九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

イェーニゲン稿『サヴィニー・プロイセン一般ラント法講義』（二）

石部，雅亮
大阪市立大学法学部 ： 教授

野田，龍一
九州大学法学部 ： 助手

https://doi.org/10.15017/16181

出版情報：法政研究. 48 (2), pp.457-492, 1981-02-20. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

資料

イェーニゲン稿『サヴィニー・プロイセン一般ラント法講義』（二）

石部雅亮
野田龍一

目次

序論……（以上第四八巻第一号）
第一篇　総則
Ⅰ　序論［法源］
第一款　1　法律
a　法律の起草
b　法律の公布
第二款　2　特権
第三款　3　その他の法源
Ⅱ　人
第四款　1　性
第五款　2　年齢
第六款　3　死亡
第七款　4　心神喪失
第八款　5　法人……（以上本号）
Ⅲ　物
Ⅳ　権利の一般的性質
Ⅴ　権利の得喪の一般的原因
Ⅵ　期日計算
第二篇　物権法
第三篇　債務法
第四篇　親族法
第五篇　相続法

第一篇　総則

Ⅰ　序論［法源］

1　法律　第一款

a　法律の起草　ラント法序章、第七―九条。法令集一八一七年、六七頁。(1)

ラント法は、この点につき、つぎのように述べている。(2)法律はすべて、国王の裁可の前に、法律委員会(Gesetzcommission)(3)の審査を受けねばならず、それについて、国務参議会(Staats-(4)

rath）の各部局が、責任を負わねばならない。法律起草の手続は、以上のように規定された。

この点につき、法典序章、第一二条は、はなはだ問題の多い危険な規定を置いていた。この条文は、ラント法では削除されているが、当然である。

後に、法律委員会は活動を停止した。[5] 一八一七年三月二〇日の命令、第二条および第七条によれば、法律および命令はすべて、枢密院の審査[6]を経ねばならない。法律委員会の代りとなるのは個々の部局である。

『〔一八二四年〕五月三日』

b　法律の公布　ラント法序章、第一〇―一三条。法令集一八一〇年、一頁、一八一一年、一六五頁、一八一八年、一頁、一八一九年、一四八頁。

法律の公布に関し、詳細な規定が、ミリウス『勅法集』第二巻第一部、六一三頁にある。[7]

ラント法には、法律の公布につき、序章、第一〇条、第一一条の規定[8]があるが、その表現はきわめて不明確で具体性を欠く。そこには法律が一般的効力をもつための基準となるような規定が含まれていない。

一八〇三年の公布令は、「裁判所が準拠すべき法律は、裁判所に送付された法律か、あるいは、学士院編の法令集に採録され、『新雑誌』（„das neue Archiv"）にもまた採録されている法律に限られる」[9]と述べている。これは、『雑誌』に採録されることが公布のために必要である、という意味のようにみえる。ところで、「もまた」（auch）を二者択一であると解し、すなわち、「もまた」の代りに、「あるいは」（oder）にすれば、『雑誌』それ自体の抜粋に、公布をおこなわずして、法律としての効力が与えられることになろう。〔一八〇三年の公布令の〕この規定は、公布の要件ではなく、公布のさいにとりうべき方法を定めたものだと説明されている。マティス第一巻、緒言、六頁。

法令集の創刊以来、公布の形式は、――〔法令集〕一八一〇年、一頁、一八一一年、一六三頁、一八一三年、二頁――〔以上の命令の〕規定に従って公布されるものだけが、法律の効力をもつと定められた。[10] いまや法令集が公布の機関である。それに加えて、法律は、各レギールングの官報（Amtsblatt）で公布され、それぞれのレギールングの官報に掲載された日より八日後に発効するものとされた。この公布方法は適切である。[11] レギールングが、あるいは官報に掲載することを怠ることがあるかもしれないとの心配が生じるかもしれない。いまの規定では〔八日という〕期間は、ある点で、重要なものではないとされている。とくに官庁は、期間の定めとは関わりなく、官庁に関する指令については、官庁は、それを知った時から直ちに従わねばならないからである。それに附随してまた、官庁は、もはやその不知を理由として免責されえないという規定が設けられている。[12] しかし、法律それ自体の公布は、臣民について八日とい

う期間を定めているのである。

公布に関するこの規定は、ライン・プロヴィンツでもまた施行されている。法令集一八一九年、一四八頁[12]。

法律の解釈に関して　序章、第四六条に[13]、法律の解釈に関してきわめて不明確な規定がある。それよりも重要な規定は、［法律の本来の意味について］疑いがあるとき、裁判官は、法律委員会に照会する義務があり、それに対して、法律委員会自身が決定をおこなうが、それは当該事件に限られ、かつ裁判官を拘束するというものである。序章、第四七条[14]。この規定は、一七九八年に廃止されている[15]。そして裁判官は、その確信に従い判決するが、曖昧な点を司法大臣（der Chef der Justiz）に報告せねばならない。シュテンゲル第五巻、四〇五頁。ラント法第一附則、第二条[16]。

第四七条の規定は、［一般］裁判所法の一八二三年版、第一部第一三章、第三三―三五条になお残っている[17]。だが、この規定ももはや通用しなくなっている。序章、第四九、第五〇条[18]。

法律は、公布の日からのみ適用される[19]。序章、第一四条[20]。

法典草案序章、第二〇条には、これと異なった規定がある。それによれば、法律を過去に遡及させることもまた、立法者の自由であるとされる。

［ラント法には］、犯罪が旧法に基づいてなお処罰されていない場合、新法の軽い刑罰を適用するという規定がある。序章、第一八条[21]。

法律が新しいものではなく、既存の法律の解釈にすぎない場合、この法律は、以前の事件にも適用される[22]。序章、第一五条[22]。

法典草案は、これを更に拡張していた。

［ラント法］序章、第二三条以下。

［準拠法に関する］主たる原則

一　人の性質および権能は、その住所地の裁判所の法（jus fori domicilii）による。住所地が分明でないときは、出身地の裁判所の法（jus fori originis）による[23]。

二　土地に属する権利は、物の所在地の法（jus rei sitae）による[24]。

三　動産に属する権利は、住所地もしくは現在の居所による[25]。

四　特定のプロヴィンツにつき行為の形式を定めた場合、この規定は、このプロヴィンツでおこなわれる行為にのみ適用される[26][27]。

第二款　特権[28][29]　ラント法序章、第五四条以下。

法典草案［序章］、第一一条および［一般］法典［序章］、第九条は、第三者の権利を侵害するような特権は無効であると規定するが[30]、この規定はラント法では削除されている。

[特権の]廃止　ラント法序章、第七〇、七一条。[31]

国家は、すべての特権を、また有償契約によって取得された特権をすら廃止しうる。ただし、公共の福利を理由として、かつ十分な補償をなす場合に限られる。この補償は、契約によって、かつ契約なき場合には、裁判官の判決によって確定される。これは、きわめて恩恵的な規定である。ところで、[ここでいわゆる補償をおこなうとは]権能の価値を補償することを意味するのか、あるいは特権保持者が損害賠償を受けるにすぎないことを意味するのか。法典資料から明らかになるのは後者の意味である。[32]

第三款　その他の法源

A　慣習法

[ラント法によれば]この法源は将来まったく適用されず、合理的な慣習法については、これを地方法典のなかに採り入れ、それ以外に新しい慣習法は成立しないとされる。ただし、法律上の規定がないときは、暫定的に慣習法が適用されることになっている。[ラント法]序章、第三条。[33]

ランデスヘルが個々の場合にかつ個々の対象について発する命令は、他の場合に適用されない。この命題が一般的に表現されているために疑いがある。だが、法典資料には、それに関してつぎの説明がある。ランデスヘルが特別免除あるいは特権を付与するさいに、[一般的根拠をもった]理由を添付するときには、この理由を一般的規則とみなしてはならず、当該の場合についてのみ適用せねばならない。[34]

[ラント法]序章、第六条の規定[35]では、法学者の見解および裁判所の従来の判決は、[将来の]裁判のさいの法源ではない。いかなる裁判官も、法学者の見解に従って判決する義務を負わないという点では、この第六条の前半部分は、普通法にもあてはまることであった。[36]［第六条の]命題の後半部分はきわめて一般的である。それゆえ、従来の判決（**ältere Aussprüche der Richter**）という表現を、二通りに、すなわち、先例（**praejudicium**）[37]とも確定判決（**res judicata**）とも解することができよう。従来の判決とは先例のみを意味することについては争いがない。法典草案序章、第四条は、この点をより慎重に表現している。それによると、裁判官の判決はただ訴訟当事者間でのみ法律としての効力をもつ。シュテンゲル第一巻、一五六頁。

このような見解の出発点は、従来のよくない解釈が、新しい優れた解釈の妨げとなってはならないということにある。

しかし、この規定はあまりにも一般的である。[裁判のさいに]もっとも頻繁におこるのは、必ずしも法律解釈が誤っているということではなく、いろいろの種類の解釈が可能であるということであるにすぎず、この点に関して先例は有益だからである。

一般法典序章、第六、第七条では、**Machtspruch**[38]は無効であ

り、また暫定的におこなわれた処分が有効であるのは、そこから回復しがたい損害が生じない場合に限られるとされている。この規定は、ラント法では削除されている。

B 省令（Ministerialrescripte）について

省令が一般的規則を述べる場合――とくに回状（Circular-rescript）――それは、立法者によって規定されるまで、裁判官に対し拘束力をもつのか。また省令が個々の事件に関して発せられる場合、それは、裁判官の判決に代えることになるのか。この二つの問いは、われわれの法律の精神と意味に則れば、否定されねばならない。

裁判官は、先例からも自由であり、その判決においては全然拘束されることがない。いわんや、裁判官がなお別の方面から制約を受けるわけがない。ラント法［序章］、第四九―五一条および附則第二条。(39)

裁判官は、ただ法律とその現在只今の確信に従ってのみ判決せねばならないというのが、この法律の見解である。――疑問は、一七八〇年の官房令(40)によって除去されたようにみえる。そこでは、まさに省令の法律としての効力を否認しているからである。

しかし、省令を、とくに裁判所の伺いに基づき裁判官を指導するために発せられた指示とみる場合には、それは有益である。法律によればこうした省令は、拘束力をもった指示とはいえず、とくに裁判官の判決や法律に反すれば不法となるであろう。だが、そういうことが実際に起きた場合がある。ミリウス［勅法集］では、これらの命令を発したのが国王であるか大臣であるかを区別しがたいことがしばしばある。というのは、すべての命令が国王の名で発せられており、また、そのような処分もすべて国王の名で発せられているからである。末尾に国王の名が記されている場合、その命令は国王によって裁可されたものである。しかしそのほか、国王の署名がない場合でも、実際は国王の名前で命令が発せられることがある。

省令には、従来しばしば法律としての効力が与えられてきた。それは以下の事情によって説明される。すなわち、ラント法も［司法］省の手で作られ、裁判官がこの法典に不慣れなことが多かったので、［司法］省が決定を下すことが必要であり、(41)――七九八年の王室裁判所の報告（シュテンゲル第六巻、九九頁）(42)および一八一〇年一一月三日の省令（マティス第九巻、五一一頁）(43)が発せられた。

一八一〇年の省令には、別に明確な法律の規定がつくられるまでは、マティス［月報］に収録された省令が法律としての効力をもつとある。このような省令が法令集創刊の数日後に出たのは奇妙である。

法律の公布に関する上記の規定［＝一八〇三年の公布令］によると―マティス第一巻、緒言、七頁―、省令は新勅法集に採り入れられた場合にのみ法律としての効力をもつように思えるか

らである。

カンプツ第三三分冊、二八頁に収録の指令。そこでは、省令が新勅法集に未収録であるために無効であると言われている。[44]

だが、この「一八〇三年の公布令の」条文は、明らかに法律のことだけを言っているのであり、省令は、概念上法律ではないのである。それゆえ省令は、裁判官に指針を与えるための指示であるにすぎず、裁判官を拘束するものではない。

第二の問題に関しては、一八一五年九月六日の閣令、法令集一八一五年、一九八頁[45]がある。この閣令は、本来の判決作成と、判決を準備するための処分や行為とを区別する。司法大臣は、このような処分や行為に関し裁判所に指示を与える権利をもち、裁判所はこの指示に従わねばならない。また司法大臣は、裁判所がすでにおこなった行為すら変更することができる。しかし、裁判官の判決は、まったく自由かつ独立であり、ただ法律にのみ拘束されるべきである。

裁判官の独立という後者の命題によって、第一の問題も本来一緒に解決されている。

裁判官は、ただ法律にのみ拘束され、それゆえに、法律ではない省令に拘束されることはない。

「一八一五年の」閣令の第一点「＝司法大臣の指示権」は疑義があるように思われる。だが、これは、普通民事訴訟のもっとも重要な変更のひとつ、すなわち、中間判決がわが国ではおこなわれず、したがって、「訴訟進行中に裁判所が個々の争点につきおこなった決定に対しては」上訴がおこなわれないことと関連している。ところで、裁判官が誤りをおかし、または、当事者が、裁判官は誤っていると思うことは当然である。その場合、当事者は、上級官庁に抗告することができ、それゆえに司法省に特別抗告をすることが必要であった。[46] この点は、とくに注目に値するのであり、したがって、それは、「プロイセンの」裁判制度と真に内面的な関連を有しているのである。

II 人 ラント法第一部第一章

一 性 第四款

第一章、第一九―二三条は、両性具有者の関係に関する規定である。

「両性具有者が、男女いずれの性として養育されるべきかを」まず最初に定めるのは両親であるが、一八歳になると本人自身これを定める。しかし、第三者の権利がその性別に左右されるときは、これを決定するのは専門家[47]である。この規則は、普通法と実質的に異なっていない。

二 年齢 第五款

幼児期とは、出生後の七年間である。「ラント法第一部第一章」、第二五条。

未成熟は、性の区別に関わりなく一四歳未満である。同、第

二五条。この点で、ラント法は、［普通法と］異なっている。(48)

未成年について、ラント法は、前掲箇所、第二六条で規定するが、それによると、未成年は、出身地および身分の区別に関わりなく、二四歳になると終了する。また、後見もそれで消滅する。［ラント法］第二部第一八章、第六九六条。(49)

すでにラント法制定前に地方法の相違を廃して、この点につき抜本的な原則を定めようという意図があった。

ところで、この点に関するラント法の規定は、他の規定のように、補充法としての性質をもたないのだろうか。

法典資料および最初の草案にある見解によれば、貴族は二五歳で、その他の者は二一歳で成年となるとされた。法典草案でもなお同様である。法典草案第一部第三篇第六章、第七―九条。(50)

後に、貴族に関しては、成年年齢を二四歳に定めるべきであるという意見が生じた。

一七九〇年、首席司法大臣は、［国王に］伺いを立てたが、それは、成年年齢につき全プロヴィンツに一律に、貴族については二五歳、その他の者については二一歳という原則を定めるものであった。

一七九〇年一一月五日の官房令（未刊行）。この官房令により成年年齢は、身分に関わりなく、全プロヴィンツに関し、一律に二四歳に定まり、この規定が、［一般］法典に採り入れられた。(51)――この官房令に基づき、［一七］九一年九月六日に、全レギールング宛、政府の回状が出された。ラント法は、これに従っている。(52)

［ラント法第一部第一章、第二六条にいわゆる］「出身地および身分の区別に関わりなく」とは、どのような意味なのか。いくつかの刊本では、［出身地（Ort der Herkunft）という用語の］「地」（Ort）と「出身」（Herkunft）との間にコンマが打ってあり――しかもこの方が正しいが――、別の刊本にはそれがない。(53) コンマのある条文によれば、住所地も顧慮することなく、［全プロヴィンツに関して］ラント法の規定が基準となる。しかし、ラント法は、この点で地方法をまったく廃止するかどうか、明確な規定を設けなかった。それゆえに、実務では、あいかわらず地方法も考慮されていた。省令は、この不明瞭な規定を明確なものと考え、この点に関し地方法を適用すべきではないとした。ラント裁判所（Landescollegia）は地方法の適用廃止について、また、それ自身の見解について報告を求められた。ラント裁判所の見解は、二四歳説と二一歳説とに分かれた。

一八〇八年六月一六日に官房令が、一八〇八年六月二六日には回状が出された。マティス第六巻、一九三頁。勅法集一八〇六―一〇年、三五九頁。(54) この官房令は、必ずしも決定的なものではなかったが、いくつかの地域で誤って公布され、また司法省は、成年年齢を二四歳に定める伺いを出したが、これは、一八〇八年一一月二三日の官房令によって承認された。一八〇八

年一一月二四日回状、マティス第一一巻、三五頁。この回状は、ラント法の補充的規定を絶対的な規定に転換し、あわせて地方法を廃止することにした。ただし官房令は、これを必ずしも明確に規定しているわけではない。[55]

地方法が残っていたエルフルトとヴァンダースレーベンでは、ラント法と地方法とのいずれを適用すべきか疑問が生じた。それゆえに、布告（Declaration）が出された。法令集一八一七年、二〇一頁。[56]

ユダヤ人の成年年齢については、一七六八年の命令［および］［ラント法］第一附則、第三条が、これを二〇歳と定めた。[57]一八一二年のユダヤ人勅法第七条および第二〇条により、殆どすべてのユダヤ人は公民（Staatsbürger）となった。それゆえ、みぎの規定は、廃止された。法令集一八一二年、一八、一九頁。一八一三年の指令（カンプツ第二巻、一八五頁）。[58]

第六款　三　死亡

死亡宣告に関する立法[59]は、わずらわしいほどにはなはだ混乱している。ラント法第一部第一章、第三四―三八条。第二部第一八章、第八二条、第八二八―八三一条、第八五四―八五五条。一八一〇年の閣令、マティス第九巻、三二九頁。一八一七年の命令、法令集一八一七年、一五頁。

一　不在者の生死が、一〇年間分明でないときは、死亡宣告のさいに公示催告がおこなわれる。

二　その者が四〇年間不在のときは、公示催告を経ずして、死亡宣告がおこなわれる。

三　ある者が戦争中重傷を負い、しかも講和後一年を経ても、その生死が分明でないことが立証されうる限り、死亡の証明がおこなわれたものとみなされる。

四　戦闘、突撃等に参加した者で、一年間生死が分明でないときは、その死亡宣告をおこないうる。[60]

四　心神喪失　第七款

心神喪失者は、幼児に適用がある法にしたがって判断される。心神耗弱者[61]は、未成熟子として、浪費者は、未成年者として扱われる。

第八款

五　法人　ラント法第二部第六章

国家の構成員の複数が共同目的のために結合したものが、団体（Gesellschaft）[62]である。このような団体には、許された団体と許されない団体とがある。だが、許された団体も、それが特権を与えられている場合でさえ、直ちに倫理的人格（moralische Person）[63]であるというわけではない。

倫理的人格の性質に関しては、本章、第二五条に主たる規定がある。

これに続いて、コルポラツィオーン（Corporation）の一定

の基本組織［に関する規定］が設けられ、補充的に適用されることになっている。この章にはまた、［コルポラツィオーンの］決議に構成員の三分の二［の出席］が必要である、という規定もみられるが、これは普通法でローマ法源を誤解したものである。

この規定によれば、決議をおこなうためには、構成員の三分の二［の出席］が必要である。前掲箇所、第五四条。(64)

またコルポラツィオーンは監督官庁の同意をえないで、土地を取得し譲渡し担保に入れることができない。同、第八三条。

それゆえに、［構成員の三分の二に関する］この規定には、コルポラツィオーンの組織に関するまったく民主的な考え方が(65)根底にある。

この規定は、ラント法では、とくにまた個々の場合にも適用されることになる。

［ラント法］第一部第七章、第二六―三一条。とりわけ、地方自治体（Gemeinde）の悪意占有の場合。(66)

どのコルポラツィオーンも少なくとも一名の理事をもたねばならない。ラント法第二部第六章、第［一］三七条。

解散は、以下の事由による。

一　全構成員の死亡、第二部第六章、第［一］七七条以下。

二　全構成員が解散を決議し、それを国家が承認するとき、同、第［一］八〇、第［一］八一条。

三　コルポラツィオーンの目的をもはや達成しえないか、あるいはそれが国家目的に反するときは、国家の決定がなくとも、［解散がおこなわれる］。同、一八九条以下。(67)

注記

以上の規定が対象としているのは、コルポラツィオーン（ママ）一般ではなく、団体で同時にコルポラツィオーンたるものである。(68)その場合、念頭に置かれていたのは、新しいコルポラツィオーンの設立がありうること、そしてこのコルポラツィオーンはいかなる条件と権利の下で存続すべきか、ということであった。したがって、既存のコルポラツィオーンよりもむしろ新たに設立されるコルポラツィオーンが考えられていたのであり、そのため、この規定は既存のコルポラツィオーンには殆ど適用し難い。

これらの規定が特別に適用されるのは、たとえば、以下の団体である。

教会。教会は団体（Gesellschaft）として定義されている。［ラント法］第二部第一一章、第一一条。［国家が］明示的に採用した宗派の教会はコルポラツィオーンであり、許容しているにすぎない宗派の教会は、たんなる団体である。教会団体は聖職者および俗人からなる。同、五六条。(69)

学校。［ラント法］第二部第一二章、第一九条。法典草案注第一部、五二二頁。草案注によると、学校を本来的なコルポラツィオーンとみることができるかどうか疑問である。だが［ラント法によれば］やはり学校はコルポラツィオーンである。(70)

ギムナージウム［ラント法］第二部第一二章、第五四条。(71)

大学。同、第六七条。(72)

だが［これらの団体にコルポラツィオーンに関する規定を］適用することは難しい。大学を例にとって考えてみよう。大学の財産につき権限をもつ構成員とされるのは誰であるか。

実情は［ラント法の規定と］異なっているが、法律が、適用しえない規則を定めたことには、やはり問題が多い。(73)

ローマ法では、事情が異なっている。『ただ国家から、とくに倫理的人格と宣言されたもののみが、人としての権利をもつ』。

ローマ法のこの規定は維持されず、明白な根拠もなく捨て去られ、それゆえに、概念が変わったものになっているのである。この［新しい］概念によれば、国家が倫理的人格として宣言していないその他の団体も人としての権利をもちうる。［ラント法］第一部第一七章、第一九九、第二〇〇条。これらの条文は、通常の組合を取り扱っている。ここに述べられているのは、組合（Societät）名義で土地を登記することであり、これによれば人の権利が組合に与えられているのである。したがってラント法においては組合は、すでに普通法上コルポラツィオーンとされているものにあたる。(74)そのきっかけは、ローマ法ではまったく知られていなかったドイツの商事会社（Handlungssocietäten）にあり、そこから、長年の慣行によって、この種の団体について、法人（juristiche Person）の観念と権利とが確立してきた。ローマ法の概念をそのままにしておいて、商事会社だけを法人として承認すれば論理的に一貫していたであろう。(75)

コルポラツィオーンの特権は、それが消滅時効に対して四年間の原状回復期間をもつことにある。この規定はローマ法から採られている。だが、コルポラツィオーンがこの特権をもつのは、ただ短期の消滅時効の場合だけであって、長期の消滅時効の場合ではない。ラント法第一部第一四章、第一七四―一七七条。(76)

訳注

（1）以下各款の冒頭には、その款で扱われる法源が一括して列挙されている（前号末尾別表を参照）。これらの法源は、この冒頭の箇所で全部訳出するのではなく、本論で引用された場合、必要な限りで、訳出するか、または解説を加えることにする。

（2）ヨーロッパでは一六世紀以来、**法律**とは主権者の意思・命令であるという法観念が漸次有力になり、立法権が主権の観念の中心に位置づけられるようになる（たとえば、J・ボダン）。一八世紀末のプロイセンでは、このような法律および立法権の観念が、すでに定着している。君主の立法権は、はじめは、法律の制定、改正、廃止、公布、並びに特権の付与および特別免除のごとき個々の行為についての権能の束とみられてい

た。一般ラント法の編纂者スワルツは、「立法権には、法律を制定し、廃止し、解釈し、法律の特例を認める権利が属する」とし、「独り国家の首長のみが最広義の立法権を有する。なぜなら、法律とは、臣民の行為の基準となるべき一般規定に他ならないからである。したがって、プロイセン国家では、統治者が定め承認した法律以外のものは通用しない」と述べている（Carl Gottlieb Svarez, Vorträge über Recht und Staat, hrsg. von Hermann Conrad und Gerd Kleinheyer, Köln und Opladen, 1960, S. 13. u. S. 230.）。スワルツは、あらゆる立法行為を総括して、一元的な「立法権」の観念を定立し、これを国家の首長に排他的に帰属せしめているが、個別的に立法の諸権能を列挙している点に、なお従来の概念規定の名残りがみられる。一般ラント法第二部第一三章、第六条では、「法律および一般的行政命令を発し、またこれを廃止し、それについて法律の効力をもって解釈を付与する権利は、〔国家首長の〕大権である」、続いて第七条では、「そのような法律の例外として、特権を承認し、身分の昇格、国家の官職および位階を与えることは、国家の首長にのみ帰属する権利である」と定めている。

したがって、法律とは、広義で、国王および国王から委任を受けた者の命令である。この命令には、種々の名称が与えられる。開封で発せられるものに、Patent, Gesetz, Verordnung, Edikt, Publikandum, Instruktion, Reglement, Kabinettsordre などがあり、密封のものに、国王の署名のある Kabinettsordre と、国家の最高官庁の発する Rescript とがある。しかし、そのうちで、たんに国家官庁内部の指令にとどまるものか、それとも一般臣民を拘束する法律であるかを区別するのは、難しい問題である。狭義で法律というのは、その一般的規範性、成立の手続および公布の形式によって決定されることになる。立法権および法律の概念については、Heinz Mohnhaupt, Potestas legislatoria und Gesetzesbegriff im Ancien Régime, Ius Commune IV, Frankfurt a. M., 1972, S. 188—239; Koch, Lehrbuch, Bd. I, S. 89—95.

（3）**法律委員会**（Gesetzcommission） この委員会は、一七八〇年四月一四日の官房令に基づき、一七八一年五月二九日の布告（Patent, wodurch eine Gesetz-Commission errichtet und mit der nötigen Instruktion wegen der ihr obliegenden Geschäfte versehen wird. De Dato Berlin, den 29. May, 1781. NCCM 7 Bd. S. 337 ff. Nr. 26. S. 339/40.）によって設置された。厳密にいえば、すべての法律が法

律委員会の審査を経なければならないわけではない。前記の布告では、「たんに国家・経済・財政の運営に関する」法律命令は法律委員会の審査範囲から外され、委員会の権限には最初から制限が加えられていた。法典草案序章、第一三条によると、「私人の権利に関する新しい法律」、また一般法典序章、第一〇条およびラント法序章、第七条では、「国家市民の特別の権利義務を定め、一般の権利を変更し補充し解釈する新法令の草案」が審査の対象とされる。

審査にあたって、「法律委員会は、既存の法律と権利を顧慮するほか、提案された新法令の妥当性と有用性を審査して意見を述べ、制定さるべき法律の明確な案文を提案しなければならない」（一般法典序章、第一一条、一般ラント法序章、第一二条）。なお一般法典序章、第一二条には、「法律委員会の審査を経ないで公布された法律は、それによって侵害された国家市民に関しては、拘束力をもたず無効である」という規定がある。かかる法律は一応有効であるが、それによって権利を侵害された個人については効力を否定されることになる。これは、一般ラント法への改訂のさい反対派の犠牲に供せられた規定の一つである。たしかに法律委員会の事前審査が国王の立法権力の外的制限となることは否定しえない。そこから、この制度に立憲主義ないし法治国家思想の萌芽をみる見解が生ずる（Hermann Conrad, Die geistigen Grundlagen, S. 21 ; derselbe, Rechtsstaatliche Bestrebungen im Absolutismus Preußens und Österreichs am Ende des 18. Jahrhunderts, Köln und Opalden 1961, S. 25; Kleinheyer, Staat und Bürger im Recht, Bonn 1959, S. 72—76 u. S.146 f.）。もちろん、この法律委員会を国民代表制に比定しえないことはいうまでもない。委員会の構成員は国民代表ではなく、いわゆる啓蒙官僚として法律・行政の専門家であり、かれらが「理性の代表者」として立法過程を監視するところに、委員会の役割があった。それは、スワルツによれば、「大臣専制に対する対抗物」であり、国王が大臣に唆されて「法律で臣民の既得権を侵害する」のを防止する目的で作られたのであり、けっして国王の立法権力を制限するものではなかった。

この一般法典第一二条の規定が入ったのは、自由主義的なクラインの意向によるものであり、スワルツはむしろこれに消極的であったといわれる。Günter Birtsch, Zum konstitutionellen Charakter des preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794, in : Politische Ideologien und Nationalstaatliche Ordnung, Festschrift für Theodor Schieder, München und

Wien 1968, S. 97—116. スワルツの見解によると、法律委員会には国王に対し諫言する権限が認められるのみで、さらにその諫言をどの程度考慮するかは国王の意思によるのである。ラントの官庁も、権限ある中央官庁より公布のため送付されてきた法律が法律委員会を通過したかどうかを問うことなく、上司の命令に従わねばならないと考えられた。第一二条の採用に決定的であったのは、前記のように、「臣民の既得権の擁護」の観点である。

（4）**国務参議会（Staatsrat）** 旧来の枢密参議会（Geheimer Rat）の系統を引く国王の統治の最高機関である。しかし、プロイセンでは、統治の実際は、フリードリヒ・ヴィルヘルム一世以来、国王の「参議会における統治」（Regierung im Rat）より「官房からの統治」（Regierung aus Kabinett）へと移行した。そのため国務参議会は、事実上互いに有機的なつながりをもたない三つの主要部局に解体されてしまった。すなわち、外交担当の官房府、内政および財政担当の総監理府（Generaldirektorium）、並びに司法および宗教担当の司法府がそれである。国務は主としてこれらの部局でおこなわれるが、これを政治的に統轄するのは、担当大臣の会議ではなく、国王自身である。国王は官房よりそれぞれの部局に命令・指図を発した。担当大臣は官房に直接出入することはできず、伺いを立て回答を受け取るなど、国王と大臣のやりとりは一切文書でおこなわれた。国務参議会はなお形式的に存続しているものの、それは、全大臣を一まとめにして包含している枠組みであるにすぎない。「活動する官庁というよりも、地位を表わす部局」というべきである。定期的な総会は開かれず、稀に総会が開かれても、審議事項は大抵官職法や懲戒に関する問題に限られていた。立法に関しては、一般ラント法序章、第九条にあるように、国務参議会の個々の部局が、法律案を審査のため法律委員会に提出する義務を負っていた。その場合、しばしば部局相互間で煩雑な文書のやりとりをしなければならなかった。Otto Hintze, Die Entstehung der modernen Staatsministerien ; derselbe, Das preußische Staatsministerium im 19. Jahrhundert in: Gesammelte Schriften I S. 298 f. u. III S. 530 f. 参照。

（5）**法律委員会の活動停止** 法律委員会は、国王側近に保守反動勢力が集まり、かれらが立法に影響力をもってくると、十分な機能を果たさないようになる。実際、宗教令のような重要な法律が、法律委員会の審査を経ないで制定された。法律委員会の活動がいつ停止したのかは不明であるが、Gräff-Rönne-Simon, Bd. I,

S. 85. は、一八〇六年後の、国家行政の一般的停頓の時期にこの委員会も活動を停止したようにみえると推定している。

（6）**枢密院（Staatsrat）の審査**　旧プロイセン国家の崩壊後、フライヘル・フォム・シュタイン（Freiherr vom Stein）は、官房参議官に牛耳られた官房政治を排し、国政の責任体制を確立するために、国王と直接な関係に立ち国務の全体を指揮統括する大臣会議としてのシュターツラートを設けることを建議した。この構想は、一八〇六年より一七年にかけての議論で、何回も変転を重ねるが、宰相ハルデンベルグ（Hardenberg）の下一八一七年三月二〇日の命令により、新しいシュターツラートが設けられた。これは、旧い国務参議会とも、シュタインによって計画されたものとも異なっている（それゆえ、以後、枢密院の訳語を当てることにする）。一八一七年のシュターツラートは、国王の最高諮問機関で合議制である。王家の親王、大臣および国家の最高官庁の長官、元帥および特別の親任により任命された不定数の枢密参議官がこれに属し、さらに明示の任命がある場合に限り、州知事と軍司令官が加わる。枢密院は、「最高の諮問官庁であるが、行政には全然関与しない」。立法については、「あらゆる法律、行政法規、行政原則を変更するような行政計画、中央の省が憲法上権限をもたない一般的行政措置」が枢密院の諮詢事項に入り、新法の提案、既存の法の廃止、変更、有権解釈は、枢密院を通して、国王の裁可を求めねばならない。また、枢密院は、外務、軍事、司法、財政、商工、内務・警察および文部の七部局より成るが、「法律のための特別の部局を設けることは不要である。みぎの七部局が個別的にまたは対象によって連合して、従来の法律委員会の目的を果たすことになるからである」とされている（Verordnung v. 20. März 1817, betr. die Einführung des Staatsrats, GS 1817, S. 67 ff.）。なお枢密院設立までの経緯について、前記ヒンツェの論文のほか、Hans Schneider, Der preußische Staatsrat 1817—1918, München und Berlin 1952, S. 6—51. 参照。

（7）ミリウス勅法集第二巻第一部六一三頁所載の一七一七年八月二四日の命令によると、**法律公布**の手続はつぎの通りである。法令を発した中央官庁は、配布に必要な部数をプロヴィンツのそれぞれの官庁に送らねばならない。ここから都市のシュトイエルラートまたはコミッサールのもとに送られ、さらにかれらが公布のためそれぞれの都市に送ることになる。農村の場合、郡長が必要部数を受け取り、郡の通夫を通じて、それぞれの村に二部ずつ配布する。そのうち一部は直ちに掲

示され、他の一部は、次の日曜日に教会の説教壇の前で寺男がこれを読み上げることになる。Gräff-Rönne-Simon, Bd. I, S. 86 f. 参照。

（8）**ラント法序章、第一〇条**　「法律は適当な方法で公布された時点より法的拘束力をもつ」、**第一一条**「それゆえ、法令はすべて、その完全な内容を通常の場所に公に掲示しかつその抄録をプロヴィンツの新聞に載せて公布しなければならない」。

（9）**一八〇三年の公布令**　講義ノートでは、die Gerichte sollten nur an die Gesetze halten, welche ihnen zugefertigt, publiciert oder welche in die academische Gesetzsammlung aufgenommen worden auch in das "Neue-Archiv" aufgenommen (sind) となっているが、これは、公布令では、die Gerichtstellen haben …… sich lediglich an diejenigen Gesetze zu halten, welche ihnen zugefertigt, gehörig publiciert, auch durch das neue Archiv der preußischen Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit zu ihrer Kenntniß gebracht, und in die akademische Ediktensammlung hiernächst aufgenommen werden（下線は訳者による）という文章である。この公布令の解釈で問題になったのは、『新雑誌』（前号注(69)および(90)）および『学士院の勅法集』（前号注頁(65)）に採録されることもまた法律の効力の発生要件であるかどうか、ということであり、通説では、これは法律公布の新しい形式を定めたものではなく、このような採録によって法律が真正に成立したものであることが保証されたことを意味するにすぎない、とされた。Gräff-Rönne-Simon, Bd. I, S. 88. Koch, Lehrbuch, Bd. I, S. 93.; Heydemann, Einleitung in das System des preußischen Civilrechts I, Leipzig 1861, S. 83 Anm. 172. しかし、本文で述べるところは、これと異なり、『法令集』と『新雑誌』への掲載は、公布の通常の手続と並んで、法律の効力発生の要件の一つとされている。その上で『法令集』と『新雑誌』のいずれかに採録されれば、それで法律公布の効果が生ずるか、という問題が扱われているのである。これは、プロイセン法の当時の教科書や注釈書にはみられない記述である。

（10）**一八一〇年一〇月二七日の命令**（Königliche Verordnung über die Erscheinung und den Verkauf der neuen Gesetz-Sammlung, GS 1810, S. 1 f.）によって、プロイセン王国の全体につき法令集が公刊され、複数のレギールング管轄区域に関する法律や命令はすべてこの法令集に採録されることになった。各レギールング管轄区域については、当該区域にの

み関する規定および布告のすべてを採録する管区報（Departmentsblatt）が公刊されることになった。つぎに、一八一一年三月二八日の命令（Verordnung v. 28. März 1811, betr. die Einrichtung der Amtsblätter und die Publication der Gesetze und Verfügungen durch dieselben und durch die Gesetzsammlung, GS 1811, S. 165. 本文中、法令集一六三頁とあるのは誤り）では、官報（Amtsblätter）の様式が詳細に規定された。法令は、明示的に一定の公布日が示されている場合を除き、官報掲載後八日目の始まりをもって、適切に公布されたものとみなされる。したがって、法令は、まず法令集に採録され、官報にそれを直接覆刻するか、あるいは法令集の法令の表題、日付および番号を示し、しかる後、八日目に正式に公布されたものとみなされるようになる。これが通常の公布手続である。

（11）**一八一三年一月一四日の布告**（Deklaration, wegen des Anfangs der rechtlichen Wirkung der durch die Gesetzsammlung und durch die Amtsblätter bekannt gemachten Gesetze und Verfügungen, GS 1818, S. 2.）によると、法令集および官報に掲載された法令は、何人も、それを知ったとき直ちに、遵守義務が生じ（一号）、官報が公刊されて後八日目に公布されたものとみなされるが、法令集または官報が早目に知られた場合、そこに掲載された規定は直ちに拘束力が生じ、とくにすべての官庁はこれを遅滞なく遵守する義務を負う（三号）と定められている。後者については、サヴィニーも述べているように、官庁に対して与えられた指令のみに関するものだとするのが通説である。そうでないと、市民相互間でも、公布以前に法律に効力が与えられることになるからである（Koch, Lehrbuch I, S. 94. Anm. 7.; Bornemann, Systematische Darstellung I S. 191. は、「私的取引において発生する行為または刑法に触れる行為の形式および効果に関する法律」と「官庁または住民によって即時に実施さるべき措置」とを区別している）。

（12）**ライン・プロヴィンツにおける公布の手続**に関しては Verordnungen vom 9. Juni 1819, betr. die näheren Bestimmungen wegen Anwendung der Verordnungen vom 21. Oktober 1810 und vom 28. März 1811, über Einführung der Gesetzsammlung und über die Einrichtung der Amtsblätter in den Rheinischen Provinzen GS 1819, S. 148. 参照。

（13）**ラント法序章、第四六条**「争訟事件の裁判にあって、裁判官は、訴訟の客体に関し、文言およびその文脈からまた法律の直近の明白な根拠から明らかになる以外

の意味を法律に付け加えることは許されない」。

（14）**ラント法序章、第四七条**　「裁判官が法律の本来の意味に疑いがあると思料するとき、訴訟当事者の名を挙げずに、その疑問を法律委員会に報告し、同委員会の判断を求めねばならない」、第四八条「裁判官が照会をおこなう場合、続いておこなわれるこの訴訟の判決では、法律委員会の決定を基礎にする義務を負うが、当事者が通常の上訴をなすことは禁じられない」。法律委員会の決定に関するみぎの二条は、法律委員会の設置を定めた一七八一年五月二九日の布告第一一条に由来するが、法典草案序章、第三五条および三六条では、「裁判官は、法律の意味に疑いをもつとき、判決作成前に法律委員会の解釈を求めねばならない」、「既存の法律の解釈は、区別なく、過去の事件にも、また疑しい法律問題がそれによって決定された時より後に裁判になる将来の事件にも及ぶ」とし、法律委員会の有権解釈の一般的拘束力を認めている。法律に疑義あるときその意味内容を確定することは立法権より導き出される。疑わしい法律の解釈は、法適用というよりも、法創造とみられたからである。法律委員会の解釈権は、一切の法定立を独占しようとする立法者の要求に対応する。これに対し、裁判官の役割はそれだけ小さくならざるをえない。裁判官は自動判決機械であるというイメージが形成されていたが、裁判は最も極端なかたちで立法権に従属せしめられたのである。Mohnhaupt, a. a. O., S. 220 ff.; Clausdieter Schott, "Rechtsgrundsätze" und Gesetzeskorrektur, Berlin 1975, S. 40. 参照。

（15）**ラント法序章、第四七条、第四八条の廃止**　これらの条文は、一七九八年三月八日の官房令で廃止された。そのさい、理由につぎのことが挙げられている。訴訟継続中に不明瞭な疑わしい法律が法律委員会によって解釈され、この解釈が過去の事件に適用されることに弊害の因がある。当事者は予見しえない新しい法律によって裁かれることになり、そのような裁判によって臣民は損害と不利益を蒙ることになる。またそれによって訴訟期間が短縮されたり、費用が廉くなったりすることもない。法律委員会も、裁判所と同様、法律の解釈に誤りを犯すことがあるが、それに対して救済手段がない（Gräff-Rönne-Simon, Bd. I, S. 124—125.）。なお、裁判所が訴訟進行中見出した法律解釈に関する疑問を判決後法律委員会に報告することは、必要であるとしている。

（16）**ラント法第一附則第二条**　「裁判官が法律の意味を疑わしいと認めたとき、かれの職責上、当該事件を法律解釈の一般原則に従って裁判しなければならず、訴訟

の進行中法律委員会に照会することは、もはや許されない。しかし、法律に不明瞭な点があると思料すれば、これを将来の立法に役立てるため、司法大臣に届け出なければならない」。

(17) **一般裁判所法第一部第一三章、第三三―三五条** 正しくは第三二条から第三五条までの規定というべきである。これらの規定は、法律委員会への照会手続を詳しく定めている。それによると、裁判所の多数決によって、ある法律が不明瞭でありかつ疑わしいとみられるとき、法律委員会にそれに関する照会をしなければならない。そのさい、当事者の名前を秘し、一切の事実関係を落して、ただ不明瞭と思われる法律のみを挙げる。裁判所の構成員の意見の一致をみることができなかったいろいろの解釈の仕方を述べ、それぞれがその解釈を採るにつき挙げた理由を簡単に記す。最後に、この異なる解釈についての裁判所の多数意見を付け加える。この伺いの文案を作るのは、判決作成を担当する裁判官であり、これを裁判所に提出して承認を求める。そのさい、当事者およびその弁護人を参加させる必要はない。ただし、判決公表後は、要求があれば、当事者に裁判所の伺いの写しが与えられる。この伺いは法律委員会に送られ、決定が下されると、その結論は、当該審級についてのこの裁判の基礎とされる。

(18) **ラント法序章、第四九、第五〇条** 第四九条「争訟事件の裁判につき適用しうる法律がないとき、この法典において承認された一般原則および類似の事件につき存在する法令に従い、最上の判断に従って判決しなければならない」。第五〇条「しかし、裁判官は、同時にこの法律の欠缺と思われる点をすみやかに司法大臣に届け出なければならない」。法律の欠缺を一般原則への遡及および類推によって裁判官自らが補充することは、一般法典序章第五三、第五四条によってまず認められた。これによって、法典草案の自動判決機械的な裁判官像はある程度すでに修正されている。

(19) **ラント法序章、第一四条** 「新しい法律は既往の行為および事件に適用しえない」。

(20) **法典草案序章、第二〇条** 「ランデスヘルのみが公共の福利に属する有力な理由に基づいて新しい法律を既往の事件にも遡及させることができる」。

(21) **ラント法序章、第一八条** 「旧法令において確定された刑罰の軽減は、新しい法律の公布時にいまだ刑の執行がおこなわれていない犯罪者にも適用される」。スワルツは、Revisio Monitorum の中では、法律の遡及禁止の例外として、この新法による刑の軽減・廃止の場合と、法律行為（たとえば遺言）の形式の簡略化の場合の二つを考えていたといわれる（Bornemann,

Systematische Darstellung, Bd. I, S. 128 Anm. *)。

（22）**ラント法序章、第一五条**　「しかし、立法者が旧法律の解釈を必要とみなし、適切なる方法で公布する場合、この解釈が今後裁判さるべきすべての法的事件において決定基準となる」。本条（一般法典序章、第一九条と同文）は、法典草案序章、第二一条「法令が既存の法律をたんに解釈するか、詳細に規定するにすぎない場合、裁判官はこれをその後裁判すべきすべての事件において基礎としなければならない」に由来する。法典草案は、この他第二〇条に、ランデスヘルが公共の福利を理由として法律を過去の事件に遡及させることができると定めているが、一般ラント法の規定は、法律行為の形式の簡略化の場合と刑罰の軽減の場合にのみ遡及効を認め、限定的な規定の仕方になっている。

（23）**ラント法序章、第二三条**　「人の人的性質および権能は、本来の住所地の裁判所の法に基づいて判定される」。同二五条「一定の住所をもたない限り、その人的な権利義務は出身地によって判断される」。人の人的性質およびその権能とは、権利能力、行為能力およびその効果を指す。第二五条の出身地は、**Ort seiner Herkunft** の訳語であるが、出生地を意味するのではなく、出生時に、またその後変更のあった場合には、父権終了時に、父の住所があった場所を指す（**Koch, Kommentar, Anm. 60**）**zu § 25 der Einl.**）。

（24）**ラント法序章、第三二条**　「不動産に関しては、その所有者の人格にかかわりなく、当該不動産の所在地の法律が適用される」。

（25）**ラント法序章、第二八条**　「ある者の動産は、現在かれがどこに滞在しているかにかかわりなく、その者の通常裁判所の法律に基づき判断される」。同三一条「特定の住所をもたない者の動産は、その都度の滞在地の法律に基づき判断されるが、その場合かれの身分が顧慮される」。

（26）**ラント法序章、第三三条**　「行為の外的形式を規定する地方法および条例は、その法律が発せられた裁判管轄下で、その裁判管轄に属する者がおこなう行為にのみ適用される」。

（27）一般ラント法の準拠法理論は、普通法の通説であった**statuta personalia, statuta realia, statuta mixta** の理論を継承している（**Koch, Lehrbuch, Bd. I, S. 128 f.; Kommentar Anm. 30**）**zu § 23**）。それと同時に、この理論のもつ欠陥も取り入れられた（たとえば、所在地法を適用する不動産と区別して、動産に住所地法を適用することから生ずる混乱）。これに対するサヴィニーの見解については、**System, Bd. 8, S. 120.** 以下に詳細に展開されている。なお、サヴィニ

ーの準拠法理論の成立につき、Fritz Strum, Savigny und das internationale Privatrecht seiner Zeit, in Ius Commune Bd. VII, Frankfurt a. M. 1979, S. 92—109. 参照。

(28) **特権** (privilegium)　一八世紀に至るまで、それを表わす名称も、その概念内容も実に多様であった。最初は、利益を与える特権 (privilegia favorabilia) のほかに、不利益を課す特権 (privilegia odiosa) もあったが、遅くとも一八世紀には、この言葉の用法は、前者の意味に制限されるようになった。スワルツ自身特権概念の多様性を指摘して、「(a) 特権保有者の利益のためになされる一般的法律および制度の例外、たとえば、国庫やフランス・コロニーの裁判上の特権、一定の場合普通より高い利息をとることができる商人およびユダヤ人の特権、(b) 個々の国家市民またはその特定の階級の利益のための一般的な自然的平等ないし市民的平等の制限、例、ツンフト特権、ユダヤ人特権、商事特権、(c) 本来ランデスヘルにのみ帰属する一定の権利および利益の付与、例、関税特権、裁判特権、財産国外移転税特権」の三種類を区別している。そして、これらの特権を付与することは、「ランデスヘル以外の何人も行使しえない立法権力の行為」であると解している (Svarez, Vorträge, S. 240.)。特権の付与は一般的法律の特例を認めることであるが、そのほかランデスヘルによって一般にその特権の侵害をおこなわないことが命ぜられ、それゆえ特権は法律の性質を有し、その付与は立法権に属するとされた。スワルツが挙げている (b) の特権は、古くからの特権のタイプと異なり、一七・八世紀の産業・経済の領域で盛んに用いられた新しい種類のものである。それは、自然的ないし市民的平等の制限として自然法理論によって基礎づけられた。また、ランデスヘルによって公共の福利の観点から付与される。特権は、官房学およびポリツァイの手段であり目的である。一般法典草案には、「一定の物、人および場合につき普通法の規定を変更する特権は立法者のみがこれを付与することができる」という規定(序章、第一〇条)があった。なお、特権に関して詳しくは、Heinz Mohnhaupt, Untersuchungen zum Verhältnis Privileg und Kodifikation im 18. und 19. Jahrhundert, in Ius Commune, Bd. V. (1975) S. 71—121. 参照。

(29) 一八世紀末のプロイセンでは、非特権的生産者階級の利益、したがって市民的平等を主張する立場から、すでに特権付与に対して批判の声が上っていた。スワルツも、特権付与の点では、きわめて慎重であり、「統治術の基本原理」として「主権者はこの法律の例外で

ある特権をあまり頻繁に付与して、国家の法律の権威を弱め、権利の不確実を惹き起すような傾向になりすぎてはならないこと、そのような特権によって、必要なく、また国家に多大な利益をもたらすことなく、自然的および市民的自由を制限し、臣民の勤勉と営業意欲の桎梏となってはならず、また若干の少数者に利益の多い独占権を排他的に認め過度に優遇することによって、臣民のその他の階級を抑圧し、かれらの福利状態を改善する道を閉してはならないこと、収益の生ずる国家の権利を気前よく私人に付与して、国家の収入と資力を弱めてはならないこと」を挙げている（Suarez, Vorträge, S. 240.）。

（30）「特権と反対特権の叢林」（Mohnhaupt）と称せられる法秩序の下では、特権の新しい付与は、既存の他の特権と衝突せざるをえない。「特権の衝突」は、普通法の特権理論の重要なテーマであり、一七・八世紀には学位論文の恰好のテーマであった。国法理論も、この衝突問題をいかに解決すべきかに腐心した。スワルツも、特権付与の限界を既得権の保護にみている。「そのような特権によって他人の既得権を侵害してはならない、という法典の制限は、各人の財産を保護し、既得権をすでに保有している臣民の諸力をも新しい特権によって侵害しない、主権者の義務の当然の結果である」（Vorträge, S. 240.）。法典草案序章、第一一条には、「法律の規定に反して第三者の財産や権利を害する特権は、詐取されたものとみなされる」という規定があり、また、一般法典序章、第九条には、「ランデスヘルの特別の恩恵、特権および法原則からの例外が有効であるのは、第三者の特別の権利を害しない場合に限られる」という規定が置かれていたが、一般ラント法には入っていない。しかし、これは、特権付与の解釈基準を定めた「特権および付与された自由は、疑わしき場合に最も第三者の不利益にならないように解釈さるべきである」（序章、第五四条）に吸収されたとみることができよう。なお。特権に関する第五四条から第六九条までの規定は、前号注（49）のミュラー、プロムテュアーリウムを基礎としている（Koch, Lehrbuch, Bd. I, S. 103 ff. Anm. 13, 15, 16, 19, 20, 21, 22）。

（31）**ラント法序章、第七〇条および第七一条**　「国家は、特権を、また有償契約によって取得された特権をも廃止しうる。ただし公共の福利に属する重大な事由に基づき、かつ特権保持者に十分なる補償をなす場合に限られる」、「この補償自体は、契約あるいは正当な判決によってのみ確定されうる」。法典草案序章、第四三条は、「現在の所持者がたんなる恩恵によらずして

取得した特権は、公共の福利のため、重大なる理由に基づき、公正なる補償を与えて、これを取り戻すことができる」と定め、特権の廃止につき、従来にない新しい規定を設けたが、一般ラント法は、あらゆる種類の特権に関しこれを明確に規定した。特権は、既得権あるいは所有権と理解され、国家によって保障された私法的な所有権保護を受けることになる。スワルツもまた「個々の臣民またはその特定の階級に与えられた特権は、同じように一方的意思で廃止されえない。特権者に付与された特権、その特権の享有から引き出す利益は、その財産または所有権の真の一部をなし、国家は、それを他の所有権と同じように特権者から奪い取ることはできない」(Svarez, Vorträge, S. 242.)と述べている。一般ラント法序章、第七〇条は、特権廃止の要件に、公共の福利に基づくことおよび十分な補償をなすことを掲げているが、これは一般ラント法序章、第七四、第七五条の犠牲補償の規定と密接な関連に立ち、グローティウス以来の ius eminens の一般理論の発展の所産としてみることができる。Svarez, Vorträge, S. 243. 参照。

(32) ボルネマンによると、意見書の校閲のさい、スワルツは、補償についてもう少し詳細に規定することが必要であろうと述べた。かれの見解では、補償はうべかり

し利益まで拡張することはできない。それに対して、有償契約によって取得した特権においては、つぎのものが補償のさい計算に入れられる。(a) 特権者が特権の取得に支払った費用、(b) 特権の行使およびそれに必要な措置に支払った費用、ただし、前者は特権より得られる利益によって償えない場合、後者は特権廃止後不必要になる場合に限る。(c) 特権の廃止に基づき現在の財産状態について生ずる不利益と損失のすべて。この見解が採用されたかどうか、特権保持者に十分な補償がなされねばならないという一般規定では明確でないが、一切は裁判官の裁量に委ねられているようにみえる、とされている (Systematische Darstellung, Bd. I, S. 224.)。サヴィニーが損害賠償説をとるさい、依拠した法典資料の記述は直接明らかにしえないが、あるいは、前記スワルツの、とくに有償取得した特権の補償に関する見解に基づくものか。

(33) **ラント法序章、第三条**　「プロヴィンツおよび個々の地方団体において法律の効力を有すべき慣習法および慣習 (Gewohnheitsrechte und Observanzen) は、地方法典に収められていなければならない」。一般的慣習法、すなわち普通法は、一般ラント法の成立によって、その効力を否定された。本条は、地方慣習法の制定法化ないし地方法典への吸収を企図したものであ

る。一切の法が主権者に発するという立法の観念の存在するところでは、法律とは独自の慣習法の存在は許されない。慣習法を認めることは、「君主に対する臣民の抵抗、最高権力の簒奪」とみられたのである。編纂の過程をみると、まず草案序章、第三条に、「いわゆる慣習法のうち、これらの〔地方〕法典に収録されていないものは、法学者のたんなる見解と同様、法律としての効力をもたない」という規定が置かれた。この草案に対しては、立法者といえどもすべてを規定しつくすことができるわけではなく、また商取引の場合のように、新たな法律関係が成立することがあるかぎり、慣習法に法律としての効力を否認しえず、法律ないしはその効果に反する新しい慣習のみが却けられるべきである、との意見書が提出された。これらの意見書に対しグロルマンは如何に慣行が『不法を隠すマント』になっているかを強調し、反論した（例、グーツヘル同士が結託して、隷民に食事を給しないのが当地の慣行であると証言する場合）。スワルツは、草案第三条に、みぎに述べたことに対応する文章を追加することを提案したが、口頭の審議のさいに非難され、むしろ第四条として、「法律上決定されなかったことが、慣習によって定められる場合、法律に規定がなされるまでこの慣習が適用される」という規定が置かれることになった。Bornemann, Systematische Darstellung, Bd. I, 177 ff. Anm. *; Gräff-Rönne-Simon, Bd. I, S. 72. 参照。サヴィニーの見解は、Savigny, System, Bd. 1, S. 197 f. をみよ。

（34）**ランデスヘルの個別事件についての命令**　ラント法序章、第五条「個々の事件において、または個々の客体に関して、ランデスヘルがおこなった命令は、その他の事件または他の客体に関しては、法律とみなしえない」。法典審議のさい、この命令は Machtspruch に属するので、とくに条文を設ける必要はない、という意見があったが、スワルツの説明では、これは、Machtspruch をおこなわないで、個別事件につき、ランデスヘルが命令を発する場合（たとえば、ある人とその継子（娘）との婚姻が許されるとする場合）にあたり、したがって、別に規定を設ける実益がある、とされる。規定の趣旨は、「ランデスヘルが個々の事件の決定のさい一般的根拠を用いても、その決定は他の同種の事件には拡大されるべきでない」ということである。Bornemann, Systematische Darstellung, Bd. I, S. 182 Anm. ***; Gräff-Rönne-Simon, Bd. I, S. 82 f. 参照。

（35）**ラント法序章、第六条**の規定には、「法学者の見解または裁判所の従来の判決は将来の裁判のさい顧慮される

べきではない」とある。

(36) かつて**法学者の見解**、とくに communis doctorum opinio は、事実上法律とほとんど同視されていたが、ドイツでは、継受以来、法学説の混乱から、communis opinio が法的拘束力をもつという原則は承認されたことがなかった。コッホによると、この原則を廃止するというような新しい立法をする必要はなかったが、一八世紀の実務家が学者の見解をとくに重視したので、この点にラント法の禁止規定の根拠がある、という。また、実務においては法学者の意見を求める慣行があったが、これは、一七一三年六月二一日の命令によって廃止された。この点でも、第六条の規定に特別の意味がないことになる (Koch, Lehrbuch, Bd. S. I, 111 f. ; Kommentar, Anm. 10) zu §6 der Einl.)。なお、法律学と実務の関係につき、サヴィニーもコッホも、みぎの規定を、一切の自由な精神活動と、学問的抽象によって成立した法理論を考慮することを禁じているかのように、誤解してはならない、裁判官の確信に対する法律学の影響は、いかなる法律といえども妨げない、と述べている (Savigny, System Bd. 1, S. 198. ; Koch, ebenda)。

(37) **先例** 普通法上、先例拘束性について明確な原理は確立していない。先例は法律としての効力をもたないという点では、判例集の編集者も法学文献の著作者も共通していた。先例が踏襲されることがあっても、それは先例のもつ実質的説得力によるものであり、より優れた理由が挙げられれば、先例を覆すことができる。

法典草案序章、第四条は「裁判官の判決は、それが既判力をもって発せられた当事者間でのみ、法律の代りとなる」としたが、この表現が不正確であるとの批判があり、改訂後、「裁判官の判決と法学者の見解はけっして法律とみなさるべきでない」と変わった。一般ラント法の第六条がいかなるところから出てきたのかは、法典資料からは不明である。Gräff-Rönne-Simon, Bd. I, S. 82. ; Koch, Kommentar, Anm. 10) zu §6 der Einl.

サヴィニーは、本文で、先例は複数の解釈のうち優れたものを選ぶのに役立つと述べているが、『体系』においても、先例の実質的影響力は否定しえないという (Savigny, System, Bd. 1, S. 198.)。

なお、ドイツの先例理論については、Heinz Weller, Die Bedeutung der Präjudizien, Verständnis der deutschen Rechtswissenschaft, Berlin 1979. をみよ。また、スワルツの先例に対する態度につき、Hans Thieme は、Humanismus und Naturrecht in Berlin-Brandenburg/Preußen, Berlin 1979. の中

の報告（S. 11 f.）でガルヴェ宛一七八八年の興味ある書簡を紹介している。そこでスワルツは、先例に基づく判決を、モンテスキュー流の権力分立と「所有権および市民的自由」の保護の観点から批判している。

（38）**Machtspruch**　一般法典序章、第六、第七条には、「Machtsprüche あるいは争訟事件において裁判官による判決なしに与えられた主権者の処分は、権利も義務も生ぜしめない」、「争訟事件について詳細な審理がおこなわれるまで暫定的に下されたにすぎない処分は、いかなる当事者にも回復し難い損害が加えられない限りでのみ有効である」とある。これらの規定は周知のように一般ラント法への改訂のさい削除された。

（39）**ラント法序章、第四九―五一条、附則第二条**　第四九―五〇条については(注18)参照。第五一条「この〔法の欠缺に関する〕報告によって、その後新しい法律が作られるとしても、それ以前にすでにおこなわれた行為に、新法律はなんら影響を及ぼしえない」。附則第二条については、注（16）参照。

（40）**一七八〇年の官房令**　法典編纂の基本方針を述べた同年四月一四日の官房令のことで、そこには、「裁判官、裁判所または国務大臣が朕の法律を解釈し、拡張しまたは制限し、まして新しい法律を定めることを許さない」とあり、大臣の発する命令の法律としての効力が明示的に否認されている。

（41）勅法集の中には、国王の署名のある法令のほかに、国王の特別命令（**Auf Sr. Königl. Majest. allegnädigsten Special-Befehl**）に基づいて大臣が発した命令がある。かつてはきわめて重要な定めが司法大臣の指令によっておこなわれた。たとえば、ポメルンおよびシュレージェンについて第二部の最初の三章の規定の施行延期の廃止がそうである。この司法大臣の権限は一般ラント法の成立と関連がある。コッホはほぼ本文と同趣旨のことを述べているが（Koch, Lehrbuch, Bd. I, S. 116.）、ボルネマンによると、司法大臣は法律委員会の長であり、この委員会は、一七八一年五月二九日の布告によって、国王の裁可を経ずに法律の有権解釈をおこなう権限が与えられた。法律委員会の決定は司法大臣の指令によって発せられ、司法省に通知されたから、外形的には司法大臣が有権解釈の権限を有しているものとみられ、法律委員会の消滅後は、司法大臣は当然それを自己の権限にしてしまった、と説明されている（Bornemann, Systematische Darstellung, Bd. I, S. 184 Anm.*）。

（42）**シュテンゲル第六巻九九頁**　同報告は、ラント法第二部第一章、第二〇六、第二〇七条にある妻の留保財産はラント法以前には知られておらず、若干のラントに

おける慣習によれば、夫は特約なき限り妻の全財産の収益権者たることを述べ、この慣習がマルク地方にもおこなわれていることの根拠として、一七八一年一月二一日の大臣指令が将来遵守すべきことを命じ送付した最高法院の意見を援用している。

(43) **一八一〇年一一月三日の省令** 司法大臣キルヒアイゼンが発した同省令によれば、公式の法令集が刊行されるまで、マティス編の「一般法律月報」(**Allgemeine juristische Monatsschrift**) の第二章に覆刻された司法省令が法律の有権解釈とみなされる、と定められた。裁判所もこの原則を承認していたが、宰相ハルデンベルグはこれを非難し攻撃した。かかる原則は、憲法秩序とラントの法律に反するとし、序章、第五九条によれば、法律は立法者によってのみ変更され、第四六条以下の規定に従ってのみ有権解釈がおこなわれうる、と主張したのである。これに対して、司法省側は、この原則が法の混乱を招くことを認め、将来、枢密院が開設されない限り、司法大臣は、法律解釈の省令を発するまえに、宰相と協議するという妥協案を用意した。このキルヒアイゼンとハルデンベルグの争いの解決について記録は残っていないが、口頭の折衝で処理されたようにみえる。それ以後、法律解釈の省令およびそれに対する司法大臣の権能も事実上消滅した (**Stölzel, Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung, Bd. II, S. 431 f.**)。なお公式法令集の **Gesetzsammlung** の創刊は、一八一〇年一〇月二七日、前記の司法省令の七日前であり、この点、キルヒアイゼンの独善的行動とみられる節がある。

(44) **カンプツ第三三分冊二八—二九頁** 一八二一年一月二日の司法省令 (キルヒアイゼン) では、一八〇一年三月九日の省令は、新勅法集にもラント法第一附則にも収録されていないゆえ適用されない、と述べている。

(45) **一八一五年九月六日の閣令** **Allerhöchste Kabinettsordre vom 6. ten September 1815, wegen der Einwirkung des Chef der Justiz in die formellen Verfügungen der Gerichtsbehörden, GS 198.** を指す。これによれば、裁判所は、判決による裁判においては、もっぱら法律の規定に服し、その点では完全に独立であるが、それに対し「判決と法による (**durch Urtel und Recht**) 裁判」に属さない司法事項については、司法大臣の命令に服さねばならない、とされた。後者の場合、司法大臣は、たとえば特別の調査委員会を設けたり、当事者の異議申立に基づいて裁判所の決定に干渉する権限を有する。司法大臣の監督権の流出物と考えられた。しかし、抵当権の登記を認めるかどうかに関する決定のように手続上の処分であっても、

実体法に影響を及ぼすことがあり、その限界は流動的である。したがって、裁判所の独立性に対する司法大臣の干渉になる虞れがないではない。この点はすでに認識されており、前記の閣令には、裁判所はその確信に反する司法大臣の命令につき責任を負わされない、という文言が挿入されている。当時の司法大臣キルヒアイゼンが、法律のみに従う独立不羈の裁判官の理想にどんなに強い信念をもっていたとしても、この閣令によってプロイセンの司法大臣に対し他にみられぬほど広範な権限が与えられたことは否定しえない。それは司法大臣の介入から裁判を切り離すという自然の発展に対し障害となった。Stölzel, Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung, Bd. II, S. 434. vgl. Bornemann, Systematische Darstellung, Bd. I, S. 184 Anm.* なお、サヴィニー自身のこの制度に対する批判については、Stölzel, ebenda, S. 733—750. に収められている「法律改訂を適切におこなうための提案」をみよ（とくに七四一頁）。

（46）**中間判決**　プロイセンでは、一七三六年五月二日の命令によって、従来普通民事訴訟理論の影響の下でおこなわれてきた中間判決を廃止し、訴訟の進行は、裁判所の決定を通じておこなわれることになったが、これには上訴が認められなかった。一七九三年の一般裁判所法では、下級裁判所の決定に対する抗告は、ラント裁判所に、ラント裁判所の決定に対する抗告は、司法省に対しておこなわれる。さらに、司法省の決定に対しては、国王に異議申立をすることができた。前記の司法大臣の命令権は、かかるプロイセンの裁判制度と関連し、法律上の根拠をも有していたのである。

（47）**性の決定**　ローマ法は両性具有者の性の決定をすべての場合専門家の診断に委ねているが（D. 1. 5. 10）、一般ラント法は、両親または一八歳以上の本人の選択によるとしている点で独特な規定を置いている。第二二条に、「第三者の権利が両性具有者と称せられる者の性にかかわるときには、第三者は専門家の診断を申立てることができる」、第二三条に、「専門家の所見が、両性具有者および両親の選択に反する場合でも、これによって決定される」とあり、普通法とは実質的に異ならなくなっている（Koch, Kommentar, Bd. I, Anm. 20）zu §21 I. 1.）。

（48）**幼児　未成熟子**　第二五条「人の権利が年齢との関係で問題となる場合、幼児とは、七歳未満の者をいい、未成熟子とは、一四歳未満の者をいう」。普通法では、未成熟子の年齢は、男子の場合一四歳未満、女子の場合一二歳未満であった。

（49）**ラント法第一部第一章、第二六条**　「未成年は、出身

地および身分の区別なく、満二四歳に達するまで、継続する」。**第二部第一章、第六九六条**「未成年を理由として定められる後見は、被後見人が満二四歳となったときに、終了する」。

(50) 法典編纂当時、**成年の年齢**は地方によっていろいろと異なっていた。それより生ずる不便を除くため、スワルツは「最初の草案」の第四六八条で、成年年齢を、貴族につき一般に二五歳、貴族でない者につき二一歳とすることを提案した。このように成年となる年齢を区別する理由としては、貴族でない者は普通、貴族より早く支障なく営業をおこなうことができるよう、自由な処分能力 **libera facultas disponendi** をもつ必要のある状態に到達するということが挙げられる（**Svarez, amtliche Vorträge bei der Schluß-Revision des allgemeinen Landrechts, im: Kamptz, Jahrbücher, Bd. 41, S. 1—2.**）。法律委員会では、全員これに反対し、国民のすべてに身分の区別なく一律に成年年齢を定めることに賛成したが、その年齢を何歳とするかについては意見が分かれた。スワルツはなおも自説に固執し、一律に年齢を定めることが必要な場合に限り、その年齢を二五歳か二四歳とするという態度をとった。この論争は、カルマーとクラインが、スワルツ案第四六八条を、成年到達をもって後見は終了すると、年齢を明示しない表現に改めて打ち切った。

しかし、法典草案第一部第三篇第六章、第七—九条は、未成熟子および未成年者に後見を付すべきことを規定するが、一般に「未成年者とは二五歳未満の者をいう」（第七条）としながら、「農民身分に属する者あるいは工芸および手工業または商業に従事する者は、満二一歳になると、後見を必要としない」（第九条）と規定した。

(51) その後法律委員会で作成された「結論」（**conclusum**）では、貴族の場合は二四歳、市民および農民の場合は二一歳をもって成年とする見解に改められた。これをうけて、カルマーは、一七九〇年一一月三日、国王に上奏し裁可を求めたが、国王は、同月五日、貴族でない者も含めてすべての身分につき一律に成年年齢を一律に二四歳とすることを命じた。とくに、商業において、若年者が無思慮な投機に走って父の財産を失い、債権者の家族まで路頭に迷わすなど、破産頻発の弊害があるという事実を根拠にしている。**vgl. Immediatbericht des Großkanzlers und allerhöchste Kabinettsorder v. 5. November 1790, den Majorennitätstermin betreffend, in: Kamptz, Jahrbücher, Bd. 52, S. 116—118.**

(52) この官房令に基づき、全レギールングに対し、一律に

満二四歳をもって成年とする旨の回状が発せられたが、その日付は、本文と異なり、一七九二年三月五日である（Koch, Lehrbuch, Bd. I, S. 141. Anm. 1. Gräff-Rönne-Simon, Bd. 1, S. 138.）

（53）**第一章第二六条**の原文は、"Die Minderjährigkeit aber dauert, ohne Unterschied des Ortes, der Herkunft und des Standes, bis das vier und zwanzigste Jahr zurückgelegt ist" である。一般ラント法の刊本により "des Ortes" と "der Herkmnt" との間にコンマの有無のちがいがある。解釈において、いずれを採るかは、一般ラント法の成年規定がすべてのプロヴィンツに一様に適用されるか、それともプロヴィンツの特別の規定が適用されるか（たとえば、住所地のプロヴィンツで成年が二一歳と定められているとき、これがおこなわれるか）、の相違と関係する。サヴィニーは、成年年齢の画一的取り扱いを支持しているわけである。

（54）**一八〇八年六月一六日の官房令**（Die Allerhöchste Kabinetsorder vom 16. ten, Juni, 1808, die Majorennitäts-Erklärungen betreffend. NCCM. Tom. 12. S. 359.）では、前記一七九〇年一一月五日の官房令および一般ラント法が成年年齢を二四歳に定め、また一八〇一年の東プロイセン地方法でも同じ年齢が採用されていることを理由に、その他の地方でもこの年齢を認めるべきであるという見解を示した。同年六月二六日の指令はこれを通知する。Mathis, Bd. 6, S. 193—195.

（55）**一八〇八年一一月二三日の官房令**は、従来二一歳をもって成年としてきた地域（西プロイセン、ノイマルクの一部やシュレージエンの市民・農民身分など）に、二四歳に改めるとして、一一月二四日の回状で実施を命じた（前者は Mannkopff, ALR., Bd.7, S.102 f. に収録されている）。

（56）**エルフルトとヴァンダースレーベン**では "Verordnung wegen Einführung des vierundzwanzig-jährigen statt des bisherigen einundzwanzig-jährigen Majorennitäts-Terminis im Fürstenthum Erfurt und Amte Wandersleben, Vom 1. sten August 1817 (GS S. 201.) によって一八一八年一月一日以降、新成年年齢が実施される。

（57）**一七六八年の命令**とは Rescript an das Cammergericht, NCCM Bd. 4, S. 5061—5062 を指す。**ラント法第一附則、第三条**はみぎ命令と同旨。

（58）**一八一一年勅法** Edict v.11. März 1812, betr. die bürgerlichen Verhältnisse der Juden im Preußischen Staate, GS 1812 S. 17—18 を指す。

その第七条は、「内国人とみなさるべきユダヤ人は、この命令に別段の定めなき限り、キリスト教徒と平等の市民権と自由を享有する」と定め、第二〇条では、「ユダヤ人の私法上の関係は、他のプロイセン国民の規準として用いられるのと同じ法律によって判定さるべきである」と定める。また、一八一三年一月五日の指令は、みぎの勅法公布前に二〇歳となったユダヤ人は、再び未成年者となることなく、勅法公布前になお二〇歳未満であった者のみが二四歳となるまで未成年とみなされ、後見に服するとしている。Kamptz, Jahrbücher, Bd. 2, S. 186—187.

(59) **死亡宣告に関する立法**　一般ラント法は、これを第一部第一章（人およびその権利一般）と第二部第一八章第八節（後見の終了）において詳細に規定し、さらにナポレオン戦争の結果、未帰還者が増加したことを契機に、新しい立法がおこなわれた。

(60) 本文中に挙げられている**死亡宣告に関する原則**一—四に関してつぎの条文が対応する。一、ラント法第二部第一八章、第八二三条以下の規定。その系譜はつぎの通り。後期注釈学派の一〇〇年説に対し、一七二三年ライザーが、聖書の詩篇第九〇を根拠にして、七〇年説を立てた（Aug. Leyser, Meditationes ad Pandectas sp. 96 m. 5.）。この説は一七二二年にプロイセンに入り、一七五二年一月一〇日および四月二三日法はさらにこれを三〇年に短縮した。次いで、一七六三年一〇月二七日法（NCCM Bd. 3, S. 316—324.）はこれを一〇年に短縮し、あわせて、初めて公示催告の制度を採用した。二、ラント法第二部第一八章、第八五四条の規定。三、第一部第一章、第三五条の規定。四、一八一〇年九月二三日の閣令（NCCM Bd. 12, S. 1071—1072.）第一条の規定。

(61) いずれもラント法第一部第一章に規定があるが、その定義するところによれば、**心神喪失者**「理性の使用を完全に奪われている者」（第二七条）、**心神耗弱者**「行為の結果を熟考する能力を欠く者」（第二八条）、**浪費者**「無思慮かつ無用な出費あるいは放慢により、その財産を相当程度減少させ、債務を負う状態にある者」（第三〇条）。

(62) **団体**（Gesellschaft）に関する規定は、一般ラント法第二部第六章にある。その冒頭で、団体は、「国家の構成員の複数の者が共同の窮極目的を達成するために結合したもの」（第一条）と定義されている。この団体目的が公共の福利に反しないかどうかによって、団体は許されたる団体と許されざる団体に分けられる。さらに、許されたる団体には、つぎの三つの団体が属している。(1) 私的団体（Privatgesellschaft）第一

一条以下。(2) 特権団体（privilegierte Gesellschaft）第二二条以下。(3) コルポラツィオーネンおよびゲマイネン（Korporationen und Gemeinen）第二五条以下。このうちで、(1)と(2)の団体は倫理的人格とは認められない（第一三条、第二三条）。(3)の団体については、「永続的公益的目的のために結合した団体」で、しかも「国家によって認許された」もののみが、コルポラツィオーンとゲマイネの権利をもつとされ、市民生活上の行為において「倫理的人格（eine moralische Person）」と観念されるのである（第二五条、第八一条）。

周知のように、ネッテルブラットやダールエスの自然法体系は、全法秩序を個人法と社会・団体法に分かち、後者を社会契約より導き出し、一つの統一的シェーマで、家族、各種の団体、地方自治体、教会、国家などあらゆる人間団体を叙述しようとするものであった。一般ラント法も基本的にはこの体系を踏襲し、第二部、すなわち、社会・団体法において、まず家族を扱い、ついで団体の総則的規定を置いている。これに対し、サヴィニーは、パンデクテン体系に依拠して、団体の説明を民法総則の「法人」の項に移しておこなうが、そのため考察の対象となるのは、法人格を有するコルポラツィオーネンに限られることになる。

また、一般ラント法の基礎にある団体法観に簡単に言及しておこう。それは、社会契約による団体形成を前提しているから、国家構成員の自由な結合の可能性は、当然承認される。しかし、すでに自然状態において存在する家団体は別として、国家（市民社会）においてはじめて存在するその他の団体は、その目的が国家目的に合致していることを要求される。村、都市、ツンフトおよびイヌング、教区、学術協会、商事会社、宗教団体、クラブなど一切の団体は、国家の監督権に服する。国家とその法律より独立の団体は、国家の中に国家をつくるものとして許されない。国家の安全に危険で公共の福利に反する団体は排除されるが、その代り永続的公益的目的をもつ団体には、国家の特別の認可によって倫理的人格が付与される。自然法の団体論については、Otto von Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. IV, Berlin 1913, S.372—540.；プロイセン法については'Svarez, Vorträge, S. 46 ff.; Kleinheyer, Staat und Bürger, S. 134 f. 邦文文献としては新山雄三『一九世紀プロイセンにおける株式会社の法的地位についての一試論』岡山大学法学会雑誌第二〇巻第二号六頁以下参照。

(63) **倫理的人格**（moralische Person）プーフェンドルフは、人間の倫理世界の行為主体を表わすのに persona moralis という言葉を用いた。個々の人間（p. m.

simplices）のみならず、人的結合（p. m. compositae）をも示す。後には persona physica と persona composita, moralis sive mystica の区別が現われ、composita の付加語も消えて、persona morālis 自体が団体を表わす技術的表現となった。一般ラント法においても同様自然人との対比において団体を表わす。具体的には、明文の規定はないが、家族世襲財産および家族財団における家や国庫がそのようにみられるほか、財産を共同管理する複数の後見人または保佐人（第二部第一八章、第一一五条および第一二三条）、公けの施設（第二部第一九章、第三二条および第四二条）、そしてコルポラツィオーネンおよびゲマイネン（第二部第六章、第二五条および第八一条）が、「倫理的人格」と称されている。

ちなみに、法人（juristische Person）の概念は、ハイゼが初めて用いたとされている（Georg Arnold Heise, Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf vom Pandecten-Vorlesungen, 3. Ausg., Heidelberg 1822, S. 25—27.）。サヴィニーも『体系』では、倫理的人格の用語を廃する提案をしている。その理由は、法人は法的目的によってのみ人格としての存在をもつというのであるが、それに対して、倫理的人格という名称は、倫理的状態と何ら関わりのない法人の概念の本質に触れるところがなく、またこれは、個人間で非倫理的人格の反対を表わすにふさわしい表現であると述べられる（System, Bd. 2, S. 240—241）。プロイセン法の倫理的人格に詳しいのは、Eduard Hubrich, Begriff und Entstehung der moralischen Personen nach dem preußischen Allgemeinen Landrecht und ihre wechselvolle Beurteilung durch die preußische Theorie und Praxis in: Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts, Bd. 62, Heft 1., S. 1—76. また、最近のものとして、村上淳一「倫理的人格・法的人格・法人」法学協会雑誌第九八巻第六号五六頁以下。

（64）構成員の三分の二の出席　第六章の第五四条と第五五条には、「特別総会の案内に同時に審議事項が通知されていた場合、出席した構成員は、その数に関わりなく、有効な決議をおこなうことができる」、「審議事項のそのように明示的な通知がおこなわれなかった場合、決議が成立するには、少なくとも構成員の三分の二の出席がなければならない」と定められている。サヴィニーは、『体系』第二巻、三二七頁(c)および(e)に引用されているローマ法源が、普通法において拡張解釈されたことを批判し、これらの法源はコルポラツィオーン一般ではなく、都市共同体のみを取り扱ってい

こと、またそこでは、コルポラツィオーンの構成員の三分の二でなく、都市の代議機関である市議会員の三分の二が問題であることを指摘している（Savigny, System, Bd. 2, S. 336 f.）。これは次注に述べる団体の民主制の問題と密接な関連をもつ。

（65）**民主的な考え方**　法人の内部組織に関する叙述は、サヴィニーの『体系』の法人論の四分の一の分量を占め、また一般ラント法の講義において中心となっているのは、この問題が当時として大きな政治的経済的重要性をもつものであったことを推測させる。サヴィニーが法人として扱うものの社会的実体は、一般ラント法と同じように、主としてコルポラツィオーン、都市、農村、ツンフトおよびイヌング、宗教団体、政治団体などであり、まだ近代的な株式会社を含んではいないことに、注意を要する。かれが終始批判を加えるのは、現代的慣用および自然法理論にみられるこれらの団体の意思と全構成員の意思を同一視する考え方である。この考え方は、「すべての団体の組織における絶対的デモクラシー」の恣意的前提に立ち、「本質においては私法上の法人の上に移された国民主権の公法学者の理論」であるといって激しく攻撃される。抽象的平等性において把握された構成員（≪数的存在≫）の多数決によって重要事項が決せられるとすれば、(1) コルポラツィオーンの公権力を付与された機関の意義が無視され、日常業務を処理するだけの道具になり下る、(2) 構成員の間の階層差、たとえば、完全農民、半農民、貧農あるいは小屋住みといった村の意思形成に実質的影響を及ぼす差異が無視される。(3) 現在の構成員の意思のみによって決せられ、将来のコルポラツィオーンの存在と利益が考慮されない結果になる、と主張するのである。サヴィニーでは、法人意思と構成員の意思の峻別が強調されることになる。この点で、たとえば、特別に重要な行為の決定にあたって、全員一致のみならず、国家の許可が要求される。サヴィニーにおける法人の内部組織論は、当時進行中であった共同体の解体に対するかれの政策的志向との関連において、なお攻究さるべき課題であろう。

福地俊雄「サヴィニーの法人理論について(一)(二)」法と政治第七巻一号および二号。なお最近のドイツでは、Hans Kiefner, Personae vice fungitur?, Festschrift für Westermann, 1974, S. 263—274.; Franz Wieacker, Zur Theorie der juristischen Person des Privatrechts, Festschrift für Ernst Rudolf Huber, 1973, S.339.—383; Werner Flume, Savigny und die Lehre von der juristischen Person, Festschrift für Franz Wieacker, 1978, S. 340—360.

(66) **ラント法第一部第七章、第二六条―三一条**　ラント法によれば、コルポラツィオーンおよびゲマイネによる占有取得の善意・悪意の判定は、その構成員の多数が善意であるか悪意であるかに左右される（第二六条―二七条）。少数者はその悪意によって、共同体全体の占有を悪意とすることはできず、また、悪意の構成員は、その知るところおよび疑いを他の構成員に通知する義務を負う（第二八―二九条）。善意の構成員と悪意の構成員が同数のときは、全体が悪意となり（第三〇条）、悪意占有の結果、所有者に返還がおこなわれるとき、善意の構成員は悪意の構成員に損害賠償を請求しうる（第三一条）。

これらの規定の基礎になっているのは、やはり団体を全構成員と同一視する考え方であろう。法人も個人と同様に占有しうるのであり、ただ個人が自己のために占有しているのか、団体の名で占有しているのか区別しなければならないだけである（たとえば、ネッテルブラット説につき **Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd. IV, S. 530.**）。サヴィニーによれば、法人は自ら占有しえず、ただその代理人または理事によって占有しうるのみである（**Savigny, Das Recht des Besitzes, S. 190 f.; System, Bd. 2, S. 292 f.**）。

(67) この箇所の原文は、**auch ohne Beschluß des Staats, wenn ihr Zweck nicht mehr erreicht werden kann, oder dem Staatszweck entgegen ist** となっているが、第六章、第一八九条は、「コルポラツィオーンまたはゲマイネの、基本契約の中に定められた目的が達成されえないか、または完全に消滅するとき、国家はこのコルポラツィオーンまたはゲマイネを廃止する権利を有する」とし、続いて第一九〇条は、「この目的が、事情の変更により、公共の福利にとって明らかに有害となるとき、また同じ」と規定されているから、「国家の決定で」**auch mit Beschluß des des Staats** とならなければ、意味が通じない。

(68) この文章も、「団体一般でなく、団体で同時にコルポラツィオーンであるもの」と変更しなければ、理解しえない。

(69) **教会**　「礼拝を公に挙行するために結合した宗教団体は教会団体とよばれる」（第一一条）。一般ラント法は、国家が明示的に採用した宗派の教会と、許容されているにすぎない教会とを分け、前者には特権を付与されたコルポラツィオーンの権利のみを（第一七条）、後者には許された団体の権利のみを（第二〇条）認める。コルポラツィオーンとしての教会の建造物は、特権を付与された国家の建造物とみなされ（第一八条）、その教会の聖職者は、国家の官吏と同じ権利をもつ

（第一九条）。

（70）**学校**　第二部第一二章、第一八条によれば、下級学校の建造物は、明示的に採用された宗派の教会建造物と同じ特権をうけ、また学校の土地およびその他の財産についても原則として教会財産に関し規定されていることが適用される。

なお、法典草案注第一部第二篇、五二二頁は「下級学校は、厳密に考えれば、コルポラツィオーンではない。この権利は大学のみ、またある範囲でギムナージウムに与えられるにすぎないから」と述べる。本来は国家の市民に対する権利の章で扱われるところ、「これらの教育施設にみられる類似性と自然の結びつき」のため、下級学校も大学とギムナージウムとともに規定されるという。

（71）**ギムナージウム**　第二部第一二章、第五四条「青年に、高等な学術、あるいは技芸および市民的営業のため、それに必要または有益な学問的知識を教授することによって、準備教育を施す学校やギムナージウムは、対外的にコルポラツィオーンの権利をもつ」。

（72）**大学**　第二部第一二章、第七六条「大学は特権を付与されたコルポラツィオーンのすべての権利をもつ」。

（73）サヴィニーによれば、法人に属するのは、コルポラツィオーンのほかに、**Stiftung**がある。これは可視的な実体を有さず、それによって達成さるべき一般的目的に基づく観念的存在とみられ、その目的とは、たとえば宗教、教育、慈善などである。プロイセン法では、学校、ギムナージウムおよび大学をコルポラツィオーンとして扱うが、サヴィニーは、コルポラツィオーンとシュティフトゥングの境界が流動的であることを認めつつ、これらを後者の部類に入れる。大学については、成立時には真正のコルポラツィオーンであったが、「近時はますます国家の教育施設となってしまいなお法人、すなわち財産能力ある主体とみられるにしても、もはやコルポラツィオーンとみられない」と述べ、大学の営造物的性格を指摘している。**Savigny, System, Bd. 2, S. 244 f.**

（74）**ラント法第一部第一七章第一九―二〇〇条**　「土地が組合（**Societät**）の基金として出資され、組合の共有財産とみられるとき、抵当権登記簿における〔登記によって〕おこなわれる」、「この登記がおこなわれないとき、その土地は、組合の構成員相互間においてのみ共有であり、第三者に関してはそうでない」。サヴィニーの解釈では、組合財産に帰属する土地を組合名義で登記できるゆえに、組合に法人性が認められているというのであるが、立法者の見解は不明である。一八三六年一月八日の指令により、ようやく、組合員全

員の名義でのみ登記をおこないうるとの有権解釈が示された。Kamptz, Jahrbücher, Bd. 47, S. 368.

一八世紀後半までの法理論においてはコルポラツィオーン（universitas）と組合（societas）の区別はかなり流動的であり、合手的団体としての組合も、場合によって倫理的人格とみられたことがあった。Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd. IV, S.521 ff., S.558 ff.

(75) **ドイツの商事会社**　前注に述べたように、一八世紀末までの法理論において、いわゆる組合（societas）とみられた鉱山組合、寡婦扶助金庫、堤防組合などは、実質的にみるならばローマ法の組合とは異なり、内外ともにまとまりをもった統一体とみられ、個々の構成員とは独立の存在を有し、独立の財産を有するとみられ、法人として承認されることもあった。一般ラント法は、商事会社についてもその他同種の組合についても、明示的には法人とはみなしていない。

商事会社については、共同の商号の下に権利義務を担う可能性が付与され（第二部第八章、第六一七条以下）、個々の社員の業務執行権および代表権限が奪われることによって（第六三三条―六三八条、六四七条―六五二条）多少とも法人性が加味されることがなかったわけではない。サヴィニーは、組合概念とコルポラツィオーン概念の混同を戒めつつ、商事会社にのみ法人格を承認する方向を示しているのである。

(76) **ラント法第一部第一四章、第一七四条**　「訴訟の場合に限り、法人の代理人または管理人が法定の期日または裁判官が指定した期日を懈怠したとき、四年以内であれば、法人のために原状回復がおこなわれる」、第一七七条「訴訟外で、法律が一定の権利行使の権限または抗弁の提出について通常の消滅時効よりも短い期間を定め、その場合法人のため特別の例外を定めていないときもまた、前条の規定（第一七四―六条）が適用される」。

未成年を理由とする原状回復を認めたローマ法の制度（restitutio in integrum ob aetatem）は、後の皇帝勅法によってすべての政治団体や都市共同体に拡張され、カノン法では教会や修道院にも適用された。普通法はこの制度をすべてのコルポラツィオーンに適用した（Chr. Glück, Commentar, Bd. 6, S. 23―24.）。ラント法の規定も、このような理論的系譜に連らなる。これに対し、サヴィニーは、『体系』において、ローマ法やカノン法で政治団体や教会団体にまでこの制度を拡張したのは、特別の恩恵、特権の付与によるもので、これを抽象化して別の事例に適用することは許されない、と普通法理論を批判している。Savigny, System, Bd. 7, S. 159―161.