



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）（５・完）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, 37(3), 1-70
Issue Date	1987-03-18
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16524
Type	departmental bulletin paper
File Information	37(3)_p1-70.pdf



中世後期・近世におけるバイエルン・ラント法史

研究序説（平和・ポリツアイ・憲法）（五・完）

——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 『ルートヴィツヒの上バイエルン・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（以上三三卷三号）

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）」（二まで三五卷一・二合併号）

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（以上本号）

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）」

四

『国法論』の第三部である「バイエルン国法」も、基本的には先行する二つの部分と同じ構造を持っている。第一〇一節の総説に続いて、選定侯領の範囲が画定される（第一一一節まで）。この部分は、バイエルン・上プファルツという部分ラントならびに諸々の（旧）貴族領^{ヘルンシュタット}と、これらに対する選定侯家の高権^{ホーフタット}と支配権の歴史的由来を説くものである^{（10）}。第一一二節でバイエルン侯家の歴史、次節でその宮廷（Hofstaat）の歴史が述べられた後、第一一四節以下で選定侯の権利・義務とその行使の態様が論述される。第一一六節までが官庁組織、第一一七節（「バイエルンの選定権（Chur）」から第一三四節までが帝国等族^{シュテッフェン}としての選定侯の権利・義務ならびに職掌の説明に宛てられる。第一三五節（「国境と隣国に関する事項」）から第一六四節（「外国」）は、帝国内外の国家・貴族領ないし自治体との交渉もしくは支配権の争奪の歴史の要約である。

選定侯のラント統治権とその行使の態様の議論は、『国法論』第一六五節（「ラント統治事項（Landregierungssachen）」に至つてようやく始まる。第一八〇節（「債務と支出」）まで続くこの部分は、一個の生命体にも比せられるべき国家（ラント）の活動を取り扱うものである。クライトマイアは、「国家の生命と魂とでも名付くべきものが正しいポリツアイ（eine regelmäßige Policy）である^{（11）}」と考えていたから、広義の「ポリツアイ」維持行為とその法的根拠を論じた部分と言える。いわゆる「ポリツアイ条令」もその限りで「国法（公法）」の内容を構成することになる。具体的には「国家事項、

司法事項、ポリツアイ事項、財務事項、軍務事項、教会事項」が挙げられる。⁽¹⁴⁾ここに言う狭い意味での「ポリツアイ」と「司法 (Justizwesen)」とは全く別のものではあるが、後者が委ねられている支配官庁 (Obriegkeit) によって、前者も一緒に司掌される⁽¹⁵⁾。興味深いのは、立法権に関する議論がここに登場してこない点である。既に帝国国法中に基礎付けを見出していた立法権は、いわばラントを超えるものであつて、ラント国法中の存在たるポリツアイ権による正当化を必要としなかつたし、それはもともと論理的に不可能なことでもあつた。

ポリツアイ権能をも併せ持つ裁判機構は、「選定侯の法院 (dicasteria) と下属する官庁 (Aemter)」に限られていない。「司法は……一部、ホーフマルクやブルク平和領域その他の管区においては等族^{シュテュンデ}によって司掌され⁽¹⁶⁾ていたのである。これによつて、第一八一節 (バイエルンのラント等族と臣民について) に始まる臣民の義務と權利に関する件りも単なる義務の体系としてではなく、支配権とその行使の規定の体系としての性格を持つものとなつた。その支配権を基礎付けたのは、一三二一年のオットーの「裁判権売買 (Gerichtskauf)」に始まる一連の特権付与状であつて、これが一五〇六年のラントの統一後、一五一六年の『ラントの特権の宣言』によつて確定されたのである。⁽¹⁷⁾それは「特権付与状 (Freiheitsbrief)」ではあるにしても、ラント君主とラント等族^{シュテュンデ}との間にとりかわされた (一般国法上の国家 = 市民社会設立のための合意すなわち支配と服従の合意とは区別された) 契約 (Landsverträge) に基礎を置くものであつた。土地所有権の取得によつてホーフマルク裁判権を拡大する可能性を開いた第六〇次特権付与状の「貴人特権」規定 (一五五七年⁽¹⁸⁾) についても、同様の法的性格は認められている。すなわち『国法論』第一八九節に曰く、「……第六〇次特権付与状は、太公アルブレヒトが騎士身分に、この年のラント集会で八〇万フロリン (グルデン) の金銭援助の承諾を得たことと引き換えに付与された⁽¹⁹⁾」。「貴人特権」が契約に基づくものであつたからこそ一六四一年三月一日勅法は「解釈勅法 (Erläuterungsdecree)」でしかなかつたし、そこでマクシミリアンが「命令 (befahl)」できたのは「貴人特

権のこれ以上の付与は差し控えるべきで、特に重大な原因のある場合に限られること、その場合の譲渡 (Concession) はレーンによること、更に主要な拠点たる都市や城塞 (Festung) から四マイルしか離れていない地所については裁判権 (Jurisdiction) と賦役 (Scharwerk) は常に留保されるべきこと」⁽⁸⁰⁾ だけであった。一六四六年四月三日勅法も、この既存の裁判 (支配) 権を制限・限定するものではなく、土地の取得時にその内容を画定し債務証書 (Revers) 化するだけであった。⁽⁸¹⁾

『国法論』の最終節たる第一九〇節は、「市民的 (bürgerlich) 支配権 (Obriegkeit)・刑事支配権・フオークト支配権^{オーフリツヒカイト}について」を論ずる。支配権の体系としての「国法 (公法)」の基本的性格は、「ここにおいて首尾一貫する。市民的支配権^{オーフリツヒカイト}」は、教会裁判権との対比では世俗裁判権 (jurisdictio civilis, politica, secularis) を、高級刑事裁判権との対比では下級裁判権 (jurisdictio bassa vel inferioris) を、最後に都市の裁判権 (jurisdictio civica) を意味する。⁽⁸²⁾ クライトマイアの主として論ずるのは、この都市の裁判権である。その根拠は『オットーの特権付与状』にはなく、「専ら特許 (privilegia) とブルク平和の譲渡に基づく……」⁽⁸³⁾。したがって「バイエルンの主要都市は、民事 = 下級裁判権 (civilium vel bassam) のみならず、高級 = 刑事裁判権 (altam criminalen jurisditionem) を有する」といえども、それは必ずしもラント君主の立法権による修正に対抗し得る法的性格を有してはいない。なぜなら『市民法典』第一部第一章第一二条末文は次のように規定していたからである。曰く、「ところで局地的条例法 (Particular-Statutum)・特許 (Privilegium)・慣習は、新しい一般法律 (General-Gesetz) がこれに特別の言及をするか、先行の一般的ならびに特別法を全て廃棄する旨の条項 (Clausula omnium anteriorum Jurium tam peneralium quam specialium Derogatoria) を含まない限り、これによって廃止されない」。更に、特許に関する同第二章第一六条第九項も、「一般法律 (General-Statuta) は、特別の表示なしに特権 (Freiheit) を廃止する (derogiren) ことはない」と定めていた。ラント君主^{ヘプ}の法律がその旨を明言す

れば廃止することは理論上は可能であつたわけで、その点、契約に立脚した等族^{シユアツ}の下級裁判権とは異なつていた。「ラント君主^{ヘル} (Landesherrschaft) の特別の譲渡 (Concession) を得たバイエルンの等族^{シユアツ}のみに帰属する」「流血裁判権ないし刑事裁判権 (Jus gladii seu jurisdictionis criminalis)」もこの点では同じ法的性格のものであつて、これは「三つの高級裁判行為 (drey hohe Gerichtswändeln)」という表現ではあるが「太公オットーも……下級ないしホーフマルク裁判権付与の際、第一次特権付与状の中で明示的に自己に留保していた」のである。⁽¹⁶⁾「流血裁判権を与えられた貴族の地所 (Landsgrüter) はバイエルンではヘルシャフト (Herrschaft) と呼ばれ、ホーフマルクと区別される。……フォークト権 (Vogtey) とは、ホーフマルク主^{ヘル}がホーフマルクに属さない専属地所に対して裁判権とともに、もしくは裁判権は有さずとも持つ権能である」⁽¹⁷⁾。

刑事裁判権を備えた貴族領 (ヘルシャフト) の支配権は、刑事裁判権・下級裁判権 (ポリツァイ執行権を含む) ・フォークト権・土地所有権・父権など諸権能の束である。史料によつてはこれらの諸権能を区別する思考を拒否してヘルシャフトを一体的支配権と捉える思考があつたかも知れぬが、これをラント法という客観的レベルでの認証を問題にすれば、あくまで個別的権利の寄せ集めにすぎない⁽¹⁸⁾。それは太公の支配が個々の具体的支配権の集合体であつて、ラント高^{ホーハイト}権はいわばこれを取得・行使する権利能力というべきものであつたのと同様である。貴族領 (ヘルシャフト) 支配権のうち刑事裁判権部分については、選定侯は自己への基本的留保を強調している。ヴィッテルスバッハの家人 (ミリスティアーレン) であつた下バイエルンのフラウンホーフエン (Fraunhofen) 家⁽¹⁹⁾の場合のように、それは帝国直属資格の主張を基礎付ける有力な根拠ともなり得たからである。⁽²⁰⁾論理的にはむしろ、刑事高^{ヘイレッ}権がラント君主^{ヘル}の専権とされていたからこそ、それが却つて帝国直属性を基礎付けることになつたとも考えられる。いずれにせよラント内の固有の支配権の中核は、下級裁判権がこれを構成することになつた。フォークト権やポリツァイ執行権は、この下級裁判権とその基礎を

なす貴人^{エーデルマンズフライヘイト}特權に付随するものであり、特にポリツアイ執行權の方は「ポリツアイ条令」に根拠を置くものであった。したがってそれ自体としては、ラント君主^{ヘル}の立法權に対抗し得るものではない。この点は、土地所有權などの私權も同様であった。ラント契約に基づく下級裁判權だけが、ラント君主の立法權に対する對抗力を有する憲法上の基本權ともいふべきものであったのである。

- (142) 本稿(三)『北大法学論集』三四—六(一九八四年)二四頁と五一頁註(22)参照。
- (143) Kreittmayr, Staatsrecht, §. 17, S. 32.
- (144) A. a. O., §. 165, S. 353.
- (145) A. a. O., §. 166, S. 355f..
- (146) A. a. O., S. 355.
- (147) A. a. O., §. 188, S. 432f.. 年号はクライトマイアによる。
- (148) 本特權付与狀がラント^{ラント}等族^{エーデル}以外の貴族居館^(Edelsitz, Sedlhof)についてもホーフマルク裁判權類似の裁判權を与えていたことは、本稿(一)四九頁で述べた通りである。この貴族層の主要部分は、いわゆる官職貴族——但し、近世においてその全てがこの特權を享受していたわけではないことは、一七四二年に騎士^(Ritter)の叙階を受けたクライトマイアが一七六七年までこの權利を持っていなかったことから分る——のほかに、一三四六年以来、「ラント法書^(das puch)」を授与されることによって「ラント裁判官」と位置付けられてきたバイエルンの在地有力者たちによって構成されていたと推定できないだろうか。
- (149) Staatsrecht, S. 441.
- (150) A. a. O., S. 441f..
- (151) A. a. O., S. 445.

(12) A. a. O., S. 446.

(13) Vgl. a. a. O., SS. 432 u. 441: 「聖界貴族と都市民身分はこの（一五五七年の）金銭援助に貢献したが……別の慰撫をもつて満足することになった」。つまり、「貴人の特権」に基づく裁判は与えられなかったのである。小野前掲『史学雑誌』八九—（一九八〇年）所掲論文二三頁以下参照。

(14) Staatsrecht, S. 446.

(15) A. a. O., S. 447.

(16) 本稿（『北大法学論集』三三—三（一九八二年）一五三頁註（6）参照。

(17) Staatsrecht, S. 448.

(18) Vgl. Otto Brunner, Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter, 5. Aufl., Wien 1965, Nachdruck 1973, S. 243.

(19) Vgl. Karl Kroeschell, Haus und Herrschaft im frühen deutschen Recht. Ein methodischer Versuch, Göttingen 1968, S. 19; ders., Art. Herrschaft, in: HRG II, Sp. 104ff; ders., Deutsche Rechtsgeschichte 2, S. 157ff..

(20) Diepolder, Oberbayerische und niederbayerische Adels herrschaften, in: ZBLG 25 (1962), S. 50.

(21) Dietmar Willoweit, Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt, Köln u. Wien 1975, S. 192f..

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の展望）

ナポレオンの圧力で帝国が崩壊（一八〇六年）した後、バイエルン王国では一八〇八年九月八日勅法（Edikt）によって、家産裁判権（Patrimonialgerichtsbarkeit）の事物管轄が、非訟事件・下級ポリツァイ権・刑事における逮捕機関（司法警察）としての機能に限定されていた⁽²⁾。ところが一八一二年八月一六日勅法（同九月九日公布）では、帝国直屬資格

を喪失してバイエルンの支配の下に編入 (Mediatisierung) された侯 (Fürst)・伯 (Graf)・貴族 (Herr) の旧帝国等族 (Standesherr) に対して、ラント裁判所と同等の裁判権が認められたのである。彼らの裁判権は、第一審として全ての民事・刑事事件をカヴァーし、あわせてポリツァイ処分権を含むものであった。国王によって創設された〔と解釈された〕長子相続権を有する新貴族 (Majoratsbesitzer und -adel) ——官職貴族を含む旧ラント等族^{シュレンダ}の上層とから構成される——も類似の裁判権を賦与されていたが、こちらは刑事については逮捕権能に限定されている。これらが「貴族裁判所の第一類、第二類 (Herrschaftsgericht I. und II. Klasse)」と呼ばれたものである。それ以外の家産裁判権は、権限内容の点でのみならず名称の上でも区裁判所 (Ortsgericht) と一体化された。⁽³⁾旧帝国直属貴族^{シュタッドレスヘン} (狭義のヘルシャフト) がかつて保有していた裁判権の内容がそのまま——但し、第一審として——第一類貴族^{ヘルシャフト}裁判権を構成するほか、一八〇八年にいったん区裁判権の範囲にその内容を制限された家産裁判権が、一部、第二類貴族^{ヘルシャフト}裁判権として新設・再興されているのである。これはフランス国内におけるナポレオンの新貴族創設政策を採用したものと考えられ、「反動 (Restauration)」というよりはフランス化ないしボナパルト化による「国家絶対主義 (Staatsabsolutismus)」へ向けての新機軸と理解されるべきものであろう。⁽⁴⁾

一八一八年憲法への第四・第五附加勅法 (七月八日) は、旧第一類貴族^{ヘルシャフト}裁判所のみを「貴族裁判所 (Herrschaftsgericht)」と捉えた。刑事におけるその権能は、犯人の四八時間以内の勾留・証拠保全・予審に制限された。旧第二類貴族^{ヘルシャフト}裁判所は、一八〇六年段階で家産裁判権を有していたことが立証され、一八一二年以降に獲得・新設されたものでない限りで、「第一類家産裁判所 (Patrimonialgericht I. Klasse)」として位置付けられた。同じく一八〇六年に家産裁判権を有していたことが明らかな区裁判所は、「家産裁判所の第二類 (Patrimonialgericht II. Klasse)」を構成することになった。第一類家産裁判所は旧第二類貴族^{ヘルシャフト}裁判権、第二類家産裁判権は区裁判権に対応する事物管轄を有する。⁽⁵⁾この措

置は、新貴族を廃止する一方、一八〇六年を基準年として家産裁判権保有者を確定するという点では、なるほど「反動的」であつた。しかし、これによつて、家産裁判権の事物管轄が一八〇八年以前の帝国直屬貴族（ヘルシャフト）の裁判権やホーフマルク裁判権の範圍に復旧したわけではない。刑事裁判権については、貴族裁判権の制限は、一八一二年に比べてもむしろ進んでいるのである。

一八三一年二月二八日法は、これらの裁判権の放棄の際に法定額の補償金を支払うことを定め、家産裁判権の廃止の途に更に一步を進めようとした。区ないし支配管区内の下級ポリツアイ権（森林ポリツアイ・狩猟ポリツアイなど）を留保し、自己の役人（Herrschaftliche Kommissariate bzw. Patrimonialämter）をもつてこれを行使する可能性は残されていた。裁判権放棄の際にも、その他の身分的特権は従来通りということになつていた。⁽⁶⁾一八四八年四月一八日法（七月一日発効）に至つて、やつと全ての貴族裁判権ならびに家産裁判権が強制的かつ無償で廃絶された。この法律は同時に、土地の上に成立している諸々の「封建的」負担の廃棄を宣言した農民解放令であり、これについてはその後長期の償却の過程が続くことになる。⁽⁷⁾

ラント契約に基づいており、したがつてバイエルン選定侯（一八〇六年以降はバイエルン国王）の立法権にも對抗できたはずのラント等族の裁判権も、こうして一九世紀の前半を通じて徐々に制限され廃止されてゆく。しかし、この過程と併行して成文憲法典が生み出されていったことを、今一度確認しておかねばならない。すなわち、直接税の承認と引き換えに獲得された一八〇八年五月一日（一〇月一日発効）憲法は、所有権の保障・公平な司法などの規定を有していたのである。その一院制議會の立法への助言・決定権はなお強度の制約を受けてはいたけれども、これを構成していたのは、高額納税者たる地主・商人・工場主から国王が選んだ四〇〇人の終身の選挙人によつて選挙された二〇〇人の高額納税者であつた。⁽⁹⁾この選挙人と議會の關係は、まさにかつての「ラント等族」ないし「ラント等族会」と「ラント

等族会代表者会」に類比されるべきものである。このような中世後期以来の等族制的伝統の中に一八〇八年憲法をおいてみるならば、『オットーの特権付与状』(一三二一年)において下バイエルンのラント内支配者たちがそのラント法上の貴族支配権 (adelige Herrschaftsrechte) を購ったように、高額納税者たちが憲法上の基本権 (Grundrechte) を買い取っているのである。勿論その際の反対給付としての租税はもはや一回限りのものではなく、恒常的に回帰する近代的租税へと転換している。国王の商議の相手方がもはや支配者という政治的存在ではなく、高額納税者という経済的存在として見られているという事実もまさにこのことに対応するものである。更に、これは、支配者の体系としての「国法(公法)」に変容を加える結果をもたらした。すなわち、従来は「国法(ラント法)」中に規定が置かれ、その限りで私人の行為規範の体系としての「私法」上の存在でしかなかった所有権が、「基本法律 (Lex fundamentalis)」である憲法上の保障を与えられたことによって、同時に「国法(公法)」的な意味合いをも獲得することになったのである。それは所有権の「支配権」化である一方で、「国法(公法)」とりわけ「基本法律」の等族制的支配の伝統からの——端緒的なものではあるが——解放を意味するものであった。一九世紀前半のいわゆる初期憲法典は、たとえば同じバイエルンの一八一八年五月二六日憲法の所有権を含む基本権の保障規定と二院制の議会についても、このような歴史的文脈で理解しなければならぬ。第一院は王族と旧帝国等族、第二院は旧ラント等族の議院であって、立法に対する同意権が明文で謳われている。貴族の持つ裁判権などの諸特権も、憲法上の保障を見出し(10)いた。

ラント等族の下級裁判権は、既にクライトマイアにおいて、契約に基づくものとして、憲法上の基本権ともいえるべき保障を与えられていた。その他の支配権や所有権などの「ラント法(書)」の中の私権については、そうではなかった。今や、その私権とりわけ所有権が、憲法上の基本権として、国法(公法)の意味を獲得するに至ったのである。その際、近代憲法と基本権の観念を初期において担い実現したのは、少なくともバイエルンないしドイツでは、旧帝国直属貴族

と旧ラント等族^{シュテツ}という伝統的勢力であった。「国法（公法）」と「私法（ラント法）」とを架橋する——ラント君主^{ヘル}を除けば——唯一の存在であつた彼らは、下級裁判権のみならず、本来ラント君主^{ヘル}の立法権に依存していたその私権をもラント君主との契約と構成することによつて、これを達成したのである。以上の考察が教えるように、基本権の起源は「私法」としての「国法（ラント法）」ではなく、「国法（公法）」の中にこそ求められねばならない。もとよりその際、一七八五年頃からいよいよ顕著となる新しい自由主義的自然法論とその人権思想とが、等族^{シュテツ}に体现される伝統的法意識とならんで、重要な役割を演じたであろうことは想像に難くない⁽¹²⁾。しかし、その検討は、本稿の課題を超える⁽¹³⁾。

本節を締め括るに際して、以上の発展が「国法（公法）」の体系を解体してゆくことになつた点を指摘しておきたい。すなわち、クライトマイアの「国法（公法）」は、支配権を基礎付けこれを枠付ける限り、「ポリツアイ条令」をもその構成要素としていたのである。したがつて、一七六九年中に発せられた選定侯の勅法を「補遺（Supplementa）」として『国法論』に追加することは⁽¹⁴⁾、彼にとつては実に自然なことであつた。けれども憲法は、一方で私権を国家契約をもつて基礎付けることによつてこれを基本権として「国法（公法）」に取り込むとともに、他方でそれ以外の法令を行政法としてこれから体系的に分離することによつて、はじめて成立していくのである。勿論、そのような事態が、一挙に出現したわけではない。「国法（公法）」の解体ないし分化は、一九世紀のほぼ全期間を通じて徐々に進行していき、その過程の果てにオットー・マイヤー（Otto Mayer）の行政法学が登場することになる⁽¹⁵⁾。

(1) バイエルンが王国になつたのは一八〇六年の元旦であつたが、それは帝国からの離脱を意味するものではなかつた。事実、新王マックス一世ヨーゼフ（Max I. [IV.] Joseph）は選定侯位を放棄しようとはしていない。バイエルンが完全な意味での主権を獲得するのは、フランツ二世（Franz II.）が神聖ローマ皇帝位を退く八月六日をまたねばならない。以上の政治史については Vgl. Wolfgang Quint, *Souveränitätsbegriff und Souveränitätspolitik in Bayern. Von der Mitte*

- des. 17. bis zur ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, Berlin 1971, S. 144. ff., zusammenfassend S. 536ff..
- (2) Hans Hubert Hofmann, Adelige Herrschaft und souveräner Staat. Studien über Staat und Gesellschaft im Franken und Bayern im 18. und 19. Jahrhundert, München 1962, S. 286ff. ; Werner Schubert, Französisches Recht im Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts, Köln u. Wien 1977, S. 538f..
- (3) Hofmann, a. a. O., S. 301ff. ; Schubert, a. a. O., S. 538 Anm. 846.
- (4) Vgl. Walter Demel, Der bayerische Staatsabsolutismus 1806/08—1817. Staats- und gesellschaftspolitische Motivationen und Hintergründe der Reformära in der ersten Phase des Königsreichs Bayern, München 1983. 貴族政策については、同書の二七二頁以上に叙述がある。
- (5) Hofmann, a. a. O., SS. 396ff. u. 416.
- (6) A. a. O., S. 455f..
- (7) A. a. O., S. 489ff..
- (8) A. a. O., S. 274.
- (9) Eberhard Weis, Beitrag zu : Max Spindler (Hrsg.), Bayerische Geschichte im 19. und 20. Jahrhundert. 1800 bis 1970 (Sonderausgabe des 4. Bands vom Handbuch der bayerischen Geschichte, München 1974/75), 1978, Teil 1, S. 52ff..
- (10) A. a. O., S. 79ff..
- (11) 村上淳一「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）七二—一八〇頁は、『プロイセン一般ラント法典（ALR）』の構成を、伝統的な私人の権利（*ius privatorum*）の体系＝良き旧き法としての民事法的第一部と行政^{ガツァイト}の分野としての公法的第二部と特徴付け、更に後者の論理が前者の前国家性を否認していると理解する。そしてここに「行政^{ガツァイト}が良き旧き法としての民事法を包摂し」てゆくプロイセン型の法の近代化の類型を指摘する。これに対して、本稿全篇を通じて叙述の対象となったバイエルン法においては、中世の「ラント法」

の系譜をひく「私法」としての「国法（ラント法）」はラント君主によって定立された裁判規範ないし私人の行為規範であつて、そもそも基本権というよりは命令的性格のものであつた。基本権的なものは、むしろ「国法（公法）」というポリツアイ的領域の中にこそ存在していた。したがつてここではプロイセン型はいうに及ばず、「良き旧き法としての側面と経済的な私的自治の法としての側面を示す民法典が行政に對抗する自律性を示す」オーストリア型の法の近代化も問題にならなかつた。以上の両大国とバイエルンとの差違は「法の近代化の諸類型」の違いというよりは、むしろその底にある「法」と「ポリツアイ」の観念それ自体にまで遡るものである。これらの概念については、結論においてあらためて検討したい。その成果を踏まえてプロイセンやオーストリアの法発展も説明しなおさなければならぬだろうが、それは本稿の範囲を超えらる。

(12) Vgl. Diethelm Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, Paderborn 1976, S. 113ff., insb. 178ff..

(13) 但し、本稿四『北大法学論集』三五―一・二（一九八四年）一六八―九頁を参照。

(14) Kreitzmayr, Staatsrecht, S. 451ff..

(15) ここで「国法（公法）」の解体と憲法・行政法の分化の過程には、ドイツ近代私法〔学〕の成立が対応していることを、あらためて指摘しておきたい。ある意味では、後者が前者の前提条件となつていのである。「公法」と「私法」の分離とは、この二つの局面からなりたつており、それを国制史的に表現すれば、「国家」と「社会」の分離ということになる。本文と多少重複はするが、問題の脈絡を今一度略記しておきたい。

クライトマイアに表現されたような伝統的体系においては、「国法（公法）」は政治的（国家的）支配権の体系、「私法」は「臣民相互間の」私人としての権利・義務関係を規律する行為規範の体系という基本的性格を持つていた。政治的（国家的）支配権を保有するのは第一次的には国家の首長（すなわち帝国においては皇帝、ラントにおいてはラント君主）である。ところがそれが、さまざまの経緯で臣民の手に帰属することがある。まず、官僚制的原理に基づいて、官職として

暫定的に委ねられる場合がある。これによって、市民的出自の者もまた、官吏として政治的（国家的）支配権を保有し行使することがしばしばあった。更に、帝国における帝国等族^{シュテューデ}をはじめとする帝国直属者、ラントにおけるラント等族^{シュテューデ}は、これとは別に、国家の基本法律その他特別の事由に基づいて、一部の政治的（国家的）支配権を自己のものとして所有していた。この種の臣民の支配権の存在が、「国法（公法）」と「私法」との峻別を困難にしていたのである。第一に、それらの支配権の得喪に関しては——支配権一般について言えることであるが——、「私法」上の法原則がしばしば適用された。第二に、それらは、官職的なものを含めて、等族^{シュテューデ}などの臣民の手に帰属している限りで「私人の権利（ius privatorum）」であつて、この点に関しては政治的（国家的）支配権以外の単なる私権と区別されるところはなく、両者とも等しく裁判上の保護の対象となつた。すなわち、さしあたつてラントのレベルに局面を限つて考察するならば、ラント等族^{シュテューデ}の権利は、この二つの点で、いわば「国法（公法）」と「私法」の両者にまたがった存在だったのである。一九世紀前半、ナポレオンの圧力下で帝国が崩壊し、バイエルン王国が主権国家となつた一八〇六年から一八四八年にかけて、この等族^{シュテューデ}の政治的（国家的）支配権が徐々に廃止されていつて（いわゆる「農民解放」の一面）はじめて、「公法」と「私法」の分離が可能となる。他方、官僚制的官吏の勤務関係も、一八〇五年の『（バイエルン）官吏規程（Hauptlandespragmatik über die Dienstverhältnisse der Staatsdiener, vorzüglich in Bezug auf ihren Stand und Gehalt）』における身分給（Standesgehalt）と職務給（Dienstgehalt）との区別という暫定措置を経由した上で、公法関係へと純化されていつた。

この「公法」と「私法」の分離の過程は、他面、「国法（公法）」の「憲法」と「行政法」への分化の過程でもあつた。一八世紀までの伝統的「国法（公法）」は、基本法律（leges fundamentales）・条約（契約）・慣習法・「ポリツアイ条令」など、法源的には雑多な内容を持つものであつた。バイエルンの例でいえば、中世後期の一連の集団の特権付与状や近世への過渡期における「ラントの特権の宣言」のみならず、近世のポリツアイ条令やラント条令、太公の（解釈）勅法もまた、太公とその官庁ならびにラント等族^{シュテューデ}の政治的（国家的）支配権を基礎付け具体化する限りで、「国法（公法）」を構成する。但し、その中でも基本法律や「ラント契約」に対しては、憲法的ともいふべき特別の法律的性格が既に与えられ

ていた。ラント等族^{シュテテ}の政治的（国家的）支配権の中で、下級裁判権は、「ラント契約」たるオットーの特権付与状や第六〇次特権付与状、基本法律たる「ラントの特権の宣言」に根拠を有するいわば「憲法」的なものであつて、太公の勅法はその意味を確定し確認するだけにとどまる。これに対して、ラント等族^{シュテテ}のポリツアイ（行政）権は、下級裁判権に付随する形で、「ポリツアイ条令」によつて与えられたものにすぎず、同じ「国法（公法）」上の支配権とはいへ、その法的性格はいささか異なっている。更に、等族^{シュテテ}のその他の「市民法（ラント法）」上の支配権は、「私法」的なものであつて、理論的にはラント君主の立法権の中に正当化根拠を有するものである。ラント等族^{シュテテ}の支配は、このようなさまざまな権利の集合体であつた。その等族支配^{シュテテ}の非政治化（社会化）は、理論的には既に一八世紀においても可能であつたはずの「私法」上の支配権やポリツアイ（行政、警察）権を立法的に廃止することによつてではなく、まさに「憲法」的基本権とでもいうべき下級裁判権を否定することから始まつている。それこそが、まさに等族支配^{シュテテ}の根幹だつたからである。これは、伝統的「国法（公法）」の解体ないし根本的否定にはかならない。但し、この過程と併行して、一八〇八年と一八一八年の成文憲法が生み出されていることは重要である。そこでは、高額納税者という形で徐々に「社会」的存在となりつつあるラント等族^{シュテテ}の、ラント議会議員選挙権ないし議席をはじめとする一連の政治的権利とならんで、本来は単なる私権でしかなくつた所有権をも憲法上の基本権として保障することによつて、これに政治的ないし公法的意味を与えたのである。

等族支配権^{シュテテ}が解体され、国家・社会の身分制的構造が克服されていく中で、「私法」における身分制的要素——それは「国家共同体の良き秩序（国制）」と見られる限り、まさに「ポリツアイ」に属するものであつた——が、「私法」にとつて本来異質なものと意識されることになつた。伝統的「私法」は、ローマ法源や帝国法律・ラントその他の条例法・さまざまなレベルの慣習法といったドイツ固有法源から織り出され、そこでは「ラント」法（律）と「ポリツアイ（条令）（命令）」との関係さえ流動的であつた。それが今や、本質的には非政治的な社会における自律的私法秩序と、この私法（＝私権）秩序に対してそのときどきの政策的見地から加えられるいわば外在的な公法的（警察的）規制とが区別されるに至る（ロマニスト）。やがて一九世紀の中葉以降、いわゆるゲルマニストたちは、両者を再び一体的なものと捉えつつ、伝統的法素

材に「法律学的構成」を施すことによって、「ドイツ私法(学)」を構築する。しかし、そこに描き出されたものは、周知の通り、伝統的ドイツ私法とは何の関係もない、全く新たな、彼等の頭の中にだけ存在する理想化されたドイツ法の像⁽¹⁾以外の何物でもない。同様に、ロマンストの私法とそれに対置される公法的警察規制との関係も、一九世紀前半から中葉にかけての新しい自由主義的法思想を表現したものであって、伝統的な「国法(公法)」と「私法」との関係とは別物である。「(ラント)法」と「ポリツァイ」——それは「国法(公法)」と「私法」の双方にまたがるものであった——との対比とも異なる。強いて言えば、「法律」と「命令」との伝統的区別が、これに対応するものであろう。それはともあれ、こうして「私法」の純化ないし脱政治化が推進された結果、そこに警察規制法が析出してくる(刑事法・訴訟法も公法とされるに至る)。他方、成文憲法典の制定は、「国法(公法)」の「憲法」と「行政法」(行政組織法、行政作用法、財政法、「行政の司法からの解放」が達成された一部のラントにおいては行政裁判所法などの行政救済法、その他)への分化を招来していた。一九世紀の後半、とりわけ世紀の末にオットー・マイヤーがフランス行政法学の影響の下でドイツ行政法学を体系化したとき、この二つの系列の行政法が統一的に把握されることになるのである。

結 論

以上、本稿の叙述全体を通じて筆者が狙いとしたところは、バイエルンに例をとって、その法生活の「実定化(Positivierung)」の過程——それは同時に、法体系の分化(と協働)(Ausdifferenzierung)の歴史でもあった——の連続性を素描することであった。この連続性は、法発展の全過程の背後に単一の「立法(Gesetzgebung)」観念——その場合、「法律(Gesetz)」という言葉は「法規範(Rechtsnorm)」一般を意味するものとして理解する——の存在を一貫して認めることによって確保される。すなわち、筆者は、今日でもなお有力な法史・立法史的叙述を支配している「(良き古き)法(Recht)」と「ポリツァイ(Polizei)」との対立図式を拒否するものである。「司法事項(Justizsachen)」と「ポリツァイ事項(Polizeisachen)」という意味でこれを理解するならば、両者はそもそもレベルを異にする概念である。「ラント法(書)

(Landrecht)」と「ポリツアイ条令 (Polizeiordnung)」という意味でこれを理解するならば、内容的には両者の境界は相対的・流動的であつた。⁽⁵⁾「平和 (Friede)」と「公共の福祉」という両者を支える理念についても、その相違は第一次的には量的・機能的なものと理解するべきではないか。すなわち後者は本来、前者をもつては十分にカヴァーすることのできない課題領域における法定立を根拠付けるために、いわば前者の補助として導入されたものであつて、両理念の協働によつて法生活全般の実定化が推進されることが期待されていたのではないか。なるほど時代が下るとともに両者が時として対立を示すことはあつたであろうが、それは具体的な歴史的條件といういわば外的な事情によつてひき起こされた偶然的なものであつて、これを理念のレベルにおける質的・本質的な対立関係にまで昇華させて理解することは、必ずしも事態の核心を捉えることにはならないのではないか。以下ではこの点を考えるために、まず「ポリツアイ」の概念を、次いで「ラント法」の意味をあらためて検討したのち、立法史に関する筆者の基本的な考え方を暗示して、結論にかえることにしたい。

「ポリツアイ」の語がドイツの法律の中に登場するのは、一五世紀の後半のことである。⁽⁶⁾この語は、まさにこの時期にブルグンドからドイツ帝国の官房語 (Kanzleisprache) に導入されたものであつて、一五三〇年の『帝国ポリツアイ条令 (Reichspolizeiordnung)』を通じて広く知られるようになり、領邦の勅令や条令の中にも入っていく。⁽⁷⁾その意味するところは、第一次的には「国家共同体が良い秩序を保っている状態」であり、同時にこの意味におけるポリツアイを實現し維持するための法律すなわち「ポリツアイ法律」という副次的意味を持っていた。後者の場合、「ポリツアイ条令 (Polizeiordnung)」の短縮形として、「ポリツアイ」の語が用いられているのである。⁽⁸⁾ハンス・マイアー (Hans Maier) は、早い時期に既にこの語に「ポリツアイ行政(執行)組織」という意味を認めているが、⁽⁹⁾クネーマイアー (Franz-Ludwig Kneeneyer) によれば、「ポリツアイ」の語が「ポリツアイ機関」という意味を獲得するのは、ようやく一八世紀前半の

ブランデンブルク・プロイセン王(侯)国における新たな制度的展開をまつてであり、それはやがて「ポリツアイ」概念の實質的縮限をもたらしことになった。⁽¹¹⁾ともあれ、「国家共同体の良き秩序状態」ならびに、「ポリツアイ法律」という意味での「ポリツアイ」理解は、一六、一七世紀を越えて、一八世紀の中葉になつてもなお生き続けていた。⁽¹²⁾

このような「ポリツアイ」を、「行政」と等置することはできない。「行政(Verwaltung)」の語が「今日いうところの意味で用いられるようになったのは一八三〇年代で、しかもプロイセンを代表とする北ドイツではなく、他ならぬヴュルテンベルクを念む南ドイツにおいてであつた」という点は別にしても、「良きポリツアイ」の創出と維持は個々の市民・臣民の任務であるとされ、国家机关の措置によつて達成することは、さしあたり考えられていなかったのである。諸侯の参議官團ないし統治府は、立法・行政・司法の任務を持つているが、ポリツアイ条令に規律された事項を執行する実力を備えていなかった。したがつて臣民に向けた行為規範としてのポリツアイ条令を制定し、個々人によるその導守を期待するしか方策がなかつたのである。帝国ポリツアイ条令についても事態は同様で、帝国に可能であつたのは、領邦君主にその履行を委ねることだけであつた。領邦君主がその官吏にポリツアイの監督や違背の場合の処罰を委ねた場合でも、この国家机关の行為自体が「ポリツアイ」と呼ばれることはない。当該官吏もしくは官庁——通常、これらは裁判権をも併せ持つていた——が「ポリツアイ」の名をもつて呼ばれることも、少なくとも一七世紀にはなかつた。⁽¹³⁾

以上のような「ポリツアイ」の形式的意味のみならず、その実体的内容もまた「ポリツアイ」と「行政」の等置を妨げる。実体的「ポリツアイ」概念は、一八世紀のポリツアイ学によつて形成されたものである。それによれば、実体的意味における「ポリツアイ」は、ポリツアイ機関の活動のみならず、当時の「良きポリツアイ」の客体である「公共の福祉」を目的とした全国家行為を包摂する概念である。すなわち執行(行政)とならんで、立法と司法もまた「ポリツアイ事項」とされているのである。⁽¹⁵⁾実際にポリツアイ条令が規律している事項についていえば、実に多岐にわたつてい

ると同時に、個々の領邦や時代によって様相が異なっている。時と所が変われば、無秩序・欠陥・障害が生ずる生活領域も変わる。したがって、秩序ある共同生活のために何を規律するべきかは、立法者たる個々の領邦君主の状況判断に依存している。もしポリツアイ条令の具体的内容から「ポリツアイ事項」の範囲を演繹するとすれば、各ポリツアイ条令ごとに別の「ポリツアイ事項」の概念を認めなければならないことになる。しかし、そもそもポリツアイ条令は、現実の必要に応じて制定されるものであって、全ての「ポリツアイ事項」を網羅しているものではない。これは、「ポリツアイ事項」を例示的に列挙している一五二一年の帝国決議の第二十九条や、一五三〇年と一五四八年の包括的な帝国ポリツアイ条令についてもあてはまることである。両ポリツアイ条令は「各支配者は、各ランツの事情にしたがって本条令を導入し、削減し、緩和することを妨げられない。但し、加重したり増やしたりしてはならない」(一五三〇年。第三章第二條)とする。すなわちラント君主は、自己の法定立によって帝国法を軽減し、廃止することさえできた。一方、加重禁止規定が現実遵守された様子はない。その結果、一五七七年の帝国ポリツアイ条令には、このような加重禁止規定はもはや見出されなくなっている。状況によっては、市民の秩序ある共同生活すなわち良き秩序状態に関するものであるかぎり、いつ何時、まったく新規の事項がポリツアイ条令で規律されるかもしれないわけであって、一六世紀から一八世紀にかけて見られる「ポリツアイ事項」という表現に、ポリツアイ条令の規律対象を——人間の共同生活に関わるものという以上に——確定する意味を帰することはできない。したがって、法律の中に見られる早い時期の定義においてもまた、後のポリツアイ学の実質的「ポリツアイ」概念と同様に、極く一般的に国家共同体の良き秩序に関する案件が「ポリツアイ事項」と呼ばれているのである。例えば一六九六年のマグデブルク (Magdeburg) のポリツアイ条令に曰く、「何をポリツアイ事項と理解すべきかが、しばしば問題にされるが、我々はこれを次の様に説明する。すなわち、国家共同体自身にとってはその維持に役立ち、その際に個々人の利益 (das interesse singulorum) が目的となされ

ていない事項全てが、ポリツアイ事項とみなされる」。個々のポリツアイ条令の規律対象の範囲は、時の支配者が何を無秩序と感じ、新しく規整する必要があると考えたかを示しているにすぎない。もしポリツアイ法律で規律される対象の範囲に法的な限界があったとするならば、それはまさに立法権限の範囲そのものにほかならない。⁽¹⁵⁾ この点との関連では、帝国ならびにラントの立法者が秩序に関わる案件を規律する際の根拠といわれてきた「ポリツアイ権 (ius politiacae)」の語は少なくとも法源史料中にはない、というクネーマイアーの指摘があらためて注目される。⁽¹⁷⁾

クネーマイアーによれば、現代の学説は、初期すなわち一五、一六世紀の「ポリツアイ」概念は、「全国家行政」を一括して包摂していたと考える。そして、一七世紀に外務・軍事・財務・司法とポリツアイが区別されるに至って、今日の「国内行政」への「ポリツアイ」概念の縮減が起こった、とする。このような国家活動にのみ着目した理解は、本来「ポリツアイ」は国家共同体の良き状態を表現する概念であった、という事実を見逃している。⁽¹⁸⁾ 更に、ポリツアイ条令には、一八世紀になってもまだたくさんの私法的内容の規定が含まれており、それらが織りなす「義務秩序」が、普通法や「改革された」ラント法・都市法の「権利秩序」を補っていた、という周知の事実もあらためて想起されねばならないだろう。⁽¹⁹⁾ この点では、「ポリツアイ」は——ポリツアイ条令から見る限りでも——「全国家行政」ないし「国内行政」を超えるひろがりを持っているのである。他方、軍事については、ラントや都市ならびに帝国のいずれのレベルにおいても、ポリツアイ条令の規律対象となったことはない。⁽²⁰⁾ 外務も同様である。⁽²¹⁾ その意味では、それらは初めから「ポリツアイ」に属してはいなかったのである。財務については、なるほど当初はポリツアイ条令において租税と関税が規律されていたのが、一六世紀後半から一七世紀にかけて各領邦において財務が独立に規律されるようになり、財務官庁も独立していく。しかし、この事実は、必ずしも「ポリツアイ」からの脱落を意味するものではない。もつとも反対に、法律の前文に「良きポリツアイ」の語があるからといって、その法律の規律対象が全て「ポリツアイ事項」であるという

こともできないだろう⁽²²⁾。

「ポリツアイ法律の内容によつて見る限り、秩序ある司法の機能は『国家共同体の秩序』に属さない。裁判権すなわち司法は国家活動の独自の一領域を構成しており、その手続規則は裁判所条令ないしラント法もしくは都市法において定められ、基本的には秩序法律（ポリツアイ条令）中におかれることはない」。更にクネーマイアーは、この言葉の少し後で、司法がポリツアイの不法の処罰を管轄したことや、司法と秩序監督官庁とが必ずしも機能的に分離していなかったという事実は、司法と「ポリツアイ」との区別を否定するものではないという。「ポリツアイ」はそもそも司法を含むものではなかった——反対に、ポリツアイ事項が司法事項に属していた——のだから、「ポリツアイ」からの司法の脱落などあり得ないことになる⁽²³⁾。しかし、「ポリツアイ」概念の外延の不確定性を想起するならば、財務についてと同様、独立の単行法令による規律は必ずしも「ポリツアイ」との区別を意味しないと考えることもできよう。なるほど司法は個々人の権利の実現に関わる国家活動である。しかし、裁判制度の整備と円滑な司法の執行は、国家共同体の良き秩序の根幹に関わる「平和^{フリュ}」という別の観点から行われるものである⁽²⁴⁾。更に、バイエルンの一五三年の『ラント条令』には民事・刑事の両訴訟法が含まれているし、一六一六年の大選定侯マクシミリアン（Maximilian I.）の大法典は、「裁判（所）令」と「刑事訴訟令」を「ポリツアイ」の名の下に包摂していたことも想い起こされる⁽²⁵⁾。

一八世紀の初め以来、たとえばプロイセンにおいて、通常裁判所の裁判管轄権からポリツアイ事項を除外することによって、司法とポリツアイ官庁の機能を峻別しようという努力が推進されており、クネーマイアーは、そこから「司法事項」と「ポリツアイ事項」との明確な分離を読み取っている⁽²⁷⁾。そこで問題になるのは「ポリツアイからの司法の独立」ではなく、「司法からのポリツアイの独立」であろう。しかし実際には、プロイセンにおいても「私人の権利（iura privatorum）」に関わる事件は「ポリツアイ事項」に属するか否かを問わず全て「司法事項」を構成する、という伝統的理論が依然と

して支配していたのである。すなわち行政官庁は、ポリツアイ事項に関する係争事件を——今日の意味における私法事件の一部とともに——「真の裁判所」として担当した。その事物管轄は、専ら歴史的・実務的な考慮——たとえば、すみやかな紛争処理——によつて決定されたものであつて、「司法事項」と「ポリツアイ事項」の概念は、これとは全く別の問題だったのである。この対概念を担保していた帝国国制が瓦解した一八〇六年以降、プロイセンでは「司法からの行政の独立」の過程が徐々に進行し、一九世紀の中葉になつてようやく、近代の意味における公法と私法とが区別されるに至る^(28a)。しかし、そのときには既に別の脈絡で、「ポリツアイ」概念の縮減が起こつていた⁽²⁹⁾。したがつて、「司法からのポリツアイの独立」とか「司法とポリツアイとの分裂」というのは、あまり正確な言い方ではない。「司法からの行政の独立」も、事実のレベルでの発展に対する比喩的表現としてならば別段、一八世紀から一九世紀中葉にかけての概念の発展を正確に表現するものとはいえない。概念史のレベルでは、まさにこの時期になつて「統治・立法ならびに」司法と区別された「行政」の概念が登場した、ということにすぎないのである⁽³⁰⁾。

「ポリツアイ」の語はまず国家共同体の良き秩序状態を、次いでそれを目的とする法律を、そして一八世紀の或る時期からは同時にポリツアイ機関を意味した。三番目の制度的ポリツアイ概念は、更に当該機関の任務としての形式的ポリツアイ概念を生み出すことになる。但し、これによつて実体的ポリツアイ概念が「危険除去」ないし「警察」にまで縮減されることは、一九世紀の中葉以降まではなかった⁽³¹⁾。それは状態としてのポリツアイ概念に対応して、「国家共同体の良き秩序に関する全案件」ないし「公共の福祉を目的とした全国家行為」という広汎にして抽象的なものである。その外延に関しては、司法・財務・私法を含むか、これらの分野が「ポリツアイ条令」とは別の法律によつて規律されるようになったことをどう評価するか、という問題が残されていた。「ポリツアイ条令」の規律内容から実体的ポリツアイ概念を帰納的に確定することが許されないとするならば、軍事・外務についても同様の問題が発生すること

になる。そして、その解答は、法律に限られない更に広い視野を持った「ポリツアイ」の語義史研究が与えてくれるはずである。この需要は、既にハンス・マイアーによつて十分に満たされている⁽³²⁾。

「都市」・「城壁を建設する」を意味する「ポリゼイン (πολιζειν)」という語が、ホメロスに出てくる。「ポリテース (πολιτες)」(国民・市民) として「ポリティア (πολιτεία)」(国制) の語が導出された。後期のラテン語文献、とくにアンブロシウス (Ambrosius) (三三九年頃—三九七年) に至つて、ギリシア語の「ポリティア」のラテン語への借入語形である „politia“ が登場する⁽³³⁾。この語は、法学・政治学文献においては既に早くから知られており、„Politie“ ないし „Politien“ という形で外来語としても用いられていた。他方、ブルグンド起源の「ポリツアイ (Pollicey, Pollicei, Policey, Pollicei, Pullucey, Pollicey, Pollicei, Pollicei, Pollicei, Pollicei)」の語も明らかにラテン語の „politia“ からの派生語ではあるが、当初からギリシア語⁽³⁴⁾ とりわけアリストテレスにおける「ポリティア」との結び付きが意識されていたわけでは必ずしもなく、しばらくの間は „Politie“ という外来語と „Pollicei“ という借入語とが並存していた。一五三〇年の『帝国ポリツアイ条令』をめぐる帝国議会^{シユクン}での商議を通じて後者が広く流布するようになり、その学問的解明の必要が出てきたときに、はじめて „politeia“ ないし „politia“ が「ポリツアイ」の本来の意味として意識されるに至る。その結果、„Politie“ は „Pollicei“ と融合し、「ポリツアイ」は「ポリティア」(国制、国家共同体) という包括的な意味を獲得することになった⁽³⁵⁾。ルネサンス期のイタリアで成立した『国家論 (Di Stato)』の標題を持つ論著がこの時期のドイツでは通常「ポリツアイ」と訳されていたことは、その典型的な表現ともいえる。„Staat (stat)“ という語は既に一三、四世紀以来存在していたが、当時はラテン語の „status“ 同様、非常に一般的かつ非政治的な「状態」というほどの意味か、「国家財政 (Erat)」という特殊な意味でしか用いられていず、それが「国家共同体」を指すようになるのは次の一七世紀をまたねばならなかったのである⁽³⁶⁾。

キリスト教的身分秩序としての「ポリツアイ」理解も、「ポリツアイ」＝「ポリティア」概念の基盤の上に成立したものである。⁽³⁷⁾「中世後期のキリスト教的身分理論」にどのような内容を与えて理解するにせよ、少なくともそれを「ポリツアイ」の名をもって呼ぶ考え方は中世的ではない。ドイツでは一五世紀後半にならないと「ポリツアイ」の語は出現しない、ということだけではない。宗教をも「ポリツアイ」に含めることは、今や国家共同体の成員の魂の問題についての——教会ではなく——ラント君主^ヘの配慮権(cura religionis)が認められたことを意味する。しかし、これを可能とする状況は、ドイツ領邦の宗教的一円性を承認した一五五五年のアウクスブルクの宗教和議以後、プロテスタント諸邦において初めて生まれたのである。⁽³⁹⁾事実、キリスト教的・身分制的「ポリツアイ」概念といえるほどのものが形成されたのは、ようやく一七世紀になってからであって、「キリスト教的國家論」全般と成立の時期を一にしている。⁽⁴⁰⁾そして後者は、まさにメランヒトン(Philipp Melancthon)(一四九七年—一五六〇年)によるアリストテレス政治学の復興のあとを受けて、その枠内でなされた一つの態度表明にほかならなかったのである。⁽⁴¹⁾すなわち、メランヒトンは、合理的神学のみならず国家社会の存在をも脅かす狂信に対する有効な武器としてアリストテレス哲学を援用したのであって、信仰とアリストテレスは、彼においては相対立するものと捉えられてはいない。反対に、アリストテレスこそ神学修得の確実な学問的基礎を築くとともに、国家に対する積極的・肯定的アプローチの可能性を与えるものであった。⁽⁴²⁾宗教改革が神学をはじめとする従来の全ての中間項を排して、聖書の言葉にのみ決定的意味を集中してしまった結果、この世の領域が空白のままに残されることになった。メランヒトンは、「福音の中に国家共同体の理論は」見出せない、という立場からアリストテレスの倫理学・政治学を導入したのであるから、信仰との対立はそもそも問題にならない。倫理・政治の領域は依然として神学的に規律された学問体系の中に位置付けられており、神学の優位も保持されている。⁽⁴³⁾一方、カトリックでは、この領域は、新たに形成された倫理神学に委ねられた。⁽⁴⁴⁾この両者の構造を比較するならば、メランヒ

トンはまさに正統プロテスタント神学に対応する新しいスコラ学を築き上げたのであって、⁽⁴⁵⁾これと中世ならびにカトリックのそれとを分けるのは、そのどこに神学が重点をおいているかという違いだけだ、⁽⁴⁶⁾ということが明らかとなる。もとよりメランヒトンにおける学問体系の世俗化ないし実践哲学の神学からの解放の端緒の存在は、見紛うよしもない。しかし、それはあくまで端緒にすぎず、学問体系の世俗化、政治学の倫理学からの独立、世俗的国家諸学(官房学 *res politicae*・自然法的国家論・国勢学 *Statistik*・歴史学)の体系の形成へ向けての動きが本格化するのには、ヘルムシュテット(Helmstedt)学派がアリストテレスの経験的方法を採用して以後のことになる。⁽⁴⁷⁾その典型的な例がアルニサエウス(Henning Arnisaeus)の『アリストテレスの真正の方法論による政治学 (*Doctrina politica in genuinum methodum, quae est Aristotelis, redactam*)』(一六〇六年)であるが、⁽⁴⁸⁾それはマキアヴェリ(Niccolò Machiavelli)(一四六九年—一五二七年)に代表されるような権力の「技術(*texura*)」としての政治学への傾斜を示している。⁽⁴⁹⁾この「政治術(*ars politica*)」に対する反動が、ほかならぬ「キリスト教的国家論」であった。ヴェナトリウス(Venatorius)・カリクスト(Calixt)・シュップ(Schupp)らが築き上げてきたこの系譜の代表は、ラインキング(Dietrich [Theodorus] Reinkingk)(一五九〇年—一六六四年)の『聖書に基づくポリツァイ(Bibischer Policy)』(一六五三年)とゼッケンドルフ(Veit Ludwig von Seckendorf)(一六二六年—一六九二年)の『キリスト者の国家(Christen-Stat)』(一六八五年)である。⁽⁵⁰⁾後者は、『ツィツ君侯国(Teutscher Fürsten-Stat)』(一六五六年)の著者としても有名である。⁽⁵¹⁾ところが周知の通り、この著作は、領邦国家における現実の国家活動の記述という——法則定立的ではないにせよ——やはり経験的な手法に立脚しており、内容的にも、君侯を始めた統治に携わる者たちを名宛人とする政治的行為の教典としての政治学(*Staats- bzw. Regierklugheit*)であった。⁽⁵²⁾すなわち、「キリスト教的国家論」とは、ユストゥス・リップシウス(Justus Lipsius)(一五四七年—一六〇六年)の新ストア主義的「国家学(*prudentia civilis*)」⁽⁵³⁾の影響の下に成立したドイツ官房学(*Kameral- bzw.*

Polizeiwissenschaft⁽⁵⁴⁾——その一つの典型がゼッケンドルフである⁽⁵⁵⁾——の一表現形態以外の何物でもなかったのである。実は、この「思慮 (φρόνησις, prudentia)」としての国家学とヘルムシュテット学派の「政治術 (ars (τέχνη) politica)」との差異は、根本的なものではない。⁽⁵⁶⁾両者はいずれも、アリストテレスの『政治学』の主として第一巻に現われているような有機「体」的に組織された全体としての国家像のみならず、第四巻ないし第六巻の支配秩序としての国家観⁽⁵⁷⁾をも同時に体現しているのである。⁽⁵⁸⁾すなわち、イタリア式「国家論 (Di Stato)」とドイツの「キリスト教的国家論」は同一の「ポリツァイ」(＝国家 Staat)概念を共有した上で、キリスト教的な徳目との関係で、具体的な国家像^{イデア}を異にしているにすぎない。⁽⁵⁹⁾

むしろ概念的に重要なのは、中世ラテン語の „policia“ の系譜であろう。„policia“ は、「磨く」・「研ぐ」・「洗練する」という意味の動詞 „polire“ の名詞形であるが、後に „politia“ に由来する「ポリツァイ」の概念と融合し、その結果、後者に新たなニュアンスを付け加えることになったのである。⁽⁶⁰⁾すなわち、一六世紀には既に „policia“ から „polieren“ というドイツ語の動詞が派生しているが、一八世紀になると、「良く整えられた自治体 (die gut polizierte Gemeinde)」・「立派な人 (der polizierte [polite] Mensch)」・「良く整った国家やラントや都市 (die polizierten Staaten, Länder und Städte)」・「洗練された世代 (das polizierte menschliche Geschlecht)」・「洗練された世紀 (das polizierte Jahrhundert)」という表現が出てくる。⁽⁶¹⁾ここに至って「ポリツァイ」は「もはや秩序ないし良い統治」にどきどきせず「礼節 (Höflichkeit)」・「優雅 (Zierlichkeit)」・「深慮 (Rücksicht)」・「思慮 (Klugheit)」・「美 (Schönheit)」という意味をも持つものになった。洗練された文化・文明、粗野な野蛮状態よりの向上と「ポリツァイ化 (Policierung)」とが等置される。一七七〇年の「人と国家の精神的ポリツァイ化 (innerliche Policing der Menschen und der Staaten)」という言葉の方は、「都雅 (urbanitas)」ないし「上品な風俗 (morum elegantia)」とこの「ポリツァイ」概念をよく表現している。キケロ

の「魂の教化 (cultura animi)」を「心のポリツアイ (Policey des Herzens)」と訳した同じ年の用例も存在している⁽⁶³⁾。実はこのような概念史的発展には、フランス的「洗練された人士 (homme police)」概念の輸入という側面があった。すなわち、トマジウス (Christian Thomasius) (一六五五年—一七二八年) は、一六八七年から翌年にかけての冬学期に、ライプツィヒ (Leipzig) で、「日常生活においてどのようにフランス人に習うべきか (Welchergestalt man denen Franzosen im gemeinen Leben und Wandel nachahmen soll)」と題する講義を行なった。このドイツ語でなされた最初の講義において、彼は学生たちに「オネットム (honnête homme)」を模範とすることを勧め、「上品で優雅 (polit und galant)」になれと説いた⁽⁶⁴⁾。「礼儀正しさ (policeité, politesse)」としての「ポリツアイ」概念は、まさにその延長線上に位置している⁽⁶⁵⁾。内心のレベルまで、規律化が進展してきたわけである。だがこれもまた、巨視的に見れば、ギリシア的「ポリテイア」概念の実現以外の何物でもない。プラトンの『国家 (πολιτεία, Politia, Respublica)』⁽⁶⁶⁾は、第二巻第一章から第三巻第一章において国の守護者の教育を、第六巻第一章から第七巻第一章において哲人統治者のための知的教育を論じている⁽⁶⁷⁾。これに対してアリストテレスは、「すぐれたよき市民は被治者であるとともに治者であることの知識と能力をもたねばならぬ⁽⁶⁸⁾」として、最善の国における教育についての議論 (第七巻第三章—第八巻第七章) をもって、『政治学 (τὰ πολιτικά, Politica)』を締め括った⁽⁶⁹⁾。彼にとつて、国は優れた意味において「教育団体」なのである⁽⁷⁰⁾。第一に治者の徳化、次いで国士としての国民の教化こそ、「ポリテイア」＝「ポリツアイ」の精華なのである⁽⁷¹⁾。

以上に概観してきた全ての「ポリツアイ」の語義が、一八世紀の中葉になって一つになる。その複合概念としての「ポリツアイ」は、ゲーテ (Johann Wolfgang von Goethe) (一七四九年—一八三二年) に現われている⁽⁷²⁾。それまでの発展は、煎じ詰めれば、そもそもギリシア語の「ポリテイア」のラテン語への借入語である「ポリティア」からの派生語であつた「ポリツアイ」の語が、まずその語源が明確に意識された後、徐々に「ポリティア」としての実体を備えていく

過程にほかならない。法律に見られたような状態・法律・制度、政治的ポリツァイ概念も、ポリツァイ学の実体的ポリツァイ概念も、「キリスト教的國家論」の身分制的ポリツァイ概念も、トマジウスに始まるような「礼儀正しさ」としてのポリツァイ概念も、これらは全て「ポリテア」の一部をいわば舌足らずに表現したものにすぎない。しかし、それらはまた一六世紀の人文主義者たちの少なからず形式的・抽象的な「ポリテア」としてのポリツァイ觀念に、豊かな実質を付与するものでもあったのである。すなわち、「ポリツァイ」とはあらゆる政治的・國家的営為の目標としての國家生活そのものなのであって、まさに一八世紀の意味における「憲法」(Verfassung)にほかならない。⁽⁷⁴⁾それは中世における「平和」のあとを受けて、近世初頭には既に「國の平和」の創設と維持の範圍をはるかに越えて拡大していた國家活動を法的に基礎付ける法創設的概念なのである。クライトマイアの「何がポリツァイ事項であるかを簡単に言うことはできない。……ヴェーナー (Wehner) とシュパイデル (Speidel) は、その『辞典 (Wörter-Bücher)』の中でこれを完全に無視している。そしてライザー (Leyserus) は Spec. 684 §. 35 において、正しい定義 (Definition) 「の可能性自体」を疑問視する方向に傾いているようである。我々は広い意味においては (in Sensu largo) これを次のように理解する。すなわち、國家の対内的・対外的状態を良く保つこと (gute Einrichtung sowohl des inn- als äusserlichen Wesens eines Stats) に属するものであって、このように理解するならば、司法・宗教・軍事・財務・通商 (Justiz-Religions-Kriegs-Finanz- und Commercial-Wesen) もこれに算入しなければならない」という言葉は、まさにこの意味において理解されなければならない。⁽⁷⁵⁾「ポリツァイ」は、「平和」を補助するというより、むしろこれを包摂する概念なのである。したがって、「平和」と「ポリツァイ」または「司法」と「ポリツァイ」とが対概念として用いられる場合、それは同次元の概念の対比・対立を意味するものではなく、むしろ部分と全体との関係として理解されるべきものである。この意味においても、両者はレベルを異にした概念なのである。なるほど時とともに「ポリツァイ」に包摂される諸々の

国家行為相互間の違いや対立関係が意識されるようになってゆく。伝統的身分秩序の維持と重商主義的經濟政策との相互關係はその一例である。⁽⁷⁷⁾しかし、この脈略で、二つのことを指摘しておきたい。第一に、法的支配団体としての「家」を単位とする身分制的社会秩序は、紀律化の対象というよりはむしろその目標であり結果であつたと考えられること。⁽⁷⁸⁾第二に、確かに一七七〇年頃は、ゾネンフェルス (Joseph von Sonnenfels) に見るように、「ポリツアイ」と産業政策とが体系的に区別されるようになる。だがそれは飽くまで産業政策の「ポリツアイ」からの脱落であつて、重商主義的「ポリツアイ」と身分的平和秩序との対立という形をとつてはいない。むしろ後者こそが「ポリツアイ」と定義されるのである。⁽⁷⁹⁾

ところで同じ一八世紀後半の立法学文献において、法律 (Gesetz) の特徴として固定性と一般性を要求する議論が有力になっている。これに対して、ポリツアイ条令はむしろ個別性と一時性を特徴とする。その結果、両者が区別して扱われるようになり、⁽⁸⁰⁾それはやがてプロイセンの立法に対するシュロツサー (Johann Georg Schlosser) の有名な論評 (一七八九年) を生み出す。これによって、これまで等置されてきた「ポリツアイ」と「憲法」^{フエアラツス}の概念が明確に区別されることになった。⁽⁸¹⁾前者は「行政法 (Regierungsgesetze)」、後者は「基本法律 (leges fundamentales)」へと「棲み分け」をするのである。こうして成立した一九世紀的ポリツアイならびに憲法概念は、全法・国家領域をカヴァーしていたかつての「ポリツアイ」＝「憲法」の概念の一部分を、それぞれ別の方向ではあるが表現している。そして後者の持っていた法創設的機能は、「憲法」^{フエアラツス}に引き継がれる。以上の検討から、筆者が本稿の標題中に示したような「平和」——「ポリツアイ」——「憲法」^{フエアラツス}という觀念の系譜を想定したとしても、それほどはずれではないように思われる。

ところが、憲法とポリツアイとの概念的分化の原因となつた「法律」^{ゲゼツツ}と「条令」^{オルドナツク}との区別は、既に一六世紀もしくは

一七世紀の中葉には認められる⁽⁸³⁾。それにもかかわらず包括的「ポリツアイ」概念は、一八世紀後半まで維持されるのである。その理由として考えられるのは、近世初頭においては「永続的な法律^{ダセツツ}」というのはまだ依然として非現実的な主張でしかなかった、という事情であろう。ディーステルカンブ (Bernhard Diestelkamp) の指摘にもある通り、一五世紀末から一七世紀にかけての「ラント法書 (Land-Recht)」の裁判規範性は、なお非常に不安定なものであったのである⁽⁸⁴⁾。「確実な法 (ius certum)」の探求は、一八世紀に至るまで常に切実な課題であり続けた。クライトマイアの法典編纂もその努力の一環であったのだが、中世的判決 (＝法定立) 観の伝統に由来する「司法国家」的法構造を克服することは彼にも出来なかったのである⁽⁸⁵⁾。

「ラント」法^{ヤント}同様、ポリツアイ法令の現実的通用力も不確実なものであった。しかし、そこにはやはり「法律^{ダセツツ}」への指向がはっきりと認められる。ハンス・シュロッサー (Hans Schloßer) は、まず一六世紀前半の「ポリツアイ命令 (Polizeimandate)」をとり上げて、「一般的」規範を定立するものか、臣民を名宛人としているか、公布があるかの三点について検討した⁽⁸⁶⁾。そして次の五点を指摘している。(1)これらの職務命令の名宛人は、常に行政もしくは裁判に携わる官職保持者である。(2)職務命令を受領した官職保持者は、命令を逐一実行することをしばしば刑罰をもって要請されている。(3)法政策的・刑事政策的に緊張重大な事項が、規律対象となっている。(4)したがって効果的な実行が要請されているのであるが、通用力は弱かった。(5)職務命令を受領した官職保持者は、これを自己の支配下にある臣民に周知徹底させるべきものとされていた⁽⁸⁷⁾。すなわち、この時期の「ポリツアイ命令」は、「法律^{ダセツツ}」と職務命令との中間的性格のものであって、限定された通用力しか有していなかったのである。次に彼は、一六、七世紀のポリツアイ法令を分析する⁽⁸⁸⁾。その結果を列記すると、(1)ラント法とポリツアイ法との形式的・実質的区別は、この時期にはまだ存在していない⁽⁸⁹⁾。(2)ポリツアイ法令は「ラント法同様」ラント君主^{ヘル}の立法権 (potestas legislatoria) に基いて制定された真正の「法律^{ダセツツ}」で

あり、その規律内容は常に「公共の福祉 (salus rei publicae)」と関係付けられている。その点で、一八世紀の諸法典における「法律」^{ゲゼツ}概念への過渡的形態を示している。⁽⁹⁰⁾ (3) (i) ラント法とポリツアイ条令との相違は、機能領域を異にしているというにすぎない。(ii) 既に一五、六世紀のラント法ないしラント条令が持続性・基本性・完全性・名宛人に対する絶対的拘束力を主張しているのに対して、ポリツアイ条令は可変的な暫定法律 (frei variables Ad hoc-Gebotsrecht) であった。これも両者の機能領域の相違であって、後者は現実の必要に迅速に対応すべく出された命令・禁令だったのである。(iii) そのためポリツアイ条令は、ラント法に比べて、立法技術的には稚拙であるが、より効果的であった。⁽⁹¹⁾ (4) ポリツアイ条令は、教会の説教壇で読み聴かせたり公開の場所に張り出したりしたにもかかわらず、執行機関や臣民に顧られることは少なかった。⁽⁹²⁾ (5) それでも役人は官職剝奪を含む厳しい刑罰をもつてポリツアイ条令の実行を命じられており、怠慢の場合にはラント君主^{ヘル}の直接の介入もあるとされていたから、特に重刑罰犯罪や過重刑罰犯罪^{シユテグ}——等族はこれらに対する裁判権は持たない——に関しては、ラント法による非能率的な司法よりは実効的であったのである。⁽⁹³⁾ (6) 一八世紀中葉のバイエルンの破^{レグアイリウム}毀^{ホフフライト}院・官廷法院・諸官房でさえ満足なポリツアイ条令集を備えていなかったという事情もあって、法学はこれをほとんど無視していた。⁽⁹⁵⁾ 以上の所見を先に述べた一六世紀前半の「ポリツアイ命令」についての知見と比較すると、「司法国家」的枠組の中ではあるが、ポリツアイ条令が確実に「法律」^{ゲゼツ}に接近していることが分る。「法」^{レヒト}と「ポリツアイ」との相違は、「法律」の機能的下位区分にすぎない。

一六世紀前半のポリツアイ命令——一六、七世紀のポリツアイ命令というこの系譜を逆に遡ると、一五世紀初頭に初めて登場するバイエルンの「ラント命令 (Landgebot)」に出会う。⁽⁹⁶⁾ リーベリッヒ (Heinz Leiberich) は「これをポリツアイ立法の端緒と見るとともに、臣民を名宛人として〔一般的〕規範を設定するもので公布を伴うと考えているようであるが、これまでに紹介してきたシュロッサーの研究からだけでもこの推定は疑問視される。⁽⁹⁸⁾ とりあえず「ラント命令」

の特徴を略記しておこう。(1)名称は“Landgebote”, “Bote”, “Landbote”などと呼ばれ、ラント裁判所・都市・市・ホーフマルクに対する“Gebotbriefe”や“Geschäftsbriefe”の形で出される。“Landbot und Ordnung”, “beschließliche Ordnung”, “Ordnung und Gebot”, “Landgebot und Satzung”という対句も同義的に用いられる。対になる言葉も、当初は目立って区別されてはいない。(2)「ラント命令」制定権は、基本的にラント君主に属する。参議官ないしラント等族もしくはその両方の助言を得たり、漁業条令や鑄貨条令のような特殊な対象については専門家を関与させたり、ラント等族会の苦情を受けて制定する場合も稀ではない。しかし、このラント等族会の協働はその時々具体的に政治的理由によって決まったもので、必ずしも「協約」的立法を意味してはいない。名宛人は地方政庁管区^{レントアムト}の長である財務長官(Rentmeister)・守護職(Pfleger)・ラント・都市・ホーフマルクの裁判官という行政官や裁判官である。(3)「ラント命令」の二大規律対象は、ラントの公けの安全と経済ないし職業秩序であった。古いラント法文や慣行・慣習を認証(Bestätigung)する場合も多い。特権(Privileg)と「法律」との境介線が流動的なわけである。このような「ラント命令」についてまず注目しなければならないのは、それが個別的証書として出されていることである。その外形は中世の支配者証書の官房書式——序(intitulatio, inscriptio, salutatio)に本文(narratio, dispositio, publicatio, sanctio, corroboratio)と結語(datum, subscriptio)が続く——を完全に踏襲している。しかし、一五世紀中葉頃から証書としての厳格な書式は徐々に崩れていき、かなりの大きさを持つ法秩序の部分領域を網羅的に呈示する形式が、なお端的ではあるが登場してくる。“Landgebot und Ordnung”というのはまさにこの類型^{タイプ}の法集成であった。「ラント命令」は、法的性格と目的からすると、都市法・ラント法による処分と同格の個別的措置法律(Einzel- und Maßnahmegesetz)であって、基本的に一定範囲の通用領域内の全臣民を拘束しようとするものである。規律内容の面から見れば、それはまさに「ラント」条令(Ordnung)の素材・原型・前段階である。そのような「ラント命令」が編集されたものが“Landgebot

und Ordnung”である。勿論、当初は純粹に偶然的な非体系的な寄せ集めであつたが、それはそれで「確實な法 (ius certum)」を追求する真摯な努力の現われなのである。その延長線上に——シュロツサーの表現によれば、一回的な「ラント命令」と持続的通用力を有するラントの統一的な実定法の創出を指向する「条令 (Ordnung)」との機能的俊別の結果——「ラント条令 (Landesordnung)」が登場する。^(四)「ラント命令」が、古来のラント法・都市法・莊園法を解釈し具体化することによつて補完するものである——但し、解釈され具体化されるべき法が決して「確實な法 (ius certum)」でなかつたことは既に指摘した通りである——のに対し、「ラント条令」は領邦の法状態を統一的にそして出来るだけ完全に法典化しようとしたものである。したがつて、素材としては既存の「ラント命令」を用いるのであるが、当然そこには計画的な全面的純化の意図が働らく。「公共の福祉 (der gemeine Nutzen)」ないし「必要、情勢、時勢 (Nothdurft, Gelegenheit und Gestalt der Zeiläufe)」を理由に、新しい法形成もなされる。^(五)「ラント条令」と「ポリツアイ条令」は、「公共の福祉」という共通項を有するわけである。そもそも「ポリツアイ」は「ラント」同様、国家共同体を意味する言葉であるから、「ラント条令」といつても「ポリツアイ条令」といつても言語的には何ら違ひはない。事実、マクシミリアンの大法書 (一六一六年) は両者を区別せず、第七部分法律「ラント条令とポリツアイ条令 (Landis- und PoliceyOrdnung)」として扱っている。唯一の相違は、既に述べたように、緊急の課題に対応するための一時的法令も「ポリツアイ条令」と呼ばれたのに対し、「ラント条令」という場合には、持続性・基本性・完全性への指向があつただけであろう。ところが「ラント命令」から「ラント命令ないし条令」を経て「ラント条令」へのこの発展には、重大な不都合があつた。個別的証書から大部の本になつたために、かえつて実務裁判官にとっては実定法の現状を知ることが難しくなつてしまつたのである。一五五四年の太公アルブレヒト五世 (Albrecht V.) (一五二八年—一五七九年) の訓令は、二人の参議官に對して一五五三年の『ラント条令』を周知徹底するためにバイエルンの地方政庁管区内の全ラント・都市・市・ホ

「フマルク裁判所を巡回するように命じている」^(前)。「ラント条令」によっても、「確実な法 (ius certum)」は達成され得なかったのである。

シュロッサーにしたがって、「ラント命令」の法律としての性格を今一度確認しておこう。^(後) 第一の特徴は、中世の支配者証書の範型を踏襲していることである。その受領者は常に高位ないし最高位の裁判官・行政官である。彼らは本来の名宛人「である臣民」を代表している。彼らは、裁判集会や教会の扉や市彼所の前で読み上げたり謄本を公けに揭示するなどして、これを公布することを命じられている。公布の方式 (Förmlichkeiten) は規律内容に応じて個別・具体的に定められており、公布に際しそれを遵守することが求められている。「ラント命令」は、方式を踏んだ告示によって初めて法律としての通用力を獲得する。この公布の「儀式性 (Ritualisierung)」は、「協約 (Verwillkürung)」に起源を有する宣約共同体的 (schwurgenosenschaftlich) 思考の名残りである。「ラント命令」は、一定の方式を踏んで新法を告知することによって、規範の名宛人がその下に自己を服せしめることを期待した。協約当事者 (Verwillkürter) の自己判決は新法の単なる認識へ、「協約」^{ザツツン}に服する者の賛同は反論なしの聴取へと後退している。^(後)

このような「ラント命令」に発するラント条令・ポリツアイ条令の系譜は、エーベル (Wilhelm Ebel) に見られるような「法命令 (Rechtsgebot)」としてのポリツアイ条令理解に修正を迫まるものである。ライナー・シュルツェ (Reiner Schulze) も、「一六世紀のブランデンブルグ辺境伯領におけるポリツアイ立法について、等族の関与を指摘していた」^(前)。しかし、彼は、「良き古き法」観念とセットになった「判・決」^{ザフストワーム}・「協約」^{ザツツン}・「法命令」という法律の三基本類型自体に疑問を呈することはない。ポリツアイ立法は「良き」古き法との対抗関係で理解され、まず「協約」の形で、次いで一六世紀末から一七世紀初頭における沈滞の時期を挿んで今後はラント君主^{ヘル}の一方的な「法命令」という形で位置付けられる。^(後) こうして、法律の三基本類型が継起して登場してくることになる。

ところでエーベルの法律の基本類型は、通時的・歴史的概念というよりは共時的理念型であって、現実の法源史料の多くはその混合型である。⁽¹⁰⁾そしてそのような多層的な法的世界がはつきりその姿を現わしたのは、「規範的法(normatives Recht)」への継続的發展が本格的に緒に着いた中世中期以降のことであつたのである。⁽¹¹⁾しかし、課題としての「確実な法(ius certum)」が如実に示しているように、なおしばらくの間、法は程度の差こそあれ「非規範的(nicht normativ)」であつた。周知の通り、「非規範的法概念」は、カール・クレツシエル(Karl Kroeschell)が——エーベル、ハーゲマン(Hans Rudolf Hagemann)、デーメリウス(Heinrich Demelius)らの研究を受けて——中世について明確に定式化したものである。⁽¹²⁾しかし、その射程は中世に限られず、近世法についてもまた法の「非規範的」構造は指摘できる。更に現代の「規範的法概念」についても、それをこの「非規範的法概念」との対比で理解するだけでは不十分であつて、むしろその延長線上において捉えなければならぬように思われる。そのために私は、次の様な考察方法をとるものである。まず第一に、法ないし法律について、「規範的意味内容(Normativität)」と「通用(Geltung)」とを区別する。規範が規範である限り、「通用の主張(Geltungsanspruch)」は常に内包しているから、それによつて両者は架橋される。「非規範的法概念」は、法ないし法律の本質をこの意味での「通用の主張」を含む「規範的意味内容」に限定して理解するものであつて、それに「通用」までを含めようとすれば中世法を捉えることはできなくなる、と考えるものである。一方、後者は、「形式的通用(formelle Geltung)」と「実際の通用(wirkliche Geltung od. Geltungswirklichkeit)」とに細分して考えることもできる。「形式的通用」とは名宛人による規範の現実もしくは擬制された承認(誓約、公布の受領など)であり、その現実もしくは擬制された現在(Dasein)が「実際の通用」である。ある時点で法ないし法律のそれとしての認識が現に存在していると仮定できる状態ならば、「実際の通用」があるのである。デイステルカンブの法律史研究が規範の「実効性(Wirkung)」を重視した機能中心の考察方法の特徴とするときには、⁽¹³⁾この「実際の

「通用」が問題になっているのである。「規範的意味内容」は、なにがしかの「通用」を獲得して始めて、現実的力としての法ないし法律となる。したがって、法史ないし法律史が「通用」をも視野に収めなければならないのは当然であるが、そのことと法・法律概念とは別の問題である。以上のような観点からすれば、エーベルの法律概念は「規範的意味内容」と「通用」との両方を含んでおり、その限りで彼はなお依然として「規範的法概念」にとらわれていたように思われる。

「立法 (Gesetzgebung)」の歴史は……本質的に法律 (Gesetz) 概念の歴史である。法律概念からある法律の成立形式も導き出されるのであって、その逆ではない」という彼の考え方をステン・ガグネア (Sten Gagner) が批判するの、まさにこの点を衝いたものと言える。すなわち、エーベルは、一方で法律を「法規範」一般と定義していたにもかかわらず、ここで「定立 (Geben)」の形式という「形式的」通用」の問題を法律概念に持ち込んでしまっているのである。このような考察方法をとった場合、支配的立法形式の歴史の変遷の説明は困難である。立法形式自体が「法」であるために、各法律類型の關係は相互排斥的とならざるを得ない。⁽¹⁸⁾「判決」⁽¹⁹⁾「裁判」⁽²⁰⁾「法的法観念」⁽²¹⁾に対して、合意によって定立された法規範 (Wilkkur, Satzung) は「法」ではなく、「判 告」ならびに「協約」的な法の伝統においては、「法令令」は法外的 (rechtsfrei) な存在ではない。⁽²²⁾そして、事後的 (de facto) 発展は、それだけでは決して法律的 (de iure) な状態を生み出すことはない。エーベルが彼の法律類型を共時的理念型として規定した理由の一つも、ここにある。エーベルとは反対に、ガクネアは「立法」の観念を追究する。⁽²³⁾そして、聖トーマス (Thomas von Aquin) (一二二四年—一二七四年) の「人定法律 (lex humana [positiva])」論も、その弟子のエギディウス・ロマヌス (Aegidius Romanns) (一二四七年頃—一二三六年) の教皇による立法権独占論に基礎を置く教皇ボンファキウス八世 (Bonifaz VIII.) (一二三五年—一三〇三年) の世俗的支配権要求も、それに対するアンチテーゼとしてのパドヴァのマルシリウス (Marsilius von Padua) の『平和の守護者 (Defensor Pacis)』(一二三四年) における人民主権論的立法論も全て、『ザクセン・シュピーゲル

〔Sachsenspiegel〕』を始めとする一二世紀の法書類や皇帝フリードリッヒ二世 (Friedrich II.) の『皇帝の書 (Liber Augustalis) 』(一二三一年)^(註)などとともに、アリストテレス以来の「立法」概念の系譜の中で理解されるのである。^(註)更に中世後期からヴォルフを経てサヴィニーに至る彼の実に包括的な叙述を受容するためには、我々はまず「法律」の概念に過大な内容を与えてはならないであろう。法ないし法律の本質はあくまで「規範的意味内容」にあるのであって、そのような法律が「公共の福祉 (salus publica, necessitas salutis, quies, tranquillitas u. a. m.)」を根拠として定立される。法的な意味における「立法」概念は以上に尽きる。もちろん、そのような「法律」を「通用」させるための条件は国家共同体の統合 (Integrität) の程度によってさまざまであり、それに応じて多くの立法の「形式」を考えることができる。「実際の通用」ないし「実効性」のレベルをも射程に入れるならば、更に多様な法律類型を区別することも可能である。したがってディーステルカンプはエーベルの三類型に「特権 (Privileg)」を加え、フリードリッヒ・エーベル (Friedrich Ebel) も「法律の効力を持った教科書 (das Lehrbuch mit Gesetzeskraft)」という基本類型を提唱している。^(註)しかし、それは「規範的意味内容」としての法律の本質に関わるものではなく、純粹に事実的な——したがって相互流動的な——歴史的分類として理解すべきものである。^(註)しかし、以上の考察は、ヴィルヘルム・エーベルの法律類型の拒絶を迫るものでは決していない。実際、彼の構想の中核をなす「協約」^(註)の概念こそ、「非規範的法概念」を最も早い時期に示唆していたのである。^(註)

既に述べたように、彼の法律の基本類型はそれ自体複合的な概念である。彼の「法律」概念は、「立法」と同義であった。したがってその法律類型も、「規範的意味内容」と「通用」とりわけ「形式的通用」との両方を含むものとなったのである。法律行為全般にいえることであるが、「協約」^(註)についてもこの二つの側面を区別しなければならない。合意という立法形式はまさに後者の問題であって、この面を重視するならば「協約」^(註)は、Einungである。一方、Satzungは、

まさに規範定立の側面を捉えた呼称といえることができる。⁽⁸⁾ところで「アイヌンク」⁽⁹⁾として表示される合意の要素は、擬制された合意を含めて考えるならば、「規範的」であろうとする限り、実は「法命令」についても存在しなければならぬ。その意味では、あらゆる法律は「協約」⁽¹⁰⁾である。また次のように言うこともできる。あらゆる法律は「法命令」であり、「協約」⁽¹¹⁾を要請する、と。この場合、「法命令」と「協約」⁽¹²⁾はもはや法律の基本類型としてではなく、「規範的意味内容」(「の定立」)と「通用」(「の形式」)として理解されているのである。そして「非規範的法概念」を前掲とする限り、法律の要素としては前者の方が決定的に重要である。一定の「公共性の理念」を基礎として任意の「規範的意味内容」が定立されれば、それは既に「立法」である。それが「通用」を獲得するために「協約」⁽¹³⁾は必要であるが、それが常に「立法」と同時に、そして完全な形で与えられるとは限らない。歴史的にはそれはむしろ稀である。合意はしばしば長い年月をかけて少しずつ (stückweise) 獲得されねばならなかった。しかし、それにもかかわらず、法律は常に法律であり、立法は常に立法であった。これが「非規範的法概念」の実質的な意味である。「協約」⁽¹⁴⁾が現実⁽¹⁵⁾に調達された限りで、「公共性の理念」が実現される。しかし、それはほとんどの場合不完全である。ようやく現代の議會制国家において、「法命令」と「協約」⁽¹⁶⁾とが一致する。そこにおいて初めて「規範的法概念」の存立の基盤が生まれる。筆者が本稿の序論で次のように書いたのは、まさにこのような考え方からであった…『法命令』自体の持つ領域的妥当性の主張が、『協約』⁽¹⁷⁾によって客観化・現実化されるのである。これは更に、『法命令』は自己を実現するに必要な範囲で『協約』⁽¹⁸⁾を獲得すれば足りることを意味する。国王(皇帝)・太公・領邦君主は、帝国・太公領・ラント内の実力者の『協約』⁽¹⁹⁾さえとりつければ良いのであって、自己を含めたこれらの支配者の被支配民についてはその必要性はそれほど切実なものではなかった。『ラント』の客観性が『等族制的憲法』⁽²⁰⁾(「国制」)として実体化しもしくは政治権力の集中が更に進んで『絶対主義国家』が成立するならば、『法命令』に内在する『ラント』という領域性を具体化するという『協約』⁽²¹⁾(「一揆」)がかつて

持つていたすぐれて憲法(國制)の意義ないし機能は当然それだけ稀薄なものとなりやがては完全に否定されることになるのである(「叛乱」としての「一揆」)。しかしそれは立法ないし法律の基本的性格の変化を意味するものではない。法律はそもそも「法命令」なのであって、「協約(Satzung, Verwillkürung)」が法律(Satzungsrecht)であつた場合も、それは「協約」が同時に「法命令」であつたからであつて、その「協約(Einung)」的性格によるものではない。支配権者の「法命令」が法律である。「協約」はその支配権者の団体的・等族制的性格の指標にすぎない。すなわち支配権者を単数に絞り切ることができない場合、この複数の支配権者が「協約」によつて「法命令」を発したのである⁽¹³⁾。

ところでこのような「非規範的」法構造は、「良き旧き法＝権利」的法観念ならびに「判告」的法律観にとつては、不利な条件を提出するものである。蓋してそれらは、完璧な形においては、一方では権利や法が裁判的保護を意識せずに進んだ状態でのみ存立可能なものだからである。勿論、「良き旧き法＝権利」的主張は、遅くとも一六世紀の前半には既に認められる。すなわち、一五世紀の中葉以降、スイス・シュヴァーベン・オーストリアに頻発した一連の農民叛乱の中で、「古き法(das alte Recht)」が闘争のスローガンに掲げられたのである。一方、シュトラースブルク(Strasbourg)を中心とするライン上流地帯においては、「神の法(das göttliche Recht)」の主張が農民叛乱を特徴付けている。そしてこの二つの要素がドイツ農民戦争(一五二四／五年)の中で一つに結び合わされるのであるが、それは神の命令に即応した古来の(「法ならび帝国の」)秩序を回復・再興しようという「法・帝国の」改革(Reformation)の時代思潮と符節を合している点を見逃してはならない。更にこれらの「良き旧き法＝権利」的主張は、一八世紀末のヴェルテンベルクにおける等族のそれを含めて、いずれも政治的に疎外されようとしている身分の闘争手段であつたことも注目に値しよう⁽¹⁴⁾。すなわちそれは、一面では私権に対して充分とはいえないにせよ或る程度の保障を提供できるような裁判組織が

それぞれの地域^{ラント}において整備され、法＝権利や法規範を相対^{レラチフ}的に手続と切り離して観念することを可能にするほどには国家の統合が進んできていることを示すと同時に、他面ではまさにそれゆえに結局一つの對抗イデオロギーにとどまらざるを得なかったことを意味する。裁判組織の制度化が程度の差こそあれ地域的かつ不完全なものであり、国家の統合が多元的な形でしか進められないとすれば、常にそしてより高次のレベルで「確実な法 (ius certum)」が問題になる。「良き旧き法＝権利」的法観念ならびに「判^{ツァイト}告」的法律観、そして「個人の権利の総体」としての公共性の理念は、全国的・統一^{ユニタリ}的裁判組織の整備と国家の完全な統合を前提として初めて、しかも理念として可能となるにすぎない。

以上のように見てくる時、ケルン (Fritz Kern) が「良き古き法」としての中世法像を描き出したのが、ハプスブルク帝国と伝統的ヨーロッパ秩序の一千余年に亙る歴史が一応最終的に終焉を告げようとしていたまさにその時期であったことは、実に象徴的と思われる⁽¹³⁾。トイヤーカウフ (Gerhard Thuerkauf) は、ケルンの中世法像と自由法学派の主張について、両者がともに法律実証主義の反対像である——法律実証主義に対する価値的評価は別として——点で共通点を有することを指摘している⁽¹⁴⁾。法律実証主義が法的紀律化の所産であることはいうまでもない。そして自由法運動もそれに対する単なる反動ではなく、むしろこれを前提とした上で、法律実証主義の先に浮かび上がった法的紀律化の問題を見据えたものであった⁽¹⁵⁾。ケルンは期せずして、今まさに過去のものとなろうとしている帝国における法的紀律化の全過程の果てに生み出されたものの、すなわち「現代法」のある一つの理想を極端な形で中世に読み込んだのである。

(1) N・ルーマン(村上淳・六本佳平訳)『法社会学』(一九七七年)二二頁以下の「法の実定化 (Positivierung des Rechts)」の議論は、主として法の流動化・変更可能性の側面に着目するもののように思われる。筆者は、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の構築こそ「法の実定化」の核心である——これもまたルーマンの指摘するところである——点に注目したい。したがって「法の実定化」は、法の制度化の過程全般として理解される。以

上については、本稿四一六〇頁以下、とりわけ一六六―七頁を参照。

- (2) Wilhelm Ebel, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland*, 2. Aufl., Göttingen 1958, S. 11 (西川洋一訳『ドイツ立
法史』(一九八五年)九頁)。本稿(一八四頁)。
- (3) 本稿(一八七―一八頁)。Ebel, a. a. O., SS. 59ff. u. 63ff., Hans Maier, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, 2.
Aufl., München 1980, S. 87ff.. Reiner Schulze, *Die Polizeigesetzgebung zur Wirtschafts- und Arbeitsordnung der
Mark Brandenburg in der frühen Neuzeit*, Aalen 1978, S. 123ff. も、後述するような重要な指摘を含みつつも、同様の対
立図式に立脚した論述になっている。
- (4) 本稿(三)『北大法学論集』三四一六(一九八四年)一六頁註(28)。Karl Kroeschell, *Justizsachen und Polizeisachen*, in :
ders. (Hrsg.), *Gerichtslauben-Vorträge. Freiburger Festkolloquium zum fünfundsiebzigsten Geburtstag von Hans
Thieme*, Sigmaringen 1983, S. 69.
- (5) 本稿(一六〇―一九三頁)。
- (6) Franz-Ludwig Knemeyer, *Polizeibegriffe in Gesetzen des 15. bis 18. Jahrhunderts. Kritische Bemerkungen zur
Literatur über die Entwicklung des Polizeibegriffs*, in : AöR 92 (1967), SS. 156 u. 159 Fußn. 27 は、最初期のものとし
て、ヴェルツブルク(Würzburg)のラント君主として同教ルートルン・フオム・シェーンベルク(Rudolf von Scherenberg)
が一四七六年に発したある規定(Vorschrift)を挙げる(但し、細かいデータは、同著者の後掲論文八七八頁による)。Gerhard
Oestreich, *Policey und Prudentia civilis in der barocken Gesellschaft von Stadt und Staat*, in : ders., *Strukturprob-
leme der frühen Neuzeit. Ausgewählte Aufsätze* hrsg. von Brigitta Oestreich, Berlin 1980, S. 368 に言及されてゐる
一四七六年のヴェルツブルクの例も、これと同じものであろう。Hans Maier, a. a. O., S. 94 が最初の例として掲げている
のは、帝国都市ニュルンベルク(Nürnberg)に宛てた皇帝フリードリヒ(三世)(Friedrich)の証書である。彼はこれ
を一四六六年のものとしているが、それは Franz-Ludwig Knemeyer, *Art. Polizei*, in : Otto Brunner, Werner Conze u.

Reinhard Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historische Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland* Bd. 4 Mi-Pre, Stuttgart 1978, S. 878 mit Fußn. 9 が掲げる一四六四年七月二十六日の特権付与状と同一のものである。当該証書自体には日付はなく、マイアーはそれに付されている一四六六年六月二〇日の認証書(vidimus)によったものであろう。クネーマイアーの日付提示は、目録によるものである。本特権付与状によって、ニュルンベルクは「ポリツァイトと統治を……あらゆる事項について命じ、定め、行なう (pollizey und regirung……in allen Sachen ordnen, setzen und fñhren)」権利を獲得するようになった。

- (7) Hans Maier, a. a. O., S. 97f.; Knemeyer, Art. Polizei, S. 875; Ders., in: AöR, S. 163. 因みに、ブルグンドではこの語は既に一四世紀以来、国内生活の官憲的規整をさす名称として定着していた。同様に、フランスではニコラ・オレーム(Nicolas Oresme) (一三三〇年—一三八二年) によるアリストテレスの政治学と倫理学のフランス語訳の中に、この語が見出される。イギリスでも、一三八六年のチョーサーの「カンタベリー物語」の中で、この語が登場してきている。

- (8) Hans Maier, a. a. O., S. 95.

- (9) 本稿「一七一頁」Knemeyer, in: AöR, SS. 155—160 u. 165; Ders., Art. Polizei, SS. 875—880.

- (10) Hans Maier, a. a. O., S. 96.

- (11) Knemeyer, in: AöR, S. 158 Fußn. 18 u. S. 163ff.; Ders., Art. Polizei, S. 886ff..

- (12) Knemeyer, in: AöR, SS. 158 u. 160; Ders., Art. Polizei, SS. 879 u. 880.

- (13) 石川敏行「ドイツ近代行政法学の誕生——F・F・フォン・マイアーと環境としてのヴェルテンベルク王国——」、『法学新報』八九一五・六(一九八二年)八三—四頁(傍点原文)。そこで引用されている Wulf Dankowski, Die Entstehung des Verwaltungsbegriffes, Köln, Berlin, Bonn u. München 1969 によれば、"Verwaltung" は「十二世紀以降その存在が知られる、"verwalten" と同じ言葉から導出されたもの」である。"verwalten" は「カーン語の "valdan" とラテン語の "valere" と同根の "walten" と "frag" (「ズイン語の "weg" に相当する」) 以下に「faur' ("vor", "vorbei"), "fair" ("er-", "ent-")

というゴート語の小辭の合成である前綴 *ver-* とが結びついて出来た。前者の意味は「支配者として引率し、操縦し、指導する」ことであつて、「権力 (Gewalt)」という語も同根である。一方、*ver-* は「最後までおし進める」ことを意味すると同時に、委任ないし間接性という副次的な意味をも併せ持つている。*Verwaltung* の語の存在自体は既に一五世紀に遡るが、「(公) 行政」の意味で用いられることはなく、財産管理とか破産管財のような私法的な「管理」を意味するものであつた。領邦君主について用いられる場合も、同様である (SS. 12 f. u. 186)。

「(公) 行政」としての *Verwaltung* の概念の成立を妨げたのは、一つにはほかならぬ「ポリツアイ」という広汎な概念の存在である (S. 85)。一方、ラテン語の *regere* から導かれた *regieren* ——これは一三世紀には既に存在している——に由来する *Regierung* もある。この概念は一五世紀に形成されたものであるが、マクシミリアン一世 (Maximilian I.) (一四五九年—一五一九年。一四八六年よりローマ王。一四九三年より神聖ローマ皇帝) の治世の頃から「全国家行為」を包摂するものとなつて、一八世紀に及んでいる。但し、一八世紀の中頃から、司法機能を他から区別することによつて広狭二義の *Regierung* 概念が形成され、それがやがて同世紀の末に *Regierung* 概念の縮減をもたらすことになつた (S. 102 ff.)。 *Vollziehung* (広義では「行政」全般、狭義では「執行」)、 *Einrichtung* (広義では「国家組織」全般、狭義では「行政官庁」)、 *Verfassung*、 *Haushaltung* とつた概念もまた、「行政 (*Verwaltung*)」概念の成立に対して阻止的に作用した。 *Verfassung* は「一八世紀には「状態」・「性状」という実に包括的な意味で用いられており、「国家組織全般」・「国家秩序全般」・「ポリツアイ」と等置されることが稀ではなかつたのである (S. 108 ff.)。

フランス語では、 *administrer* が一三世紀に、 *administration* が一四世紀に登場している。これらと *Verwaltung* とを比較した場合、前綴の *ad-* と *ver-* は同じ意味を持つてゐる。一方、主部の *walten* と *minister* ——これは *minus* から導出されたもので、「僕」を意味する——とは、前者が上位の決定者を予定しないのに対して後者がこれを前提している、という相違がある。そして、既に一六世紀に、「官職」・「任務」という意味で、 *ministère* の語が用いられている。一七世紀、ルイ一四世の治世下で、顧問官たちの任務と管轄権が明確に確定されたとき、その各部門にこの *ministère* が

当てられ、その長が „ministre“ と呼ばれることになった。更に、リシュリユー (Richelieu) やマザラン (Mazarin) とする „Minister“ の出現が、この語に本来備っていた「僕」的色彩を失わせていく。その結果、一八世紀のドイツでは „Verwaltung“ と „Administration“ とが等置されるに至る。但し、それは依然として民事法的事項の「管理」であり、公法的領域に適用される場合にも、この本来の私法的意味合いに強く支配されていた。すなわち、領邦君主と臣民ないし国家全体との関係で、国家共同体が君主に自分たちの事務の管理を委任し、寄託したと考えるのである。その背景には、ルソー (Rousseau) の社会契約説の影響もあった。この意味で君主に „verwalten“ されているのは全国家行為であるので、一八世紀後半には „Verwaltung“ は „Regierung“ と同義に用いられることになった。財務・財政・御料地・収入・ポリツァイ・職務の „Verwaltung“ という言い方の中には „Regierung“ と „Verwaltung“ の区別の端緒が認められるが、そこでも念頭に置かれているのは国家の高権的活動の側面だけであって、今日の「行政 (Verwaltung)」のもう一つの要素である組織の側面が抜け落ちている (S. 117—129)。

既に一八世紀後半には認められる「ポリツァイ」と „Regierung“ の概念の縮減傾向は、一九世紀の最初の二〇年間に明確な形をとることになる。前者は「公共の福祉 (の促進)」との結び付きを断たれ、危険の回避と除去にその任務を限定される。後者からは司法機能のみならず、立法機能も脱落し、 „Regierung“ は今やこれらと対置されるに至る。更に、このカント (Kant) の権力分立論に裏打ちされた発展とは別に、既に一九世紀の初めの一〇年間に、指導任務に限った „Regierung“ の用法が登場してきている。この二つの概念的展開が、「行政 (Verwaltung)」概念に適用領域を準備した。一方、この間に整備されてきた官庁組織が、この概念に制度的意味を付与することになる。これは一面では広義の „Regierung“ としての „Verwaltung“ 概念の縮小であり、他面、組織的実質を与えられた点では „Verwaltung“ の拡張といえる。こうして成立した今日的「行政 (Verwaltung)」概念は、レーベルク (A. W. Rehberg) の一八〇七年の著作に既に見出されるが、それが一般化するのには、一八三〇年代の中頃のことである。それは、一方ではドイツ初期立憲主義と自由主義、他方では行政の必要性和行政組織の発達という事実と密接に結びついた概念であった (SS. 151ff. u. 186f.)。

- (14) Knemeyer, in: AöR, S. 160ff.
- (15) A. a. O., S. 166f.
- (16) A. a. O., SS. 168ff. u 178f.; Knemeyer, Art. Polizei, S. 880f.
- (17) Knemeyer, in; AöR, S. 179. Vgl. Karl Kroeschell, Justizsachen und Polizeisachen, S. 72 (村上淳一訳「司法事項とポリツァイ事項」『法学協会雑誌』九一九(一九八二年)一四三頁).
- (18) Knemeyer, a. a. O., S. 165f.. なお、今村哲也「Polizeiの意味について」『一橋研究』七—三(一九八二年)五五頁以下は、クネーマイアーのこの論文の要約的紹介を含んでいる。
- (19) Knemeyer, in: AöR, S. 177ff.; Ders., Art. Polizei, S. 881; Kroeschell, a. a. O., S. 58f. (村上訳一二四頁). 以上の認識の基礎を礎えた Gustav Klemens Schmelzeisen, Polizeiornungen und Privatrecht, Köln u. Wien 1955 の学説史上の位置付けについては、辻泰一郎「ポリツァイ条令に関する近時の研究動向(一)」『法学研究(明治学院論叢)』二二—三(一九七九年)一二三頁以下参照。
- (20) Knemeyer, in; AöR, S. 175f. バーデン辺境伯領の一四九二年のラント条令は、^{ゲマインデ}自治体に対する不時の攻撃に備えて武装し、都市が防禦施設を備え、市門に見張りをおくように配慮すべきことを、自己の役人に命じている。但し、この規定は、良きポリツァイという一般的な見出しの下に孤立した形でおかれていて、軍事ではなく都市共同体の良き秩序^{ポリツァイ}に直接関係付けられて理解されているのである。傭兵に「聖別された場所、聖職者ならびに婦女子を……害したり、暴行したり、苦しめたりせず」におくことを命ずる一五四八年の帝国ポリツァイ条令第四章^{タイテール}の規定や、軍事活動以外で銃を持ち歩くことの禁止も、軍事とみなすことはできない。
- (21) A. a. O., S. 179.
- (22) A. a. O., 176f.
- (23) A. a. O., SS. 171f. u. 179: 「司法の遂行が良きポリツァイの観点から規律されたことはない」。

(24) 「裁判^{ヒト}(所)の書」としての『ルートヴィヒの上バイエルン法(書)』のラント平和^{フリッデ}立法的性格については、本稿(一)四〇—一四二頁。

(25) 本稿(一)一六一頁。Ebel, a. a. O., S. 62 [西川訳一〇七頁]も、既に一五世紀のラント条令が、裁判条令・官房条令・ポリツァイ条令・物品税条令・僕婢条令・森林条令を寄せ集めたものであることを指摘している。但し、彼は裁判の問題を、「最広義におけるポリツァイ概念さえもはみ出してしまふ様々の領域」の一つとして理解している(S. 61f. [西川訳一〇五頁以下])。

(26) 本稿(一)一六三頁。すなわち、マクシミリアン一世の大法典の名称は「……ラント法とポリツァイすなわち裁判(所)・刑事・その他の条令 (Landrecht / Policy : Gerichts-Malefiz- und andere Ordnungen……)」というものであった。

(27) Knemeyer, a. a. O., S. 173ff.; Ders., Art. Polizei, S. 882.

(28) 村上淳「『良き旧き法』と帝国国制(三)『法学協会雑誌』九—二(一九七四年)一六—九頁。

(28 a) 前掲二〇—二六頁。但し、Sten Gagné, Über Voraussetzungen einer Verwendung der Sprachformel „öffentliches Recht und Privatrecht“ im Kanonistischen Bereich, in: Ernst Caemmerer u. Konrad Zweigert (Hrsg.), Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966, Berlin u. Tübingen 1967, S. 23ff. [塩野宏(紹介)マルティン・プリンガー「公法と私法」『法学協会雑誌』八六—七(一九六九年)五二、五八—九頁参照]は、行政裁判所と私法裁判所の権限分配の問題と公法・私法の区別との関係付けを疑問視している。一九世紀中葉以降の公法学体系の成立・発展の歴史は、ゲルバー(Carl Friedrich von Gerber)によって公法の領域に転用された——私法学がそれまでに作り上げてきた——「法律学的方法(juristische Methode)」の浸透と深化の過程として、制度的というよりはむしろ学問的に理解されるべきものであろう。この点については、石井紫郎「法の歴史的認識について——歴史と近代主義——」『ジュリスト増刊(基礎法学シリーズⅢ)理論法学の課題——法哲学・法社会学・法史学——』(一九七一年)一七八頁、塩野宏「オットー・マイヤー行政法学の構造」(一九六二年)五三頁以下、安念潤司「取消訴訟

における原告適格の構造(一)『国家学会雑誌』九七——一二(一九八四年)一四——二五頁参照。

(29) Knemeyer, in: AöR, S. 163f.; Ders., Art. Polizei, S. 886ff. にしたがって、その過程を略述しておく。

一七一七年以降、ブランデンブルク＝プロイセン王(侯)国を中心として、“Polizeidirektor”, “Polizeikommissar”, “Polizeiinspektor”, “Polizeimeister”, “Polizeikommandant”, “Polizeiknecht”等“ポリツァイ”の名を持つ役職が設置されていく。その結果、“ポリツァイ”の語が“ポリツァイ機関”という意味を獲得することになった。これらのポリツァイ官庁は、従来の実体的意味における“ポリツァイ”の全領域ではなく、その一部である保安機能だけをその任務としている。これは、その限りにおいて、これまで自治体や等族——^{シュツツ}窮極的には個々の臣民——の手に委ねられていた“ポリツァイ権”を国家の手に吸い上げようというラント君主の——フランスに範をとった——中央集権化の努力の一つの現われであった。その結果、制度的“ポリツァイ”概念と“ポリツァイ官庁ないしポリツァイ施設の任務”としての形式的“ポリツァイ”概念が形成され、更に実体的“ポリツァイ”概念についても、広狭二義の区別が生ずることになった。すなわち、国家共同体の良き秩序状態の達成・維持ないし公共の福祉の促進という一般的ポリツァイ概念と、直接の保安機能という本来的任務ならびにそのポリツァイ施設への委任という特殊的ポリツァイ (Policei in specie) 概念である。制度的ポリツァイ概念は『プロイセン一般ラント法典 (ALR)』第二部第十七章第二二条ないし第二四条に、特殊的ポリツァイ概念もまた同法第二部第十七章第一〇条の「公共の静穏・安全・秩序の維持、ならびに公衆もしくはその個々の成員が直面する危険の防止に必要な措置を講ずることが、ポリツァイの職務である」という有名な規定に、その表現を見出した。

しかし、この段階ではまだ「ポリツァイ概念の縮減」という言い方はできない。たとえば一八〇八年二月二六日の地方警察 (Provinzial-Polizei) と財務官庁の改革に関する訓令 (Verwaltung) の第三条は、「朕の忠良な臣民の公共の福祉の配慮は、積極的と消極的との両面において、ラントのポリツァイ官庁としての統治府^{Regierung}の任務である」と述べて、一般的ポリツァイ概念がなお健在であることを明確に示している。そして忘れてならないのは、特殊的ポリツァイ概念が啓蒙絶対主義君主の中央集権化の努力の所産であったことである。そこから当然予想される通り、実体的「ポリツァイ」概念の

細分化をその縮減にまでおし進めたのは、啓蒙主義哲学と絶対主義の批判者たち——ドイツ観念論(カント Kant とフイヒテ Fichte) ならびに自由主義(アーレティン Johann Christoph Anton Maria von Arelin とロテック Carl von Rotteck) の法治国的・立憲主義的国家観であった。しかし、一般的ポリツァイ概念も、市民の特別の福祉の配慮を「ポリツァイ」の任務とするヘーゲル (Hegel) 哲学に支えられて、一九世紀を通じて維持される。結局、「ポリツァイ」が危険除去に限定されるのは、一八八二年六月一日のプロイセン上級行政裁判所判決——いわゆるクロイツベルク判決 (PROVCE 9, S. 353ff.) をまたねばならなかったのである。この判決を受けて、一九三二年のプロイセン警察行政法の第一四条第一項は、「警察官庁は、公共の安寧・秩序を脅かす危険から公衆または個人を守るために、現行法の枠内において、羈束裁量により必要とされる措置をとらねばならない」と規定した。危険除去に限定されたこの近代的「ポリツァイ」概念は、第二次世界大戦後、更に変容を被る。すなわち、バイエルン、ベルリン、ハンブルク、ヘッセン、ニーダーザクセン、ノルトライン・ヴェストファーレン、シュレスヴィヒ・ホルスタインの七州において、警察官庁と秩序・保安官庁とが区別された。バーデン・ヴュルテンベルク、ラインラント・プファルツ、ザールラントの三州は危険除去としての「ポリツァイ」概念の一体性を保持し続け、ブレーメンも一九六〇年にこれを再導入したが、以上の四州においても、制度的意味におけるポリツァイ(警察)と保安・秩序官庁とが、ともに「ポリツァイ」の任務を担当する行政の二つの部門として成立してきている。

ところでバイエルンにおいては、既に一九世紀の中葉に、但しプロイセンとは別の脈絡で、一般的行政と「ポリツァイ」とが区別されるに至っていた。後者は、たとえば「既に存在するものを危険と侵害から保護し、それが既存のものの保全にとって不可欠の条件と思われる限りで、国家の福祉のために、官憲的強制をもつて作用し行動することを任務とする国家活動」と定義される (J. Pözl, Grundriß zu Vorlesungen über Polizei, München 1866)。危険除去がポリツァイの目的として重視されている点では、この定義はプロイセンにおける新しい「ポリツァイ」概念と一脈相通じるものをもっている。他方、保安目的と結びついた形ではあるが、「公共の福祉」が持ち出されている点では伝統的である。しかし、その

最大の特徴は、目的達成の手段としての強制が定義の中に登場し、それがメルクマールとなって、行政と「ポリツアイ」とが区別されていることである。ここでは「ポリツアイ」は、強制権力ないし権限を備えた行政にほかならない。危険除去法の二つの類型、すなわち包括的な意味内容をもつ法が危険除去の任にあたる官庁に任務を課しかつ権限をも付与するプロイセン型と、任務配分規範と権限規範の二つから構成されるバイエルン型も、この二つの異なる「ポリツアイ」概念に対応するものである。このような理論的伝統の中で、第二次世界大戦後、バイエルンにおいても、警察と保安官庁とが区別される。地方自治体のレベルで、両者の組織上の分化が実施された。一般行政官庁は警察に対して指令を出すことはできるが、後者が前者に従属するわけではない。こうして、結局、「ポリツアイ」は一般行政庁の補助機関となって、その固有の管轄は緊急の案件に限定されてしまうことになった。

一九世紀以降の「ポリツアイ」概念を論じた無数の邦語文献中、今村前掲『二橋研究』所収論文五八頁以下、同『行政介入請求権をめぐる新動向』『二橋論叢』八九—（一九八三年）一六七頁以下、芝池義一『ドイツ警察法理論をめぐる若干の諸問題（一）』『法学論叢』九六—二、三（一九七四年）は非常に参考になった。なお、最初に掲げた今村論文五八頁は、ビュッター（Johann Stephan Pütter）が既に一七七〇年の著書において、官庁としての「ポリツアイ」の任務を「現在する危険の回避のための配慮」に限定したと述べている。しかし、その際に念頭におかれていたと思われる——スクーピン（Hans-Harald Scupin, *Die Entwicklung des Polizeibegriffs und seine Verwendung in den neuen deutschen Polizeigesetzen*, jur. Diss. Marburg 1970, S. 11ff.）が危険除去と福祉の促進との区別のはしりと評価している——「ユンターの『ドイツ公法提要（*Institutiones iuris publici Germanici*）』の初版（ゲッティンゲン、一七七〇年）の第六卷第三章（「ポリツアイ権 *ius politiæ* についで」）第三二一節（「ポリツアイ権全般」）ならびにホーエンタール（Carl Anton Friedrich Graf von Hohenhausen）の『ドイツ語訳（*Anleitung zum Teutschen Staatsrechte*, 2. Theil I. Bd., Bayreuth 1792）』の第七卷第三章第三二一節は、それぞれその末尾の文で、「公共の福祉の促進は、本来、ポリツアイ（官庁）の配慮するところではない。但し、脅威となつてゐる悪に対して（国家社会の）状態がそれだけ改善され、もしくは正に逆転するという意図

でなされる場合は別である (Promouendae salutis cura proprie non est politicae, nisi quatenus ea mente agitur, vt tanto lauior sit status isti malo, quod metuebatur, directe oppositus / Die Beförderung des gemeinen Wohlstandes ist eigentlich nicht die Sorge der Polizey, ausgenommen, so fern sie in der Absicht geschieht, daß der Staat von einem befürchteten Uebel desto mehr entfernt werde)』と述べている。Knemeyer, Art. Polizei, S. 889 が引用している第五版 (一七九二年) (第七卷第三章第三三二節) では、更にこの後に、「そして、この目的の結合の結果、一方が他方と一緒にポリツァイ〔官庁〕に委ねられている (場合は別である) (aut forte connexitas obiecti efficit, ut unum cum altero iunctum politicae committatur)」という句が追加されている。ピュッターは、ここに、危険除去との関連性が認められる限り、依然として公共の福祉の促進 (の一部) をポリツァイ官庁の任務に数えている。その真意は、クネーマイアーの指摘のように、「公共の福祉」の名の下にポリツァイ権が濫用されることを戒める点にあったと思われる。そのために彼は、「公共の福祉」の名の下にポリツァイ官庁が何をしてよいかを明らかにしようとしたにとどまり、「ポリツァイ」概念から「公共の福祉」の要素を削ることまでは考えていなかったのである。伝統的な「ポリツァイ」概念を拒否する必要はなかった。重要なのは、ポリツァイ官庁の権限を具体的に明確化することであり、更にはその行為が現実に「公共の福祉」に適っているかどうかを審査する手続を確保することであった。事実、Kroeschell, a. a. O., S. 69f. (村上訳「三九—四一頁」) が指摘するように、臣民の権利保護とその拡大は、一八世紀においては、「ポリツァイ」概念の縮減とは無関係に、既得権の範囲と限界、軍事に関する領邦高権の範囲、自然的自由の裁判による保護という具体的レベルでの議論を通じてはかられているのである。

(30) 前註(13)参照。

(31) 前註(29)参照。

(32) Hans Maier, a. a. O., SS. 98—105. 更に Knemeyer, Art. Polizei, SS. 876 u. 883—886 の叙述が、これを補足的に要約してくれている。

- (33) Hans Maier, a. a. O., S. 99 Fußn. 41. そこでは „politica“ の語がアンブロシウスなどに初めて登場するとなっているが、おそらく „politia“ の誤りであろう。なお、今村前掲『「橋研究」』所収論文五六頁参照。
- (34) Maier, a. a. O., S. 98. 前註(7)参照。
- (35) A. a. O., S. 99; Knemeyer, a. a. O., S. 883.
- (36) Hans Maier, a. a. O., S. 99f. „Staat“ の概念史については、村上淳「国家の概念史における帝国と領邦」吉岡昭彦・成瀬治編『近代国家形成の諸問題』(一九七九年)一三二—四頁ならびにアーノルト・オスカー・マイヤー「[Staat (国家)] という言葉の歴史に寄せて」F・ハルトウンク、R・フィーアハウスほか著(成瀬治編訳)『伝統社会と近代国家』(一九八二年)三〇頁以下を参照。
- (37) Hans Maier, a. a. O., SS. 98—101 は「ポリツァイ」＝「ポリテイア」概念とキリスト教的・身分制的「ポリツマイ」概念との両方の例として、オルデンドルフ(Johann Oldendorp)の二五三〇年の著書から引用している。一七世紀の「キリスト教的国家論」の代表者とされるシュップ(Melchior Schupp)にも「ポリツァイ」＝「ポリテイア」概念は見出されるという。
- (38) ハンス・マイアーの考え方は、辻前掲論文一三五—九頁ならびに今村哲也「Polizeiをめぐる法定立——中世ラントを中心に——」『「橋論叢」九四—五(一九八五年)一二五—一三〇頁に要領よくまとめられている。一言でいえば、「良き古き法」観念に支えられた法＝権利共同体としての国家である。
- (39) Hans Maier, Die Lehre der Politik an den deutschen Universitäten vornehmlich vom 16. bis 18. Jahrhundert, in: Dieter Oberdorfer (Hrsg.), Wissenschaftliche Politik. Eine Einführung in Grundfragen ihrer Tradition und Theorie, Freiburg im Breisgau 1962, 2. Aufl 1966, SS. 76f. u. 86f..
- (40) Hans Maier, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, S. 101. フリートリーブ(Ch. W. Friedlieb)の『キリスト教的にして有益かつ良き(あるべき)ポリツマイの叙述(Beschreibung einer Christlichen, Nützlichen und guten

Policy)』(一六二四年)とラインキング (Dietrich (Theodorus) Reinkingk) の『聖書に基づくポリツァイ (Biblischer Policy)』(一六五三年) が念頭におかれてゐる。Hans Maier, Ältere deutsche Staatslehre und westliche politische Tradition, Tübingen 1966, S. 9, jetzt in: ders. Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, 2. Aufl., S. 283 [『ドイツ国家論と西欧の政治的伝統』前掲成瀬編訳書一五三頁] は、ラインキングの著書の出版年を一六三五年としているが、あやまりであらう。Vgl. Christoph Link, Dietrich Reinkingk, in: Michael Stolleis (Hrsg.), Staatenkenner im 17. und 18. Jahrhundert. Reichspublizistik・Politik・Naturrecht, Frankfurt am Main 1977, S. 78ff.

(41) アリストテレスの『政治学』は、既に中世後期の人文学部において、倫理学・家政学・政治学からなる実践哲学の一部として、テキスト講読の形で講じられていた。但し、古典古代とは異なり、実践哲学の目標という地位は占めていず、得業士試験の直前に半年ほど講じられるにとどまった。家政学の比重は更に軽い。中世の関心の中心は倫理学におかれていた。その倫理学も個人の救済という神学的脈絡で把握されており、政治学との本来的結びつきは見逃されている。政治学はもはや倫理学の限界を補充するものではなく、君主の徳を説く「君主鑑 (Fürstenspiegel)」としての中世政治理論は逆に倫理学に従属するものといえる。政治学固有の問題はほとんど意識されず、国家を法令・制度・組織の物的結合体と捉えるアリストテレス政治学のもう一つの側面は軽視もしくは拒否された。総じて『政治学』は、実践の指針というより伝統的アリストテレス著作講読 (Corpus Aristotelicum) の一演習素材として、時代の現実政治から切り離して、学生たちに提供されていたのである。更に、エアフルト (Erfurt) やライプツィヒ (Leipzig) のような例外はあるが、一五世紀末から一六世紀初頭には、倫理学ならびにとりわけ政治学は、得業士試験の必須課目とはされなくなっていた。いきおい学士たちの間には、講義の時期が得業士試験の直前という不利もあつて、倫理学と政治学の勉強の手をできるだけぬこうとする傾向が見られた。そんな状況の中でメランヒトン^{マギスター}は、一五二七年、ヴィッテンベルク (Wittenberg) においてアリストテレス倫理学を講じ、一五二九年には『ニコマコス倫理学』の最初の二巻——後には五巻——を註釈付きで出版した (In Ethica Aristotelis commentarius)。翌一五三〇年には『アリストテレス政治学のいくつかの巻への註釈 (Commentarii

in aliquot politicos libros Aristotelis)』更に一五三八年には『倫理哲学摘要 (Philosophiae moralis Epitome)』が出版される。これと併行して、^{オランダ}論理学と倫理学の講義が区別され、独立の倫理学・政治学講座 (professio Ethices vel Politices) が設立されていく。ヴィッテンベルクとマールブルク (Marburg) では一五三六年、ヘルムシュテット (Helmstedt) では一五七六年の大学創立時から、それぞれ倫理学講座が設けられている。後に一時期、この講座がギリシア語の講座と合併されたことに象徴的に示されているように、この改革は人文主義精神によるものであった。独立の政治学講座がおかれるのは、一六世紀末のオランダにおいてである。ドイツでは、ようやく一七世紀になって、倫理学の教授が政治学を講ずることが一般的となった。但し、ライプツィヒ大学は既に一五八〇年以來、独立の政治学講座を有していた。逆にカトリック諸邦においては、倫理学・政治学の授業の占める地位は、依然として非常に限定されたものであった。倫理神学が形成されてきていたためである。インゴルシュタット (Ingolstadt) では、一六三六年から三十八年まで、改宗者のクリストフ・ベゾルト (Christoph Besold) が「勅法彙纂と国法学 (Codicis et juris publici)」の講座を担当している。しかし、その後、国法学もしくは「政治学 (doctrina politica)」の講義の導入が提案されたとき、ベゾルトの講義の聴講者が少なかったことを理由に、提案は否決されてしまっている。一八世紀になってもまだインゴルシュタットには国法学と一般史の講座がなかった。クライトマイアは、一七三三年、これらの両学科を修めるべくライデン (Leyden) とエントウェーグ (Utrecht) へと旅立っている。以上は、Hans Maier, *die Lehre der Politik*, SS. 60—85 の要約である。ベゾルトについて Klaus Neumaier, *Ius publicum. Studien zur barocken Rechtsgelehrsamkeit an der Universität Ingolstadt*, Berlin 1974, S. 63ff. や、クライトマイアについて Eisenhart, *Art. Krettmayr (Kreitnair)*, in: *Allgemeine Deutsche Biographie* 17, Leipzig 1883, S. 103 を参照。

- (42) Jutta Brückner, *Staatswissenschaften, Kameralismus und Naturrecht. Ein Beitrag zur Geschichte der Politischen Wissenschaft im Deutschland des späten 17. und frühen 18. Jahrhunderts*, München 1977, S. 150.
- (43) Hans Maier, a. a. O., S. 80f..

- (44) A. a. O., S. 84.
- (45) Brückner, a. a. O., S. 153.
- (46) Maier, a. a. O., S. 86.
- (47) Brückner, a. a. O..
- (48) Maier, a. a. O., S. 81 によれば、アルニサエウスは政治学を実践哲学の主要部分とし、「良くかつ幸福に生きる (bene beateque vivere)」という国家社会の究極目標を達成し家と国家とを整える真に建築術的な学問と位置付けた。Brückner, a. a. O., S. 154ff. によれば、彼は政治学を医術との類比で捉えて、「ars」と特徴付けている。但し、別のところでは「政治学または国家統治の学 (Politica seu scientia civitatis gubernandae)」という言い方もしていて、理論学と実践学との関係はそれほど明確ではない。また、アリストテレスは「ニコマコス倫理学」第六卷第三章以下で、制作ポイイーシスに関わる「*τέχνη* (技術)」と行為ポイイーシスに関わる「*φρόνησις* (思慮・知恵)」とを区別して、「政治学を「*φρόνησις*」(≠ *prudentia*) と特徴付けていたのに対して、アルニサエウスの場合はむしろ「*τέχνη*」とされているように思われるが、これらの程度の重要性をもつのか疑わしい。
- (49) Brückner, a. a. O., S. 155f. 前註の末尾の文も参照。
- (50) Hans Maier, a. a. O., S. 81.
- (51) その内容については、海老原明文「カメラルルヴィツセンシャフトにおける『家』——J. H. G. フォン・ユステイの思想を中心として——」【『国家学会雑誌』九四—九・一〇(一九八一年)二—五参照。Hans Maier, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, S. 140 や Brückner, a. a. O., S. 10 mit Fußn. 3 ならびにハンス・マイヤー前掲邦訳論文一一一頁は、ゼッケンドルフの二つの主著の間に、アリストテレス的・近代的国家観と伝統的キリスト教的身分理論との対照を認めているが、Michael Stolleis, Veit Ludwig von Seckendorff, in: Ders. (Hrsg.), Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert, S. 166 mit Fußn. 98 は「キリスト教的支配 (christliche Obrigkeit)」の原理は両著を一貫して流れており、『キリスト者の国家』は『ドイツ君侯国』の反対像ではない」としている。

- (52) ハンス・マイアー前掲邦訳論文一六一—二頁参照。
- (53) リプシウスの『政治学または国家学六書 (Politiconum sive civilis doctrinae libri sex)』(一五八九年)に始まるその伝統は、シェーンボルナー (Georg Schönborner) の『政治学七書 (Politiconum libri septem)』(一六〇一年)へと受け継がれていた。Siehe Oestreich, a. a. O., S. 375ff. なお、新ストア主義とリプシウスについては、『新ストア主義の国家哲学——ユストゥス・リプシウスと初期近代ヨーロッパ——』(一九八五年)を中心とする山内進氏の二連の論稿がある(『一橋研究』一一(一九七六年)、『成城法学』一、二、一〇、一一、一二、一三(一九七八、八—八三年))。
- (54) Brükner, a. a. O., S. 163.
- (55) Stollis, a. a. O., S. 150f. ゼッケンドルフは、一六四二年から四五年まで、シュトラスブルク (Strasbourg) 大学で学んだ。そこには、ローマ法の継受をめぐってコンリング (Hermann Conring) (一六〇六年—一六八一年)と論争したンバン (Johannes Rehan) とターボル (Otto Tabor) という法学者がいて、ゼッケンドルフも聴講しているが、これといった影響は受けていない。彼が緊密なコンタクトを持っていたのは、古典学・歴史学・政治学を担当するベクラー (Johann Heinrich Boecler) (一六二一年—一六七二年)であった。ベクラーは、コンリングや後にはプーフェンドルフ (Samuel Pufendorf) (一六三二年—一六九四年)やライプニッツ (Gottfried Wilhelm Leibniz) (一六四六年—一七一六年)とも交流があった。彼の師であり前任者であったベルネッガー (Mathias Bernegger) (一五八二年—一六四〇年)は、リプシウスの思想の普及に力を尽くした人で、「樅の木 of 誠実協会 (Aufrichtige Gesellschaft von der Tannen)」という純正ドイツ語の創出を目的とする言語団体の設立者でもある。ウプサラ (Uppsala) やイエーナ (Jena) にも勢力が及んでいたこの学派の研究領域は、文献学・歴史・リプシウスによる新ストア主義哲学と政治学・グローティウス (Hugo Grotius) (一五八三年—一六四五年) による自然法と国際法である。ベクラーも、リプシウスやグローティウスを講義し、『リプシウスの政治学についての論考 (Dissertatio de Politicis J. Lipsii)』(一六四二年)を出版している。グローティウスについても、註釈書を二つ著している。このような知的環境の中で大学教育を受けたゼッケンドルフは、歴史・政治学・帝国

国法論に深い造詣を示すとともに、生涯、オランダに対する高い評価と文献学への愛を保ち続けた。彼は、一六五四年、「豊饒協会」(Fruchtbringende Gesellschaft)という言語団体にも加入している。オランダとの関係で興味深いのは、一六五七年のオランダ旅行が、経済政策についての彼の考え方の変化をもたらしていることである。すなわち、『ドイツ君侯国』においては固定的身分・ツンフト秩序の維持を説いていたゼッケンドルフが、一六六四年の第三版への『補遺』(Additiones)においては、国富増進のために、ツンフトの廃止、マニファクチュアと新しい農業分野の開墾による職場の拡大、加工貿易の振興、耕地の拡大、住民税・入市税・転出税の廃止による都市の活性化、農村の手工業者の都市への集中を提唱することになるのである(S. 159)。そして、おそらくこの政策転換は、彼にとつては、『キリスト者の国家』の思想と相反するものでは全くなかったのである。

- (56) Brückner, a. a. O. 新ストア主義的国家学においては、法学的・歴史的解釈に比べて、心理学・道徳論の果たす役割が大きいいわれる。しかし、ユステイ (Johann Heinrich Gottlob von Justi) (一七二〇年—一七七一年)に至るまで、官房学とりわけポリツアイ学と政治学とが厳密に区別されることはなかった。もちろん、その間に官房学は——官僚養成のために設けられた領邦君主の学院^{アカデミー}において——独自の発達を遂げて、大学において講じられる伝統的政治学に対して顕著な相違を示すようになる。その結果、一八世紀に官房学が大学に導入される際、それは後者と対立関係に立つことになった。官房学学院^{アカデミー}を欠いていたプロイセンが、最初に官房学講座設立に踏み切った(一七二七年にハレ Halle とフランクフルト・アン・デア・オーダー Frankfurt an der Oder において)。ハレやゲッティンゲン (Göttingen) (一七五五年)のような新しい大学では官房学導入は比較的容易であったが、たとえば、フライブルク (Freiburg) における講座開設は、ヨゼフ二世の大学改革に反対する評議員会の解任後、可能となった(一七六八年)。因みにバイエルンにおける官房学導入は、一七八〇年まで遅れた。家政学の充実が、この官房学の発達を特徴付けている。

家政学は、中世以来一貫して軽視され続けてきたが、一六世紀末から一七世紀初頭に成立する「家父の書」の中に、その確かな地歩を得ることになった。ゼッケンドルフは、国家の統治と君主の家政を不可分と見て、家政学と統治論とを結

びつけたのである。君主の公私両面が峻別され、国家財政と君主の家政とが理論的に区別されるようになると、このような素朴な形での政治学と家政学との結合は不可能となる。だが一八世紀初頭に、家政学の内容が拡大されて君主の家政や国家活動全般をも包括するに至り、官房学と家政学との架橋が再び達成される。その一つの典型が、ディートマル(Justus Christoph Dithmar)の『家政・ポリツァイ・財政学入門 (Einführung in die Oeconomische Polizei- und Cameral-Wissenschaften)』(一七三一年)である。ゼッケンドルフにおいては家政学全般ではなく君主の家政だけが問題だったのに対して、ここではいわば狭い意味での君主の家政学である財政学(狭義の官房学^{カメルアルwissenschaft})とともに家政学全般がポリツァイ学とならんで広義の官房学の中に位置付けられている。官房学はこの形で大学に導入された。ユステイの官房学体系——政治学 (Staatskunst oder Politik)・ポリツァイ学および商業学 (Policy- und Commerzien-Wissenschaft)・家政学 (Oeconomie oder Haushaltungskunst)・財政学 (eigentliche Cameralwissenschaft, Cameral- und Finanzwissenschaft)の四分体系である——も、家政学を重視した伝統的官房学の発展の究極的表現にほかならない。すなわち、個々の生業に関する知識はもっぱら家政学に委ねて、ポリツァイ学においては、開墾、農制、都市と農村との法制、街道・郵便・水路といった公共施設、美観、人口増加政策、宗教、学問、教育、奢侈や無為徒食の規制、公民の徳目、国内の安全の維持、家の秩序、ポリツァイ立法、ポリツァイ法令の導守、ポリツァイ制度などとならんで、巨視的包括的な産業政策が論じられている。これによつて家政学とポリツァイ学とが峻別されると同時に、農村および都市の生産技術論を提供するものとしての家政学の官房学全体における位置はいよいよ重要なものとなった。そして、国家の安全を目的とする「政治学」と、「国家の一般財産を維持し増加させ、共同の幸福の促進に役立たせるすべを教え」もしくは「個々の家の福祉と公共善とを常に結合し調和させるためにいかなる国家制度を設けるべきかを教える学」——この二つの定着が根本的に同一のことを表現していることはユステイ自身が言明している——としてのポリツァイ学を区別するのである。以上の「政治学」とポリツァイ学と家政学は、国家の財産を維持し増加させることに関わる。その財産を賢明に用いてうまく家政を司るのが財政学である。したがって、ポリツァイ学が財政学に対して優位に立つ。官房学のここまでの発展は、とりもなおさず、中

世以来の倫理学中心の実践哲学観に対して、政治学・家政学・倫理学の三分科からなりその中では政治学が最高の地位を占めるアリストテレスないし逍遙学派的実践哲学体系が復興ないし実現される過程にほかならない。ユスティの「政治学」——軍事・外交ならびに治安維持を内容とする——とポリツアイ学との区別も、組織的・建築的部門 (pars constitutiva) と管理的部門 (pars administrativa) というアリストテレス政治学における伝統的区分に対応するもののように思われる。ゼッケンドルフ以来のドイツ官房学ないしポリツアイ学は、まさに後者を叙述するものであった。政治学とポリツアイ学との混同に対するユスティの批判は、前者をあらためて強調することによって、政治学の管理的部門への縮減を戒める意味を持っている。もちろんその結果、政治学の概念は逆の意味で——「政治学」への——縮減をおこすことになったのであるが。

一六世紀の末に始まる官房学における家政学の充実の歴史は、生業の主体ならびに支配体としての「家 (oikos, Haus)」の生成の過程でもある。ヴォルフ (Christian Wolff) (一六七九年—一七五四年) においては、自律的な法的支配圏としての「家」はまだ存在しない。彼の議論の出発点は個々の人間 (Mensch) であって、国家共同体の単位となる単純な社会 (einfache Gesellschaft) は、婚姻関係・親子関係・主人と奴婢との関係などである。「家」はこれらの社会の合成としての複合社会 (zusammengesetzte Gesellschaft) と観念される暫定的・観念的な状態ではない。各種の単純な社会はそれぞれ契約に基いて成立した法的関係であり、「家」はこれらを媒介として間接的に法的関係となる。これに対して、ユスティにおいては、「家」は、直接的に法的な存在となっている。それは家長の不可侵の支配圏であり平和領域であるとともに、紀律化 (Disziplinierung) の対象でもある。すなわち、国家は家長による家の支配に介入して家そのものを直接支配しようとしてはならないが、どのように家を支配すべきかを定めた法令を家父に与え、法令違背の場合の家父の責任を問うことによって家父を支配する。法的支配体としての「家」は、アリストテレスにおいてもそうだったように、まさに紀律化の目標であり結果なのである。こうして一八世紀の後半に成立した「家」の伝統の中で、やがてリール (Wilhelm Heinrich Rich) (一八一三年—一八九七年) が、「全き家 (ganzes Haus)」という言い方をするようになった。この脈絡で興味深いことに、

まさに僕婢裁判所 (Gesindengericht) の設置を提唱して「家」の内部への国家の介入を認めたゾネンフェルス (Joseph von Sonnenfels) において、家政学を中核に据えた官房学の体系の「国家諸学 (politische Wissenschaften, res politicae)」への解体が始まっている。ユステイにおいてポリツァイ学の中心を構成していた産業政策が商業学 (Handlungswissenschaft) として独立し、ポリツァイ学は国内の安全に関わる学と定義される。これを一九世紀におけるポリツァイ概念の危険除去への縮減の先取りと見る事ができるかどうかについては、今は解答を留保したい。これに対応して、政治学 (Staatsklugheit oder Politik) も国家の対外的な安全に関わるものということになる。しかし、ゾネンフェルスの主著『ポリツァイ・商業・財政学の諸原則 (Grundsätze der Policey-Handlung- und Finanzwissenschaft)』(一七六五年—一七七六年) の最も顕著な特徴は、やはり家政学を官房学の体系から排除していることである。以上の叙述は、Hans Maier, a. a. O., SS. 164—190 と海老原明夫前掲論文(一)〜(四)『国家学会雑誌』九四—七・八、九・一〇、九五—七・八、一一・一二(一九八一年—一九八二年) に大幅に依拠した。但し、「家」と紀律化との関係については、筆者と見解を異にしている。

- (57) Brückner, a. a. O., S. 155. アリストテレスにおける国家観のこのような「二面性」は、マイアー前掲邦訳論文一六一頁も指摘している。

- (58) ゼッケンドルフの国家観の「二面性」については、村上前掲『国家の概念史における帝国と領邦』一三二頁、同『近代法の形成』(一九七九年) 九一—一〇頁参照。

- (59) その代表がマキアヴァリの『君主論 (Principe)』であって、『マキアヴェリのポリツァイ (Machiavellis Policei)』として知られていた。

- (60) ゼッケンドルフにおいて、„policy“と„Stat“は同義である。ただ彼はなお、後者は「純正もしくは標準のドイツ語ではない」と感じており、「ポリツァイ」の語の方を好んだといわれる。Stolleis, a. a. O., S. 154 Fußn. 38.

- (61) 但し、ボテロ (J. Botero) のキリスト教的『国家理性論 (Della ragione di Stato)』——そのドイツ語訳は『良き諸ポリツァイと統治の指針 (Anordnung guter Polizeyen und Regiments)』である——の存在は、この相違を再び曖昧にす

る。Brückner, a. a. O., S. 162; Maier, a. a. O., S. 100. 更にゼッケンドルフが『ドイツ君侯国』を著わすに際して踏まえていた「実務経験」が「一六五三年のザクセン・ゴータ侯領の大ラント条令の制定という立法的性格のものであったことも確認しておきたい。Stalleis, a. a. O., S. 152.

(62) Kneumeyer, Art. Polizeil, S. 883f.; Hans Maier, a. a. O., S. 102.

(63) Hans Maier, a. a. O..

(64) A. a. O., S. 102ff. このことと彼の実践哲学の中心概念である「作法 (decorum)」との関係については Brückner, a. a. O., SS. 112—148 に陰影に豊んだ叙述があるが、さしあたりは村上淳「近代法体系の形成と『所有権』」『法学協会雑誌』九三—二(一九七六年)五三—五四頁、同「ドイツ法学」碧海純一・伊藤正己・村上淳編『法学史』(一九七六年)一二八頁を参照。

(65) Hans Maier, a. a. O., S. 103.

(66) „Politia“ はローマ人の間での „Respublica“ は近世のラテン語訳で多く用いられた呼称。藤沢令夫「『国家』解説」『プラトン全集11』(一九七六年)八一—八二頁。

(67) 前掲八〇五—八〇九頁。一方、『法律』篇の第七卷第一章ないし第三章では、良き国民となるための男女の教育全般が論じられている。

(68) 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)一〇—一頁(第三卷第四章)から引用すると、「善き国民は支配されることも支配することも知り、かつできなければならぬ。そうしてそれが国民の徳である」、となっている。

(69) この点についてのプラトンとアリストテレスの相違に関しては、田中美知太郎『プラトンIV——政治理論——』(一九八四年)四八—五〇頁を参照。本文における第三卷第四章からの引用も、同書によった。

(70) 山本光雄「訳者解説」『アリストテレス全集15』四一—〇頁。

(71) Brückner, a. a. O., S. 120f. によれば、これはトマジウスについても指摘できるものである。すなわち、彼は『法学生が知りかつ大学で学ばべき基礎理論の素描(Summarischer Entwurf derer Grundlehren, die einem Studioso Juris zu wissen und auf Universitäten zu lernen nötig)』(一六九九年)において、「作法」を定義して「我が国において最も高貴で立派だと考えられている身分に属する人々の好ましいところを模倣すること」だとしている。そして『第二選集(Auserlesene und dazu gehörige Schriften II)』(一七一四年)において、軍人である貴族身分の習俗(habitus)を全社会の標準としている。すなわち、「作法」という形で、国を守る者としての貴族意識を全国民に要求しているのである。

(72) Knemeyer, a. a. O., S. 876.

(73) Maier, a. a. O., S. 103f. mit Fußnoten.

(74) 一八世紀には「Verfassung」は「状態」・「性状」という非常に包括的な意味で用いられており、「国家組織全般」・「国家秩序全般」・「ポリツマイ」と等置されることが稀でなかったことは、既に註(13)でも触れたように、Dankowski, a. a. O., S. 112ff. 参照。

(75) Anmerkungen ad CJBj. XV, §. 3. Ziff. f, S. 195f. 『訴訟法典』の第一十五章は「上訴(Apellation)と破毀(Revision)について」の条項を集めたもので、その第三条は次のようなものである。「上訴は以下の場合には全く許されないか、少なくとも停止効は持たない(nicht……quo ad effectum suspensivum)。……第五号(5°)。対物権ないし永久権(Jus reale vel perpetuum)が問題にならない単純なポリツアイ事項に関する審理について。……」引用したクライトマイアの文章は、この第五号についての註釈の冒頭部分であって、これに続いて「厳格な意味における(in Sensu stricto)ポリツアイ事項」の説明がある。すなわち、条令や慣習法(Observanz)によって司法事項と対比されている場合である。例えば、一七二四年五月二三日勅法が、対物権ないし永久権(Jus reale vel perpetuum)が問題にならない事案や、最初の二つの審級(Instanzen)が同じ判決を下した場合、選定侯の統治府からの上訴は許されないと定めているのがその例である、という。つまり、第五号にいう「単純なポリツアイ事項」が「厳格な意味におけるポリツアイ事項」なのである。

- (76) 前註参照。
- (77) Reiner Schulze, Die Polizeigesetzgebung zur Wirtschafts- und Arbeitsordnung der Mark Brandenburg in der frühen Neuzeit, Aalen 1978 は、この点に着目したものである (zusammenfassend S. 183ff.)⁹。
- (78) 註(56)参照。
- (79) 註(56)参照。
- (80) 石部雅亮「サウイニーの法人論をめぐる諸問題(一)」『法学雑誌(大阪市立大学)』三二―四(一九八六年)六九頁。このことは、クライトマイアの立法活動からもうかがうことができる。本稿(一)一三頁以下参照。
- (81) 村上『近代法の形成』一四〇頁以下、本稿(三)五頁以下参照。
- (82) 本稿(一)『北大法学論集』三四―二(一九八三年)一〇六頁参照。
- (83) 村上前掲書一四五頁註(15)、本稿(三)八頁ならびに一八頁註(39)参照。
- (84) 本稿(三)五四頁註(55)参照。
- (85) 本稿(三)一四―一五頁註(14)参照。
- (86) Hans Schlosser, Zum Rechtsquellencharakter der bayerischen Polizeimandate des 16. Jahrhunderts, in: Archivische Zeitschrift 75 (1979), S. 228.
- (87) A. a. O., S. 228ff..
- (88) Ders., Gesetzgebung und Rechtswirklichkeit im Territorialstaat der frühen Neuzeit. Am Beispiel des Landesfürstentums Bayern (16./17. Jahrhundert), in: Diritto e potere nella storia Europea. Atti in onore di Bruno Paradisi, Firenze 1982, S. 525ff..
- (89) A. a. O., S. 532ff..
- (90) A. a. O., S. 534f..

- (91) A. a. O., S. 536f..
- (92) A. a. O., S. 537f.. 刑事事項についてのポリツァイ条令が威嚇効果を狙わざるをえないのも、そのためであろう。
- (93) A. a. O., S. 539f.. 「重刑罰犯罪」・「過重刑罰犯罪」の概念については本稿二六八頁註(四)参照。
- (94) Anmerkungen ad CMBC. I. 2. §. 13. Ziff. 7g., S. 87.
- (95) Schlosser, a. a. O., S. 540f..
- (96) Hans Schlosser, Rechtsgewalt und Rechtsbildung im ausgehenden Mittelalter, in: ZRG Germ. 100 (1983), S. 10.
- (97) Heinz Lieberich, Die Anfänge der Polizeigesetzgebung des Herzogtums Baiern, in: Festschrift für Max Spindler zum 75. Geburtstag, München 1969, S. 307ff., insb. SS. 309, 314ff., 319, 322 u. 333f., zitiert nach Hans Schlosser, in: Archivalische Zeitschrift, S. 227f..
- (98) それは実は「中世後期における命令と禁令」の問題である。Dietmar Willoweit, Gebot und Verbot im Spätmittelalter —Vornehmlich nach südhessischen und mainfränkischen Weistümern—, in: Hessisches Jahrbuch für Landesgeschichte 30 (1980), S. 94 がこの問題に先鞭をつけたが、今は立ち入らない。さしあたり南須原政幸「デイトマル・ヴイロヴァイト『中世後期における命令と禁令』『釧路工業高等専門学校紀要』一六(一九八二年)一二七頁以下参照。
- (99) Schlosser, in: ZRG S. 14f..
- (100) A. a. O., S. 15f..
- (101) A. a. O., S. 17ff..
- (102) A. a. O., S. 20.
- (103) A. a. O., S. 21f..
- (104) A. a. O., S. 22f..
- (105) A. a. O., S. 24f..

- (96) A. a. O., 25f..
- (97) A. a. O., S. 28f..
- (98) A. a. O., S. 30. 彼らによつて Armin Wolf, *Gesetzgebung und Kodifikation*, in: Peter Weimar(Hrsg.), *Die Renaissance der Wissenschaften im 12. Jahrhundert*, Zürich 1981, S. 145ff. にしたがつて、少なくともかなりの範囲の人間を一般的に拘束する法規範で、権限のある權威によつて発給され認証された証書ないし証書類の形式をとるものを「法律」と考えらる。
- (99) A. a. O., S. 30ff.. 私法・刑事法・訴訟法その他の行政行為に関する「ラント命令」で公布命令を伴わないものが多数存在しているが、それは内部的指令であつて、法律ではない。その多くは具体的な紛争についての法の解釈や執行に関するものであつて、問い合はせに答えたものであるのが普通である。また、その内容ゆゑに秘密とされている場合も多い。A. a. O., S. 32f..
- (100) Reiner Schulze, a. a. O., SS. 96—104; Kroeschell, a. a. O., S. 59 [村上訳一二五頁]。
- (101) A. a. O., SS. 93ff., insb. 125ff..
- (102) 西川洋一「フリードリヒ・バルバロッサの証書における王権と法(一一五二—一一六七)」『国家学会雑誌』九八一・二(一九八五年)八〇頁、本稿(一八六頁)。
- (103) 前掲八〇頁ならびに一一二頁。
- (104) Karl Kroeschell, *Verfassungsgeschichte und Rechtsgeschichte des Mittelalters*, in: *Gegenstand und Begriffe der Verfassungsgeschichtsschreibung (Der Staat Beiheft 6)*, Berlin 1983, S. 74ff. ならびに西川洋一「カール・クレッシェル『中世の国制史と法制史』翻訳と解説」『国家学会雑誌』九七・七・八(一九八四年)八六—七頁と一〇一—一〇四頁参照。
- (105) 南須原政幸「近世法律史について——Bernhard Diestelkamp, *Einige Beobachtungen zur Geschichte des Gesetzes in*

vorinstitutioneller Zeit. Zeitschrift für historische Forschung, 10. Band (1983) S. 385—S. 420 の紹介を兼ねて——」
『釧路工業高等専門学校紀要』一八（一九八四年）一三五頁。

(116) Ebel, a. a. O., S. 8 [西川訳四頁]。

(117) Sten Gagnér, Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung, Stockholm, Uppsala u. Göteborg 1960, S. 54f..

(118) 村上淳一「法律の『一般性』について——近代法律概念の成立と変質——」鈴木祿弥・五十嵐清・村上淳一編『概観ドイツ法』（一九七一年）九三頁。

(119) 前掲九六頁。

(120) Gagnér, a. a. O..

(121) Karl Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte I (bis 1250), Reinbek bei Hamburg 1972, S. 311.

(122) 久保正輔「Liber Augustais について」『法制史研究』三二（一九八三年）一頁以下参照。

(123) Franz Wieacker, Buchbesprechung zu Sten Gagnér, Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung, in: Särtryck ur Kyrkohistorisk Årsskrift (1960), SS. 310—315. ガグネアについては市原靖久「中世教会法における『美定法』概念の登場——クットナー説の検討を中心として——」『法学論集（関西大学）』三一・二・三（一九八一年）一九一頁ならびに同論文に対する淵倫彦氏による書評『法政史研究』三二（一九八三年）三六〇頁も参照。

(124) 南須原前掲一三四頁。

(125) Friedrich Ebel, Über Legaldefinitionen. Rechtshistorische Studie zur Entwicklung der Gesetzgebungstechnik in Deutschland, insbesondere über das Verhältnis von Rechtssetzung und Rechtsdarstellung, Berlin 1974, S. 126. 南須原前掲一三一—一三頁による。同一三一—一三頁によれば、ディーステルkampはこの「法律の効力を持つ教科書」を法律の基本類型と認めることを拒否している。臣民が名宛人でないということがその理由になっているようだが、これについては直接の名宛人だけではなく間接的ないし本来の名宛人をも射程に入れるべきことは、シュロッサーのポリツアイ立法史

研究が教えてくれているように思われる。そして、本来の名宛人としての臣民は、まさに間接的であるがゆえに、指示対象として相当程度観念的であつてよい。これと関連して公布について一言すれば、それは法律に「通用」を付与する数多くの手段の中の一つであるにすぎない。そもそも「規範的意味内容」という意味での法律は一つなのであつて、それに就いて「基本類型」を云々することはできないのである。

(126) 前註参照。

(127) Edel, a. a. O. 15 Ders., Die Willkür. Eine Studie zu den Denkformen des älteren deutschen Rechts, Göttingen 1953 を発展させたものと見る事ができる。

(128) 西川前掲八七、一〇二頁。

(129) 石川武教授は、神の平和とラント平和令の双方について法規範定立の要素と誓約の要素を区別した上で、人々は法律へ、と誓約するのではなく、法律を誓約することを指摘している。その意味において、この二つの平和運動はどちらも真正な意味での立法であつて、ただ、「公共性の理念」の具体的範囲（一方は「キリスト教徒の共同体 (Christenheit)」、他方は「ラント」とその具体的担い手（一方は神と全教区民、他方は国王とラント民）を異にしているにすぎない。神ないし国王が自己の名において、神の平和令ないしラントの平和という「公共性の理念」を基礎に何らかの法律を命令し、その遵守を教区民ないしラント民という民衆が誓約する——但しラント平和令の場合、封建諸侯の平和の誓はなお自発的な性格を保存していたのに対して、一般の人民のそれは強制的なものになつていた——という立法の基本構造に変わりはない。本稿(一)九〇頁。これに対してクレッシェルは、皇帝のラント平和令を「協約」と見る。同九三頁註(16)。しかし、本文に述べたような理解からすれば、この二つの見解の間に本質的な対立は存在しない。

(130) 本稿(一)九一頁。

(131) Karl Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte 2 (1250—1650), Reinbek bei Hamburg 1973, S. 254f. 村上淳「『良き旧き法』と帝国国制(一)『法学協会雑誌』九〇—一〇(一九七三年)三七頁以下、同『近代法の形成』六六頁以下参照。

- (132) Fritz Kern, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, in: HZ 120 (1919), jetzt auch Darmstadt 1952において最終的に定式化された彼の中世法像は、'Über die mittelalterliche Anschauung vom Recht', in: HZ 115 (1916)を経て、*Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter. Zur Entwicklungsgeschichte der Monarchie*, 1914, 2. Aufl. hrsg. von Rudolf Buchner, Darmstadt 1954にまで遡ることは周知の通りである。その初版の序文はまさに第一次世界大戦の開戦の日に書かれている。以上の三著の間ではその見解に若干の相違が認められるが、それについては岩野英夫「Fritz Kernの法思想」矢崎光圀・八木鉄男編『近代法思想の展開』（一九八一年）九七頁以下、ケルン学説に対する筆者自身の立場については『法制史研究』三二（一九八三年）三八三頁以下所収の岩野論文の書評ととりわけ三八六頁を参照。
- (133) Kroeschell, a. a. O., S. 255; Gerhard Theuerkauf, *Lex, speculum, compendium iuris. Rechtsaufzeichnung und Rechtsbewußtsein in Norddeutschland vom 8. bis zum 16. Jahrhundert*, Köln u. Graz, SS. 23—26.

- (134) A. a. O., S. 23f.に指摘されているカントーロヴィチ、Hermann Kantorowicz)の一九〇六年から一九二五年の間における消極的態度変化も、この点に関わるものかも知れない。そしてこの認識の上に、利益法学から評価法学へという現代ドイツ（私）法学の主流が成立する。エールリヒ（Eugen Ehrlich）の法学も、これらと同様の法学史的位置を占めている。したがってTheuerkauf, a. a. O., S. 28f.が暗示しているように、ケルンと法社会学との関係は微妙である。蓋し、一方では初期のカントーロヴィチに見られたような——そして形を変えてケルンに受け継がれた——法律実証主義に対する尖鋭な対比は克服したが、他方で法規範と規範適合的な行為との対応、相互作用を「通用のチャンス（Wirkungschance）」という概念を媒介に考究し、それによって習俗（Sitte）・密律（Konvention）・慣習法（Gewohnheitsrecht）などのさまざまな行為規範を重視する法社会学的考察方法（Vgl. Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, II. Teil 1. Kap. §§. 1 u. 2, 7. Kap. §. 3）とケルンとの間の親近性を全面的に否定することはできない。因みにマックス・ヴェーバーの『経済と社会』が公刊されたのは一九二二年のことであるが、既に一九一三年にはエールリヒの『法社会学の基礎付け（Grundlegung der Soziologie des Rechts）』が出版されている。以上の法学史的脈絡

について、もしもたゞ Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin u. Heidelberg 1983, SS. 48—68 u. 117ff. ならびに磯村哲『社会法学の展開と構造』(一九七五年)二九七頁以下参照。

- (13) Karl Friedrich Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, 5. Aufl., II. Teil, Göttingen 1843, Nachdruck Frankfurt am Main 1983, S. 191 Fußn. a) 曰く、「裁判官は法を補充し、時代に適合させねばならないという見解は、裁判官が古来有していた権力が徐々に弱まり成文法への拘束が強まったまにその時期になつて登場した和解の制度において特に言われるものである」。

村上淳一『権利のための闘争』(一九八三年)二四一頁以下、山島正男・福永有利・小川浩三『法のことわざと民法』(一九八五年)一一一頁以下(小川執筆分)によれば、近代私法の大原則の一つである過失責任主義は、必ずしも加害者ないし債務者の責任の緩和を意味するものではなかった。それはむしろ裁判制度の整備・発展を前提として、裁判官に過失の有無の認定を委ねることによって贖罪の範囲を拡張するものであったのである。その後の注意義務の加重やいわゆる無過失責任も、このような法的紀律化の延長上で捉えられる。

同じく契約の自由ないし私的自治については、山島他前掲書六七頁(小川執筆分)、村上淳一『ドイツ市民法史』(一九八五年)三五八頁と三六一頁註(36)がそれぞれ、それは合意以前の法律の存在を予想し、契約当事者は法律によって許された限られた範囲内において合意を通じて法律を作るにすぎないこと、そして私的自治が法学上の切実な問題として議論されるようになるのは一八六九年のドイツ法曹会議のイエーリング(Rudolf von Jhering)報告以後であることを指摘している。この点については更に Fritz von Hippel, Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung (1930), in: ders., Rechtstheorie und Rechtsdogmatik. Studien zur Rechtsmethode und zur Rechtskenntnis, Frankfurt am Main 1964, SS. 15—23 ならびに Male Diegelhorst, Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen, Köln u. Graz 1959, S. 75 Fußn. 20 の「可能な取引行為の内容を(当事者が)自由に決定することを基本的に認容する現行法(ドイツ民法典第三〇五条)は、その結果として不可避に生ずる法的な約束と社会道德的な拘束力を持つにすぎない約束とりわけ単なる好意関係との

区別を裁判官に委ねるものである」という指摘を参照。一般的に Autonomie が裁判官法 (Richterrecht) の形成を意味することは、村上『ドイツ市民法史』三六―七頁がアイヒホルンを引用しつつ論じている。

最後に前国家的・法以前的な「所有 (Eigēn)」と区別される近代的・抽象的・絶対的「所有権 (Eigentum)」が法圏の分裂の克服ならびに裁判制度の合理化すなわち中央集権国家形成の所産であることについては、石井紫郎「財産と法——中世から現代へ——」岩波講座『基本法学3——財産』(一九八三年)所収を参照。しかし、所有権概念が完全に制度化されたところに新たな問題が胚胎する。「もしも、法学が、所有権をめぐって衡量さるべき諸利益のカタログを提示するだけにとどまり、立法と『裁判官の法創造』に問題をゆだねてしまうなら、所有権は文字通り、『力関係』の渦の中に投げ込まれ、『具体的所有権秩序』どころか、グネ得と泣き寝入りの間を揺れ動くその都度、主義に陥りかねないのではなからうか」(前掲書三七頁、傍点原文)という問題である(本註とりわけ冒頭に引用したアイヒホルンとディーセルホルストの言葉については、北海道大学助教授小川浩三氏の御教示を得た)。

訂正と確認

本稿(三)(本誌三四卷六号)四一頁の末尾から四二頁の冒頭にかけて「ハイスラー (Hiesler) が一七五二年に著した……」(傍点部分の印刷が不鮮明)

同六三頁註(85)右から一行目「……許される行為は、許された行為ないし……」↓「……許されぬ行為は、許された行為ないし……」

《 Summaries of Contents 》

Kreittmayr in der bayerisch-landrechtlichen Entwicklung
(„Friede“, „Polizei“, „Konsitution“ als
rechtsschöpferische Ideen)
—Verfassungsgeschichtliche Prolegomena
zur Landrechtsforschung— (5)

Von Takuro WADA*

Inhaltsübersicht :

0. Einführende Bemerkungen zur typologischen Forshung 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 im 1. u. 2. Heft des 35. Bands)
 3. Einteilung des Jus Publicum in die Konstitution und das Verwaltungsrecht (Ausklang der älteren Landrechtsgeschichte und ihre Neuent-

* Associate-Professor an der juristischen Fakultät der Universität von der Stadt Osaka

faltung im 19. Jh.).

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