

# シュテューデル美術館事件と『ナポレオン法典』(2・完)

— 1811年11月21日デクレの拘束力をめぐって —

野 田 龍 一\*

## 目 次

はじめに

第1章 1811年11月21日デクレ

第2章 占有訴訟での議論

第3章 本権訴訟での議論 (以上『福岡大学法学論叢』第61巻第4号)

第4章 各大学鑑定意見の争い

第5章 諸学説の状況

むすび (以上本号・完)

凡例：文中、[ ] は、筆者による挿入部分を、… は、省略部分を意味する。

## 第4章 各大学鑑定意見の争い

1826年3月20日、原告側訴訟代理人は、リューベックなる四自由都市上級控訴裁判所に上告した<sup>1)</sup>。この上告審にあつて、原告側も、そして被告側も、それぞれ、いくつかの大学法学部判決団に鑑定意見 Gutachten の作成を依頼した。こんにち参看できるのは、原告側については、ゲッティンゲン<sup>2)</sup>・

---

\*福岡大学法学部教授

ライプツィヒ<sup>3)</sup>・キール<sup>4)</sup>の各大学からの鑑定意見であり、被告側については、ベルリン<sup>5)</sup>・ギーゼン<sup>6)</sup>・ハイデルベルク<sup>7)</sup>・ミュンヘン<sup>8)</sup>の各大学からの鑑定意見である。

以下では、これらの鑑定意見に即して、つぎの諸論点について考察してゆく。

第一に、1811年デクレが、大臣による副署を欠いていることについて、である。副署を欠いているがゆえに、1811年デクレは、無効であるのか。それとも、副署を欠いているにせよ、かのデクレは有効であるのか。

第二に、かのデクレが認めたのは、『ナポレオン法典』にもとづく、シュテューデルによる設立されるべき美術館への包括遺贈であったのか、あるいは、包括名義遺贈であったのか<sup>9)</sup>。包括遺贈ないし包括名義遺贈だとすれば、これを、普通法にもとづく1815年遺言におけるシュテューデルによって設立されるべき美術館の包括相続人指定に用いることができるのか。そもそも、1811年デクレは、将来においてはじめて設立されるべき美術館に、遺言による相続人として遺産を受領する能力を付与しうるのか。

第三に、1811年デクレは、その前提である『ナポレオン法典』が、1814年に、フランクフルトで廃止された<sup>10)</sup>ことによって失効したのか、依然効力を持ち続けたのか。また、遺言者シュテューデル自身が、1815年に、あらたに普通法にもとづいて遺言を作成したさいに、1811年デクレにもとづいて作成した1812年遺言を、自ら破棄したことによって、1811年デクレもまた失効したのか、あるいは、依然効力を維持したのか。

## 1. 大臣の副署が欠如していることの意味

### (1) 原告側大学鑑定意見

原告側が援用した三大学鑑定意見は、1811年デクレが大臣の副署を欠いている、という形式に関する理由から、同デクレの無効を主張した。

ゲッティンゲン大学鑑定意見は、大公ダルベルクの決定が真正で、信用できるものであり、かつ効力を持つためには、大臣の副署の具備という、国制上明確に規定される形式<sup>11)</sup>を満たしていなければならず、そして、こうした形式に関する法定の要件である大臣の副署を欠くときは、たとえ、その欠缺の効果が格別法律上規定されていないにせよ、当該デクレは、当然に無効になると説いた<sup>12)</sup>。

ライプツィヒ大学鑑定意見も、1811年デクレが、当時のフランクフルト大公国における国家官房大臣による副署を欠く、という形式上の瑕疵を持つ、と指摘した<sup>13)</sup>。

キール大学鑑定意見は、この形式上の瑕疵を、もっとも詳細に論述した<sup>14)</sup>。

なるほど、フランクフルト大公国には、大公ダルベルクの決定が大臣による副署を欠くときには、当該決定は無効であることを明確に規定する法律はない。しかし、フランクフルト大公国においては、1811年に『ナポレオン法典』が施行されたさいに、他に明文の法律がないときには、「従来の法律」=ローマ法を補充的に適用することが認められていた<sup>15)</sup>。ローマ法文(Nov.114.c.1およびC.1.23.Auth.Gloriosi.)によれば、副署を欠く皇帝勅法は、顧慮されてはならないことが定められた<sup>16)</sup>。学説としては、モーサーによれば、君侯の決定にあつては、当該決定の偽造・改竄を防止するために、大臣の副署が必要であり、君侯の決定は、大臣の副署を具備してはじめて、まったく信用に値するものであった<sup>17)</sup>。

以上からすれば、1811年デクレは、大臣の副署を欠くがゆえに無効である。

## (2) 被告側大学鑑定意見

これに対して、被告側に立った大学鑑定意見は、1811年デクレが大臣の副署を欠いても有効である、と主張した。

ベルリン大学鑑定意見は、副署の欠如が1811年デクレを無効とはしない、

と説いた。ゲッティンゲンおよびキールの大学鑑定意見は、フランクフルト大公国の法令集をじかに参照できなかつたことに由来する謬見である。1810年フランクフルト大公国国家参議会指令第6条<sup>18)</sup>は、ひとえに、大公国国家参議会の事前の協議を経て発される大公の法令にのみかわるものである。1811年デクレにあっては、こうした協議がおこなわれたことはなかつた。したがって、1811年デクレについては、国家官房大臣による副署は、国制にしたがったもの *verfassungsmäßig* ではない。たとえ、かの協議がない法令についても副署が必要であるにせよ、大公が、1811年デクレで、随意に、副署のない形式で特権を付与しても、だからといって、1811年デクレが無効であるとは主張されず、たかだか、そのデクレの真正さが疑われるにすぎない。しかるに、1811年デクレには、提出された証拠によれば、大公ダルベルクの自署があるゆえに、真正さは疑いない<sup>19)</sup>。

ギーセン大学鑑定意見も、こう説いた。なるほど、1810年のフランクフルト大公国国家参議会指令第6条は、大公ダルベルクの決定が、大公によって自署され、かつ、大公の国家官房大臣によって副署される、と規定した。しかし、この指令第6条の対象となるのは、もっぱら国家参議会が、大公の諮問機関として、大公によって諮問されて、答申する事項に限定された。こうした事項は、同指令第2条<sup>20)</sup>によれば、一般的法律の起草、個別的法令の起草、等族との協議、教育施設や風俗改善のための諸提案の審査、警察・司法・租税・財務制度改善に関するものであった。しかるに、1811年デクレは、かの第2条が規定する諸事項のいずれにもあてはまらない。

1810年8月16日のフランクフルト大公国憲法組織勅許状第44条<sup>21)</sup>は、なるほどすべての大公の決定の作成を、国家官房大臣の業務として規定する。しかし、同勅許状は、大公の決定すべてについて、副署が必要であるとか、あるいは副署を欠けば決定が無効であるとは、述べない<sup>22)</sup>。

原告側大学鑑定意見は、ローマ法文 Nov.114.c.1 および C.1.23.Auth.Glorios.

を援用する。しかし、古代ローマの国制は、ドイツの国制とおおいに相違する。すでに一連の学説が説いているように<sup>23)</sup>、国制に関するローマ法文は、ドイツには類推適用できない。仮に適用できるにせよ、かの Nov.114.c.1.や C.1.23.Auth.Gloriosi.は、司法事件において、宮廷財務官の署名が必要であることを規定するにすぎない。皇帝=統治者の署名については触れないから、これらの法文は、1811年デクレに適用できない<sup>24)</sup>。

ハイデルベルク大学鑑定意見は、まず、およそ行為が形式を欠く、というケースを、つぎの2つのグループに区分する。1つのグループは、たとえば、遺言の方式のように、ある形式を践むことが、行為の完成のための要件であるケースである。いま1つ別のグループは、ある形式を践むことが、公的な正確さ *fides publica* を増大させるにすぎないケースである。後者の場合には、ティボー Thibaut やヴェニング=インゲンハイム Wening-Ingenheim が説いている<sup>25)</sup>ように、その行為が真正である以上、たとえ、形式を践んでいないにせよ、行為は有効である。ハイデルベルク大学鑑定意見は、ここで、『プロイセン一般ラント法』第1部第3章第40条および第41条<sup>26)</sup>を援用する。1811年デクレについて見れば、同デクレには、大公ダルベルクの真正な署名がある。この署名がある以上、大臣による副署の欠如は、1811年デクレを無効にはしない<sup>27)</sup>。

ミュンヘン大学鑑定意見も、ギーセン・ハイデルベルク大学鑑定意見と同じ見解であった。1810年指令は、国家参議会による答申にもとづいてのみ発される大公の決定のみを対象とする。しかも、こうした決定については、「副署がおこなわれる」と規定するにすぎない。「副署がおこなわれるべきである」とか、「副署がおこなわれねばならない」とは規定しない<sup>28)</sup>また、原告側大学鑑定意見が援用する Nov.114.c.1および C.1.23.Auth.Gloriosi.は、ローマの国制に特殊な法文であって、ドイツの君侯に関しては適用できない<sup>29)</sup>。

## 2. 1811年デクレにおける「許可」の内実

### (1) 原告側大学鑑定意見

ゲッティンゲン大学鑑定意見は、1811年デクレが遺言者シュテートルに対しておこなった「許可」について、これを二様に理解することができる、と説いた。

『ナポレオン法典』第906条ないし第912条は、遺言により遺贈を受領する能力（いわゆる受動的遺言能力 *testamentifacio passiva*）を規定する。第910条は、この脈絡の中にある。第910条の前提として、公益諸施設によれば、原則として遺言によって遺贈を受け取る能力を持たない。第910条は、この原則の例外として、君侯の許可あらば、公益施設は、受動的遺言能力を持つ。この意味で、第910条は、受動的遺言能力なき公益施設に1つの「免除」を与える効力を、君侯の「許可」に与えた。1811年デクレは、あくまでも『ナポレオン法典』第910条を前提とする。したがって、第910条が廃止されれば、第910条にもとづく「免除」もまた、やむ<sup>30)</sup>。

かりに、第910条廃止後もなお「免除」のみは効力を持つにせよ、これを、シュテートルの1815年遺言に用いることはできない。けだし、1811年デクレが許可するのは、遺産の「相当な部分」の美術館への遺贈＝包括名義遺贈であるのに対して、1815年遺言にあるのは、設立されるべき美術館の包括相続人への指定だからである<sup>31)</sup>。

1811年デクレは、遺言による美術館設立を「許可」したとも解することができる。遺言者シュテートルが、フランクフルト大公国の存続中に遺言を作成し、かつ死亡したであろうならば、1811年デクレは、効力を持ち、美術館は、シュテートルの遺言によって有効に設立されたことであろう。しかし、シュテートルが、1811年デクレにもとづく遺言を破棄したことによって、1811年デクレの「許可」も失効した<sup>32)</sup>。

ライプツィヒ大学鑑定意見も、1811年デクレが『ナポレオン法典』第910

条と不可分一体であると説いた。1811年デクレは、第910条の要件を充たすためであった。第910条によれば、施療院などの施設（いわゆる「死手」）への遺贈のためには、君侯の「許可」を必要とした。1811年デクレによる「許可」は、シュテューデルが1812年に『ナポレオン法典』にもとづいて作成した1812年遺言にのみかわる。1811年デクレは、まさに、1812年遺言に「付録」として添付されていたのである。また、1811年デクレは、設立されるべき美術館への包括名義遺贈を対象とした。これに対して、1815年遺言は、普通法にもとづいて、設立されるべき美術館の包括相続人への指定を定めたのである。包括名義遺贈を包括相続人指定と同一視することはできない<sup>33)</sup>。

キール大学鑑定意見も、『ナポレオン法典』における包括名義遺贈と普通法における包括相続人指定との違いを主張した。1811年デクレは、遺言者に、その遺産の「相当部分」を、設立されるべき美術館に遺贈することを許可した。これは、包括名義遺贈の許可である。しかるに1815年遺言では、設立されるべき美術館を包括相続人に指定した。遺言による包括相続人指定は、1811年デクレの知らないところであった<sup>34)</sup>。

以上の三大学鑑定意見に共通するのは、1811年デクレが『ナポレオン法典』の包括名義遺贈を許可したと理解し、この包括名義遺贈の許可は、普通法にもとづく1815年遺言の包括相続人指定には、適用できない、と主張する点であった。

## (2) 被告側大学鑑定意見

これに対して、被告側大学鑑定意見は、1811年デクレが、1815年遺言による相続人指定に適用されうることを主張した。

ベルリン大学鑑定意見は、こう述べる。大公ダルベルクは、シュテューデル美術館に、受動的遺言能力 *testamentifactio passiva* を付与した。そうだとすれば、大公ダルベルクは、これをもって、同時に、遺言者シュテューデルに、

この美術館を、相続人に指定する権利を付与したのである<sup>35)</sup>。

ギーセン大学鑑定意見も、1811年デクレが、1815年遺言に適用される、と説く。遺言者シュテーデルは、1811年デクレによれば、大公ダルベルクへの申請にあたり、こう表示した。絵画、銅版画、およびその他の美術品の蒐集を、設立されるべき美術館に付与する。大公ダルベルクが、この申請を許可した。そのさい、大公は、この遺贈に制限を加えなかった。実際にも、1811年デクレの表題は、「美術館を包括受遺者に指定するための美術館設立についての許可デクレ」となっている。周知のように、『ナポレオン法典』では、「相続人」*heritier* と呼ばれるのは、ただ法定相続人のみである。遺言による処分によって、遺産全体を受け取る者は、包括受遺者 *legataire universel* と呼ばれる。この包括受遺者に対置されるのが、包括名義受遺者 [*legataire*] *à titre universel* である。遺言者は、この包括名義受遺者には、遺産の一定割合または遺産中の全動産または不動産もしくは動産の一定割合を遺贈する。したがって、1811年デクレの表題にある「包括受遺者」なる用語によっては、普通法＝ローマ法的に述べると、まさに、この美術館を、相続人に指定することができる意図が表示される。なるほど、1811年デクレは、その本体で、遺言者シュテーデルが、その遺産全部ではなく、その「相当な部分」を設立されるべき美術館に遺贈する旨を伝える。ここから、1811年デクレにあるのは、包括遺贈ではなく、包括名義遺贈だとの主張がおこなわれている。しかし、「相当な部分」という表現は、すこぶるあいまいである。この「相当な部分」は、ただ遺言者シュテーデルの裁量によって明確になる<sup>36)</sup>。

ハイデルベルク大学鑑定意見も、1811年デクレが、設立されるべき美術館の相続人指定を許可したと解しうる、と主張した。反対論者は、言う。1811年デクレは、その本体にあるように、シュテーデルが、かれの遺産の「相当な部分」を美術館に遺贈することを、すなわち、包括名義遺贈を許可したのであって、シュテーデルが、この美術館を、包括相続人に指定しうるところ



まで許可したのではない。これに対して、ハイデルベルク大学鑑定意見は、つぎのように反論した。1811年デクレ本体の「相当な部分」云々の箇所は、たんに説明的な *enunciativ* 傾き *Richtung* を持つにすぎないのであって、強行的な *dispositiv* 傾きを持つものではない。また、かの箇所は、すこぶる一般的であって、そこには、相続人指定の許可を理解することができる。加えて、1811年デクレは、遺言者シュテューデルの親族への顧慮をまったくおこなってはならず、したがって、親族=法定相続人を顧慮することによって、遺言者シュテューデルの処分を制限することをまったく意図してはいなかった。むしろ、1811年デクレは、遺言者シュテューデルによる美術館設立を、まったく無条件に認めたものと解することができる<sup>37)</sup>。

ミュンヘン大学鑑定意見は、こう述べる。1811年デクレが、「相当な部分」云々と表示するのは、まったく重要ではない。なぜなら、こうだからである。第一には、「相当な」という表現は、美術館への遺贈の多寡をそこから引き出すには、あまりにもあいまいである。第二には、遺言者シュテューデルは、この許可を受けたうえで、その後、相当な部分を、美術館への遺贈以外の目的のために用いることができた。第三に、1811年デクレの表題は、「包括遺贈」となっていて、この表題の表示からすれば、1811年デクレは、設立されるべき美術館への遺贈の規模について制限を加えることをまったく考えてはいなかった。最後に、いったん美術館設立が認められれば、その後、遺言者シュテューデルが、美術館への遺贈の規模を増大させたからといって、1811年デクレによる許可を無効にしたり、否定したりすることは不可能である<sup>38)</sup>。

以上、被告側に立った四大学鑑定意見は、1811年デクレが許可したのは、その表題にあるように、設立されるべき美術館への包括遺贈であって、包括名義遺贈ではないことを主張した。そのうえで、包括遺贈であれば、これを、普通法における遺言による包括相続人指定に転換して解釈することが可能だと説いた。こうして、包括遺贈に関する1811年デクレを、1815年遺言におけ

る相続人指定に適用できることになる、というのであった。この立場からすれば、1811年デクレに、普通法の遺言による相続人指定を読み込むことが、柔軟におこなわれることになろう。

### 3. 1815年遺言の時点における1811年デクレの効力存続

#### (1) 原告側大学鑑定意見

ゲッティンゲン大学鑑定意見は、上述のように、『ナポレオン法典』第910条の廃止によって、1811年デクレもまた失効したと説いた。その所論を、ここで今少し詳しく考察しておきたい。遺言者シュテーデルによれば、美術館の設立は、1815年3月15日付けのその最後の遺言作成の時点でおこなわれた。すなわち、1811年デクレが由来するフランクフルト大公国がずっと前に崩壊した時点であった。1811年デクレによる「許可」は、国制が転換した後の1815年遺言のために援用することはできない。大公国崩壊後において、美術館設立を許可することは、大公ダルベルク的意思ではなかったであろう。また、1811年デクレには、同デクレによって許可された設立が、大公の統治下でおこなわれるならば、という黙示の条件が付いていた。1811年デクレを1815年遺言に適用できないことは、別の観点からも説明がつく。美術館の設立が実際におこなわれたのは、1815年遺言においてであった。それは、大公国崩壊後の現在の自由都市フランクフルトの国制において、であった。したがって、その設立の許可は、ただ、現在の自由都市フランクフルト政府によってのみおこなわれることができる。その証拠に、シュテーデルの逝去後、都市裁判所は、シュテーデル美術館が、国家のかの倫理的な人格 *eine moralische Person* であるとの都市参事会の許可を取り付けることを求めた。1811年デクレがなお拘束力を持ったであろうならば、1816年の許可は不要であったであろう。最後にいま1つ。大公ダルベルクの許可は、シュテーデルに、美術館を設立することを認め、そして、シュテーデル存命中に、この美術館が設立される

ならば、この美術館に相続能力を付与するにすぎない。しかるに、シュテューデルは、その存命中に美術館を設立しなかった。シュテューデルがその遺言で美術館を設立したのは、1815年の時点においてであった。シュテューデルが美術館を遺言で設立しないかぎり、1811年デクレは、それだけでは、美術館にその存在を与えることも、また、存在しない美術館に、相続能力を付与することもできないのである<sup>39)</sup>。

ゲッティンゲン大学鑑定意見は、遺言者シュテューデルが、1811年デクレにもとづく1812年遺言を、1815年遺言で自ら破棄したことには言及していない<sup>40)</sup>。

ライプツィヒ大学鑑定意見は、遺言者シュテューデルが、1811年デクレにもとづいていったんは作成された1812年遺言を、1815年遺言で破棄した点を重視した。1811年デクレは、『ナポレオン法典』第910条に則り、その要件を充たすために発された。このデクレは、1812年遺言に付録として添付されていた。しかるに、遺言者シュテューデルは、この1812年遺言を、1815年遺言において自ら破棄した。シュテューデルが、あらためて普通法に則り、遺言を作成したことによって、1812年遺言およびその前提となった1811年デクレも破棄された。遺言者シュテューデルが死亡するまでは、シュテューデルには、何度も遺言を作成し直す自由がある。遺言者シュテューデルが死亡することによって遺言が確定するまでは、1811年デクレの拘束力も否定されうるのである<sup>41)</sup>。

キール大学鑑定意見は、第一に、遺言者シュテューデル自身が、1812年遺言を、自ら破棄したこと、ならびに、第二に、『ナポレオン法典』第910条を前提とする1811年デクレは、普通法にもとづく1815年遺言には適用できないことを説いた。

第一に、遺言者シュテューデルは、1815年遺言において、フランクフルト大公国の崩壊とフランス法の廃止を欣快とし、普通法にもとづく遺言を作成した。遺言者シュテューデルが、このようにして1811年デクレにもとづく1812年

遺言を破棄したことから、遺言者シュテューデルは、1811年デクレそれ自体も失効させ、かつ無視することを認識させるのである。

第二に、『ナポレオン法典』第910条の許可は、普通法下での遺言には通用しない。キール大学鑑定意見によれば、普通法のもとで、設立されるべき美術館に適法に遺産を付与するには、この美術館とは別の相続能力ある人を遺言で相続人に指定し、かつ、この相続人に、美術館の設立および設立されるべき美術館への遺産の返還を「負担」として課するほかはない。この普通法にあつては、設立されるべき美術館への包括遺贈ないし包括名義遺贈は、ありえないのである<sup>42)</sup>。

以上のように、原告側大学鑑定意見は、あるいは、1811年デクレの前提となった『ナポレオン法典』が廃止されたことから、あるいは、1811年デクレにもとづく1812年遺言を遺言者自ら破棄したことから、あるいは、1811年デクレにもとづく遺言が効力を発生させることなく終わったことから、1811年デクレの失効を説いたのである。

## (2) 被告側大学鑑定意見

被告側大学鑑定意見は、一致して、1811年デクレが遺言者シュテューデルの1815年遺言にあつても依然存続したことを説いた。

ベルリン大学鑑定意見は、こう説いた。フランクフルト大公国政府は、連合国によって適法な政府として見られた。大公ダルベルクに由来するすべての統治行為は、フランクフルト大公国がその後崩壊したから、という理由のみによっては無効にはならない。大公ダルベルクが付与した特権や許可は、自由都市フランクフルトにおいても、その適法性と有効性が一般に前提とされる。こうした「既得権」*iura quaesita* は、フランクフルト大公国の崩壊でもって消滅することはない。いわんや、自由都市フランクフルト政府が、こうした「既得権」を廃止することはできない。

なるほど、1814年1月27日フランクフルト都市参事会令は、かつてのフランクフルト大公国領土において、フランスの法律およびそれとかがわるすべての法令を廃止した<sup>43)</sup>。しかし、同参事会令第2条<sup>44)</sup>は、かつて個人に付与された特権を、明確に存続させた。1811年デクレがシュテューデルに付与した特権も、依然存続する。

なお、ベルリン大学鑑定意見は、シュテューデルが1812年遺言を破棄したからといって、1811年デクレがかれに付与した権利を放棄したことにはならない、と述べる。けだし、1812年遺言も、1815年遺言も、美術館を設立し、かつ、この美術館に、シュテューデルの遺産を承継させるという点では、本質的には相違ないからである<sup>45)</sup>。

ギーセン大学鑑定意見は、1811年デクレの本性を問う。それは、「法律」Gesetz、すなわち、「臣民の外的な諸行為に関する一般的規定」ではない。それは、「個々のケースに関する1つの命令」であって「シュテューデルが設立を意欲する美術館に、シュテューデルの遺産から財産を受け取る能力を付与するもの」であった。それは、大公ダルベルクの持つ「ポリツアイ高権」Polizeihoheit からの流出物である。シュテューデル存命中は、1811年デクレは、1つの統治行為である。シュテューデル死亡後、私法上の権限が、この統治行為としての1811年デクレから発生する。それは、遺言によって相続人に指定された美術館が、独立した個人として、相続財産を取得することによる。国家は、このある種の「既得権」をできるだけ保護しなければならない。その廃棄は、原則として、補償と引換えにのみおこなわれることができる。もちろん、国家は、その前に存立していた国家が付与した「既得権」を、それが現在の国家にとって有害だと判断するときには、取り消すことができる。なるほど、1814年1月16日の総政府令およびそれを承けて制定された1814年1月27日のフランクフルト都市参事会令は、「すべての、フランスの立法に関して出されたか、または、それと連関する法令、規定およびデクレ」を廃止

した。しかし、この廃止は、国家権力の一般的命令にのみかかわるものであって、個々のケースに関して発された命令にはかかわらない。1811年デクレは、まさに個々のケースに関する命令であった。しかも、フランスの法律が廃止されれば、おのずと消滅するような命令ではない。自由都市フランクフルト政府があえて取り消さなかった以上、1811年デクレは、自由都市フランクフルトにあっても存続する。連合国が、かつてのフランクフルト大公国を、適法だとして承認し、この大公国の諸々の統治行為をもまた、適法だとして承認した。およそ前に存立した国家の統治行為は、この国家を引き継いだ国家がこれを明示的に破棄しないかぎり、後続のこの国家においてもまた拘束力を維持する、というのが「原則」<sup>46)</sup>である。

遺言者シュテーデル1812年遺言を破棄したことによっては、1811年デクレの拘束力は失効しない。上述のように、1811年デクレは、1812年遺言に限定されることなく、およそ一般に、1つの「既得権」として、設立されるべき美術館への遺言による財産付与を、シュテーデルに認めた。1811年デクレは、1815年遺言についても依然拘束力を持ち続ける。シュテーデル自身、1815年遺言においては、なるほど、1812年遺言それ自体の破棄を述べるが、1811年デクレの廃棄については言及しない<sup>47)</sup>。

ハイデルベルク大学鑑定意見は、こう述べる。1811年デクレがひとたび付与した許可は、その後における大公国から自由都市への国制の変遷および『ナポレオン法典』の廃止にもかかわらず、存続する。「一般的法律」が消滅したり、あるいは変更されることは、「特別の法律」にはかかわらない。1811年デクレは、美術館を、その設立前に承認した。それは、別の例を挙げれば、フランクフルトの市民権が、誰かある者に付与された場合に似ている。この者は、市民権が付与された時点でフランクフルト市民になる。かれが実際にフランクフルトに移住し、この地で商売を始めなければフランクフルト市民にまだ非ず、ということにはけっしてならない。本件にあっても、1811年

デクレが、設立されるべき美術館に相続能力を付与した時点で、美術館は相続能力を取得する。

1811年デクレが付与したのは、1つの「既得権」である。この「既得権」は、私人シュテューデルの意思によっては取り消されることはできない<sup>48)</sup>。

ミュンヘン大学鑑定意見も、1811年デクレを、しかるべき形式および帰属する権限にもとづいて行使される統治行為であると説く。この統治行為は、『ナポレオン法典』の廃止やフランクフルト大公国の自由都市フランクフルトへの変遷によって、その拘束力を失うことはない。したがって、1811年デクレによる許可は、『ナポレオン法典』下にあつてのみならず、普通法および『フランクフルト改革都市法典』下にあつても存続する。原告側が主張する「特権は、その由来する法律が廃止されると消滅する」というのは、謬見である。1814年1月27日フランクフルト都市参事会令は、フランクフルト大公国下の「立法」のみにかかわるのであって、大公ダルベルクがおこなった「統治行為」にはかかわらない。別の例を挙げるならば、たとえば、大公ダルベルクが犯罪人に付与した恩赦は、『フランス刑法典』廃止にもかかわらず存続する。およそ、ある為政者の統治行為は、為政者自身の交替にもかかわらず、つぎの為政者によって引き継がれるのである。

シュテューデルが、1812年遺言を自ら破棄したことは、どうか。ミュンヘン大学鑑定意見によれば、シュテューデルは、その1815年遺言で、1812年遺言を破棄したのであって、1811年デクレによる許可を破棄したのではない。およそ、統治行為としての許可は、私人がその意思で破棄できるものではない。また、シュテューデルは、1811年デクレによる許可を取得するにあたり、しかるべき手数料を納付している。いったい、手数料を納付してまでして取得した許可を、破棄する気になろうか。美術館設立および設立されるべき美術館への遺産付与の意思は、一貫して不変である<sup>49)</sup>。

以上のように、被告側大学鑑定意見によれば、1811年デクレは、統治行為

である。この統治行為によって付与された「許可」は、ある種の「既得権」である。この「既得権」は、国制の変遷の影響を受けない。国家承継の原則からして、後継国家は、前任国家による「既得権」の付与を尊重しなければならない。1814年1月27日のフランクフルト都市参事会令もまた、『ナポレオン法典』のフランクフルトにおける廃止が、こうした「既得権」には及ばないことを明定した。加えて、こうした統治行為による「既得権」の付与は、私人の意思によって取り消されるところではない。

### 注)

- 1) OAGL Z 1443, 8, fol.53 recto-93 verso.
- 2) Rechtliches Gutachten zu Göttingen, Straßburg, gedruckt bei F.G.Levrault, 1826. その手書き謄本：Rechtliches Gutachten vom 25. September 1826. 書き手は、Anton Bauer. 請求番号 2 Cod.Ms.jurid 147a. わたくしは、2016年11月4日、グッティンゲン大学旧図書館文書室で、これを閲覧することができた。
- 3) Rechtliches Gutachten zu Leipzig: in Rechtliche Belehrungen. これは、ヤツソイによって短縮されたもの。その全文は、Frid. Carolus Gust. Stieber ed., Caroli Friderici Christiani Wenck Opuscula academica, Lipsiae 1834, p.271-284にある。
- 4) Gutachten zu Kiel, in: Rechtliche Belehrungen. その手書き謄本：Urtheile und Rechtsgutachten vom Jahre 1826.No.6. シュレスヴィヒ=ホルシュタイン=ラント文書館（在シュレスヴィヒ市）所蔵。請求番号 Abt.47.5.Nr.60. 書き手は、Burhardi. わたくしは、2013年9月13日、現地でこれを参看することができた。手書き謄本と対照すると、印刷版では、末尾部分（小書付条項によりシュテューデルの遺言は有効・訴訟費用はすべて原告負担とする）が、削除されている。
- 5) Rechtliches Gutachten zu Berlin, Frankfurt am Main 1827. 書き手は、Bethmann-Hollweg.
- 6) Rechtliches Gutachten zu Gießen im Juni 1827, Frankfurt am Main 1827.
- 7) Rechtliches Gutachten zu Heidelberg, Frankfurt am Main 1827.
- 8) Rechtliches Gutachten zu München vom 27. Juni 1827, Frankfurt am Main 1827.
- 9) 『ナポレオン法典』における包括遺贈と包括名義遺贈との相違点について補足したい。包括遺贈であれば、遺言者の死亡時に法律によって遺言者の財産の



割合部分を留保される相続人がいないときは、包括受遺者は、引渡を〔相続人に〕請求する義務を負うことなしに、遺言者の死亡によって法律上当然に占有権を取得する(第1006条)。

これに対して、包括名義遺贈であれば、包括名義受遺者は、法律によって財産の割合部分が留保される相続人、包括受遺者または法定相続人に対して、引渡を請求する義務を負う(第1011条)。

「包括受遺者」は、19世紀初頭のフランス民法学説にあっては、しばしば「遺言によって指定される相続人」と言い換えられた。たとえば、Jacques de Malville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, Tom.2, Paris 1805, p.462は、包括遺贈についての叙述で、「法律は、遺言で指定される相続人をすべて適法な相続人とする」と述べる。C.B.M.Toullier, *Le droit civil Français*, Tom.5, Bruxelles 1824, p.285は、遺言者の財産の全体について持つ原始的権利が、包括遺贈を性格づけるとの論述にあって、「遺言で指定された相続人ないし包括受遺者」と述べる。Jean-Baptiste-César Coin-Delisle, *Commentaire analytique de Code civil*, Livre 3, Titre 2, Paris 1844, p.450は、「包括遺贈は、1人または複数名に対しておこなわれる財産全体についての遺言による恵与である。それは、1人または複数の相続人の指定である」と述べる。

ドイツにあっては、たとえば、Karl Salomo Zachariä von Lingenthal, *Handbuch des französischen Civilrechts*, Bd. 2, Heidelberg 1808, S.234は「包括受遺者(遺言による相続人)は、被相続人が相続人(嫡出の血族)を残さなかったかぎりでは、相続財産の取得および放棄に関しては、法定相続人とまったく同じ権利義務を持つ」と述べる。

- 10) 1814年1月16日総政府布告のあらまし：『本誌』第61巻第4号1140-1141頁注8を参照。ただし、1141頁上から6行目②「1814年1月1日よりは」とあるのは、「1814年2月1日よりは」の誤記である。お詫びして訂正したい。Großherzoglich frankfurtisches Regierungsblatt, Bd.3, S.250: “Der Code Napoléon... sammt allen in Beziehung auf diese französische Gesetzgebung, seit ihrer Einführung erschienenen und damit zusammenhängenden Verordnungen, Vorschriften und Decreten sind mit dem 1. Februar dieses Jahrs in den großherzoglich frankfurtischen Landen und Gebietstheilen ausser Kraft, Gültigkeit und Wirkung gesetzt.” この総政府布告を承けて、フランクフルト都市参事会が、1814年1月27日に制定した参事会令については、『本誌』第61巻第4号1142頁注13では、未見としていたが、フランクフルトはシュテューデル美術館所蔵の本案裁判史料中に、その謄本を見出すことができた。Städel-Museum-Archiv, Städel @ Städel, IV, Anlage No.8. (ohne Folioseitenangabe) Rathsverordnung über die nach Abschaffung der französischen Gesetze einzuhaltenden Grundsätzeである。その第2条は「フランス民法典において含まれる諸規定および

それに属するさらなる特別の諸法令に代わって、上述の今年2月1日より、帝国都市の国制において存在した諸法律および諸規定が適用される。ただし、法の理論が、法律の遡及効に関してもたらずことを妨げない unabbrüchig dessen was die Theorie der Rechte wegen der rückwirkenden Kraft der Gesetze mit sich bringt...』とある。わたくしは、2016年10月27日、28日および11月3日、シュテューデル美術館において、この史料を閲読・撮影することを許された。関係各位のご厚意に対し、ここに特記して謝意を表したい。

- 11) 1810年フランクフルト大公国国家参議会指令第6条については、『本誌』第61巻第4号1141頁注10参照。
- 12) Rechtliches Gutachten zu Göttingen, S.22-23.
- 13) Rechtliches Gutachten zu Leipzig, S.5.
- 14) Gutachten zu Kiel, S.25-26.
- 15) 『本誌』第61巻第4号1173頁注5 (Großherzoglich frankfurtisches Regierungsblatt と S.8との間に Bd.1が脱落していた) 参照。
- 16) これらのローマ法文の試訳につき、『本誌』第61巻第4号1174頁注18および19参照。
- 17) モーサーの所説につき、『本誌』第61巻第4号1176注23参照。
- 18) 『本誌』第61巻第4号1141頁注10参照。
- 19) Rechtliches Gutachten zu Berlin, S.17.
- 20) 1810年10月25日「[フランクフルト] 大公国国家参議会の指令」第2条「国家参議会は、諮問機関として、余が、国家参議会に審査および処理のために通知する諸事項について答申する。この種の付託は、以下の諸事項から成る。：一般的法律の起草；個別的法令の提案；等族との協議；教育施設および風俗の改善のための提案の審査；警察、司法、租税制度、財政の改善等である」。条文には、「等」 u.s.w.とある。Großherzoglich frankfurtisches Regierungsblatt, Bd.1, S.76.
- 21) 1810年8月16日「フランクフルト大公国憲法組織勅許状」第44条については、『本誌』第61巻第4号1176-1177頁注26参照。
- 22) Rechtliches Gutachten zu Gießen, S.36-37.
- 23) ギーセン大学鑑定意見がここで援用する諸学説は、以下のとおり：  
Johann Stephan Pütter, Litteratur des Teutschen Staatsrechts, Bd.1, Göttingen 1776, S.37-43：とくに S.39：「... ドイツの国家法に属するすべての素材において、かつてのローマの国制からは、われわれの国制へは、いかなる推論もおこなわれない。ただし、法律または慣習が、個別のケースにおいてこのことについて判を捺す[確証する]場合は、このかぎりではない」。；Nicolaus Thaddäus Gönner, Teutsches Staatsrecht, Landshut 1804, S.26-27：とくに S.26：「文化史からしてすでに、継受された諸外国法の、ドイツの国家法へのおおきな影

響が知られている。したがって、これらの継受された法は、間接的な法源として無視されてはならないが、しかし、それだけに、それらを正しく用いるためには、よりいっそうの慎重さが必要である。われわれは、これらの外国法であるローマ法およびカノン法を、ランゴバルドのレーエン法とならんで、たんに補助的に、しかも、それらのうちから、たんに法命題を採用してきたのであって、しかし、けっして国家制度を採用してきたのではない。…。；Justus Christoph Leist, Lehrbuch des Teutschen Staatsrechts, Göttingen 1803, S.23 : 「ドイツの国家諸事項においてすら、たんに、ローマ法のみならず、ランゴバルドのレーエン法もまた…用いられることができる。ただし、それは、すなわち、[ドイツ]固有の判断規範が、全体として欠如し、そして、ドイツの国制が、そもそも対立しないそのかぎりにおいてである。」。；Johann Ludwig Klüber, Oeffentliches Recht des teutschen Bundes und der Bundesstaaten, Frankfurt am Main 1817, S.113 : 「ローマの国家法は、かつて採用されたことはなかった。ドイツ連邦設立以来は、まったく採用されたことはない。それゆえに、補充的にしばしばなお採用されるローマ私法とはことなっており、ここ [国家法] では、法源として用いられることができない。；もともと、ローマの国家法とドイツ連邦の主権諸国家の国家法とが偶然に一致することはある」。 (この文献については、『本誌』第61巻第4号1178頁注42 [そこに注41とあるのは誤記。42が正しい] ですすでに紹介した)。

24) Rechtliches Gutachten zu Gießen, S.38-39.

25) Anton Friedrich Justus Thibaut, System des Pandekten-Rechts, 5.Ausgabe, Bd.1, Jena 1818, S.106-107 : 「ある行為の法定の形式は、疑わしい場合においては、遵守されねばならない。この法定の形式が遵守されないときは、行為は無効 null und nichtig である。しかし、無効になるのは、ただ、法律に違反するふるまいに関してのみであって、しかるに、法律に従っているその他のふるまいに関してではない。しかも、かの法律に違反するふるまいが、行為の要素を成すのではない場合、また、法律に従っているその他のふるまいが、行為の要素に左右される行為の付随的部分を成す場合には、[形式の不遵守は、行為を無効とはしない]。…裁判官は、あからさまな衡平を理由として、法律上遵守されるべき形式を免除することができる。ただし、この免除においては、つぎの場合には、いかなる衡平も見出されてはならない。それは、(たとえば、遺言において、多数の証人があるごとくに) 法定の形式が、まさに、法と衡平とを促進することに役立つべきである場合である。…。；Johann Nepomuk von Wening-Ingenheim, Lehrbuch des Gemeinen Civilrechtes, Bd.1, 2.Auflage, München 1824, S.157-158 : 「…無効は、そもそも、ある法律行為の本質的な要件の欠如の結果として、生じる。それは、内容または形式に関して、である。その場合、法律は、無効というこの効果を、明示的に規定するか、もしくは、

その他に、罰を付加した場合もあれば、あるいは、そうではない場合もある。…」。

26) 『プロイセン一般ラント法』第1部第3章第40-41条：「第40条。ある行為についての法定の形式が懈怠されることから、この行為の無効が生じるのは、ただ、法律が、この形式の遵守を、行為が有効であることの要件として、明示的に要求する場合に限定される。第41条。疑わしい場合には、つぎのように推定される。行為の形式は、ただ、この行為の確実さと信用とを増大するためにのみ規定されている」。『プロイセン一般ラント法』のテキストは、Hugo Rehbein ed., Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, Bd.1, Berlin 1794, S.40-41に拠った。

ハイデルベルク大学鑑定意見は、加えて、ここで、D.50.17.183を援用する：「マルケッルス 法学大全第3巻より。諸々の要式からは、何も容易には変更されることができないにせよ、にもかかわらず、明白な衡平が要求する場合には、救済されるべきである」。テキストは、Th.Mommsen, Digesta Iustiniani Augusti, Uol.2, Berolini 1963, p.968に拠った。

27) Rechtliches Gutachten zu Heidelberg, S.16-17.

28) Rechtliches Gutachten zu München, S.30.

29) Rechtliches Gutachten zu München, S.30-31.

30) Rechtliches Gutachten zu Göttingen, S.23.

31) Rechtliches Gutachten zu Göttingen, S.23-24.

32) Rechtliches Gutachten zu Göttingen, S.24.

33) Rechtliches Gutachten zu Leipzig, S.5.

34) Rechtliches Gutachten zu Kiel, S.27.

35) Rechtliches Gutachten zu Berlin, S.18.

36) Rechtliches Gutachten zu Gießen, S.39-40.

37) Rechtliches Gutachten zu Heidelberg, S.15.

38) Rechtliches Gutachten zu München, S.31.

39) Rechtliches Gutachten zu Göttingen, S.24-25.

40) したがって、野田龍一「十九世紀初頭ドイツにおける理論と実務」『原島傘寿』223頁および231頁注100の叙述は、誤り。ここにお詫びして本文のとおり訂正する。

41) Rechtliches Gutachten zu Leipzig, S.6.

42) Rechtliches Gutachten zu Kiel, S.26-27.

43) 1814年1月27日フランクフルト都市参事会令につき、本章注10参照。

44) 1814年1月27日フランクフルト都市参事会令第2条：「…ただし、法の理論が、法律の遡及効に関してもたらすことを妨げない」を参照。

45) Rechtliches Gutachten zu Berlin, S.17-19.

46) ギーセン大学鑑定意見は、こうした「原則」を説く論者として、以下の文献

を挙げる。(パールについては、『本誌』第61巻第4号1159頁で、一部紹介済み)：

Burkard Wilhelm Pfeiffer, Das Recht der Kriegseroberung in Beziehung auf Staatscapitalien, Cassel 1823 [該当頁の表示なし]。わたくしは、この文献では、適当な箇所を見出すことができなかった。ただし、B.W.Pfeiffer, Inwiefern sind Regierungshandlungen eines Zwischenherrschers für den rechtmäßigen Regenten nach dessen Rückkehr verbindlich?, Cassel 1819, S.64-65を参照：「…国家市民らの総体が民族 das Volk を形成する。この民族が、国家の本来的な根本基盤である。；君侯もまた国家市民である。…かれは、国家市民らのうちの第一の国家市民である。；かれは、同時に統治者であり、民族の統率者にして首長である。さて、この二重の属性が、君侯を、あきらかに高く位置づける。しかしながら、国家の存在を、本質的に、君侯の人格と結びつけ、そして、君侯が国家団体から離脱するときには、この君侯自身が脱退したと見ることについては、十分な理由がない。国家の存在を君侯の人格と結びつけることには理由がない。なぜなら、全体の概念においては、個々人が離脱することは、いかなる変更をも生み出さないからである。；君侯自身の国家からの脱退を見ることについては理由がない。なぜなら、別の君侯が必ず到来することが、市民団体を、ただちにまとめるからである。法律と法との最高の尊厳は、まさに、君侯の神聖な人格において具現されるのであるが、この法律と法とは、無理矢理に押し付けられた支配権力 [ナポレオンによって設立されたヴェストファーレン王国を指すか] の下においてすら、かの市民団体を統治しつづけ、そして、適法な統治者 [ヘッセン選帝侯を指すか] の不滅の権利とならんで、まさにやがてこの権利が適法な統治者に返還され、そして、この適法な統治者の優しい保護にもとに復帰する、という市民らの期待とならんで、しかし、観念および現実にあっては、国家は、[押し付けられた支配権力の下で] つねに存続することができるし、かつ存続しなければならない。たとえば、ナポレオンが、その武運をこの上もなく凄惨に濫用して、[ヘッセン] 選帝侯について、永久に統治を喪失したと宣言し、また、ナポレオンが、ヨーロッパのもっとも強力な君侯らに、血なまぐさい戦さによって、ナポレオンの優位とナポレオンの暴力行為を正式に認めさせることができた後で、ヘッセン選帝侯国家の状況が、そうであった。…」。；Franz Ferdinand Stickele, Beitrag zu den Lehren von der Gewährleistung und der Rechtsbeständigkeit der Handlungen eines Zwischenherrschers, Giessen 1826[これについても該当頁の表示なし]。おそらくはS.48-49か？：「…民族を服従させる、かの者が、国家権力を行使するかぎり、この支配者と民族との間には、支配者のその臣民に対する法的関係が創設される。かかるものとしての国家に帰属するすべての権利は、支配者に委ねられ、かかるものとしての国家が責務を負うすべての義務は、支配者によって履行されるべきである。支配者が、その権力の国制上の範囲内でおこなうことは、国家そ

れ自体から生じるものとして見られるべきであり、そして、それは、統治のすべての後継者によって承認されねばならない。すなわち、永久国家は、それぞれの統治者を通じて語り、かつ行為するのである。国家それ自体が、国家の首長の国家諸行為によって生み出される権利義務の不変の主体である。国家は、その統治者が死んだからといって一緒に死んだり、あるいは変更されることはない。また、国家諸行為の実効性は、統治者が誰であるかが交替することによって消滅したり、変更されたりすることはありえない。国家は、つねに、同一であり、ただ、国家を代表する者のみが交替を被る。そして、統治の後継者が、その前任者の国家諸行為に関して企てることができることは、前任者と後継者とが相互に存在する私的関係にもとづいて判断されることができない。それは、現実関係にもとづいて、したがって、かの〔国家〕諸行為を企てる時点において、国家権力の行使に関して国制にかなっている諸規範にもとづいて判断されねばならない。…。この論文は、ヴェストファーレン王国時代におこなわれた封地の自由保有地への転換およびこの自由保有地の売買ならびにナポレオン没落後復帰したヘッセン選帝侯による当該自由保有地の没収およびそれを理由とする買主の売主に対する代金・利息・登記費用返還請求に関する一事件に関する原告側のための鑑定意見である。； Wilhelm Joseph Behr, Staatswissenschaftliche Erörterung der Fragen: I. Inwieferne ist der Regent eines Staats an die Handlungen seines Regierungsvorfahrers gebunden?, Bamberg und Leipzig 1818, S.48-50? [ギーゼン大学鑑定意見では、S.58 flg.との頁表示になっているが、そもそも、この論文は、S.51で終わっており、S.58はありえない]。：「…国家目的を達成できることが、前任者の問題となっている企ての実効性またはこの前任者によって惹起された状態の実効性によって条件づけられるとすれば、後継者は、それから離脱することはできないし、あるいは、離脱することは許されないであろう。〔離脱すれば〕統治者としてのかれ自身の使命に違反することになる。：しかるに、かの条件が変更になったり、あるいは、実施される手段が、時の経過によりふさわしくないものとなった場合には、後継者は、そこにとどまってはならない。それは、前任者自身が、なにがしかの変化を体験したであろうならば、そこにとどまることができないであろうのと同様である。なぜなら、どこにおいても、統治者の個人の主体および個性がではなく、どこでも、またいつでも、正しい意味における国家の福利が、国家目的を達成するための要件であり、それのみが、すべての統治者の行為および義務の有効な羅針盤として、したがって、前任者に関する後継者の義務の唯一の尺度として斟酌されねばならないからである。：なぜなら、「国民の福利が最高の法律であれ」というのは、永久に真実でありつづけるからである。：国家目的をできるかぎりただちに達成するという状態—そして、ここに、真の国民の福利が存在する—が、統治者の最高の任務である。この統治者は、抽象的には、けっ

して死なない。そして、すべては、かの状態を計算に入れるべきであって、それゆえに、また、この状態を実現することが、最高の、そして、すべてのその他の、ただこの状態からのみ派生する法律を包摂する法律である。まさに、それゆえにこそ、すべての統治者の行為もまたこの法律に服従し、そして、この法律において、統治者の行為が有効であることの最高の尺度が見出される。したがって、まさに、この「国民の福利が最高の法律であれという」尺度にもとづいてのみ、ここで目指される種類の統治行為の統治の後継者への持続的作用や後継者の前任者との関係もまた測定されるべきであって、そのさい、前任者と後継者との人的関係や、特別の承継名義はまったく考慮されない。；なぜなら、後継者においても、前任者においても、同一国家の、つねに、同じでありつづけ、つねに、同じ権利義務のある最高権力が人格化されたし、かつ、人格化されるからである。；したがって、統治の後継者の権利義務もまた、統治の前任者の権利義務と同一でなければならない。なぜなら、後継者は、前任者が、この後継者の前に保有したのと同じ権力の行使を持つにすぎないからであり、そして、当該の権利義務の源泉としてのこの権力の本来の本質は、その都度の権力保有者が誰か、によっては、けって変更されないからである」。

47) Rechtliches Gutachten zu Gießen, S.40-44.

48) Rechtliches Gutachten zu Heidelberg, S.18.

49) Rechtliches Gutachten zu München, S.32-34.

## 第5章 諸学説の状況

### 1. ヤツソイ (1827年?)

原告側訴訟代理人ヤツソイ Jassoy は、被告側による抗弁書に対抗して、リユーベックなる四自由都市上級控訴裁判所に、再抗弁書を提出した。しかし、同裁判所は、「弁論は、被上告人の尋問をもって終結される」との暫定上級控訴裁判所令第45条<sup>1)</sup>を拠り所に、1826年11月6日にかの再抗弁を却下した<sup>2)</sup>。ヤツソイは、日の目を見なかったその再抗弁書を、「覚え書き」Pro Memoria として、独自に印刷公刊した<sup>3)</sup>。

### (1) 大臣の副署が欠如していることの意味

ヤツソイは、1811年デクレが、大臣の副署を欠くことを取り上げる。デクレには大臣の副署を必要とすることは、1810年10月25日フランクフルト大公国参議会令第6条の明定するところである。およそ、大公国における大公ダルベルクの決定が真正であり、信用でき、そして、有効であるためには、大臣の副署が、必須要件であった。この要件を欠けば、大公の決定が無効であることは、わざわざ明文の規定を要しない。

さらに、当時フランクフルトにおいて、『ナポレオン法典』下で「書かれた理性」として承認されていたローマ法（Nov.114.cap.1およびC.1.23.Auth. Glorios.）によれば、すべての種類の勅法は、そして、とくに、特定人に名宛てられた勅法は、副署がなければ、斟酌されてはならない。

1811年デクレが、過誤から発された下書きないしすりかえられたものではなく、大公ダルベルクの真意を含むことの立証責任は、被告側にある。しかし、ダルベルクは、1817年2月10日にすでに逝去したから、証明は不可能である<sup>4)</sup>。

### (2) 1811年デクレにおける「許可」の内実

1811年デクレは、シュテューデルに、その申請において述べられた意思に従って、設立されるべき美術館に、たんに、その遺産の「相当な部分」のみを遺贈することを許可した。これは、『ナポレオン法典』によれば、包括名義遺贈である。しかるに、シュテューデルは、その後1815年遺言にあっては、同じく設立されるべき美術館を、その全遺産についての包括相続人に指定した。1811年デクレは、遺産の「一部」の遺贈についてしか許可しなかったのに対し、1815年遺言は、遺産全体について相続人指定をおこなったのである。1815年遺言における相続人指定が有効であることの根拠を、1811年デクレに求めることは、1811年デクレの「許可」の内実を逸脱することになる<sup>5)</sup>。



### (3) 1815年遺言の時点における1811年デクレの効力存続

1814年1月27日のフランクフルト都市参事会令は、一般的に、『ナポレオン法典』およびそれに付随する法令やデクレを廃止した。したがって、1811年デクレも、かの参事会令によって廃止され、失効した。

1811年デクレは、『ナポレオン法典』によれば原則として遺贈を受ける能力を欠く公益施設への第910条にもとづく例外的な「免除」の付与と考えられる。そうだとすれば、『ナポレオン法典』第910条の廃止でもって、「免除」もまた失効したのである。

1811年デクレは、シュテューデルに、美術館設立について、大公ダルベルクの「許可」を付与したものと考えられる。

シュテューデルが、フランクフルト大公国の存続中に美術館を設立していたであろうならば、1811年デクレは、大公ダルベルクの支配下で、まったく効力を有したであろう。そして、自由都市フランクフルト政府は、1816年に、かのデクレを追認することでよかったであろう。しかし、シュテューデルは、大公国においてではなく、1815年3月15日遺言で、大公国も1811年デクレも消滅した後で、美術館を設立した。シュテューデルが、1811年デクレを、1815年遺言でも用いることを意欲したとは考えがたい。シュテューデルは、1815年遺言では、1811年デクレにはまったく触れなかった。

シュテューデルは、1815年遺言において、1811年デクレにもとづく1812年遺言を破棄した。かれは、1812年遺言の破棄によって、1811年デクレが付与した「特権」を放棄した。「人間の意思は、死亡するまでは、可変的である」。シュテューデルは、その死亡までは、遺言を変更することができたし、実際にも変更したのである<sup>6)</sup>。

## 2. ツァハリアエ (1827年)

1827年、ハイデルベルク大学のツァハリアエは、被告側に立った論文を發

表した<sup>7)</sup>。

### (1) 大臣の副署が欠如していることの意味

1810年指令第6条によれば、大臣の副署が要求されるのは、ただ国家参議会の答申にもとづいて作成される大公の決定に限定される。しかるに、1811年デクレは、こうした答申にもとづいて作成されたのではない。また、1811年デクレが有効であるために、こうした答申が要求されることはない。ローマ法文 (Nov.114.cap.1.および C.1.23.Auth.Glorios.) のケースは、本件のケースとは、そもそも相違する<sup>8)</sup>。

### (2) 1811年デクレにおける「許可」の内実

大公ダルベルクは、1811年デクレにあって、「余は、この称賛すべき企てに、その内容全体について、余の許可を、喜んで、もっとも恵み深く授与した」<sup>9)</sup>。シュテーデルが、その遺産の一部のみを美術館に残すことは、ここからは帰結しない。また、1811年デクレにある「相当な部分」という表現は、すこぶるあいまいである。ここから、美術館への遺贈の多寡を云々することはできない。シュテーデルは、その遺言の追録で、約90,000グルデンを、特定遺贈として残した。これらの特定遺贈を差し引けば、美術館に残されるのは、残余の「相当な部分」とも考えることができる<sup>10)</sup>

### (3) 1815年遺言の時点における1811年デクレの効力存続

ツァハリアエによれば、この論点に関する問題は、ひとえにつきの問題であった。1811年デクレは、大公ダルベルクの「すべての法令、規定およびデクレ」を1814年2月1日以後失効させた1814年1月27日フランクフルト都市参事会令による廃止の対象となったのか。1814年1月16日の総政府布告は、こうであった。：『『ナポレオン法典』、フランスの『刑法典』、そして、民

事刑事の法律事件における手続きを規定する、1813年1月1日以降施行された訴訟法は、すべての、このフランスの立法に関して、それらの施行以降出され、そして、それらと連関する法令、規定およびデクレと一緒に、今年[1814年] 2月1日をもって、フランクフルト大公国の諸ラントおよび諸領域部分において失効する。この上述の時点からは、『ナポレオン法典』の施行前に、それぞれの個々のラント部分において通用していた固有の古法、法令、規定、慣習および手続き規範が、ふたたび、それらの従前の拘束力と有効性とを受け取る」<sup>11)</sup>。この総政府布告を承けて、都市フランクフルトについて、フランス法とドイツ法との関係を、より詳しく規定するために、1814年1月27日都市参事会令<sup>12)</sup>が出た。

1814年16日の総政府令も、1月27日の都市参事会令も、廃止の対象としたのは、従来の一般的法規範のみであって、大公のすべての統治行為については沈黙している。1811年デクレは、けっして、一般的法規範ではない。1811年デクレは、大公ダルベルクの、個別のケースにかかわる表示、すなわち、慈善施設の認証を含んだにすぎない。1811年デクレは、1814年1月16日総政府布告および1月27日都市参事会令による廃止の対象ではありえない。フランクフルト大公国は、ヨーロッパ大陸のすべての列強国が承認した国家であった。したがって、この国家において、大公ダルベルクがおこなった統治行為は、その後継国家である自由都市フランクフルト政府がこれを明示的に廃止しなかった以上、自由都市フランクフルトにあっても存続する。自由都市フランクフルト政府は、法的には、大公国政府と同一人格と見られるからである<sup>13)</sup>。

なお、シュテューデル自らが、1812年遺言を破棄したことについては言及がない。

### 3. ドロステ (1827年)

本権訴訟控訴審判決の書き手ドロステは、その判決を正当化する論文を公表した<sup>14)</sup>。

#### (1) 大臣の副署が欠如していることの意味

大臣の副署について規定する1810年10月25日フランクフルト大公国国家参議会指令は、組織法(憲法)ないし基本法ではなく、せいぜい、大公ダルベルクによる行政法規なるもの ein Verwaltungsgesetz にすぎない。これは、大公ダルベルクがいつでも撤回できるものであった。また、大公ダルベルクは、かの指令のどこにおいても、大臣の副署という形式が、大公の決定が真正でありかつ有効であるための要件であるとは、けっして述べてはいない。大臣の副署が、行為の有効なることにとって要素であることを明示しない以上、むしろ、大臣の副署がなくても、大公の行為は無効とはならない、と解されるべきである。かの指令第6条によれば、大臣の副署がおこなわれるのは、国家参議会の答申を受けて、大公が決定する場合に限定される<sup>15)</sup>。

#### (2) 1811年デクレにおける「許可」の内実

ゲッティンゲン大学鑑定意見は、『ナポレオン法典』第910条が、原則として無能力である公益施設に、例外的に、君侯の「免除」でもって、能力を付与するものと解する。しかし、ドロステは、『ナポレオン法典』後のフランスにおける立法<sup>16)</sup>をも援用しつつ、第910条が、原則として、公益施設を、相続能力ありとし、たんに、政府に「認証」をさせるにすぎないと説いた。

1811年デクレが、「相当な部分」についてのみ「許可」を付与したことについては、こう述べる。シュテーデルの遺産が総額1,300,000グルデンであるとする。そのうち、90,000グルデンを特定遺贈に充てたとすれば、残余は「相当な部分」ではないか。なぜ、130,000グルデン以上の控除がないと、

残余が「相当な部分」ではないのか<sup>17)</sup>。

### (3) 1815年遺言の時点における1811年デクレの効力存続

1811年デクレは、1815年遺言にあっても、有効に存続した。

大公ダルベルクは、たしかに、フランクフルト大公国崩壊後にあってもなお、美術館設立を認証するという意図を持った。すなわち、大公ダルベルクは、1811年デクレを付与した時には、自身の権力を喪失した後においても、美術館が設立されることが、法的に可能である、という意図を持った。

1811年デクレは、遺言者シュテューデルの企てをよしとした。それは、シュテューデルが企図したとおりに遺言することを是認した。1811年デクレは、将来に関して効果を持つ。ゲッティンゲン大学鑑定意見の主張するように、1811年デクレの効力がフランクフルト大公国においてのみ存在し、別の国家権力＝自由都市フランクフルトにあっては存続しない、というのは、統治行為は、その出所である国家権力が崩壊すれば、消滅する、という謬見にもとづく。この謬見は、公法学者らの通説および国家権力の本性から由来する必然的なつぎの原則に違背する。すべての統治者の行為は、あらゆる後継者によって、あるいは、承認されねばならないか、あるいは、法的に有効な方法で廃棄されねばならず、したがって、法的に有効な方法での廃棄がおこなわれない以上、その効力は、存続する、という原則である<sup>18)</sup>。

なお、1812年遺言がシュテューデルによって破棄されたことへの言及は、ない。

## 4. エルファース (1827年)

エルファース Elvers は、ゲッティンゲン大学法学部判決団の一員だった。パウアーと意見をことにしたエルファースは、自説を、別途著書として公表した<sup>19)</sup>。

### (1) 大臣の副署が欠如していることの意味

エルファースは、1811年デクレに大臣の副署が欠如することは、同デクレを無効とはしない。と説いた。1810年10月25日のフランクフルト大公国国家参議会指令第6条によれば、国家参議会の答申を受けて作成されるすべての大公の決定には、大臣の副署がおこなわれることを規定する。しかし、大臣の副署は、それを欠けば決定が無効となる、という意味で、決定の要素ではない。1811年デクレは、国家参議会の答申を受けて作成されたものではない。さらに、ローマ法文 (Nov.114.cap.1および C.1.23.Auth.Gloriosi) が<sup>8</sup>、大臣の副署を欠く勅法は無効となる根拠として挙げられる。また、勅法の「隠蔽」を防止するために大臣の副署が必要だとモーサーの叙述<sup>20</sup>が援用される。しかし、1811年デクレが真正であることは、あきらかである。けだし、シュテーデルの大公ダルベルクへの許可申請にかかわるフランクフルト大公枢密官房による領収証<sup>21</sup>が、この真正なることを証明するからである。遺言の有効性や敬虔目的および公益財団については、「衡平」が、法律によって斟酌されねばならない。1811年デクレにおける大公ダルベルクの決定が真正であることについては疑いない。したがって、1811年デクレは、大臣の副署の欠如を理由としては無効とはならない<sup>22</sup>。

### (2) 1811年デクレにおける「許可」の内実

1811年デクレは、普通法にもとづく遺言による相続人指定を許可したのではなく、たんに、遺産の「相当な部分」について、『ナポレオン法典』にもとづく包括名義遺贈を許可したにすぎないから、これを1815年遺言における相続人指定に適用することはできない、と説かれる。しかし、1811年デクレの表題には、はっきりと「包括受遺者への指定」とある。フランス法によれば、遺言による相続人指定はありえない。しかし、包括遺贈は、相続人指定を代替する。1811年デクレが、包括遺贈を許可したとすれば、これを、1815

年遺言における相続人指定にもまた用いることができる<sup>23)</sup>。

### (3) 1815年遺言の時点における1811年デクレの効力存続

1814年1月16日の総政府布告およびそれを受けて出された1814年1月27日のフランクフルト都市参事会令は、ただ、一般的法規範として存在するフランスの立法を、すべての、それに連関する法令、規定およびデクレと一緒に廃止した。しかし、廃止の対象となったのは、一般的法規範のみであった。しかるに、個別関係やそれにかかわる決定および法律による形成にかかわる法行為および統治行為 *Rechts-und Regierungshandlungen* は、けっして廃止されなかった。1814年1月27日フランクフルト都市参事会令第2条第2項は、「ただし、法の理論が、法律の遡及効についてもたらすことを妨げない」<sup>24)</sup>と規定した。シュテューデルは、1811年デクレによって、一定の権限を、「既得権」として取得した。フランクフルトにおけるフランス法の廃止にもかかわらず、この「既得権」は存続するのである<sup>25)</sup>。

シュテューデルが、1815年遺言において、1812年遺言を破棄したことは、同時にこの1812年遺言の前提である1811年デクレによる「許可」をも放棄することにはならない。なぜなら、1811年デクレが付与した「許可」と1812年遺言との間には、なんらの繋がりもないからである。1811年デクレによってひとたび獲得された「既得権」は、シュテューデルが、フランクフルト大公国にあって、あるいは、さらに、自由都市フランクフルトにあって、その後あらたに遺言を作成するにせよ、一貫して存続する<sup>26)</sup>。

1811年デクレが、1815年遺言についても拘束力を持つことの根拠として、エルファースは、かれ以前には誰も言及しなかった点を挙げる。シュテューデルが、その最後の遺言を作成したのは、1815年3月15日であった。この時点においては、なるほど、ダルベルクは失脚していたが、都市フランクフルトは、いまだ、国家としての主権を回復していなかった。自由都市フランクフ

ルトが、国際法上承認されたのは、1815年6月9日の「ヴィーン会議最終議定書」第46条<sup>27)</sup>においてであった。1815年6月9日までは、フランクフルト大公国の国家権力およびその従前の統治行為は、法的にはなお存続していた。なるほど、1815年6月9日前に、すでに都市フランクフルトは、「自由都市」なる名称を帯び、都市参事会は、立法権力を回復していた。しかし、都市参事会自ら、その上位にあるフランクフルト大公国占領連合国総政府を認めていたのである<sup>28)</sup>。フランクフルト都市国制および自治の回復は、たんに、行政的意味しか持たないものであって、主権の獲得を意味するものではなかったのである<sup>29)</sup>。

## 5. ミューレンブルフ (1828年)

ミューレンブルフは、四自由都市上級控訴裁判所の付託により判決案作成に従事したハレ大学法学部判決団の中心にあった。同判決団は、漏洩事件発生により、判決案作成を断念し、一件書類を返上した。ミューレンブルフは、自説を、単著のかたちで公表した<sup>30)</sup>。では、本論文のテーマについては、いかなる叙述をおこなったのか。

### (1) 大臣の副署が欠如していることの意味

ローマ法 Nov.114.cap.1は、ある特別のケースについて取り扱うのではなく、皇帝勅法の形式に関する一般的準則を規定する。また、統治行為もまた、なお存在する法律にもとづいて判断されるべきである。そのさい、これらの法律が、統治者自身によって与えられ、かつ、恣意的にこの統治者によってふたたび廃棄されることができかどうかは、重要ではない。たとえ、統治者には、法律からの免除をなす権利が認められねばならないにせよ、しかし、ある統治行為において、法定の形式が欠如するときに、この形式欠如については、法律からの黙示的な免除がある、と言い立てようとはしないであろう。



1810年10月25日のフランクフルト大公国国家参議会指令第6条の真の意味は、こうである。大公ダルベルクは、国家参議会の求められた答申にもとづいて、会議外で書面で決定する。大公は、その決定に署名し、国家官房大臣によって副署される。すなわち、たとえ、国家参議会の答申が先行するにせよ、しかし、大公の決定は、答申とは独立しておこなわれ、他の決定同様に作成される。1810年8月16日のフランクフルト大公国憲法組織勅許状第44条<sup>31)</sup>にあるように、「すべての大公の決定を作成すること」は、国家官房大臣の任務であった。ところで、すべての君侯の決定については、高級国家官吏によって副署がおこなわれる、ということが、一般的で、かつあきらかな「仕来り」である。この「仕来り」は、フランクフルト大公国では遵守された。フランクフルト大公国の法令集を見れば、国家参議会が答申した法令のみならず、大公ダルベルクが直接発した法令もまた国家官房大臣の副署を持っている<sup>32)</sup>。

大臣の副署が欠如することは、法令の効力にいかなる影響を及ぼすのか。法律が、私的自治による変更を許さない、強行法規ないし命令法規であるとき、この法律が規定する形式の遵守は、原則として当該行為が有効であることの要件である<sup>33)</sup>。

ビショフ Bischoff によれば、大臣の副署を付するメリットは、つぎの4点に及ぶ。①統治者は、かれの前に差し出される文書が正しいことを確信し、かつ、通読する骨折りを節約する。②副署する者は、文書発送の正しさに関して答責的である。③高級国家官吏は、いろいろなケースにおいて、事項および内容全体についての責任を引き受けねばならない。④ひとは、君侯らの署名が不正の手段で入手されることに対して、よりいっそう安全でありうる<sup>34)</sup>。ミュールンブルフは、1811年デクレにあっては、副署が欠如したがゆえに、上記の①④のメリットが失われ、実害が発生したと述べる。後述のように、1811年デクレは、本文中では、遺産の「相当な部分」の遺贈＝包括名義遺贈について述べるが、表題には、「包括遺贈」とある。つまり、本文と

表題との間に齟齬が発生しているのである。これは、まさに、国家官房大臣が、1811年デクレを読んだうえで、大公ダルベルクに差し出し、副署する、ということに懈怠したことによる。したがって、1811年デクレは、大臣の副署が欠如しているがゆえに、無効である<sup>35)</sup>。

## (2) 1811年デクレにおける「許可」の内実

1811年デクレは、その本文では、シュテューデルが、「その財産の相当な部分」を美術館に遺贈すると述べる。これは、『ナポレオン法典』における概念からすれば、財産の一定割合の遺贈であるから、包括名義遺贈である。ところが、1811年デクレの表題は、「美術館をシュテューデルの包括受遺者に指定する」とあるから、これは、『ナポレオン法典』における包括遺贈である。おそらくは、1811年デクレの書き手は、包括名義遺贈と包括遺贈との区別を理解できないままに、本文は、包括名義遺贈なのに、表題には、包括遺贈と表示してしまった、と考えられる。しかし、表題にもとづいて、本文を理解するのよりも、本文の内容からして、表題を解釈するのが、より適切である。

では、この1811年デクレの許可を、1815年遺言に用いることができるか。答えは「否」であった。けだし、かりに、1811年デクレの許可が、包括遺贈だとしても、『ナポレオン法典』における包括受遺者への指定の許可からは、普通法上の相続人指定の許可を引き出すことはできないからであり、また、たとえ包括遺贈からの相続人指定への推断が可能であるにせよ、本件の1811年デクレにあるのは、既述のように、包括遺贈ではなく、包括名義遺贈であるから、この包括名義遺贈の許可から相続人指定を推断することは、けっしてできないからである。

1811年デクレは、一般に、設立されるべき美術館に、いわゆる受動的遺言能力 *testamentifactio* [passiva] を付与したのだから、そこから、当然、美術館が遺言によって指定された相続人としての相続能力も出てくる、という

考えがある。これに対して、ミュールンブルフは、こう批判する。1811年デクレは、あくまでも、当時の現行法であった『フランス民法典』第910条の要件を充たすために出された。そこにあるのは、公益施設への恵与についての公権力による「許可」にすぎない。したがって、1811年デクレから、ただちに、美術館の相続能力一般を引き出すことはできない<sup>36)</sup>。

### (3) 1815年遺言の時点における1811年デクレの効力存続

1811年デクレは、シュテューデルに「既得権」*ius quaesitum*なるものを付与したのではない。「既得権」を根拠づけることができるのは、従前の法律の適用下で、訴権または抗弁権によって主張することができる権利を取得したか、または従前の法律の適用下で有効におこなわれた行為が法的に存立していることを擁護してよい場合である。1811年デクレにあっては、これらのいずれも認めがたい。ヴェーバー Weber が述べるように「遺言は、遺言者が生きている間は、権利義務を発生させない。私人の裁量にはない事項について、何かを、現在通用している法律の規定に反して企てたり、実現したりすることは、私人には許されていない。それと同様に、私人は、また、その処分によって、その効果が、はじめて発生する時点において、その間に制定された法律に違反するであろうような将来の効果や作用を作り出すことができない」<sup>37)</sup>。1811年デクレの許可は、シュテューデルに「既得権」を与えたのではなく、将来において、シュテューデルの遺言が効力を発生させる場合に、美術館に遺産を受領させる期待を付与したにすぎない。

本件において問題なのは、外国法（『ナポレオン法典』）の適用下においてすでに作成された遺言ではなく、普通法および『フランクフルト改訂改革都市法典』の適用下で、遺言による相続人指定という方法で処分する権限が、フランス法（『ナポレオン法典』）適用下の時代＝フランクフルト大公国の時代から由来させられることができるか？である。なお、ミュールンブルフは、

この問題を考えるにあたっては、個別ケースから、すべてのケースに関する一般的準則を抽出するのではなく、むしろ、適用の独自の対象および法の変更のきっかけを、つねに考慮するべきである、と強調している。

さて、ミューレンブルフは、ここで、シュテューデル事件を暫し離れて、ドイツのいろいろなラントにおけるフランスの法国制の導入および廃棄と結びついた諸事情を生き生きと思い出してみよう、と誘う。そうすれば、誰かがフランスの王朝の下で受け取った許可を、そもそも遺言するために、あるいは、一定の方法で遺言するために、こんにち援用することができるか、という問いには、ただちに、「否」と答えることについては揺るぎない。ひるがえって、1811年デクレに立ち返る。そうすると、つぎのことが、わかる。1811年デクレは、シュテューデルに、一定の権利ないし一定の絶対的資格を付与したのではない。しからず。1811年デクレは、シュテューデルに、遺言によって、財団を設立する *stiften* 権限を付与したにすぎない。したがって、ここで問題なのは、財団設立の可能性ではなく、設立の形式ないし態様である。ところで、ある行為の形式的な有効性は、したがって、ここでは、美術館の設立の形式的な有効性は、その設立の時点で適用されるべき法律にもとづいて判断されねばならない、というのが、知られていることである<sup>38)</sup>。また、シュテューデルの行為は、それを美術館の設立とするのであれ、あるいは、この美術館の相続人指定とするのであれ、すべての点で公益法 *ius publicum* の対象である。したがって、かの行為は、それが企てられた時点、すなわち1815年の時点において通用した法律＝普通法にもとづいて判断するべきである。さらに、1811年デクレが、原則として不能であること＝公益施設への恵与についての例外的「免除」であるとすれば、この「免除」は、1815年遺言にはあてはまらない。けだし、こんにちのフランクフルト法によれば、公益施設への恵与のためには、公権力の許可は不要だからである。なお、1811年デクレがシュテューデルに付与したのは、特権ではなく、たんに、権利行使のため

に不可欠な規定を遵守すること、すなわち、法律が根拠づける抽象的可能性にもとづいて行為することにすぎなかった。最後に、1811年デクレを、1つの統治行為だと仮定してみよう。この統治行為は、『ナポレオン法典』の適用下でおこなわれた。しかし、その効果は、フランクフルト大公国の崩壊によって成立した自由都市フランクフルトという政府と国制とがまったくことなる状態で発生することになる。このケースは、従前の法律の廃止とあらたな法律の制定というケースではない。それは、ナポレオン体制の崩壊という特別の事件の結果、国家政府と国制とが、全体的変革をこうむるケースである。このケースは、あいことなる国家間で適用される準拠法にもとづいて判断されるべきである。たとえば、A国とB国とがある。A国で取得した権利は、原則としてB国においても尊重されるべきである。しかし、A国で、一定の行為についての許可を取得したからといって、B国でこの許可を援用することは許されない。それと同様に、フランクフルト大公国で、遺言にかかる許可を取得したからといって、この許可は、自由都市フランクフルトでは通用しない。

ミューレンブルフは、加えて、さらに、つぎの2つの論証を付け加える。

シュテューデル自身が、1815年遺言で、フランクフルトにおける普通法および『フランクフルト改訂改革都市法典』の復活を喜び、普通法の方式にしたがって、あらたに遺言を作成している。このあらたな遺言の作成によって、1812年遺言は破棄された。この破棄によって、シュテューデルは、1811年デクレが付与した権限をも放棄したのである。

大公ダルベルクが退去した後で、フランクフルト大公国を管理していた連合国総政府は、1814年1月16日の布告でもって、『「ナポレオン法典」...は、このフランスの立法に関して、その施行以来出て、かつそれと連関する法令、規定およびデクレと一緒に、1814年2月1日以降、フランクフルト大公国のラントおよび領域部分においては、失効する」と定めた。ここで「デクレ」

とは、「既存の法律にかかわる大公の閣令および勅答」である。1811年は、この意味での「デクレ」に含まれ、失効した。

こうして、ミュレンブルフは、ローマ法文 I.2.17.§.2 「…もしも、[後の遺言で相続人に指定された]誰かある者が、相続人であることを意欲しなかったか、または、遺言者存命中に死亡するか、または、相続人指定に付加された条件が成就しなかったならば、これらのケースにおいては、家父は、無遺言で死亡する。：なぜなら、前の遺言は、後の遺言によって破棄されて無効であり、そして、後の遺言は、それからは誰も相続人としては存在しないのだから、いかなる効力をも持たないからである」<sup>39)</sup>は、まさに、シュテューデルの遺言にあてはまると説く。1811年デクレにもとづいてシュテューデルが作成した1812年遺言は、シュテューデル自身によって1815年に破棄されたので無効であり、かつ、1815年遺言は、遺言者シュテューデル死亡の時点でいまだ存在しない美術館を遺言相続人に指定するものだから、無効である、というのである。

エルファースが、1815年遺言は、法律的にはフランクフルト大公国の国制存続中に作成されたのだから1811年デクレを適用できると説いたことに対しては、ミュレンブルフは、1814年フランクフルト都市参事会令によって、普通法が復活していたこと、シュテューデルは、1815年遺言を、この普通法にもとづいて作成したこと、そして、この普通法の復活が否定されるならば、普通法にもとづいて作成された1815年遺言全体が否定されることになろうことを指摘して、エルファースの所説を斥けた<sup>40)</sup>。

## 6. クリューパー (1830年)

ライン同盟期からドイツ連邦期に活躍した公法学者クリューバー Klüber は、1830年に公刊された論文集掲載論文で、シュテューデルの1815年遺言を有効だと説いた<sup>41)</sup>。

### (1) 大臣の副署が欠如していることの意味

1811年デクレが大臣の副署を欠くことは、同デクレを無効にはしない。いかなる国家基本法 Staatsgrundgesetz も、法令が有効であるための本質的な要件として、大臣の副署を規定してはいないし、また、いかなる法律も、君侯の処分を、大臣の副署を欠くことを理由として、無効とはしない。1810年10月25日のフランクフルト大公国国家参議会指令は、第2条で、国家参議会は、諮問機関として、大公ダルベルクが、この国家参議会に審査および答申のために通知される対象について答申することを規定し、さらに、第6条で、大公ダルベルクは、国家参議会の答申を受けて、会議外にあっては、書面で決定し、この決定には、大公によって署名が、そして、国家官房大臣によって副署がおこなわれることを規定する。大公ダルベルクは、大公の許可を求めるシュテューデルの申請を、国家参議会には通知しなかったし、その答申を取り寄せなかった。1811年デクレは、1810年10月25日指令の対象ではない。したがって、1811年デクレにあっては、大臣の副署は、不要である。1810年8月15日のフランクフルト大公国憲法組織勅許状第44条は、国家官房大臣の任務の1つとして、「すべての大公 [ダルベルクの] 決定の作成」を挙げるが、しかし、副署を施すことについては触れない。副署が必要であることの根拠として、ローマ法文 (Nov.114.cap.1.) が援用される。しかし、この新勅法は、財務官の「副署」ではなく、訴訟当事者が誰か、裁判官が誰か、そして、命令は、いかなる者によって発されるかについての「コメント」annotatio を欠くときは、皇帝勅法は斟酌されるべきではないことを規定するにすぎない<sup>42)</sup>。

### (2) 1811年デクレにおける「許可」の内実

1811年デクレは、シュテューデルが設立を意図した美術館に関して、一般的かつ無条件に付与された。同デクレは、特定の財団設立文書ないし遺言に限

定されるものではなかった。シュテューデルは、1811年デクレを申請するさいには、こうした財団設立文書ないし遺言を、大公に提出しなかったのである。大公は、シュテューデルの良き意図を称賛しつつ、一般的にこうした証書ないし遺言との関わりなしに許可を付与した。1811年デクレの表題からすれば、同デクレは、一方では、美術館設立を、そして他方では、この設立されるべき美術館のシュテューデルの包括受遺者への指定を許可した。

この許可は、けっして、『ナポレオン法典』の規定にもとづいて受動的遺言能力＝遺贈を受ける能力に限定されない。大公ダルバルクは、シュテューデルの企図を称賛しつつ、一般的に、許可を与えた。1811年デクレは、シュテューデルが意図した美術館設立を、その設立の時期・態様にかかわらず、永久に許可したのである<sup>43)</sup>。

なお、クリューバーは、1811年デクレにおける本文と表題、包括名義遺贈と包括遺贈に関する問題については、まったく言及するところがなかった。

### (3) 1815年遺言の時点における1811年デクレの効力存続

1811年デクレは、シュテューデルに、その美術館財団の法的存立を求める取り消されることのできない権利を与えた。この権利の存続は、その私法上の本性 Natur によるものではなく、それは、統治者の交替に左右されない。けだし、統治者の主体ないし国家における首長の人格は、法的には、つねに存続するものと考えられねばならないからである。すなわち、それは、自然人または法人の交替に左右されない。永久国家は、すべての統治者を通じて、語るのである。それゆえに、統治者は、誰もが、その統治の前任者の国事行為 *Staatshandlungen* については、それが取り消されることができないものとして、国制にしたがった権限の範囲内でおこなわれたかぎり拘束される。したがって、フランクフルト大公国統治下で付与された国家による許可は、失効しない<sup>44)</sup>。



シュテューデルが、1815年遺言で、1812年遺言を破棄したことについては、どうか。シュテューデルは、かれがかつて大公ダルベルクから付与された1811年デクレによる「許可」を、1812年遺言の破棄によって放棄したのではなかった。シュテューデルは、1815年遺言の作成によっては、財団設立の形式ではなく、遺言の形式を、『ナポレオン法典』による形式から、普通法による形式に転換したにすぎない。1811年デクレでもって設立された美術館は、依然存続し、1815年遺言もまた、相続人指定におけるその基礎と本質においては、1812年遺言と、ぴったりと一致したのである<sup>45)</sup>。

## 注)

- 1) Provisorische Gerichtsordnung für das gemeinschaftliche Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands, Lübeck, Frankfurt, Bremen und Hamburg, §.45, Frankfurt am Main 1820, S.38.
- 2) Ludwig Daniel Jassoy, Pro Memoria in Sachen, „Burguburu und...Lasplace und...Städel wider die Administratoren des sogenannten...Städelschen Kunstinstituts, Testamentsanfechtung betreffend. (Als Manuscript gedruckt.), [Frankfurt am Main 1827?], Vorwort, [S.3].
- 3) Jassoy, Pro Memoria については、福岡大学図書館所蔵本に拠った。請求番号：322.3-C.R.22-3-1.
- 4) Jassoy, Pro Memoria, S.27-28.
- 5) Jassoy, Pro Memoria, S.29.
- 6) Jassoy, Pro Memoria, S.30-31.
- 7) Karl Salomo Zachariä, Ueber den das Städelsche Kunstinstitut zu Frankfurt betreffenden Rechtsstreit, Heidelberg 1827.
- 8) Zachariä, Rechtsstreit, S.26-27.
- 9) 『本誌』第61巻第4号1143頁参照。
- 10) Zachariä, Rechtsstreit, S.27.
- 11) 1814年1月16日総政府布告：Von wegen des von den hohen verbündeten Mächten angeordneten Generalgouvernements des Großherzogthums Frankfurt vom 16. Jänner 1814, in: Großherzoglich frankfurtisches Regierungsblatt, Bd.3, 1813-1814, S.249-252.; Zachariä, S.29の引用は、...Von diesem benannten Zeitpunkte an erhalten die ehemaligen, von Einführung des C.N...in Gültigkeit und

Gebrauch gewesenener älteren Rechte...となっているが、von Einführung は、vor Einführung の誤植か。Großherzoglich frankfurtisches Regierungsblatt, Bd.3, S.250.

- 12) 1814年1月27日都市参事会令(本論文第4章注10参照)は、冒頭で、1814年1月16日総政府布告を引用したうえで、こう述べる。:「...気高き総政府は、ここで、つぎのことについてコメントした。立法のこの変更およびフランスの諸法律のかつてのドイツの諸法への移行は、個々の点において、ここここで、なお、より詳細な規定を必要とするであろう。この都市[フランクフルト]は、そのかつての領土と一緒に、大公国から分離して、至高の連合諸勢力の寛大さによって、その固有の都市国制に立ち返った。それゆえに、われら、この自由都市の市長および参事会は、気高い許可をもって、かのより詳細な規定を、暫定的に、かつ、この地の諸裁判所が最終的に組織されるまで、こう規定した。この地の諸裁判所は、さしあたり、それらの従来への制度にしたがって維持される。...第2条。フランスの民法典において含まれる諸規定およびそれに属するさらなる特別の法令に、今年[1814年]2月1日より、帝国都市の国制において存在した諸法律および諸規定が取って代わる。ただし、法の理論が、諸法律の遡及効に関してもたらすことを妨げない。...」。
- 13) Zachariä, Rechtsstreit, S.28-30.
- 14) Clemens August Freiherr von Vischering Droste-Hülshoff, Rechtfertigung des von der Bonner Juristen-Fakultät in der Sache des Städel'schen Kunst-Institutes zu Frankfurt a.M. gegen die Intestat-Erben des verstorbenen J.F.Städel erlassenen Urtheiles zu Gunsten des angefochteten Testamentes, von dem Verfasser der Entscheidungsgründe, Bonn 1827.
- 15) Droste, Rechtfertigung, S.42-43.
- 16) Jean Baptiste Joseph Pailliet, Manuel de droit français, Paris 1820, ad art. 910. Code Civil, p.315-316, n.(b). そこでは、以下の法令および判例がある: 1817年1月2日法律:「第1条。法律によって承認された教会の施設はすべて、国王の許可をもって、かの教会に、生前行為もしくは終意処分によって与えられたすべての動産、不動産または定期金を受け取ることができる」。: 1817年4月2日オールドナンス(王令)「第1条。民法典第910条および1807年1月2日法律にしたがって、生前行為または遺言による諸処分は、それが、諸教会、諸大司教区、そして、諸司教区、諸教会参事会、大小の神学校、主任司祭ら、そして、諸支聖堂、諸教会財産管理委員会、貧困者ら、諸々の養護施設、諸団体、そして、一般に、市町村、すべての公益施設および法律によって承認されるすべての宗教団体のためであるときは、コンセイユ=デタによって了承され、そして、余の司教の事前の意見にもとづいて、個々のケースに応じて、余によって許可された後ではじめて、受け取ることができる。金銭または動産の贈与および遺

贈の受領は、それが300フラン以下のときは、知事によって許可される」。; 1807年1月25日デクレ「諸慈善事務所が、これらの遺贈を受領することにつき、政府によって許可されたときは、諸裁判所は、受遺者の無能力を宣告し、また、貧困者もしくは愛徳修道会の修道女らにおこなわれた諸遺贈を無効と宣告する権限を持たない」。; 1815年フランス破棄院判決：「諸々の施療院に、不動産の遺贈がおこなわれた。政府が、これらの施療院に対して、それらの遺贈を受領することについて許可することを、拒絶した。その場合には、この遺贈分を、法定相続人または受遺者らのうちの誰かある者の利益になるように転用させることは、政府のなしうるところではない。この決定は、もっぱら、司法の管轄に帰属する」。

- 17) Droste, Rechtfertigung, S.44-45.
- 18) Droste, Rechtfertigung, S.45-47.
- 19) Christian Friederich Elvers, Theoretisch-praktische Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit, insbesondere juristischer Personen, Göttingen 1827.
- 20) Carl Friedrich von Moser の所論については、『本誌』第61巻第4号1176頁注23を参照。
- 21) この領収証については、『本誌』第61巻第4号1145頁注4を参照。
- 22) Elvers, Erörterungen, S.233-235.
- 23) Elvers, Erörterungen, S.240.
- 24) 本論文第4章注10を参照。
- 25) Elvers, Erörterungen, S.237-238.
- 26) Elvers, Erörterungen, S.237-239.
- 27) 「ヴィーン会議最終議定書」第46条：「自由都市フランクフルト。フランクフルトの都市は、1803年において存在したとおりのその領土と一緒に、自由[都市]であると宣言され、そして、ドイツ連邦の一部を成す。...」。テキストは、Johann Ludwig Klüber, Schluß-Acte des Wiener Congresses, vom 9. Juni 1815 und Bundes-Acte oder Grundvertrag des teutschen Bundes, vom 8. Juni 1815, Erlangen 1818, S.65に拠った。
- 28) 本論文第5章注12参照。
- 29) Elvers, Erörterungen, S.241-244.
- 30) Christian Friedrich Mühlenbruch, Rechtliche Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles, Nebst einer Einleitung über das Verhältniß der Theorie und Praxis, Halle 1828.
- 31) フランクフルト大公国憲法組織勅許状第44条については、『本誌』第61巻第4号1176-1177頁を参照。
- 32) わたくしは、フランクフルト大公国法令集 (Großherzoglich frankfurtisches

Regierungsblatt, Bd.1-3, Frankfurt am Main 1810-1813/14) に拠って、登載法令における大臣の副署の有無を調査した。その結果、大公ダルベルクが出した法令などについては、例外なく、副署があることを確認することができた。また、大公ダルベルクが大公国の首都フランクフルトではなく、アシャッフエンブルク・フルダ・ハーナオに滞在していた時の法令についても、すべて副署があることを知った。ただし、わたくしが参看できたのは、法令集に登載されている分についてのみである。法令集に登載されていない、しかも、シュテデーデルのような個人に宛てられたデクレについては、他日、調査する機会があれば、と願っている。

- 33) ここで、ミュールンブルフは、根拠として、ローマ法文・カノン法文および文献援用している。Mühlenbruch, *Rechtliche Beurtheilung*, S.220, Anm.163-164: VI.5.12.64, in: *Liber VI*, ed. A.Friedberg, *Corpus Iuris Canonici*, Pars 2, Graz 1959, col.1124: 「法に反しておこなわれることがらは、たしかに、おこなわれなかったと見られるべきである」。: I.2.13.pr.in C.J.C., Vol.1., p.19: 「... 息子を権力において持つ者は、つぎのことに配慮しなければならない。かれは、この息子を相続人に指定するか、あるいは、名を挙げて廃除するか、である。: そうではなく、もしも、かれが、この息子を、沈黙によって無視するならば、かれは、無効に遺言するであろう。...」。; D.28.1.22. §.4.in: Mommsen, *Digesta Iustiniani Augusti*, Vol.1, p.818: 「ウルピアーヌス告示注解第39巻より。... 第4項。証人らのうちの誰かが、その名を書き入れなかったが、しかし、印章を押した。その場合には、この者に関しては、[証人として] 用いられなかったごとくである。: そして、多くの者がなすように、[名を] 書き入れたが、しかし、印章を押さなかった。その場合にもなお、われわれは、同じことを述べるであろう」。; C.6.23.12, in: C.J.C.Vol.2, ed.P.Krueger, p.254: 「皇帝ディオクレティアーンヌスおよびマクシミアーンヌスがマートリナに。[序項]。7名の証人のうちの1名が欠けたか、あるいは、遺言者の面前で、同じ場所で、証人全員が、自分の指輪または他人の指輪でもって印章を押さなかった。その場合には、遺言は、法的には無効である」。; C.5.71.2, in *op. cit.*, p.235: 「皇帝ゴルディアーンヌスがクレアルクスおよびアフロディーシウスに。[序項]。あなたがたの後見人らまたは保佐人らが、たとえ質として拘束されるにせよ、占有を売った。その場合には、あなたがたのためには、原状回復は、不要であろう。第1項。債権者らが、このことをおこなった。その場合には、告示のかたち *forma edicti* にしたがって、ただ、買主が通謀に加担することにより、売りが詐害である場合にかぎり、損害が、あなたに加えられたことが証明される場合にかぎって、あなたには、恩恵が授与されるであろう」。(最後の C.5.71.2.がミュールンブルフの所論と、どう関係するのか、わたくしには、理解できなかった)。

Arnoldus Vinnius, *Selectarum iuris quaestionum libri duo*, Lugduni Bat. 1660,

lib.1, cap.1,p.1 : 「なんであれ、法律に反しておこなわれることは、おこなわなかったものと見られ、そして、法それ自体により無効である」。ただし、p.5 : 「...しかし、法律に対して罪が犯された場合は、ことなる。 :たとえば、誰かが、許されるのよりも、より大きな利息を要約した場合である。この場合には、問答契約が、だからといって、全体として無効ではないであろうが、しかし、法定の[利息の]程度を逸脱する分についてのみ[無効であろう]。...」。 ; Nicolaus Thaddäus Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände, Bd.2, Erlangen 1804, XXVIII, §.7-8,S.123-124 : 「第7節。ピュッターが、ここから生じるであろう諸帰結にもついで、批判をする。それは、形式の懈怠を、そのゆえに行行為が無効である1つの理由として承認することが意欲される場合である。ピュッターは、言う。弁護士らは、あらゆる懈怠を、些細な懈怠をもまた、[行為の] 無効として言い立て、そして、この方法で、いろいろな無益な争いを不滅のもととするであろうと。一法においては、それ自体としては、便宜は、問題ではない。...[形式懈怠の場合には] この行為の無効が、原則として生じる効果であるとすれば、裁判官らや当事者らは、諸法律を厳格に遵守しなければならず、そして、かれらのすべての行為において、最大の几帳面さをえようと努力しなければならぬ。一行為の無効が、[形式懈怠の] 原則としての効果ではないとすれば、その場合には、恣意が、法律に取って代わり、裁判官または当事者は、一部を、形式懈怠によって侵害することができる。そして、被害者が、この[形式] 懈怠を、行為の無効が例外的に生じるケースにもたらずことができるかどうか、が問題とされる。この行為の無効は例外に属するがゆえに、形式の懈怠が例外的に行為の無効を惹起することについては、この被害者に立証が課される。[第8節?]。したがって、ひとは、原則を例外とし、そして、一般的諸原則と矛盾し、訴訟において承認される多くの原則と調和せず、かつ、もっとも有害な効果を惹起する原則を立てたのである。...」。

- 34) Johann Nicolaus Bischoff, Handbuch der deutschen Canzley-Praxis für angehende Staatsbeamte und Geschäftsmänner, Bd.2, Helmstedt 1798, S.576.
- 35) Mühlenbruch, Rechtliche Beurtheilung, S.215-225.
- 36) Mühlenbruch, Rechtliche Beurtheilung, S.226-248.
- 37) Adolph Dietrich Weber, Ueber die Rückanwendung positiver Gesetze, mit besonderer Hinsicht auf neuere Gesetzveränderungen deutscher Staaten, Hannover 1811, S.88-89.
- 38) Friedrich Bergmann, Das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrechte, Hannover 1818, S.397が、援用される。
- 39) I.2.17. §. 7. テクストは、Iustiniani Institutiones, recognovit Paulus Krueger, in: Corpus Iuris Civilis, Vol.1, Dublin/Zürich 1972, p.21に拠った。

- 40) Mühlenbruch, Rechtliche Beurtheilung, S.249-264.
- 41) Johann Ludwig Klüber, Von der Erbeinsetzungsfähigkeit einer in demselben Testament verordneten Stiftung, in: Abhandlungen und Beobachtungen für Geschichtskunde, Staats-und Rechtswissenschaft, Bd.1, Frankfurt a.M. 1830, S.330-374.
- 42) Klüber, Abhandlungen, Bd.1, S.332-333および S.333 Anm.1.
- 43) Klüber, Abhandlungen, Bd.1, S.353-354および S.354-355.
- 44) Klüber, Abhandlungen, Bd.1, S.353.
- 45) Klüber, Abhandlungen, Bd.1, S.355-356.

## むすび

本論文では、フランクフルト大公ダルベルクによる1811年デクレの拘束力をめぐる諸問題を取り扱った。

1811年デクレの形式については、大臣による副署の欠如が、デクレの無効を惹起するかが争われた。これは、法律が一定の要式を規定するとき、その不遵守は、行為の無効を惹起するか、という問題にかかわる。法令集に登載されている諸法令を調査したかぎりでは、フランクフルト大公国では、例外なく副署が添えられていた。今後、さらに、個人に宛てられたデクレについて、副署の有無を探求したい。

1811年デクレの内実については、それが『ナポレオン法典』の包括名義遺贈を許可したのか、包括遺贈を許可したのかが、争われた。包括名義遺贈であれば、遺言による相続人指定とは異質であるが、包括遺贈であれば、遺言による相続人指定に適用可能だからである。当時において、『ナポレオン法典』の遺言制度は、ドイツにおける普通法学にあっては、どのように解釈され、普通法の制度に転換されたのであろうか。

また、『ナポレオン法典』第910条の「許可」は、将来設立されるべき財団へ、権利能力、とくに遺言によって財産を受け取る能力を付与するものか、

も争点であった。フランス本国における当時の学説・判例の研究をも併せて、今後の課題としたい。

1811年デクレが付与したのは、既得権なのか、それとも、たんなる期待なのかも、争点であった。既得権だとすれば、国制の変遷にもかかわらず存続する。しかし、遺言は、遺言者が死亡するまでは完成しないから、1811年デクレによる許可は、たんなる期待だとも解することができる<sup>1)</sup>。そうだとすれば、1811年デクレによる許可は、遺言者が未完成の遺言を破棄したことによって失効したことになるうか。

最後に、本論文での考察で気づいたことは、各大学鑑定意見にせよ、諸学説にせよ、シュテューデル美術館事件に関する主要な著書・論文が、1827年に集中して公表されていることである。このことは、四自由都市上級控訴裁判所の付託により判決案を作成していたハレ大学法学部判決団が、シュテューデル美術館に不利になる判決を作成しつつある、という「噂」<sup>2)</sup>と無縁ではあるまい。とくに、シュテューデル美術館理事らにとっては、ハレ大学の判決案の行方は、死活問題であったはずである。シュテューデル美術館理事らは、かの「噂」を耳にして、各大学判決団や個々の法学者に対して、何らかの働きかけをおこなったのか。それとも、「噂」にもかかわらず、手をこまねいていなければならなかったのか。当時あって、訴訟当事者ないしその訴訟代理人は、各大学法学部判決団や個々の法学者らと、訴訟の経過にあって、どのように相互に関わりあい、影響を及ぼし合ったのか<sup>3)</sup>。さらに原史料を読み抜いて、研究を深めたい。

注)

- 1) たとえば、Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd.8, Berlin 1849, S.387は、既得権とたんなる期待との峻別を、こう述べる。：「誰かある者が、子のいない金持ちから、この誰かある者は、かの金持ちにとって、単独相続人に指定される、という約束を受け取る。あまつさえ、この遺言は実際に作成され、そして、かの誰かある者に示された。このたんなる期待は、遺言者が生きている間に出された、この遺言を禁じるあたらしい法律によって、挫折させられることがありうる。それは、遺言者がその意思を変更することによって、この期待が挫折されることがありうるのと同様である」。穿った見方かもしれないが、「子のいない金持ち」を、ヨーハン＝フリードリヒ＝シュテューデルと置き換え、「誰かある者」をシュテューデル美術館と置き換えることはできないだろうか。サヴィニーは、この叙述にあつてシュテューデル美術館事件を思い浮かべなかつたか。
- 2) こうした「噂」についての当時の新聞報道：Johann Friedrich von Cotta ed., Allgemeine Zeitung vom 15. September 1827, Nro.258, S.1032 「\*\*フランクフルト＝アム＝マイン。9月10日。数日前から、噂が出回っている。この噂の出所は、公知のことであるが、しかし、当然には、公けにされることができない。最終審において、リユベックなる上級控訴裁判所によって、外部の判決団に送付された、シュテューデルの法定相続人らのシュテューデル美術館を相手とする事件における一件書類は、終局判決作成のために、H [アルファベット＝イニシャルのみで表示。あきらかにハレ Halle] 大学に到来し、そして、かの地の法学部は、幾人かのメンバーの話しでは、この訴訟事件を、シュテューデル美術館にとって不利になる観点から見るとされる。しかし、これらの噂は、それらの噂の源泉である公知の事実にもかかわらず、さしあたり、最高に疑わしい。なぜなら、上述の〔判決団の幾人かのメンバーの〕話しは、判決団の尊厳と義務とに抵触するであろうからである。この判決団は、裁判所それ自体と同様に、一件書類についての秘密を守らねばならないのである。当事者である美術館もまた、1,300,000グルデンの元本額にかかわる、きわめて重要な訴訟の終局判決に関しては、現在までは、あまり心配を抱かなかつた。なぜなら、美術館は、2つの第一審判決の他に、20の、このことのゆえに取り寄せた〔法〕学部鑑定意見のうち、16の鑑定意見を、美術館それ自体に有利なものとして持つからである。しかし、かの噂が、まもなく実現する判決の公表によって、根拠のあるものであることがわかり、終局判決が、シュテューデル美術館に不利に、すなわち、1816年に逝去したこの地の市民ヨーハン＝フリードリヒ＝シュテューデルの表示された意思に不利な結果に終わるであろうならば、このことは、ふるい格言：『法の極みは、不法の極み』についてのあたらしいコメントであろう



し、そして、ゲーテ [『ファウスト』1972行-1976行] のメフィストフェレスのことばの1つの詳述であろう。：『法律と法とは、相続される。それは、不治の病が続くのと同様である。法律と法とは、世代から世代に運ばれ、そして、場所から場所へと、こっそり働きかける。理性は、無意味になり、慈善は、労苦となる』。

- 3) 一連の研究の中でたびたび触れたように、原告側当事者ないし訴訟代理人も、また、被告側当事者ないし訴訟代理人も、それぞれに有利な判決や大学法学部判決団鑑定意見を印刷公表し、場合によっては、それぞれに不利になる叙述を、意図的に削除して公表した。印刷公表された「史料」に接するさいには、慎重にならざるをえないばかりか、印刷公表された「史料」と原本のかたちで残されている「史料」との照合が不可欠である。さらには、こうして印刷公表がおこなわれた意図および印刷公表された「史料」がはたした機能それ自体に、もっと注目する必要があるか。

(完：2017年4月5日提出)