daß gerade in der Übergangsepoche vom absolut-rationalen zum relativ-historischen Naturrecht gelebt hat. Das gilt auch für Wolff. Man braucht nur daran denken, daß die Typenbildung von „*formae Rerumpublicarum mixtae*“ eigentlich von ihm stammte (Hans-Martin Bachmann).

Es soll nun erneut der Prüfung unterzogen werden, in welchem Verhältnis diese beiden Rechtsgelehrten, insbesondere Kreittmayr, zur „Positivierung des Rechts“ standen, denn wir wissen jetzt von der Zweiseitigkeit der Staats- und Rechtslehre von ihnen. Sie ist einerseits theo-

retisch und rationalistisch, sie ist aber gleichzeitig auch pragmatisch und empirisch. Überlieferte Rechtsstoffe in einem umfassenden System darzustellen, war ihr Hauptanliegen. Hier traten die Züge einer absolut-naturrechtlichen Fixierung des positiven Rechts in den Vordergrund. Ihr historisches Verständnis des Staats und Rechts soll andeuten, daß der erste Ansatz zur, wenn auch nur theoretischen, „Positivierung des Rechts“ hier auch gegeben ist. In diesem Punkt schließt sich der Verfasser an Sten Gagnér, der auf die starke Neigung Wolffs zum Gesetzespositivismus hingewiesen hat: „Wolff steht hier etwa als vermittelndes Glied zwischen den Vorstellungen des Stageriten über *πολιτεία* und *νόμος* und der modernen Anschauung von staatlicher Verfassung und Gesetzen. Das ‚natürliche Gesetze‘, das nach Wolff für alle menschlichen Handlungen ‚determiniret, ob sie gut oder böse sind‘, ist, ganz wie bei Thomasius die *consilia* des Naturrechts, gegenüber der Gesetzgebung völlig in den Hintergrund getreten, und zwar als eine allgemeine Ethik, deren Beachtung durch die Gesetzgeber letzten Endes nicht eine unerläßliche Bedingung für das Zustandekommen maßgebender Gesetze sei. Diese Morallehre ist zwar dem Autor als Ideal im Leben und Wirken der Menschen überaus wichtig, aber nicht als rechtfertigender Grund des Gesetzes“ (Ideengeschichte der Gesetzgebung, S. 70). Kreittmayr stand auf dem Boden Wolffs. Sie bekannten sich beide auch zur Allmacht und Alleinherrschaft des „positiven Rechts“. Sie kamen der damaligen positiv-rechtlichen Lage aber nicht ganz kritiklos entgegen. Es gab noch kein sicheres System des positiven Rechts, die sie naturrechtlich rechtfertigen sollten. Sie mußten zuerst um *ius certum positivum* bestreben, wie es in der früheren Neuzeit auch der Fall gewesen war. Gerade ihre systematische Feststellung des Natur- und positiven Rechts bedeutete die kritische Auseinandersetzung mit der geschichtlichen Vorgegebenheit. Es handelte sich hier auch um den Versuch, jene „justizstaatliche“ Rechtsstruktur seit dem Mittelalter durch die „gesetzesstaatliche“ zu ersetzen.

Positives Recht war immer „positives Recht“. Es war vom ganzen Anfang an „positiviert“. Eine „wirkliche“ Positivierung des Rechts kam aber bei den älteren Naturrechtlern nicht, sondern erst bei den neueren in Frage, nachdem die wissenschaftlich-praktische Tätigkeit von jenem, ein System des positiven Rechts herauszuarbeiten, abgeschlossen war. Der Verfasser möchte den wichtigsten Unterschied der älteren und neueren Naturrechtler nicht in ihren verschiedenen methodischen Ansä-

tzen, auch nicht in formalem Begriff vom „positiven Recht“, sondern eher darin sehen, welche rechtliche Wirklichkeit und was sie als ihre eigene Aufgabe vor sich gesehen haben.

(2) „Das Staats-Recht (Jus Publicum)“ ist, wie Kreittmayr sagt, das Recht, „welches die in einem Staat sowohl den Oberhaupt von höchster Macht und Gewalt wegen, als denen Untertanen zustehende Rechten und Pflichten begreift“ (CMBC. I. 2. §. 6). Es besteht hauptsächlich aus den Gesetzen, welche „den Staat selbst und den Nexum Reipublicae“ betreffen (CMBC. I. 2. §. 7). Kreittmayr hat dieses Lehrfach in 3 Teilen dargestellt, nämlich „allgemeinem“, „deutschem“ und „bayerischem Staatsrecht“. Er hat sich dabei das Staatswesen als eine Art vom Organismus, als dessen caput z. B. der Landesherr und als dessen corpus das Land und die Landleute angesehen werden sollen, vorgestellt (Staatsrecht, §. 103). Der „inn- und äußerliche Handel und Wandel“ (commercialis) wird nach der Analogie von der „Circulation des Geblüts in dem menschlichen Leib“ begriffen (§. 16), und die „regelmäßige Policey“ mag, so hat Kreittmayr gemeint, „gleichsam das Leben und die Seele eines Staats genannt werden“ (§. 17). Der Staat wird daher geboren, er lebt und er stirbt genau so wie der Mensch. Es ist nichts anders als die „life history“, die Mechanismen von Leben und Tod einer juristischen Person des Staats, die Kreittmayr in seinem Compendium juris publici aufgefaßt hat. So hat er in den ersten 3 Paragraphen den Geburt und Ursprung ausgeführt, wie wir schon zuvor gesehen haben, und er hat den ersten Teil des Buchs mit der Deskription über das Ende und Tod des Staats abgeschlossen (§. 38). In den sonstigen Paragraphen des „allgemeinen Staatsrechts“ wird das Leben und die Tätigkeit des Staats behandelt. Man kann diese Paragraphen in zwei Teile gruppieren: 1) die Lehre des Regenten (§§. 5-33) und 2) die des Untertanen (§§. 34-37). Jene besteht auch aus i) der Lehre der Majestät oder höchsten Gewalt in dem Staat (§§. 5 u. 6), ii) der der Majestätsrechte und Regalien (§§. 7-31), und iii) der Pflichtenlehre des Regenten gegen die Untertanen wie gegen andere Regenten und Staaten (§§. 32 u. 33). In der Untertanenlehre werden i) das Wesen (§. 34), „Pflichten und Rechte der Untertanen ii) gegen ihr Oberhaupt“ (§. 35) wie iii) „unter sich“, nämlich das Privatrecht (§. 36) angesprochen.

Wenn man diese Gliederung und Systematik ansieht, so fällt gleich auf, daß die Deskription der Majestätsrechten schon zwei Drittel vom ganzen „allgemeinen Staatsrechts“ einnimmt. Sie ist so groß und umfang-

reich geworden, weil Kreittmayr einzelne Regalien, d. h. alle konkrete Herrschaftsbefugnisse hier unbedingt hat anzeigen müssen. Denn die Majestät (*Summum Imperium, suprema potestas*) oder die Landeshoheit, die nur mehr eine Art von der Rechtsfähigkeit des Staatsoberhauptes oder des Landesherrn sind, enthält in sich keine solche Herrschaftsrechte. Der, wer die *majestas* oder *superioritas territorialis* für sich hat, verfügt nur über die historisch entstandenen vorfindlichen Regalien. Der Regent kann mit der „gemeinen Wohlfahrt“ auch nicht sehr weit gehen, wenn Kreittmayr ausgeführt hat: „Gleichwie aber *salus vel utilitas publica*, welche von dergleichen Regalienmachern prätextirt wird, gemeinlich nur das Blendwerk ist, wodurch man große Herrn einschläfern, und in der That selbst nicht so viel ihren als seinen selbst eignen Nutzen zu befördern sucht, so geben die Authores, um Schwarz und Weis desto leichter von einander zu discerniren, folgende Regeln an Hand. Erstens hat man zuvörderst auf eines jeden Lands besondere Verfassung hierinn zu sehen,……Ein jeder Regent hat Macht und Gewalt über seine Unter-ebene, jedoch nach dem Unterschied der Regimentsform einer mehr als der andere. In vielen Landen ist dieselbe durch besondere *pacta und leges fundamentales* beschränkt. Diese *limites* kann der Regent ohne Bewilligung der Ständen *sub praetextu utilitatis publicae* so leicht nicht überschreiten,……In dubio, ob und wie weit die gemeine Wohlfarth dieses oder jenes erfordere, hat zwar zweytens der Regent in jenen Landen, wo ihm die Hände *per pacta vel leges fundamentales* nicht so sehr gebunden sind, den Ausschlag und das *decisum* zu geben, es ist aber auch solchenfalls der Klugheit gemäß, daß man sich seiner unumschränkt freyer Gewalt nicht allemal gebrauche, sondern nach der Lag und Wichtigkeit der Sache, mit Zuzieh- und Berathschlagung der Ständen zu Werk gehe.……Drittens hat auch *salus publica* ihre unterschiedliche *gradus*, deren immer einer dem anderen in *concursu* ausweichen muß, und gleichwie die *regalia vel jura majestatica* obverstandener massen nichts anders als lauter solche Mittel sind, wodurch nämlich dieser heilsame Zweck erreicht werden soll, so giebt die Vernunft selbst ein, daß man bey der Auswahl die leichtere den schweren, die sichere den gefährlichen, die *ordinari* den *extraordinari* Mitteln vorzuziehen habe. Sonst wird auf einer Seite weit mehr verdorben, als auf der andern gut gemacht, mithin der Zweck verfehlt, folglich auch *jus ad media* verlohren, *ex argumento contrario, cessante fine cessant etiam media*“ (§. 31). Die „gemeine Wohlfahrt“ hat hier also die Funktion, die Gewalt

des Herrschers eher zu beschränken als zu rechtfertigen. Unter solchen Umständen scheint es nicht nur den ständischen Untertanen, sondern auch dem Regenten sehr notwendig gewesen zu sein, einen festgestellten Katalog der Herrschaftsrechte zu haben. So hat Kreittmayr sein „Staatsrecht“ im Grunde als das System der „respublica“-nischen Herrschaftsrechte ausgebildet.

Hier soll noch einmal darauf aufmerksam gemacht werden, daß die Ausübung der Majestätsrechte die Majestät bzw. die Landeshoheit voraussetzt. Es fehlt den Untertanen an einer solcher herrschaftlicher Rechtsfähigkeit. Sie hätten daher eigentlich kein staatsrechtliches Herrschaftsrecht in ihrem eigenen Namen handhaben können. Wir wissen aber von Landständen und sonstigen „edelfreien“, die die Niedergerichtsbarkeit und die inspektorischen Polizeibefugnisse doch in ihrem eigenen Namen geführt haben. Mit dem pactum, das am Anfang der Staatsbildung supponiert wird, und „woraus mutua obligatio entspringt, welche man das Band der bürgerlichen Gesellschaft und den nexum civilem nennt“, kann man diese staatsrechtlichen Herrschaftsbefugnisse der Landstände nicht zulänglich erklären, denn jene Verabredung erheischt „auf Seiten des Unterthans“ nur „den Gehorsam“ und die Treue (§. 3, vgl. auch §. 35). Den ständischen Freiheiten liegen noch andere besondere pacta, die zwischen den Landesherren und den Landleute abgeschlossen waren, zugrunde. Durch diese Landsverträge, was unter dem Begriff „leges fundamentales“ gemeint werden, werden die ständischen Herrschaftsrechte auch als die öffentlich-rechtlichen Befugnisse des verfassungsrechtlichen Rangs anerkannt. Die Stände und Untertanen, die die persönliche Würde der Edelfreiheit und die dinglichen öffentlichen Herrschaftsrechte an der Hand haben, sind insofern auch aktive Subjekte im Staatsrecht. So bilden „leges fundamentales“ oder „pacta publica“ wichtigste Quellen des Staatsrechts. Es ist aber auch gerechnet, daß privatrechtliche Prinzipien wie die Erbfolge bzw. Verjährung hier auch öfters entscheidende Rolle spielen sollen. Die „Polizei“ und „Ordnungen“ regeln das Staatsrecht auch mit unter anderen verschiedenen Quellen.

(3) Der zweite Teil des „Staatsrechts“ von Kreittmayr, nämlich „das deutsche Staatsrecht“ ist prinzipiell auch im gleichen System wie „das allgemeine Staatsrecht“ aufgebaut. Der Staatslehre, die die allgemeinen Bemerkungen über das Staatsrecht, das Wesen, den Ursprung und verschiedene Formen des Staats enthält, folgen die Regenten- und Unter-

tanenlehre. Betrachtungen über das Ende des Staatsrechts, die auch als ein Teil der Staatslehre verstanden werden können, wird aus der organischen Staatsauffassung des Autors ganz am Schluß des ersten Teils gesetzt, während dem zweiten Teil eine entsprechende Darstellung fehlt. Das ist aber doch verständlich, weil die Reichsverfassung im Jahre 1769 noch fest und sicher war. Sie ist zwar zu einer Vollendung angelangt, aber noch nicht zur Zerstörung gekommen. Man hat ganzes Leben in der Reichsverfassung gelebt, selbst die Kriege wurden in diesem Rahmen geführt. Vom Untergang des Reichs ist erst nach der französischen Revolution, insbesondere nach dem Hervortreten von Napoléon die Rede.

Die Lehre des Regenten machen §§. 45-53 bzw. 56 aus. Hier werden das Amt, die persönliche Würde und andere verschiedene Sachen des Kaisers behandelt. Regierungssachen des Reichs werden aber erst in den späteren Paragraphen, die der Lehre der Reichsmitglieder (§§. 57-65) folgen, in Betracht gezogen. In der Regentenlehre wird nur von „*iura caesarea reservata*“ gesprochen. In dieser veränderten Systematik spiegelt sich die „vermischte Regierungsart“ des deutschen Reichs als des „*systema civitatum foederatarum inaequale*“. Reichs- und Kreisstände, Reichsritterschaft und sonstige Reichsunmittelbare wie -mittelbare sind keine einfache Untertanen, sondern sie beteiligen sich mehr oder weniger an der Herrschaft und Regierung des Reichs. Sie sind sozusagen in ihrer verschiedenen Weise Mitherrscher oder Mitregenten. Reichsregierung führen der Kaiser und diese „Mitglieder des Reichs“ gemeinschaftlich. Wenn man vom „Reich“ als einer Art des Herrscherverbands spricht, kann man §§. 45-65 alle zusammen als Lehre des (korporativen) Regenten ansehen. In den nächsten Paragraphen (§§. 66-85) werden die Einrichtungen (Reichskreise, Reichstag, Reichsgerichte u. a. m.) und die Regierungssachen des Reichs behandelt. Hier geht es sich vor allem um sogenannte „*iura comitialia*“. „*Jura reservata limitata*“ werden hier und dort auch erwähnt. Von einer kaiserlichen „*plenitudo potestatis*“ ist also in der deutschen Rechtsgeschichte niemals in Frage. Was wir am Ende des Integrationsprozesses des deutschen Reichs vor uns gefunden haben, ist denn diese Dreiteilung der „*jura majestatica vel regalia*“ in „*jura caesarea reservata*“, „*jura comitialia*“ und „*jura reservata limitata*“.

Die Reichsstände beteiligten sich durch „*jura comitialia*“, und die Kurfürsten durch „*jura reservata limitata*“ auch an der Reichsregierung.

Sie sind Mitregenten des Reichs aber auch dadurch, daß sie auf ihrer Landeshoheit in ihren eigenen Landen ihre eigene Herrschaft entwickelt haben. Mit der Darstellung der reichsständischen Landeshoheit und der davon abhängenden Herrschaftsrechte im Lande wird der zweite Teil des Staatsrechts von Kreittmayr abgeschlossen (§§. 86-100). So findet die Territorialgewalt der Reichsstände seinen Platz im deutschen Staatsrecht, und genießt reichsrechtliche Garantie. Hier tritt das Staatsrecht als der Katalog der Herrschaftsrechte noch deutlicher als im allgemein-staatsrechtlichen Teil hervor.