

## 《論 説》

## フランス慣習法学とローマ法 ——「フランス共通法」とは何か——（2・完）

藤 田 貴 宏

### Ⅲ.

パリ高等法院の弁護士を経て、「法学代理教師 *docteur agrégé*」の資格<sup>1)</sup>を1690年に51才で取得し、1695年にはランス大学の「カノン法と市民法、並びに、フランス法の欽定教授 *Professeur Royal en Droit Canonique, Civil et François*」の地位に就くことになるフェリエールは、その経歴に示されているとおり、大学法学部におけるローマ法教育の再開と活性化を自らの司法改革の重点の一つに据えた国王ルイ XIV 世の意図に積極的に呼応した法律家の一人であった。フェリエールの膨大な著作群には、高等法院の実務をふまえたパリ慣習法の注釈（『パリのプレヴォ区及び副伯領の慣習法新注釈 *Nouveau commentaire sur la coutume de la prevoté et vicomté de Paris*』1679年初版、『新旧のあらゆるパリ慣習法注釈者集成 *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*』1685年初版）、市民法大全の編別に従いローマ法とフランス法を比較対照しローマ法の実務的意義と射程を明らかにするいわゆる査閲文献（『独自の方法で解明されフランス法と比較

1) サン＝ジェルマン＝アン＝レーの王示に従って改革方針を答申した諸大学（パリ、オルレアン、ブルジュ、アンジェ、ランス、ポワティエの法学部 *les facultés de droit de Paris, Orléans, Bourges, Angers, Reims et Poitiers*）での「法学代理教師」の権限や義務は1682年のヴェルサイユの王宣の第2条から第10条（*Isambert, Recueil, XIX, 402-403.*）に具体化されていた（Ⅱの注52参照）。

対照されたユスティニアヌスの法学提要 *Institutiones Justiniani singulari methodo illustratae et cum gallico collatae*』1677年初版、『学説彙纂法学 *La jurisprudence du Digeste*』1677年初版、『勅法彙纂法学 *La jurisprudence du Code*』1684年初版、『新勅法法学 *La jurisprudence des Nouvelles*』1688年初版)、コキユやロワゼルの試みを継承して特に教育的観点からフランス共通法の体系化を図る便覧(『フランス法提要 *Les Institutes du droit françois*』1687年初版、『新慣習法提要 *Nouvelle Institution coutumière*』1692/1702年初版)、同様の観点に基づくカノン法便覧(『教会法及びカノン法入門 *Introduction au droit ecclésiastique et canonique*』1687年初版)等が含まれている。他に、民事王令や刑事王令に即した手続法概説(『新しい実務家 *Le nouveau praticien*』1681年初版)、アルファベット順の法学辞典(『実務への手引き *Introduction à la pratique*』1679年初版)といった実務家向け著作もあるが、慣習法学におけるローマ法の位置づけを辿ってきた本稿との関係で特に重要なのは前三者、すなわち、慣習法注解、査閲文献、便覧の形式による著述である。それら著作の幾つかに付された一見月並みな献呈文や読者宛て序言からは、フェリエールがその晩年に至っていわゆる「フランス法教授 *Professeur de droit françois*」の地位を得るのに有利に働いたであろう人脈も読み取ることができる。まず、『学説彙纂法学』が、1658年以降パリの高等法院長 *premier président* を務め一連の司法改革の主たる担い手の一人であったギョーム・ド・ラモワニオン *Guillaume de Lamoignon* (1617-1677年) に捧げられており、その献呈文<sup>2)</sup>の中で、

2) “高等法院長ド・ラモワニオン閣下。

閣下、この拙著を閣下に捧げますこと、すなわち、拙著を捧げるに値するものと考えることは、身の程知らずの大望のように見える上に、私の頭の産物に対する大それた自惚れととられることでありましょう。

人が私を一目見ればこの献呈が極めて無謀な所業とみなすことは疑い得ませんが、もしその視線を閣下にまで及ばし、閣下のために捧げられた主題の偉大さに思いを致すならば、これを正当な行いと考えない者などいないであろうということもまた私は確信しております。

閣下、ローマ＝フランス法学は、その奥義に完全に精通し、既に二十年近くに渡って司法の筆頭の輔弼者の資格でこれについて判定を下しておられる貴方において他に擁護者を求めることなどできたでしょうか。貴方は、そのお持ちの双方の法について

フェリエールは、ド・ラモワニオンを「ローマ＝フランス法学 la Jurisprudence Romaine et Française」の「擁護者 protecteur」と呼び、「双方の法 l'un et l'autre Droit」、つまり、ローマ法とフランス法についてのその「深い知識 les profondes connoissances」を讃えている。また、ド・ラモワニオンの死の二年後、その長子で国王代訟官長 avocat general を務めていたバヴィル伯 Marquis de Basville ド・ラモワニオン I 世クレティアン＝フランソワ Chrétien-François Premier de Lamoignon (1644-1709年) に捧げられた『新注釈』の献

の深い知識、そして、類い希なる資質の全ての故に、現に今保持されておられる地位へと登りつめられたのであります。従いまして、貴方がその古来の貴族の身分を受け継がれた幾世代にも渡るか御先祖が如何に高貴な方々であれ、また、貴方の著名な御父祖が国家に捧げられた御貢献がどれほど大きなものであれ、貴方がこれほどの榮譽をもって占めておられる威厳ある地位は貴方御自身に由来するのは明らかでありまして、他の方であれば運の良さや国王陛下の格別の御厚意に頼らねばならなかったであります。

貴方がその御血筋を引き継がれている御先祖の御名声がいかに輝かしく、また、当高等法院の大審部判事であられた御父君の思い出に人々の抱く畏敬の念がどれほど大きくとも、貴方は、これらの方々の栄光が貴方御自身のそれをもたらしたわけではないと常に信じておられるし、また、これらの方々が時の流れの中で先の世代の人々を越えるべく努力してされてきたのだとすれば、そのような高潔な志は、その目指すところが先達に追従することでも彼らを凌駕することでもなかったと貴方に思わせたのでしょう。

この高貴な志の故に、貴方は、熱心な勉強と信じがたい夜業の末に、世の全ての人々が驚嘆する中、わずか18才にしてヨーロッパ随一の法廷に地位を占め、その後、審問官の職務へと昇進し、ブルターニュ地方三部会へも派遣されたのであり、その際には、その生まれ持った思慮深さを以てこの重要な地方の利益を損なうことなく国王の利害に配慮された。そして遂にかの志は、万人の願いと共に、我々の君主の正しき選択を、貴方の卓越した人格の上にもたらし、類い希なる資質の褒賞にまさに相応しい職務を遂行させるに至ったのであります。

この榮譽ある任務を遂行される中で、貴方は、国家の利益のためにこの任務に貴方を求めた人々が貴方を待ちわび貴方の選任に期待したのは正しかったことを示しておられる。

貴方は、提起された無数の事案において、国王の利益と公共の利益を調和させ、また、正義の配分にあたっては、知恵と思慮に富んだ仕方、各自にそこに帰すべき権利を確保されているが故に、貴方が判示される所そのものに貴方の判断の衡平さが確認されております。従いまして、国王は、貴方を司法官筆頭の地位に選任することで、実際のところ、人民に有り難い贈り物を給われ、なおかつ、貴方の美德に報

呈文<sup>3)</sup>では、「一ローマ法教師 un Professeur en Droit」の立場でパリ慣習法を論ずる旨遠慮がちに表明した上で、「ローマ法学とフランス慣習法地域の諸法律 la Jurisprudence Romaine, et les Loix de la France Coutumiere」に精通する相手に先代の面影を重ねつつ「完璧な司法官の模範 le modele d'un parfait Magis-

いようとされたのだと解されるのももっともでございます。

貴方は、その深い知恵、身に付けておられるあらゆる高尚な学問の奥義、そして、貴方の資質の美点の故に、常日頃から敬服され、その雄弁さによって、この王国の筆頭の司法官が同時また随一の弁論家でもあることを知らしめておられる。

また、貴方の節度ある謹厳さは我々に敬意と畏怖の念を呼び起こし、自然がひとまとまりの卓越した人々の中で特に貴方の人格に分かち与えた全く希有の傑出した資質は、世の全ての人々の心に貴方への愛と称賛を生じさせております。

閣下、私が、ド・ラモワニオン家の方々のごほどの輝きをもって煌めいている栄光よりも先に僅かばかり我が見解を進める筈に敢えて出たとしても、それは、貴方の偉大さに当然に向けられるべき相応の賛辞をもって、貴方や他の方々について述べるための十分な機会となることであります。

それらの賛辞は優に一卷の書をもたらし、拙著などより遥かに読者を喜ばせることであります。しかし、そのようなことは私にとって全く手の届かない畏れ多い企てに他なりません。それというのは、如何に雄弁であっても、そのように企てる榮譽に相応しく、かつ、貴方の経歴に匹敵するような弁論家は、今世紀において見出されないからです。それ故、極めて弱々しい文体故に閣下をうんざりさせるでめいましょうこの駄弁を打ち切り、貴方に対して当然に払われるべき敬意をもって述べるという以外の情熱が私を持ち合わせていないとここに表明することを、閣下、どうかお許し下さい。閣下の最も卑しく最も従順な僕、ド・フェリエール。”(Jurisprudence, tom.I, epistre, a ii-a iiii. 引用は1688年パリ刊第二版に再録されたテキストによる)

3) “国王代訟官長ド・ラモワニオン閣下へ。

閣下、確かに、私の企ては無謀とみなされるでめいましょうし、幾人もの人々が機敏な判断力で見事な著作を公表していること、そしてまた、一ローマ法教師にパリ慣習法を論ずる能力などないことも明らかであります。実際、パリ慣習法は、当高等法院において名声を確立した何人かの人々の独壇場となって久しいにもかかわらず、そのような人々の中にさえ上手く行かない者がいるのですから。

しかし、閣下、貴方の榮譽のために私が献呈した著作について幾らかでも評価に値するとお考えであるならば、これらの人々の先入観の流れをさえぎられることでめいましょう。というのも、貴方は、既に幾年にも渡って全く見事に遂行されておられる国王代訟官の御立場において、ローマ法学とフランス慣習法地域の諸法律を精通しておられることをお示しであるからです。

貴方が、常日頃、我々のために、これほどの優美さを以て極めて深遠な仕方ですら

trat]を見出している。フェリエールにとって、「高等法院長ド・ラモワニョン De Lamoignon premier President」は、その死後もなお司法改革に倣さず「ローマ=フランス法学」最大の後ろ盾であった。フェリエールの主著にあたる『注釈者集成』は、司法改革と共に行われた警察改革を承けて1667年にパリ

---

の準則を解明され、我々の慣習法において最も困難な点に解釈を下しておられるが故に、高等法院の判決は、その極めて重要な諸事件に際して、貴方の為される意見陳述に常に支えを得ております。

閣下、貴方は、国王と個々人の利益保護のために一司法官に求められるあらゆる美德と類似希なる資質とが貴方の家系伝来のものであること、そしてそれらが、人々の心にいつまでも記憶として留まっている御先祖の方々を介して世代にも渡り貴方にまで受け継がれてきたこと、を明らかにされています。

人は、貴方の内に、最近亡くなられた最高法院長閣下の卓越した御人柄がよみがえるのを見出しております。というのも、この御方が、その資質故に選任された司法の筆頭官職を二十年に渡って誇り高くお務めになられたからです。かの人は、その間、国王陛下の諸権利を擁護しつつ、臣民には不平を訴える僅かな原因さえももたらすことはありませんでした。

閣下、この立派な御方について述べるのが仮に私に許されるとすれば、かの人が公私問わずあらゆる活動に際してとられた御振舞、国家のためになされた多大の御貢献、そして更には、現代の不信心に抗して信仰に、財産の横領者を排して寡婦や孤児に、強者の厚かましい力を退けて弱者に、あれほど熱心に与えられた庇護についてここで思い起こすことは私にとってどれほど名誉なことでありましょう。

かの人があらゆる徳義の絶え間ない実践の中にその生涯を送られたこと、それらの徳義故に名誉の永久の栄冠こそこの方に相応しいこと、そして、地上にはその功績に相応しいものが存しないが故にこの世では得られなかった褒賞を受け取るためにこそ天に召されたということを示せば、それは私にとってどれほど有益でありましょう。

あるいはむしろ、自身に匹敵するお世継ぎをお遺しになった以上、かの人は未だ亡くなくなっていないと言えるかもしれません。すなわち、かの人は、閣下、貴方によって、その死が我々にもたらした損失を埋め合わせられたのであり、貴方は、かの人がその生涯を通じて貴方にお示しになった道筋をこの上なく見事に辿ることで、かの人の同じく完璧な司法官の模範となっておいでなのです。

国王陛下がかの人の振舞いに満足されていたのが明らかであれば、それはまた貴方の御振舞いにもそれに劣らず満足されていることの証拠となりましょう。実際、貴方は、かの人と変わらない力強さを以て、神の利益と正義の擁護に尽くしておられ、美德と学識は、かの人においてそうであったように、全く傑出したあり方で貴方の内に存しており、あらゆる善き人々の願いが貴方を求める際には、それらが貴方を確実に導くことでありましょう。

の初代「警察代官 lieutenant de police」(1674年に「警察総代官 lieutenant general de police」に改称)に就いていたガブリエル・ニコラ・ド・ラ・レニー Gabriel Nicolas de la Reynie に献呈されてはいるが、著者序言<sup>9)</sup>では、パリ慣習法の主要な諸注釈者とともにド・ラモワニョンの名が挙げられており、フェリ

---

そのような美德と学識の存続に利害を有する人々は、かの人において失ったものを貴方の内に再び見出してあります。私に関しまして、拙著『学説彙纂法学』を捧げるにあたって表明いたしました賛辞を好意的に受け取られたこの偉大な司法官の後ろ盾を失う一方で、その私に対して貴方が既に寛大にも庇護を与えて下さっておりますので、私の全生涯に及ぶ御恩につきまして、公の謝辞を通じて、貴方に相応しい敬意とともに、貴方に表明する機会を得ましたことを喜ばしく思う次第であります。閣下、貴方の最も卑しく従順な僕、ド・フェリエール。”(Nouveau commentaire, tom.I, a ii-a iij. 引用は1751年パリ刊のソーヴァン・ダラモン編新版所収のテキストによる)

4) “この注釈書には慣習法の主要な諸準則が収められており、当慣習法の注釈者たちに見出される諸解決はそれらが最も的確に適用される章の下に振り分けられている。

私は編集者として役割に留まることなく、諸注釈者の見解のみを取り上げ、しかもそれらが諸原則や慣行に合致する場合のみ支持する。他の諸慣習法や法院判決集から取り出された無数の問題について扱い、更には、私自身が見出した問題も相当な数が含まれて、この著作の一部を形成している。

題材はローマ法との関連に即して解明され、その解決はローマ法上の論拠によって裏付けられる。というのも、異論の余地のない真理が法学の内に見出されることはほとんどないからである。

大多数の問題は容易に解決できるものではない。実際、諸準則は古び年々変わって行くし、無知は人々の精神に真理をめぐる見解を滑り込ませ、そこからきらめきやもつもらしさを引き出す。

極めて優れた著作の中でさえ時を経るにつれ誤った見解をもたらししているのは、この不確実さや変動であり、法学もまた広く解するならばそのような著作の一つであって、その中で時に誤りを犯すのは避けられない。

シャルル・デュ・ムーランは、フォリオ判で全四巻の規模で旧パリ慣習法の全体に注釈を加えたけれども、残されたのはその第1巻だけであり、他の諸巻の散逸は学識ある人々にとって痛手である。新慣習法にはこの著者の解決に即して付加された条文が幾つも見出されるとはいえ、新慣習法とは異なる解決も相当数含まれているし、法学もまた1566年のその死以後かなり様変わりしているため、その著作には今日では誤りを思われる原則群が存する。

シャロンダは改訂された慣習法を扱った最初の者である。彼は問題をローマ法の諸原理に即して論じているが、自らの見解を裏付けるためにしばしば無関係な法文を援用している。また彼は、問題の上に問題を重ね、手際も悪く、言及する法院判決にも

エールがこの「高等法院長」の権威を依然として強く意識していることが見て取れる。ド・ラモワニオンは、生前、「パリ慣習法を改訂し、異論のある問題に関して全ての諸慣習法のために確実な法学を確立すること de reformer la Coutume de Paris, et d'établir une Jurisprudence certaine pour toutes les Coûtu-

---

あまり忠実ではない。彼の見解に常に従うのは危険である。

非常に著名な顧問弁護士であったショパンは、慣習法の諸条文を解釈したり難解さを解消したりするより、法院判決によって解決された問題を報告することに専念している。彼の判断や断案には確かな点も多く含まれているが、法学の変遷はもはや受け入れられていない見解を幾つもそこにもたらしめている。

続いてトゥルネが彼の『考察集』を著している。それらの考察はほとんど全てシャロンダから取り出されたものであり、しかもそこには誤りや矛盾が幾つも存する。幾つか版を重ねた後、ド・ラッペとド・ジョリの注記がそこに付加されているが、彼らは同じ事柄についてしばしば見解を事にしており、また、残りの部分は一貫性がほとんどない。

トロンソンの注釈書はトゥルネのそれよりもかなり以前に現れたが、そこには全く正確さが欠けていると私が判断したとしても、学識ある人々は私を非難することはないであろう。この注釈者は数々の問題を部外者の立場で論じているため、彼の解決の一部は慣行に抵触し、自らの見解の論拠を提示することも稀で、しかも、慣習法の特殊な規定に基づいて一般的準則を立てている。

ゲランはラテン語で注釈書を著したが、その注釈書は支持されていない。というのも、他の注釈者に見られる事柄についてほとんど言及していないからである。封の章については、デュ・ムーランの見解の幾つかを抜粋するに留まっている。彼は、注釈書を書いたにせよそれは未熟であって、助言に重用されて亡くなった。

ジル・フォルタンは諸慣習法の比較対照を行ったけれども、それはゲノワのそのの抜粋にすぎない。しかもそこでは、多くの条文が不当に引用され、また、その本来の趣旨に反して引用されている条文も散見される。ジャン・マリー・リカール氏がこれに付した注は非常に評判が高く、私は喜んでこれに従う。

ブロードーの注釈は第186条までである。この注釈は多くの学識に溢れているけれども、この著者の見解には幾つか支持されていないものがある。

オザネ氏は最も巧みな助言者の一人であり、十年前に亡くなった際、覚書の写しを遺しており、私は、それらの大部分を漏らさず収録した。そこには、非常に優れたものもあれば、整理されていないものもあり、また、我々の慣習法の再改訂に備える諸提案にすぎないものもある。見事その職責を果たしたと同時に、その徳と、あらゆる学問に通じた深い知識によっても知られている高等法院長ド・ラモワニオン氏は、パリ慣習法を改訂し、異論のある問題に関して全ての諸慣習法のために確実な法学を確立することを企図した。彼は、この目的のために、この著者その他の我が諸先達の

mes dans les Questions douteuses」を企図する諮問会議を主宰し、その成果が後に『高等法院長ド・ラモワニオン氏の断案集 Arrestez de Monsieur le Premier President de Lamoignon (フランスの慣習法地域並びに成文法で規律される諸地方のために高等法院長ド・ラモワニオン氏の会議において計画された条文集 Loix projetées dans des Conferences de Mr. Le P. P. de L. pour le pays Cöutumier de France, et pour les Provinces qui s'y régissent par le Droit Ecrit)』

(1702年初版)として公刊されるに及んで、フランス共通法の潮流の象徴的存在となる。フェリエールが、この諮問会議の一員であったバルテルミ・オザネ Barthélemy Auzanet (1591-1673年)の「覚書の写し Notes manuscrites」(ド・ラモワニオンの『断案集』に対応する文書を含めて『著作集 Oeuvres』として公刊されるのは1708年)を入手し、その内容を「漏らさず tout au long」自らの注釈の内に取り込んだのは、ド・ラモワニオンが上記会議においてオザネの「意見 avis」を重んじたからに他ならない。フェリエールは、ド・ラモワニオン信奉という形で、18世紀を通じて高まって行くフランス共通法の趨勢を見事に予見していたと言える。それでは、フェリエールにとって「フランス共通法 le Droit commun de la France」とは如何なるものなのか。まず、ド・ラモワニオンその人に献呈された『学説彙纂法学』の議論に即して敷衍することにしたい。

幾人かの意見を採用したのである。

以上の諸注釈者の欠点を幾つか挙げたけれども、それは、彼らの名声の喪失の上に私の名声を打ち立てようとするためではなく、人が間違いを犯すのを防ぎ、尊重と称賛に値するこれらの人々の著作も誤りを免れているわけではないことを知ってもらうことで、以下に見出される内容について大目にみてもらうためである。

拙著の有用性の判断は世の人々に委ねる。ただ、時に論者の見解を変えてしまうような誤植について私を非難することのないようお願いしたい。例えば、第319条注釈の第40番に、「まさにこのような擬制（ここでは代襲相続について述べている）が直系<尊属>にその位置する親等を問わず持ち込まれることで、彼らは均等ではなく系列別に相続することになる」とある。これは「尊属」ではなく「卑属」と読まねばならず、同じ条文の第21番で指摘したとおり、尊属が代襲によってその卑属を相続すると主張するのは誤りである。”(Corps et compilation, tom. I, é. i.r.-v. 引用は1692年パリ刊のテキストによる)



『学説彙纂法学』がフランスの法実務に照らしてローマ法の有用性を吟味する査閲文献であることは、『王令、フランスの諸慣習法、高等法院の諸判決と比較対照された学説彙纂の法学、そこでは、ローマ法と慣習法のあらゆる種類の問題が成文法の諸地方とフランス慣習法地域の慣行に即して論じられる *La jurisprudence du Digeste, conferée avec les ordonnances royales, les coutumes de France, et les decisions des cours souveraines, où toutes sortes de matieres du Droit Romain, et du Droit Coûtumier, sont traitées suivant l'usage des Provinces de Droit écrit, et la France Coûtumiere*』というその表題からも明らかである。ただし、フェリエールは、例えばフィリベール・ビュニヨン Philibert Bugnyon (1530-1587年) の『廃止法文論 *Traité des loix abrogées*』(1563年初版) 等とは異なり、法文毎の注釈ではなくパラティトラ(章別注解)の方式を採用することで、個々の法文の援用の可否には直接関わらない概念や制度の一般的説明も盛り込んでおり、第1巻第1章「正義及び法について *De la Justice et du Droit*」の後半四分の一、そして、同第3章「法律、元老院議決、並びに、慣習法について *Des Loix, des Ordonnances du Senat, et de la Coûtume*」の大半が、フランス法それ自体の概念規定に当てられている。まず、「法 *le Droit*」と「正義 *la Justice*」の定義とローマ法上の「法の区分 *Division du Droit*」をめぐる至極常識的な説明の後に、「紛争の解決にあたって我々が用いている法 *Droit, dont nous nous servons pour la décision des differends*」として第1章の末尾に列挙されたのは、「カノン法 *le Droit Canonique*」、「成文法すなわちローマ法 *le Droit écrit ou Droit Romain*」、「王令 *les Ordonnances Royales*」、「フランス慣習法地域の各地方に固有の慣習法 *les Coustumes particulieres de chaque Province de la France coûtumiere*」の四つである<sup>5)</sup>。この内、カノン法は、「フ

5) 「25. フランスにおいて遵守されている法には如何なる種類があるのか」フランスにおいて、我々が紛争の解決にあたって用いている法は四種類あり、カノン法、成文法つまりローマ法、王令、フランス慣習法地域の各地方に固有の慣習法がそれぞれである。

26. カノン法とは何か」カノン法とは、諸教皇あるいはその権威によって定められた法であるが、フランスでは法律として用いられてはならず、我々の歴代国王と最

ランスにおいて法律として用いられてはいない ne sert pas de Loy en France」し、「我々の歴代国王と教皇との間で締結された協約や政教条約が、カノン法の効力や権威を著しく減少させているため、我々はカノン法をそれが依拠する合理性や衡平として考慮するに留まる les Transactions et Concordats passez

上位の司教との間で締結された協約や政教条約が、カノン法の効力や権威を著しく減少させているため、我々はカノン法をそれが依拠する合理性や衡平として考慮するに留まる。この法については、1687年に公刊された「カノン法及び教会法入門」と題された書を参照されたい。

〈27. ローマ法はフランスにおいて法律としての権威を有するのか〉成文法すなわちローマ法は、プロヴァンス、ラングドック、ガスコーニュ、ドーフィネ、リヨネといった成文法地域と呼ばれるフランスの幾つかの地方において、王令がその適用を免除している事例を除いて、法律として遵守されている。

フランスの慣習法地域では、たとえ王令や各地固有の慣習法に反しない場合であっても、ローマ法が法律の効力や権威を有することはなく、裁判官は、ローマの法律家や皇帝たちがそれを確立するために依拠した衡平や合理性を顧慮するだけである。「勅法彙纂法学」においてこの法について関して私が述べたところを参照せよ。

〈28. 王令は王国全体に渡って法律としての権威を有するのか〉王令は、それらが公布され諸最高裁判所に登録された時点から全王国に渡って法律の権威を取得し、他の事物と同様にそれ自身の有効期間を有しており、それらを定めた国王の権威やそれらの存続のために国王が加えた備えが如何ほどであっても、次々に繰り返し発せられる。なぜなら、このようには変化や消滅を免れるものなどないからであり、そもそも、「我々の境遇が全て永遠の変動から成っている以上、固定されていて、変化を全く被らないほど不動の事柄など人間の間に存在するであろうか」【新勅法第7勅法第2章】。王令には、ローマ皇帝のそのように、三つの形態があり、一般的なものと特殊なものに区別される。私の『フランス法提要』を参照せよ。

〈29. 慣習に基づく法、その効力は如何なるものか〉慣習に基づく法は、フランスの幾つもの地方で遵守されており、それが通用している場所では法律の効力を有する。というのも、その地方の三身分の同意と、ただ一人その王国において法律を定める権能を有する国王の権威とによってのみそのような法が確立されるからである。

裁判官たちが諸慣習法の条文に従って判決を下すべく義務づけられるのはこの理由によるが、最高裁判所は、最上級審として確定的に判決を下す権限を有している以上、各地の固有の法律について解釈を加えることができる。

〈30. 如何なる場合国王は慣習法の適用を排除することができるのか〉その王令を通じて諸慣習法の適用を明確に排除できるのは国王だけであり、その方式は二つある。

第一に、国王が、王令の中に、これと異なる全ての地方固有の慣習法に対する違背

entre nos Rois et les Souverains Pontifes, en ont diiminué considerablement la force et l'autorité ; et nous ne le considerons que comme une raison et une équité sur laquelle il a esté fondé。また、ローマ法は、「プロヴァンス、ラングドック、ガスコーニュ、ドーフィネ、リヨネといった成文法地域と呼ばれるフランスの幾つかの地方 quelques Provinces de France appellées Provinces de Droit écrit, qui sont la Provence, le Languedoc, la Gascogne, le Dauphiné et le Lyonnais」では、「王令がその適用を免除している事例を除いて、法律として遵守されている est observé comme Loy, sinon dans le cas auxquels les Ordonnances Royaux y ont derogé」けれども、「フランス慣習法地域 la France coutumière」では、カノン法と同様、「たとえ王令や各地固有の慣習法に反しない場合であっても、ローマ法が法律の効力や權威を有することはなく、裁判官は、ローマの法律家や皇帝たちがそれを確立するために依拠した衡平さや合理性を顧慮するだけである lors mesme qu'il n'est pas contraire aux Ordonnances ou aux Coutumes particuliers des lieux, il n'a pas la force et l'autorité de Loy, mais les Juges ont seulement égard à l'équité et à la raison qui a servy de fondement aux Jurisconsultes, ou aux Empereurs Romains pour l'établir」。その「衡平さ

---

条項を含めている場合がそうである。

第二に、ルエ氏の『高等法院重要な判決集』Dの項第25章へのプロドローの注解で指摘されているとおり、このような条項が無くても、国王が全王国の規律や統治に関わる王令を発する場合が、そうである。

〈31. 如何なる場合に慣習法は廃され得るのか〉諸慣習法の起源がそれを用いる人々の黙示の合意や慣行に存する以上、もはや用いられることがなくなり、人々が当該慣行に反する行為を行うようになった場合には、学説彙纂50卷17章「古法の諸準則について」第35法文に従い、慣習法は廃される。例えば、単純差押について規定する第98条その他のように我々の慣習法の幾つかの条文がもはや用いられていないのは周知のとおりである。

〈32. 最高裁判所の判決はフランスにおいて法律としての權威を有するのか〉フランスにおいてこれ以外の種類の法は存在せず、法院判決、すなわち、最高裁判所の判決が法律として通用することもない。というのも、法院判決における法解釈が類似の状況を伴う事件においてしばしば矛盾しているのが見受けられるからである。”(Jurisprudence, I, 6-8.)

l'équité」や「合理性 la raison」の故に考慮されるにすぎないこれら二つの「法 Droit」に対して、「王令 les Ordonnances Royaux」と「慣習に基づく法 le Droit Coûtumier」は、単に「法」であるだけでなく、「法律 Loy」としての「権威 l'autorité」乃至「効力 la force」を保持している。すなわち、王令は「それらが公布され諸最高裁判所に登録された時点から全王国に渡って法律の権威を取得する ont autorité de Loy par toute la France, dès-lors qu'ils ont esté publiez et enregistrez dans les Cours Souveraines」し、慣習法も「それが通用している場所では法律の効力を有する a force de loy dans les lieux où il est en usage」のである。なお、パリの高等法院を初めとする「諸最高裁判所 Cours Souveraines」は、「最上級審として確定的に判決を下す権限を有している ont l'autorité de juger souverainement et sans appel」ので、この「各地に固有の法律 les Loix particulieres des lieux」についても「解釈を加えることができる peuvent interpreter」が、「最高裁判所の判決が法律として通用することはない les décisions ded Cours Souveraines ne servent pas de Loy」。

このように王令と並んで「法律の効力 force de Loy」を有し、最高裁判所の解釈の対象となる「諸慣習法 les Coustumes」一般について詳しく論じているのが、第3章の大半を占めている慣習法概論とも言うべき箇所である。そこでは、「フランスにおいて法律の効力を有するのは王令と各地の慣習法だけである Il n'y a que les Ordonnances Royaux, et les Coustumes des lieux, qui ayent force de Loy en France」こと、並びに、これらの法律を「解釈し、衡平の要請があれば、それらに幾らかの修正を加える interpreter, et lors que l'équité le requiert, y apporter quelque temperament」権限が「諸最高裁判所」にあることの二点が、ローマ法上の「法律 leges」、「元老院議決 senatus consulta」、「慣習 consuetudo」の簡潔の説明を承ける形で再度確認され、その上で、「法律」としての諸慣習法が、ローマ法上の「慣習」のような「不文法 Droit non écrit」ではなく一種の「成文法 Droit écrit」であること、つまり、「それが君主の権威の下に確立あるいは改訂されるその地方の三身分の同意に基づき文書化された後に初めて法律としての効力を得る n'ont autorité de Loy qu'après qu'elles ont esté redigées par écrit du consentement des trois Etats de la Province dans

laquelle une Coustume est établie ou reformée par autorité du Prince] との理解が議論の起点に据えられている<sup>6)</sup>。この成文法としての諸慣習法の位置づけに関連してフェリエールが言及しているのは、成文化乃至改訂作業の経緯、「人の行為 le fait de l'homme」の介在の有無に応じた改訂慣習法の発効時期の区別、かつて「慣習調査団 turbes」の手で行われていた「成文化されていない慣習法や慣行 une Coustume ou usage non redigée par écrit」の「証明 preuve」の概要、民事王令によるその廃止と「公知性証書 Actes de notoriété」による代替等である<sup>7)</sup>。続いて、成文慣習法をめぐる二つの実務的問題、すなわち、

---

6) “13. フランスにおいて法律の効力を有する法にはどのような種類があるのか？ フランスにおいて法律の効力を有するのは王令と各地の慣習法だけである。

〈14. 諸最高裁判所は法律を定めることができるか？ 諸最高裁判所は、法律を定める権限はないが、法律を解釈し、衡平の要請があれば、それらに幾らかの修正を加えることもできる。

この権能は、国王の人格を代表するが故に最上級審として確定的に判決を下す人々へのみ属する。これに対して、下級審の判事は王令や各地の慣習法を、自らそこに何か修正を加えたりすることなく、正確に適用する義務を負うのであって、さもなければ、それを正当化するために彼らを最高裁判所と称し得ることになってしまう。

〈15. 諸慣習法は法律としての權威を有するか？ フランスにおいて諸慣習法は、それに利害を有する人々、すなわち、慣習法が君主の權威の下に確立あるいは改訂されるその地方の三身分の同意に基づき文書化された後に初めて法律としての効力を得る。” (Jurisprudence, I, 12.)

7) “16. 諸慣習法が文書にまとめられたのはいつの時代か？ シャルルVII世が、1453年の王令第137条で、慣行、訴訟方式、慣習法を、それらを既に有していた全ての地方について、整理、成文化し、三身分の同意を経て、顧問会議における国王、及び、高等法院による承認を得るべく、初めて命じた。

その後、ルイXII世は、幾つかの慣習法の改訂に関する公開王状を発し、また、フランソワI世も1520年に公開王状を発した。

諸慣習法の改訂手続のあり方は各地の議事録にみいだされる。なお、私の『フランス法提要』第1部も参照されたい。

〈17. 改訂された慣習法は如何なる期日から遵守されねばならないか？ 新たに改訂された慣習法は、例えば相続のように人の手を介することなく当該慣習法によってもたらされる権利に関しては、慣習法が諸身分の会議において決議、確定、公示された日から、遵守されねばならない。一方、人の行為を要求する権利、すなわち、契約、遺言、その他の行為のように、何らかの方式が定められている権利については、新慣

「個々人が諸慣習法の適用を免れることはできるか Si les particuliers peuvent déroger aux Coutumes」と、「為された行為に関して従うべきは、それらの行為を行う者の居住地の慣習法であるのか、あるいは、そこで問題となる財産の所在地の慣習法であるのか quelles Coutumes on doit suivre dans les affaires qui se font, ou celle du domicile de celui qui les fait, ou celles dans lesquelles les biens don't il s'agit, se trouvent situez」、が具体例を挙げつつ吟味される。前者の適用免脱の可否に関しては、「諸慣習法がその通用地域における公の法を定める les Coutumes établissent un Droit public dans leur détroit」との理由からこれを否定する原則が提示され、種々の具体例が、「慣習法が否定的あるいは禁止的な文言で書かれている elles sont conceués en termes négatifs et prohibitifs」場合、「個々人による慣習法とは異なる特約が第三者を害する les dispositions des particuliers contraires aux Coutumes, tournent au préjudice d'un tiers」場合、「何らかの行為が有効となるために要求されている形式や方式が問題となる il s'agit des formalitez et solemnitez prescrites pour la validité de quelque acte」場合の三つの類型に整理されている<sup>8)</sup>。また、「諸慣習法が、各

---

習法は、それが公示され印刷されて、各人の知るところとなった日に初めて発効する。

この区別は、『法院判決集』Cの項第20章でルエ氏とプロドローが伝えている法院判決によって確立された。

〈18. 慣習調査人による審問の廃止〉かつて、慣習法の遵守をめぐって何か困難が生じた場合、慣習法の証明は、高等法院が一人の親任官に命じて組織させた慣習調査団によって行われ、当該親任官は当地に出向いて、信用できなおかつ当事者によって忌避される理由のない最古参の官吏や実務家をそこに召集した上で、二つ乃至三つの調査団において、それらを構成する人々と言葉を交わした後、それぞれの最年長者に口頭で尋問した。〈19. 成文化されていない慣習法や慣行は如何にして証明されるのか〉このような実務が行われたのは新王令までであり、新王令は、その第7章において、以前調査に基づく証人尋問、並びに、慣習法や慣行の解釈に関する慣習調査団の尋問を全て廃止し、併せて、全裁判官にそれを命じたり考慮することを禁じて違反すれば無効としている。ただし、当地の通常裁判管轄担当の吏員が発行する公知性証書は用いられている。”(Jurisprudence, I, 12-13.)

8) “20. 個々人が諸慣習法の適用を免れることはできるか 諸慣習法はその通用地域における公の法を定めるのであり、それ故、個々人がその適用を免れることはでき

地方でそれらが定めている権利に関しても、幾つもの行為に関して遵守されるべく要求している独自の形式や方式に関しても、互いに相異なっている *les Coustumes sont differrentes les unes des autres, tant pour les Droits qu'elles etablissent dans les Provinces, que pour les formalitez et solemnitez particulieres*

ない。とりわけ、

〈21. 慣習法が否定的乃至禁止的な文言で書かれている場合はどうか〉1) 慣習法が否定的あるいは禁止的な文言で書かれている場合はそうである。従って、婚姻によって結ばれた者たちに、相互贈与以外の仕方でも直接あるいは間接に利得を得ようとするのを禁じる我々の慣習法は厳格に遵守されねばならず、如何なる仕方にせよその適用を免れることはできない。同様に、婚姻中は夫婦共有財産を全く保持しない旨合意した婚約者は、如何なる理由、如何なる事情があるにせよ、共有財産を回復させることはできない。

同じく、バリ慣習法第307条により、父母に彼らの相続人となる子の一方を他方よりも有利に扱うことを、そのように父母に優遇された子が父母の相続を放棄しない限り、禁じる我々の慣習法の適用も免れることはできない。

〈22. 第三者の不利益の下に慣習法の適用を免れることはできるか〉2) 個々人による慣習法とは異なる特約が第三者を害する場合も、個々人は慣習法の適用を免れることはできない。例えば、自己の不動産の売主は、買主との合意によって、親族買戻が行われ、売主の親族が当該不動産の由来する血統あるいは家系に基づき買戻しを実行することを妨げることはできない。

〈23. 婚姻の契約によって慣習法の適用を免れることはできるか〉同様に、父は、長子権の対象となる不動産の所在地には慣習法によって保証された長子権を排除したり縮小することはできない。

〈24. 婚姻の契約によって、共有財産が将来生じない旨定めることは可能か〉成人者間の婚姻の契約によって為された特約は例外であり、そのような特約は特別に扱われる。それ故、たとえ慣習法が夫婦間の財産の共有について定めているとしても、成人者は、夫婦間に如何なる財産の共有も生じない旨定めることができる。

〈25. 成文法地域において婚姻関係を結ぶ者は財産共有を定めることができる〉逆に、成文法地域で婚姻を結ぶ者は、当該地域において遵守され法律の權威を有しているローマ人の法律に財産の共有の定めがなくても、財産の共有について定めることができる。

〈26. ノルマンディーではどうか〉ノルマンディーの慣習法には夫婦共有財産は存在せず、契約当事者によって為された取り決めや合意が如何なるものであっても、妻は、「婚姻関係が存続する限り」、当慣習法が認めているものよりも多くの部分を取得物の内に得ることはできない。慣習法がそれを明確に禁じている以上、この慣習法の適用を免れることはできないのである。

qu'elles veulent estre observées dans quelques actes」が故に生じる後者の準拠法確定の問題も、「人の成年 la majorité des personnes」、「遺言 testament」、「封に基づく利益 les profits feudaux」、「婚姻契約上の合意 conventions d'un contrat de mariage」、相続時の「寡婦分 douaires」や「定期金 rentes」の扱い等、計10個の事例について個別に検討されているが<sup>9)</sup>、注目すべきなのは、その末尾に付された慣習法の欠缺をめぐるフェリエールの主張である<sup>10)</sup>。「その地方の慣習法によって何も定められていない問題が生じた il arrive une question qui n'est point décidée par la Coustume de la Province」場合、「まず何より

---

〈27. 慣習法において求められている形式が問題となる場合に慣習法の適用を免れることは可能か〉 3) 何らかの行為が有効となるために要求される形式や方式が問題となる場合にも、個々人は慣習法の適用を免れることはできない。従って、我々の慣習法の通用地域において作成された遺言において、当該遺言が読み上げられ指名され遺言者によって再読された旨表明するのを忘れた場合、我々の慣習法が第289条においてそのような形式を要求している以上、当該遺言は無効となり、如何なる効力も発することはない。

以上の場合の除けば、慣習法の適用を免れることができ、例えば、長子は全ての長子権を放棄し、領主は自らの封の権利を放棄し、定期金負担付きの不動産の取得者は財産放棄を断念することができる。

諸慣習法が、各地方でそれらが定めている権利に関しても、幾つもの行為に関して遵守されるべく要求している独自の形式や方式に関しても、互いに相異なっていることを考慮するならば、為された行為に関して従うべきは、それらの行為を為す者の居住地の慣習法であるのか、あるいは、そこで問題となる財産の所在地の慣習法であるのか、についてここで説明するのが適切であろう。” (Jurisprudence, I, 12-15.)

9) Jurisprudence, I, 15-18.

10) “41. その地域の慣習法に定めのない問題は如何にして判断すべきか〉 その地方の慣習法によって何も定められていない問題が生じた場合、近隣地方の慣習法、パリ慣習法、ローマ法の何れによってその問題を判断すべきかは重大な問いである。この問いの解決は種々の事情に大いに左右される。すなわち、まず何よりもその地の慣行を考慮せねばならず、そのような慣行が存在せずあるいは明確でなく、この問題が、ローマ人の法律、近隣地方の慣習法、パリの慣習法の何れかに委ねられる場合には、裁判官は、「衡平に基づいて」、つまり、より正義に適い公平であると考えられる点に即してこの問題を判断する。私のフォリオ判全三巻の『パリ慣習法注釈』第1巻序論で述べたところ、更には、遺言適齢に関する同書第293条、遺留分に関する同書第298条の注釈を、それぞれ参照されたい。” (Jurisprudence, I, 18.)



もその地の慣行が考慮される *premierement on a égard à l'usage du lieu*。しかし、「そのような慣行が存在しない *il n'y en a point*」かあるいは「明確でない *il n'est pas certain*」場合に、「近隣地方の慣習法、パリ慣習法、ローマ法の何れによってその問題を判断すべきか *si elle doit estre decidée par Coustumes voisines, ou par celle de Paris, ou par le Droit Romain*」は、「衡平 *aequitas*」に基づく裁量に委ねられる。つまり、「裁判官は、より正義に適い衡平であると考えられる点に即してこの問題を判断する *les Juges la decident suivant ce qui paroist plus juste et plus equitable*」というのである。このような理解の特徴は、成文慣習法の欠缺補充にあたって、「近隣地方の慣習法 *Coustumes voisines*」、「パリ慣習法 *Coutume de Paris*」、「ローマ法 *Droit Romain*」の三者の抽象的な序列化を明確に拒否する点に存する。

また同様の主張は、「国王代訟官長ド・ラモワニオン *De Lamoignon Avocat Général*」に献呈された『新注釈』の冒頭、「パリのプレヴォ区及び副伯領の慣習法 *Coutume de la Prevôté et Vicomté de Paris*」という慣習法の名称それ自体に付された注釈の中にも見出すことができる。この表題注釈は、「パリの裁判管轄 *la Jurisdiction de Paris*」が「プレヴォ区及び副伯領 *Prevôté et Vicomté*」と呼ばれるようになった経緯と、「パリのプレヴォ *le Prevôt de Paris*」の特異な地位、すなわち、「フランスの筆頭バイイと位置づけられており、他の全てのバイイ及びセネシャルに優位する *a été déclaré le premier Bailli de France, précédant tous les autres Baillis et Sénéchaux*」という点に言及する以外、その内容は、先の『学説彙纂法学』での慣習法論とはほぼ同じであり、慣習法の定義、フランスにおける慣習法の位置と成文化の経緯、成文慣習法の発効時期等と並んで、成文慣習法の欠缺補充における「パリ慣習法」と「ローマ法」それぞれの意義についても簡潔な説明が与えられている<sup>11)</sup>。まず、パリ慣習法につ

11) “慣習法とは、人民がその黙示の同意を通じて認め導入し、相当の期間に渡って遵守している慣行乃至法である【法学提要1巻2章「自然法、万民法、市民法について」第9節、勅法彙纂8巻52章「長期の慣習とはどのようなものであるべきか」第1法文】。慣習法は法律に倣い、法律を解釈し、時には、法律を修正することさえある【法学提要前掲箇所への標準注釈】。フランスにおける諸慣習法の成文化以前は、裁

いては、成文慣習法の「法律としての権威 *autorité de Loi*」は、「国王の権威 *l'autorité du Roi*」のみならず、各地方の「三身分の同意 *le consentement des trois Etats*」に由来するものであるから、「パリ慣習法もまた、たとえそれが王国の首都の法であるにせよ、その通用地域を越えて拡張されることはない *la*

判官たちは、ベルフォールの伝える聖王ルイの1278年の王令に従い、各地方において導入されていた多種多様の慣習法に自らの判決を合致させる義務を負っていた。

国王シャルルⅧ世の公開王状によって諸慣習法は成文化された。最初に成文化されたのは、この王の死後、シャルルⅧ世の下で、1443年に成文化されたポンテューの慣習法であり、他の諸慣習法は、その後、彼の継承者である歴代国王の下で成文化された。パリの慣習法は、1510年、ルイⅫ世の下で成文化された。

15世紀末から16世紀初頭にかけて、幾つもの慣習法が、そこに新たに見出された欠点や実務上既に知られていた欠点の故に改訂され、パリの慣習法も1580年に改訂された。フランスにおいて諸慣習法は国王の権威の下に三身分の同意に基づいて成文化されるため、慣習法は、ローマ人におけるように不文法ではなく、成文法であり、それが定められ改訂された地方において法律の効力を有する。

しかし、諸慣習法はローマ法と区別するために成文法とは呼ばれてはいない。ローマ法は、実際、様々な立法者によって書かれ制定された法であるが、諸慣習法は、本来、慣行にすぎず、その確定、成文化、改訂の故に成文法なのである。

とはいえ、慣行が不文法であり、慣習法がその内容において欠けるところがある場合に遵守されるものである点において、慣習法と慣行は区別される。

諸慣習法の成文化と改訂は国王の権威によってのみ可能である。というのも、「法律の制定は君主の専権事項である」からであり、そのような法律の制定は、各地方に住民の習俗や気質に即して法律が制定されるべく三身分の同意に基づいて為される。

人の行為無しに法律の規定に全て左右される事柄については、慣習法はそれが三身分の会議において決議された日から法律の権威を取得し、二つの法院判決によってもそのように判示されている【ルエ氏『法院判決集』Cの項第20章、ル・プレートル『法院判決集』第1集第55章】。

一方、新たな形式や方式が問題となる場合には、慣習法はその公示に日から効力を発する【ル・プレートルの前掲箇所にある1581年の法院判決】。

王令は、前もって知られることがない以上、その公示の日から発効する。

慣習法に法律の効力を付与するためには、国王の権威に加えて、三身分の同意が必要とされる以上、諸慣習法は各地方の外では全く効力を有さないことになる。従って、パリ慣習法もまた、たとえそれが王国の首都の法であるにせよ、その通用地域を越えて拡張されることはない。ただし、新慣習法の条文の多くが、高等法院の判決をふまえて追加され、事柄への深い理解の下に条文化されたものであるため、当慣習法の規定は、解決されねばならない慣習法上の諸問題に関して何も規定していない諸慣

Coutume de Paris même, quoiqu'elle soit le droit de la Capitale du Royaume, ne s'étend point hors son territoire」けれども、「新慣習法の条文の多くが、高等法院の判決をふまえて追加され、事柄への深い理解の下に条文化されたものであるため、当慣習法の規定は、解決されねばならない慣習法上の諸問題に関して何も規定していない諸慣習法の下でも重視されている parce qu'une grande partie des Articles de la nouvelle Coutume ont été ajoutés sur les Arrêts de la Cour, rendus avec grande connoissance de cause, la disposition d'icelle est d'un grand poids dans celles qui ne décident point les questions de droit coutumier qui se présentent à décider」というのがフェリエールの認識である。一方、

---

習法の下でも重視されている。

フランスにおける慣習法の起源が如何なるものかは、私のフォリオ判注釈書の「パリのプレヴォ区及び副伯領の慣習法」の文言に対する注釈第44番以下を参照せよ。

問題なのは、ローマ法がフランス慣習法地域の共通法であるかどうかである。成文法地域ではローマ法は法律として通用している。なぜなら、歴代国王が、フランスの幾つかの地方に対して、ローマ法に従うことの許可を自ら望んで与えているからであり、それらの諸地方は成文法地域と呼ばれる。これに対して、慣習法によって規律される諸地方においては、ローマ法は、書かれた理性、あるいは、この上ない衡平さに裏付けられた法以上のものとしてみなされることはなく、裁判官は、そうすることが賢明であると考える時には、ローマ法から離れることができる。以上の問題については、私のフォリオ判注釈書の前掲箇所第77番以下において、諸博士の権威と意見をふまえて非常に詳しく論じられている。

歴史家たちが我々に説くところによれば、パリはかつて伯領で、歴代のパリ伯はその勢力故に畏れられていたところ、小カペーすなわちパリ伯ユーグ・カペーが王位に就いた際に、この爵位とパリ伯の名称を廃止し、伯領を王領に併合した上で、今後はパリの地域を、管轄権や裁判権を表示する「副伯領」と呼ぶべく命じた。しかし、伯の廃止以後、副伯がいたことはない。

パリで裁判を行う通常の裁判官はプレヴォと呼ばれた。その後、パリ大学に国王が付与した諸特権の保護のためにバイイ職が設けられたが、その後間もなく、バイイ区はプレヴォ区に併合された。

伯及び副伯の廃位にもかかわらず、人々はパリの裁判管轄を「プレヴォ区及び副伯領」と呼ぶのをやめなかった。

プレヴォ裁判所は王国の裁判所の第一番にあたり、そこでの上訴はバイイ裁判所及び上座裁判所の管轄に属するが、パリのプレヴォは、フランスの筆頭バイイと位置づけられており、他の全てのバイイ及びセネシャルに優位する。”(Nouveau commentaire, I, 1-4.)

「ローマ法がフランス慣習法地域の共通法であるかどうか *si le Droit Romain est le droit commun de la France coutumiere*」については、「ローマ法は、書かれた理性、あるいは、この上ない衡平さに裏付けられた法以上のものとしてみなされることはなく、裁判官は、そうすることが賢明であると考えるときには、ローマ法から離れることができる *il n'est considéré que comme une raison écrite, et un droit fondé sur une très grande équité, duquel les Juges se peuvent départir lorsqu'ils le jugent à propos*」とされている。ここで、フェリエールは、『学説彙纂法学』での主張とは異なり、「書かれた理性 *une raison écrite*」にすぎないローマ法よりも、パリ高等法院の実務に裏付けられた改訂パリ慣習法を、他地方の成文慣習法の欠缺補充にあたって尊重しているようにも見える。しかし、実際には、「重視されている *est d'un grand poids*」現状を指摘しているだけで、他の諸慣習法との関係で「法律としての権威」を認めているわけでも、ローマ法に対する優位を明言しているわけでもない。「フランス慣習法地域の共通法 *le droit commun de la France coutumiere*」という表現が「法律としての権威」を前提とするものであるならば、ローマ法をそのような「共通法 *droit commun*」と位置づけることはやはり不可能であるけれども、「裁判官はローマ法から離れることができる *duquel les Juges se peuvent départir*」という言い回しは、ローマ法が何らかの意味でフランスの「法」であるとの前提の下で初めて意味をなすように思われるし、何より、欠缺補充の手掛かりの選択を裁判官の裁量に委ねる『学説彙纂法学』での主張に合致する。「フランス慣習法地域 *la France coutumiere*」において妥当する「法律」を「諸慣習法」と「王令」に限定しつつ、各地の成文慣習法の欠缺補充の手掛かりとなり得る「法」として、近隣地の慣習法、パリ慣習法、ローマ法を優劣無く想定する以上のような見解を、他の論者の援用と批判を通じて詳細に展開したのが、フェリエールの言う「私のフォリオ判注釈書 *mon Commentaire in-folio*」、すなわち、『注釈者集成』の冒頭部分であった。

『注釈者集成』のこの箇所<sup>12)</sup>も、パリ慣習法の名称への注釈をという形式を

12) 1692年パリ刊のテキストに基づく全体の訳は「クロード・ド・フェリエールの

とっており、しかも、12折判で4頁分にも満たなかった『新注釈』の上記箇所と比べ、フォリオ大判二欄組みで10頁に及ぶ詳細なものになっている。以下では、その中から、「フランスの共通法 le Droit commun de la France」とは何か、そして、成文慣習法の欠缺は何によって補充すべきか、という本稿にとって重要でなおかつ相互に関連した二つの論点についてフェリエールの主張を整理しておくことにしたい。フェリエールは、慣習法の内容、成文化及び改訂の経過や手続、成文慣習法の法的効力等に続いて、「フランスにおける慣習法の多様性の起源 Origine de la diversité des Coutumes en France」を「古代ガリア l'ancienne Gaule」に求めその後の変遷を論じている。その際、フランスでのローマ法受容の史変遷についても詳しくふれていて、一見奇異な印象を与えるけれども、「ユリウス・カエサルが、ガリアを征服した後、ガリア人に対して彼らが当時用いていた法律と慣習乃至慣行の下で生きることを許した Jules Cesar après l'avoir conquise, permit aux Gaulois de vivre sous les loix et les Coûtumes ou usages dont ils se servoient pour lors」ところ、「それにもかかわらず、爾来、ローマ法が当地に導入されるに至った neanmoins dès ce temps le Droit Romain s'y introduisit」<sup>13)</sup>という経緯にフランスにおける「法律 Loy」一般の「起源 l'origine」を見て取る立場からすれば、それは当然の論及ということになる。実際、「第二王朝の終わり la fin de la seconde Race」、すなわち、カロリング朝末期に、「フランスに生じた無秩序のため、各地方の固有法や、それぞれで取り入れられた様々な慣行が、当時まで裁判の準則として用いられていたこのローマ法をほぼ完全に廃するに至った les loix particulieres de chaque Province, et les usages differens qui s'y estoient introduits, abrogerent presque entierement ce droit, qui avoit servi jusques-là de regle dans Jugemens」後、「三百年乃至四百年の間、フランスには確実な法律は存在しなかった pendant trois ou quatre cens ans il n'y avoit point de loix certaines dans la France」という記述<sup>14)</sup>からは、ローマ法をフランス法実務に元来内在的なものとして捉える

---

慣習法論」獨協法学第78号参照。

13) Corps, I, vij, n.44.

14) Corps, I, viij, n.62.

観方を読み取ることができる。また、フランスの「法律」の変遷を辿る議論が、「市民法 le Droit Civil」を「法学のあらゆる諸原理の源 la source de tous les principes de la Jurisprudence」とみなし、「判決を下し衡平な判断を為すためにはそれらの諸原理の完全な知識を修める必要がある dont il faut avoir une connoissance parfaite pour rendre des Jugemens et des decisions equitables」とする「現国王 le Roy à present regnant」ルイ XIV 世のサン＝ジェルマン＝アン＝レーの王示や、13世紀後半以降「フランス国王の公開王状に基づき、ユスティニアヌスが編纂した法を自らの法律として用いる許可を得ていた ont obtenu par des Lettres Patentes des Rois de France, que le Droit composé par Justinien, leur serviroit de Loy」諸地方、すなわち、「成文法地域 les pais de Droit écrit」への言及に行き着く<sup>15)</sup>ところもフェリエールのローマ法重視の立場を示唆している。しかし同時に、フェリエールは、「ローマ法はフランスにおいて法律としての權威を有するか si le Droit Romain a autorité de Loy en France」という問いをめぐって、コキーユと同様、リゼではなくド・トゥーの立場を支持し、更に、「公開王状 Lettres Patentes」によって南部諸地方にはローマ法遵守を許容したフィリップ III 世や同 IV 世が発した「王令及びフランスの諸慣習法に反してローマ人の法律を援用することを明確に禁じる défendent expressément d'alleguer les Loix Romaines contre les Ordonnances et les Coûtumes de France」王令等に依拠しつつ、「ローマ法がフランスの慣習法地域で法律としての權威を持たないことに疑問の余地はない il est sans doute que le Droit Romain n'a point d'autorité de Loy dans la France Coutumiere」と明言している<sup>16)</sup>。

ここで注目したいのは、続く箇所、「慣習法注解者 Commentateurs des Coûtumes」や「判決解説者 Arrestographes」等、「この問題をめぐって対立している諸博士 les Docteurs partagent sur cette question」の見解が敷衍される際に、同じ問いが、ローマ法は「フランスの共通法」かという形に置き換えられているという点である。つまり、それらの論者は、「ローマ法が、各地の慣習

15) Corps, I, viij, n.70-72.

16) Corps, I, viij-ix, n.73-75.

法や王国の一般法である王令が欠けている場合に従うべきフランスの共通法であるとする *trouvent que le Droit Romain est le Droit commun de la France, qu'il faut suivre au default de la Coûtume des lieux, et des Ordonnances, qui sont les Loix generales du Royaume*」人々と、「ローマ法に盲従することなく、それが正しき理性に合致する限りにおいて従うべきであり、あくまで諸慣習法がフランスの共通法であるとする *trouvent que nous ne suivons le Droit Romain, qu'en tant qu'il est conforme à la droite raison, sans y estre assujettis, et que les Coûtumes sont le Droit commun de la France*」人々とに分けられるかのように扱われているのである。引用参照されているのは、順に、デュ・ムーランの『パリ慣習法注解』、コキエユの『ニヴェルネ慣習法』、アントワーヌ・モルナク Antoine Mornac (1554-1619年) の『学説彙纂前半24巻及び勅法彙纂前半4巻の考察集 *Observationes in XXIV priores libros Digestorum et in IV priores libros Codicis*』(1616-19年初版)、クロード・ル・プレートル Claude Le Prestre (生没年不詳) の『高等法院の判決によって判断された法をめぐる重要問題集 *Questions notables de droict décidées par plusiuers arrests de la cour de Parlement*』、ルイ・ル・カロン Loius Le Caron (シャロンダ Charondas : 1534-1613年) の『フランス法の解答及び解決集 *Responses et decisions du droict françois*』(1605年初版)、ベルトラン・ダルジャントレ Bertrand d'Argentré (1519-1590年) の『ブルターニュ地方及び公領の一般慣習法 *Coustumes generales du pays et duché de Bretagne*』(1584年初版)、ロワゾーの『財産放棄論』、ピエール・ピトウ Pierre Pithou (1538-1596年) の『モーゼ法ローマ法比較対照 *Mosaycarum ac Romanarum legum collatio*』(1574年初版)、シモン・マリオン Simon Marion (1540-1605年) の『法廷弁論集 *Plaidoyers*』(1597年初版)、ジャン＝マリー・リカルド Jean-Marie Ricard (1622-1674年) の『生前贈与並びに遺贈論 *Traité des donations entre vifs et testamentaires*』(1652年初版)、ルネ・ショパン René Choppin (1537-1606年) の『アンジュー慣習法注解 *Commentaires sur la Coustume d'Anjou*』(羅語原著『アンジュー諸都市の法律について *De Legibus Andium municipalibus*』1581/91年初版；仏訳版1635/6年初版) であるが、「諸慣習法がフランスの共通法であるとする *trouvent*

que les Coûtumes sont le Droit commun de la France」人々の例として直接言及されているショパン以外の論者を、フェリエールが上記何れの立場のものとして解しているのか実際には判然としない<sup>17)</sup>。IIでふれたロワゾーや「我々は共通の法たるローマ法に助けを求めてきた *ad jus commune et Romanum confugimus*」と述べるモルナクが、「ローマ法がフランスの共通法であると考え *trouvent que le Droit Romain est le Droit commun de la France*」人々に属するのは明らかだとしても、ローマ法が「ほとんど全てのキリスト教徒諸国民の利用と承認を通じて共通の法となっている *omnium fere Christianarum gentium usu et approbatione commune est effectum*」という主張をもってデュ・ムーランを同じローマ法共通法論者に数えることができるかは疑問であるし、ローマ法による成文慣習法の欠缺補充を認めるか否かに区別の実質的基準を求めても、諸慣習法共通法論者の中心と目すべきコキエユが、Iでみたとおり、「国王の勅令や慣習法に規定が欠けている *les Ordonnances des Rois, et les Coûtumes manquent*」場合にローマ法を用いることを認め、デュ・ムーランを支持するル・プレートルも「当地の慣習法のみならず近隣地方の諸慣習法もまた何も定めていない場合にはローマ法を用いるべきである *quand la Coûtume du lieu, ny les Coûtumes voisines, ne decident rein, on doit se servir du Droit Romain*」と述べるなど、両論者の区別は困難である。結局のところ、フェリエールにとって重要なのは、ローマ法が諸慣習法と並ぶフランスの「法律」であるかどうかであって、これを肯定し「慣習法や王令の欠缺に際して従うべくローマ法に義務づけられる *nous soyons obligez de le Droit Romain suivre au default des Ordonnances et des Coûtumes*」と考える立場ではなく、「我々の裁判を可能な限り一致させるべき理性や衡平 *la raison et l'équité, à laquelle nous devons conformer nos Jugemens autant qu'il est possible*」としてローマ法を捉える立場を、フェリエールは支持し、「今日、パリの高等法院においてローマ法が尊重されている *le Droit Romain est observé presentement par le Parlement de Paris*」そのあり方と同視しているのである。これと表裏一体の関係にある

---

17) Corps, I, ix, n.76.



「諸慣習法がフランスの一般法である les Coûtures sont le Droit general de la France」との主張も、「共通法 le Droit commun」という表現のあいまいさを意識し、「法律 Loy」と「法 Droit」の違いに着目している証拠と言える。諸慣習法が「共通法」でありローマ法はその「合理性 raison」や「衡平さ équité」に照らして用いられるに留まるとの主張それ自体は、コキエユがそうであったように、慣習法学の主流と変わらない。しかし、問題はその先に存する。なぜなら、諸慣習法が「フランスの一般法 le Droit general de la France」であるとしても、それを構成している一つ一つの成文慣習法は、「国王の権威の下に当該地方の三身分によって確定された a esté établie sous l'autorité du Roy, par les trois Etats de la Province」以上、「ある一地方において法律としての権威を得るにすぎない n'a autorité de Loy dans une Province」からである<sup>18)</sup>。「当地の慣習法の欠缺に際して au default de la Coûtume des lieux」何に依拠すべきかという欠缺補充の問いに答えて初めて慣習法学はその役割を果たしたことになるのである。そして、フェリエールの独自性もまたこの点に関わる。諸慣習法がフランスの「共通法」であるが故に、個々の慣習法の欠缺に際しても「近隣地方の慣習法 une Coûtume voisine」を優先して参照すべしとするデュ・ムーランやコキエユ以来の慣習法学いわば常識にフェリエールは与しない。むしろ、「その問いの解決が極めて公正で合理的でありかつ当地方の住民の気質や習俗に相当に合致する場合に限って、近隣地方の慣習法を用いるべきであり、従ってまた、ローマ法の規定が、より公正であると考えられる場合には、その規定が優先されねばならない on ne doit point se servir d'une Coûtume voisine, qu'en tant que sa decision se trouve tres-juste et tres-raisonnable, et plus conforme à inclination et aux moeurs des habitans de la Province, en sorte que si la disposition du Droit Romain se trouve plus juste, elle doit estre preferée」のである。

ローマ法の位置づけを介して共通法と欠缺補充の論点へと至る以上のような巧みな論旨展開によって、フェリエールは更に、欠缺補充の次元におけるパリ慣習法の権威の相対化を向かう。諸慣習法を「フランスの一般法」と位置づけ

---

18) Corps, I ix, n.77.

ることが、上記のように、「ある慣習法が他の地方においても法律としての権威を有すべきである *une Coûtume ait autorité de Loy dans une autre Province*」との結論には繋がらないのだとすれば、その理はパリ慣習法にも当然妥当し、それ故また、「パリの慣習法が、他の諸慣習法に規定されていない事案についてそれらの慣習法の下でも法律としての役割を果たすという意味で、他の諸慣習法に優位する *la Coûtume de Paris a cét avantage sur les autres Coûtumes, qu'elle sert de loy dans autres, pour les cas qui y sont obmis*」というような主張も明らかに不当である。そのような主張に与すると解される論者として、フェリエールは、デュ・ムーラン、コキュー、ショパン、ジャン・トロンソン Jean Tronçon (生没年不詳)、ジャン・ブギエ Jean Bouguier (?-1639年)、ジュリアン・ブロードー Julien Brodeau (1585-1653年) を挙げている<sup>19)</sup>。この内、コキューが近隣地方の慣習法とともにパリ慣習法を、特に法院判決に裏付けられた新たな条文を念頭に、ニヴェルネ慣習法の欠缺補充の手掛かりとして重視していたことはIで既に見たとおり確かであるけれども、コキューが、フェリエールの評するように、パリ慣習法の「改訂された諸条文 *les articles reformez*」について「他の諸慣習法の下においても法律の役割を果たして然るべきである *doivent servir de Loy dans les autres Coûtumes*」とまで断言しているかどうかは疑問が残る。また、デュ・ムーランの『パリ慣習法注釈』やショパンの『パリ市民の慣行及び制度について *De Civilibus Parisiorum moribus ac institutis*』(1596年初版；仏訳版『パリのプレヴォ区及び副伯領の慣習法への注釈 *Commentaire sur les Coustumes de la Prévosté et Vicomté de Paris*』1614年初版)にみられる、パリ慣習法は「この王国の全ての慣習法のみならずガリア・ベルギカのあらゆる慣習法の筆頭に位置する *caput est omnium hujus regni, et totium etiam Belgicae Galliae consuetudinum*」であるとか、パリ慣習法の「改訂者 *Reformateurs*」は「法律を王国全体のために書き留めたと考えられる *leges toti Regno scripsisse videntur*」といった指摘も、他地方の成文慣習法の欠缺補充基準としての優先順位に関わるものかどうかははっきりしない。

---

19) Corps, I, ix-x, n.78.

ただし、デュ・ムーランの上記見解の追隨者として引用されるトロンソンの注釈書の旧版(『パリ市、同プレヴォ区並びに副伯領の慣習法 *Costume de la Ville, Prevosté et Vicomté de Paris*』1618年初版)<sup>20)</sup>では、パリ高等法院での実務を念頭に、パリ慣習法以外に「我々の真正な共通法 *notre vray Droit commun*」を想定する立場<sup>21)</sup>から、「他の諸慣習法によって規定されていない事案においてパリの慣習法がその解決策として役立ち、共通法によって解決されていない点については特にそうである *és cas obmis par les autres coutumes la coutume de Paris sert de decision, principalement quand ce dont il s'agist ne se*

20) なお、フェリエール自身が参照しているのは増補版『フランス法とパリのプレヴォ区及び副伯領の慣習法 *Le Droit François et Costume de la Prévosté et Vicomté de Paris*』(1643年初版)の方である。

21) “国務枢密顧問会議の国王顧問官にして高等法院長である騎士ニコラ・ド・ヴェルダン閣下へ。

閣下、我々の時代の筆頭かつ最高の法律家としての貴方の御努力と私の試みの出会いは、パリ慣習法の新たな注釈を貴方の保護と庇護によって公にすることを私に強いることとなりました。しかも、司法における最高位に就いておられる貴方は、常々それを「書かれた法」と称するほどにローマ法を推奨されていたクリストフル・ド・トゥー氏と同じ地位を占めていらっしゃいます。実際、この方に対しては例えばシャルル・デュ・ムーラン氏がこの王国の諸慣習法に関する注解や覚書を捧げておりますが、それはトゥー氏が司法の極めて偉大な統括者としてその存続を絶えず認め続けた双方の法〔諸慣習法とローマ法〕についての正確で完全な理解のためでありました。そしてそのような地位を、閣下、貴方もまた同じく、貴方の判決が高等法院の教説として我々に利益をもたらすという大きな名声とともに獲得されているのです。私が我々の慣習法の各条文において〔ローマ〕法や我々の王令の趣旨とともにそれらの法院判決に言及し、我々の慣習法の条文と、その後改訂され、裁判における通常の判断が従うべき我々の真正な市民法で共通法にあたるような【他の諸慣習法の】条文とを比較せざるを得なかったのもそのためであります。そのような法について我々は、それがフランス人の自由の古い痕跡であって、いにしへのフランス人はプロコピウスその他の古代の著作家が余儀なくされたように外国人の法律に従うことを決して望まなかっただけに、一層の配慮が必要となります。故に、閣下、フランス法の概要乃至要約にあたる我々の慣習法が貴方の判決によって權威付けられた私の小さな注釈書共々貴方の評価を享受し、永遠に存続するものとなるならば、私にとってこれにまさる満足はございません。閣下のまことに卑しく忠実な僕、トロンソン。”

(*Costume*, aij. 引用は1618年パリ刊初版のテキストによる)

trouve point décidé par le Droit commun]<sup>22)</sup>と指摘されている。更に、ブギエの『様々な問題についての高等法院の確定判決集 Arrests de la Cour decisifs de diverses questions』(1622年初版)からの引用についても、「慣習法上、規定を欠く事案は、それらが市民法に合致する場合に限って、近隣地方の慣習法かパリの慣習法によって補われる en matiere de Coûtumes, le cas obmis est suppléé par la Coûtume voisine, ou par celle de Paris, quand ils sont conformes au Droir Civil」という趣旨であって、パリ慣習法の域外適用による欠缺補充の可能性は認めても補充基準そのものとしては市民法=ローマ法に劣位することになる。残るブロードーの『パリのプレヴォ区及び副伯領の慣習法への注釈 Commentaire sur la Coustume de la Prévosté et Vicomté de Paris』(1658年初版)からの引用は、他に比べて詳細であり、しかも、パリ慣習法が「他の諸慣習法に拡張される est étenduë aux autres Coûtumes」ことの可否乃至当否について明確に論及している。それによれば、ブロードーは、「当慣習法は、他の諸慣習法にも、そこに定められていない事案について原則として拡張される cette Coûtume est ordinairement étenduë aux autres Coûtumes, pour les cas qui n'y sont pas decidez」とした上で、三つの場面を分けている。まず、「封、貢租地、長子控除権、長子優先継承権、夫婦財産共有、寡婦分、相互贈与、配偶者固有財産の買い換えや婚姻中売却、相続放棄による債務免除、占有侵奪訴権、父方固有財産と母方固有財産の区別、契約上の固有財産、貴族あるいは市民の財産管理、家産あるいは封の取戻、その他ローマ法には知られていないと解されるものがそうであるように、純粋なフランス法に関わりローマ法には由来せず、なおかつ、我々の慣習法に規定が見出される事項 les matieres qui sont de Droit pur François, et non tirées du Droit Romain, comme sont les fiefs, les censives, les preciputs et droits d'aînesse, la communauté, le douaire, le don mutuel, le remploy des propres des conjoints, vendus pendant le mariage, le déguerpissement, la complainte, la difference des biens paternels et maternels, et les propres conventionnels, la garde-noble ou bourgeoise. Le retrait lignager ou feodal, et

---

22) Coustume, 1-2.

autres semblables inconnués au Droit Romain, et qui se trouvent décidées par nos Coûtumes」については上記原則が「とりわけ principalement」よく当てはまる。これに対して、「遺言の諸形式や法定相続分その他のようにローマ法の中で扱われなかつ慣習法には規定されていない事柄については、パリ慣習法を他の諸慣習法に拡張するのはそれほど容易ではない on n'étend pas si facilement la Coûtume de Paris aux autres Coûtumes, dans les matieres qui sont les formalitez des testamens, la legitime, et autres semblables, non décidées par les Coûtumes」し、「市民法の規定やフランス全体に共通の慣行に反するような特異な条文 articles particuliers, lesquels sont contraires à la disposition du Droit, et à l'usage general de toute la France」については、むしろ「他の諸慣習法に拡張されるべきではない ne doivent point estre étendus aux autres Coûtumes」のであって、これら二つの場合には、「市民法が、フランスの共通法としてではなく、書かれた理性、賢き人々の見解、尊重されるべき判断として参照される on a recours au Droit Civil, non comme Droit commun, mais comme à une raison écrite, et à l'opinion des hommes sages, au jugement desquels on doit deferer」。ここには、諸慣習法を「フランスの共通法」に据え、改訂パリ慣習法を、その筆頭格として重視し、他地方慣習法の欠缺補充の手掛かりとしても可能な限り優先させようとする当時の慣習法学の主流的立場を読み取ることができる。このような立場に与する「諸権威 autoritez」は、パリをローマに喩えるお馴染みの論法も含め、「パリの慣習法も、他の諸慣習法と同様、自らの通用地域においてのみ権威を有する la Coûtume de Paris, de mesme que toutes les autres, n'ont autorité que dans leur territoire」点を見逃し、しかも、欠缺補充が問題となる個々の事件を離れて抽象的な形でパリ慣習法をローマ法に優位させる点において「説得力がない ne persuadent pas」。フェリエールの理解によれば、「争われている問題について当該地方の慣習法に規定が欠けている場合 au default des Coutumes des lieux, pour la decision des questions dont il s'agit」、パリ高等法院自身、「ローマ法、近隣地方の慣習法、パリの慣習法の中から、より正当な規定と解されるものを選択するという具合に、その判断及び判決を自らにより公正で衡平と解する点によって根拠付けている fonde ses Jugemens et

Arrests, sur ce qui luy paroist plus juste et plus équitable ; en sorte qu'elle prefere la disposition du Droit Romain, ou celle des Coutumes voisines, ou de la Coutume de Paris, qui luy paroist mieux fondée」というのである<sup>23)</sup>。この点を裏付ける具体例の詳細は個々の条文の注釈に委ねられてはいるが、ここでは、特に、パリ高等法院における他地方慣習法の欠缺補充に際し、ローマ法に劣後したパリ慣習法の例として、不動産賃貸の「先取特権 *privilege*」の効力に関する第171条が、パリ慣習法がローマ法に優先した例として、「遺言適齢 *l'âge pour tester*」に関する第293条が、それぞれ挙げられ、更には、「死亡者の兄弟の娘、つまり、姪がその父を代襲して封を承継し得るか否か *sçavoir si nièce fille du frere, pouvoit succeder aux fiefs par representation de son pere*」という問題をめぐるパリ慣習法それ自体の欠缺に際して、「近隣地方の慣習法 *une Coutume voisine*」でありなおかつパリ慣習法と「同じ改訂者たち *mêmes Reformateurs*」によって改訂された「オルレ안의慣習法 *la Coutume d'Orleans*」の規定を参照しなかった「大審部 *le Grand Chambre*」の判決が言及されている<sup>24)</sup>。このような高等法院の実務をふまえつつ、フェリエールは、「ローマ法がフランス慣習法地域において法律としての權威を有していないと同時に、他の諸慣習法もまたパリ慣習法でさえその通用地域外では法律としての權威を有さず、むしろ一つの根拠として、すなわち、ローマ法あるいは別のある慣習法の規定が依拠している衡平さから引き出された議論を介して、それらを用いることができるにすぎない *ny le Droit Romain n'a autorité de Loy dans la France Coutumiere, ny les autres Coutumes ; non pas mesme celle de Paris, hors leur territoire ; on ne s'en peut servir que comme une raison, et par argument tiré de l'équité sur laquelle la disposition du Droit Romain, ou d'une autre Coutume, est fondée*」と論じているが<sup>25)</sup>、「衡平さ *l'équité*」に照らした欠缺補充という理解それ自体はIでみたコキーク以来広く共有されていた。フェリエールの独自性は、むしろ、そのような理解を、慣習法共通法論者あるいはパリ慣習法注釈者

23) Corps, I, x, n.79.

24) Corps, I, x, n.81.

25) Corps, I, x, n.80-81.

としての自意識故の偏りから解放し、パリ慣習法以外にも多くの成文慣習法の通用地域をその管轄下に置くパリ高等法院の欠缺補充における自由な裁量を正面から認めるところにあったと言える。

何が「フランスの共通法」なのかという問いと、成文慣習法の欠缺補充の手掛かりは何かという問いを明確に区別する以上のような知見は、王令の位置づけにも適用できる。王令を共通法とみなしたピエール・ルビュッフ Pierre Rebuffe (?-1557年) に対するデュ・ムーランの批判<sup>26)</sup>の不当さを指摘する際にフェリエールが強調しているのはまさにこの区別である。「全ての臣民を義務づける王令が全フランスの一般法の一つである les Ordonnances sont un droit general de toute la France, qui obligent tout les sujets」のは「確か certain」であるが、「王令は、我々の諸慣習法によって規定された無数の事柄について全く規定していない以上、それらについて王令が共通法の役割を果たすことはあり得ない comme elles ne decident rien d'une infinité de matieres, qui sont decidées par nos Coutumes, elles ne peuvent point servir de Droit commun pour icelles」<sup>27)</sup>。多くの論者は、「共通法 le Droit commun」という名称の曖昧さのために、上記二つの問いを混同していたにすぎないのである。しかし、ここで注目すべきなのはむしろ、「全ての臣民を義務づける obligent tout les sujets」が故に「全フランスの一般法の一つ un droit general de toute la France」であり得るとの王令の位置づけが、同じ「一般法の一つ un droit general」でありながら通用地域が限定される諸慣習法との比較を経て、ローマ法の内容の衡平さと充実を際立たせ、その実務的重要性を称揚する伏線となっている点である。王令は王国全域に通用し、時に諸慣習法の一部廃止や適用免除をもたらすことがあり得る<sup>28)</sup>とはいえ、その規定内容は極めて限定的である一方、諸慣習法は、その通用地域が個々に限定されおり、規定内容が王令より充実しているのは確かだが、「債務関係、契約、訴権、贈与、相続人指定及び補充指定、遺言、後見及び保佐、子の準正、原状回復、犯罪及び不法行為、それらに科せら

26) Corps, I, x, 82. I の注12参照。

27) Corps, I, x, n.83.

28) Corps, I, xj, n.91.

れるべき刑罰、その他、慣習法が全くふれていないか簡略に扱っている無数の事項 les obligations, les contrats, les actions, les donations, les institutions et substitutions, les testaments, les tutelles, curatelles, la legitime des enfans, les restitutions, les delits publics et privez, et les peines dont ils doivent estre punis, et une infinité d'autres, dont nos Coutumes ne sont point mention, ou dont elles traitent legerement」を扱うローマ法には比べるべくもない<sup>29)</sup>。しかも、「ローマ人の法律 les Loix Romaines」は、「古代の極めて偉大な人々によって、自然的な理性、及び、衡平に基づく諸原理にのみ則って定められた ont esté établies par les plus grands hommes de l'antiquité, sur des raisons naturelles, et sur les seuls principes de l'équité」ので、「法律や判決の基準 la regle des Loix et des Jugemens」として時代を越えて通用する。そのような「理性 raison」と「衡平 équité」に裏付けられた「ローマ法 le Droit Romain」は、それ自体、「神が人類を照らす神性の光 un rayon de la divinité, que Dieu a communiqué aux hommes」であるからこそ、「あらゆる諸民族に普及する s'est répandu par toutes les Nations」とともに、「ヨーロッパのほとんど全ての地域で公に教授されている est enseigné publiquement presque par toute l'Europe」のである<sup>30)</sup>。欠缺補充の基準の抽象的な優劣関係を否定したはずのフェリエールが、矛盾を厭わず敢えて、このようなローマ法賛美を展開し、「純粋なフランス法に属さない事柄については、我々の諸慣習法よりもローマ法の方が判断に際して有益であることを認めざるを得ない il faut avouer que le Droit Romain nous sert beaucoup plus pour les decisions dans matieres, qui ne sont pas de pur Droit François, que nos Coutumes」とまで主張するのはなぜか。その意図は、「諸慣習法とローマ法は、互いに優劣なく、それぞれの規定が他より一層公正で合理的であると解される限りで、判断に際し裁判官の役に立つ les Coutumes et le Droit Romain servant indifferement aux Juges pour leur decisions, en tant que leurs dispositions semblent plus justes et plus raisonnables」という先の知見の否定ではなく、むしろ、「フランスの共通法」という呼称によって惹起される諸慣習法の

29) Corps, I, xj, n.89.

30) Corps, I, x-xj, n.86-87.



見せかけの優位を打破することで、ローマ法との関係を名実ともに対等化するところに存していた。「裁判官たちには法律のようにローマ法に従う義務はない les Juges ne sont pas obligés de le Droit Romain suivre comme Loy」が故にローマ法を「フランスの共通法」とは称し得ない一方で、「諸慣習法が、純粹に慣習に基づく法に関わる事柄に関して、フランス慣習法地域の共通法であるというのもやはり不適切である on peut dire aussi, que les Coutumes sont improprement le Droit commun de la France Coutumière pour les matières qui sont de pur Droit Coutumier」。ただしここで指摘されているのは、「当該地域の慣習法に規定されていない事案について近隣地方の慣習法の規定に自らの判断を適応させるべく裁判官が義務づけられている les Juges sont obligés de conformer leurs Jugemens à la disposition des Coutumes voisines, dans les cas omis dans la Coutume des lieux」という結論をもって慣習法間の共通性という前提を論証しようとする論理的な誤謬に留まらない。むしろ問題は、そこで推奨されている慣習法の拡張それ自体において、「場所、状況、風土の近接性が相互に十分に類似した習俗や気質をもたらすという点 ce que la proximité des lieux, de la situation, et des climats, donne des moeurs et des inclinations qui approchent beaucoup les unes des autres」が暗黙の内に前提とされているところにある。というのも、実際には、「近隣地方の慣習法が非常に異質であるために互いに拡張の余地がないことが多い les Coutumes voisines sont souvent si différentes, qu'il n'y a pas lieu de faire d'extension les unes aux autres」からである<sup>31)</sup>。王令と諸慣習法をともにフランスの「法律」として「一般法」と呼ぶことは可能であっても、前者は規定内容が乏しく、後者は規定内容のみならず通用地域も限られ、相互に異なる点も多いため、「共通法」という名称に相応しい実体を備えてはいない。「フランスの共通法」が仮に存在しているとするならば、事案毎の裁判官の裁量を介してローマ「法 Droit」に広く開かれた「法律 Loix」全体こそそう呼ばれるべきであり、フェリエールはこの事理を慣習法学の伝統の枠内に身を置きつつ巧妙かつ逆説的に提示したのである。

31) Corps, I, xj, n.90.

## IV.

成文慣習法の欠缺補充の基準に抽象的優劣関係は存しないというフェリエールの主張は、単なる理論上の当為ではなく、パリ高等法院の実務そのものの正当化に向けられていた。本稿を閉じるに当たって、フェリエールがそのような実務を象徴する事例として挙げているパリ慣習法第171条の解釈適用について敷衍しておきたい。本条は、「差押留置、差押執行、並びに、家財質 Arrêts, exécutions et gageries」と題されたパリ慣習法第8章に属しており、『新注釈』の簡潔な同章表題注釈<sup>32)</sup>によれば、この第8章は、「不動産に対する物的差押

32) “我々の慣習法の第8章では、差押、差押留置、差押執行、家財留置について規定されている。

「差押え」という語は、債務者の動産の差押留置、つまり、動産の移動や移転を伴うことなく単純な家財質の権利によって為される簡略な差押えの趣旨で用いられることもあれば、差押債務者が保管人を立てず、あるいは、適格で支払能力ある保管人を用意しないために、移転を伴って行われる動産の差押え及び執行の趣旨で用いられることもある。後者において、執行を行う執行官乃至執達吏が、用意された保管人の不適格を主張する場合には、民事代官にその旨報告せねばならず、民事代官は、差し押さえられた物の価額と保管人の素性を考慮して、保管人の適格性を判断する。

差押えは、また、債務者に帰属する土地に根付いたままの作物に対する簡略な差押え乃至差押留置の趣旨でも用いられる。

更に、差押えは、差押えをした者の債務者に属するかあるいは支払われるべき第三者所持の金銭に対する差押えの趣旨でも用いられる。この場合の差押えは「差押留置」とも呼ばれる。というも、この差押えは、債務者に支払われるべきものを、差押債権者が判決によってそれを取得するまでの間、留置するにすぎず、差し押さえられた金銭は、債務者が差押債権者に支払うべき分に限って、それを控除して差押債権者の手に委ねられるからであり、結果として、この場合、差押えと留置は同義語となる。

時に、この差押えという語は、不動産に対する物的差押えを意味することがあり、この場合、不動産の所有者や第三取得者は、物的差押えによって行われる差押不動産競売人の選任によって、当該不動産の占有を失う。

「留置」の語は、上記のような意味とは異なり、民事上の債務や不法行為を理由とする人の留置乃至拘禁の趣旨でも用いられる。

差押執行は、差し押さえられた動産の売却を意味するが、このことは、この「執

え la saisie réelle d'un héritage」と区別される「債務者の動産 meubles du débiteur」の「差押え saisie」一般の「要件 les causes」と「主要な効果 le principal effet」を扱い、「裁判官の許可 la permission du Juge」に基づき「差押動産の売却 la vente des choses mobilières saisies」を予定して行われるそのような差押えには、「差押留置 arrêt」、すなわち、「動産の移動や移転を伴うことなく単純な家財留置の権利によって為される債務者の動産の簡略な差押え simple saisie de meubles du débiteur, laquelle se fait sans les déplacer ni transporter par droit de simple gagerie」と、「差押執行 exécution」、すなわち、「差押債務者が保管人を立てず、あるいは、適格で支払能力ある保管人を用意しないために、

---

行」という語を、債務者の動産の単純な差押えの趣旨でも用いることを否定するものではない。というのも、ある者の動産について、それらが未だ売却されていないとしても、差し押さえ執行すると表現される場合があるからである。

家財質とは権利あるいは先取特権であり、これによって、家屋に存する動産は、たとえ占有されていなくても、所有者や当該権利が付与される人々のために、質に充てられ提供されるので、判決が無くても差し押さえ留置可能であり、裁判官の許可さえも不要である。

家財質の権利は、我々の慣習法の下で、三つの適用場面があり、一つ目は前述第86条の場面、二つ目と三つ目は以下に述べる第161条と第163条の場面である。

19条に及ぶ以下の諸条文において、当慣習法は主として五つの事柄を規定している。

- 第一に、差押え、執行、留置の成立要件、並びに、人の拘禁の成立要件、
- 第二に、差し押さえられ執行された財産がどれ程の期間内に売却されるべきか、
- 第三に、差押債権者及び異議申立人に対する差押えの主要な効果、
- 第四に、簡略な家財質、
- 第五に、身体の没収乃至死刑の効果、である。

差押え、執行、留置、拘禁の要件については、第160、164、165、166、167、168、169、172、173、174の各条に規定されている。

差押え、執行、留置の主要な効果は、差押債権者の優先である【第178条】。というのも、動産は抵当権によって追及されないからであるが【第170条】、この点には、破産の場合【第179、180条】、並びに、債権者に先取特権が付与された場合【第171、175、176、177、181、182条】について例外がある。

第161、162、163の各条は家財質について規定している。

自然死あるいは民事死の宣告の主要な効果は資産の没収である【第183条】。”(Nouveau commentaire, I, 349-351.)

移転を伴って行われる動産の差押え及び執行 la saisie et exécution des meubles qui se fait avec transport, faute par le saisi de donner Gardien, ou d'en présenter un qui soit suffisant et solvable」とが存する。また、第8章の表題に言う「家財質 gagerie」とは、公証人の下で締結された契約一般について認められるもので、「家屋に存する動産が、たとえ占有されていなくても、所有者や当該権利が付与される人々のために、質に充てられ提供され、判決無しに差し押さえ留置可能となり、これに裁判官の許可さえも要しないような権利乃至先取特権 un droit ou privilège par lequel les meubles qui sont dans maison, sont affectés et faits gages, quoique non saisis, au Propriétaire et à ceux auxquels ce droit est accordé ; et ils peuvent être saisis et arrêtés sans Jugement, et meme sans le permission du Juge」にあたり、それ故また、この「先取特権 privilège」は、債務者の「破産 déconfiture」と並んで、「動産は、債務者の占有の外に存する場合、抵当権によって追及されず Meubles n'ont point suite par hypothèque, quand ils sont hors la possession du débiteur」(第170条)との原則に裏付けられた「差押債権者の優先 la préférence du saisissant」という差押えの「主要な効果」に対する「例外 exceptions」と位置づけられることになる。そのような例外の一つにあたるのが、「ただし、市域及び城壁外区に存する家屋及び田園地帯の農場の所有者は、執行を受けたその借家人や小作人の財産について、たとえそれらの財産が移転されたとしても、他に先んじて賃料や現物賃租を受け取るために、それらの財産を追及し、それらが裁判所の権威の下に売却され引き渡されるに至るまでは差し押さえることができる Toutefois les Propriétaires des maisons sises ès Villes et Fauxbourgs et fermes des champs, peuvent suivre les biens de leurs locatifs ou fermiers exécutés, encore qu'ils soient transportés, pour être premiers payés de loyers ou moisons, iceux arrêter jusqu'à ce qu'ils soient vendus et délivrés par autorité de Justice」と規定する第171条である。

『注釈者集成』はこの第171条に三つの注釈を付しているが、パリ高等法院が管轄内の成文慣習法の欠缺補充に際してパリ慣習法ではなくローマ法に依拠した事例に言及しているのは、本条の「ただし市域及び城壁外区に存する家屋及び田園地帯の農場の所有者 toutefois les Propriétaires des maisons sises ès

Villes et Fauxbourgs et fermes des champs] という文言を対象とする「第一注釈 glose première」である。そこではまず、「所有者がその借家人や小作人の動産について他の債権者に優先するのは、その家屋や農場に現に見出される動産についてだけではなく、その家屋や農場に存していたが他の債権者たちの追及による執行によって他に移転されてしまった動産についても、他に先んじてその賃料の支払いを受けるために追及する権利を所有者は有している non seulement le propriétaire est preferé sur les meubles de son locataire, ou fermier à tous autres creanciers, sur les meubles trouvez en sa maison ou en sa ferme ; mais aussi il a droit de suivre les meubles qui estoient dans sa maison ou sa ferme, lesquels ont esté transportez ailleurs par execution, à la poursuite d'autres creanciers, pour estre le premier payé de ses loyers」という当該条文の趣旨が敷衍されている<sup>33)</sup>。賃料債権を被担保債権とする不動産賃貸人の「抵当権 hypoteque」の効力を「借家人 locataire」や「小作人 fermier」の占有を離れた「動産 meubles」にまで及ぼす本条が、「前条 le precedent article」第170条の「例外 exception」と位置づけられるのは確かであり、また、「有償で賃貸された家屋の所有者は、賃貸借により彼に支払われるべき賃料のために、当該家屋に存する財産上に、当該家屋への家財質の手段に訴えることができる Il est loisible à un propriétaire d'aucune maison par luy baillée à titre de loyer, faire proceder par voye de gagerie en ladite maison, pour les termes à luy dûs pour le

33) 「1. 家屋の貸主はその借家人の動産に対して追及権を有しているのか」本条には前条の第一の例外が含まれている。というのも、所有者が彼の借家人や小作人の動産について他の債権者に優先するのは、その家屋や農場に現に見出される動産についてだけではなく、その家屋や農場に存していたが他の債権者たちの追及による執行によって他に移転されてしまった動産についても、最初にその賃料の支払いを受けるために追及する権利を所有者は有しているからである。従って、借主の動産は貸主の利益のために抵当権の追及を受け、要するに、借家人や小作人の動産は彼らの賃料を担保するための質物乃至担保物として貸主の役に立ち、貸主はそれらの動産についてそれらが賃借人に帰属する限り賃借人の他の債権者に優先するのであり、ここから、賃貸借に基づき委ねられた家屋の所有者が、当該家屋に存する動産に対して、前述第161条により自らに対して義務づけられた賃料の支払いを受けるために行使できる家財質の権利が生じる。」(Corps, II, 228.)

louage, sur les meubles estans en icelle」とする第161条は、「家屋 maison」の賃貸人の「家財質の権利 le droit de gagerie」という側面に関して、本条の規定内容と一部重複する。しかし、本条を理解するにあたって真っ先に問われるべきなのは、そのようないわゆる法定抵当権 hypothèque legale が、「他に先んじてその賃料の支払いを受けるために動産を追及する権利 droit de suivre les meubles, pour estre le premier payé de ses loyers」、つまり、不動産賃貸人の「先取特権 privilege」という形で用意されているのはそもそもなぜかという点である。この点をフェリエールは、同様に法定抵当権の追及効と先取特権の優先効とが交錯するローマ法源に即して説明する<sup>34)</sup>。「国庫 le fisc」<sup>35)</sup>の租税訴権、「被後見人 le pupille」<sup>36)</sup>の損害賠償請求訴権、「妻 la femme」<sup>37)</sup>の嫁資返還請求訴権を担保するためにそれぞれ租税負担者、後見人、夫の総財産上に認められる法定抵当権及び先取特権が「法の理性に反して特別な優遇のために導入さ

34) “3. この先取特権は何に基づくものか” この先取特権は、例えば、国庫の先取特権【学説彙纂49巻14章「国庫の権利について」第46法文、勅法彙纂8巻14章「如何なる原因で質は黙示に契約されるのか」第2法文】、被後見人の先取特権【勅法彙纂5巻37章「後見人及び保佐人の職務」第20法文】、妻の先取特権【勅法彙纂5巻13章「妻の財産訴権の問答契約訴権への移行について」第1法文】のように、法の理性に反して特別な優遇のために導入され獲得された他の諸先取特権とは異なり、法律によってそのようなものであったと推定された当事者の意思乃至意図、すなわち、居住の利益は日数単位で借主によって享受される一方【学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第13法文11節】、所有者すなわち賃貸借上の貸主は賃料の支払いを受けるに当たって借主の動産以外に頼るものがないため、当事者は、借主の動産に関して、それらの動産が所有者のための質物乃至担保物となる旨意図し同意し合意しているという点【学説彙纂20巻2章「如何なる原因で質乃至抵当は黙示に契約されるのか」第4法文「前書」】に基づいている。この法文には、「都市の建物に運び入れられ持ち込まれたものは、あたかも黙示にその旨合意されたかのように、質に提供されるものと解するのは適法である」、とあり、学説彙纂第2巻第14章「合意について」第4法文「前書」には、「合意は黙示にも効力を発揮するが故に、都市における建物賃貸において運び入れられ持ち込まれたものは、たとえ明示に何も合意していなくとも、貸主のために質に提供されることになっている」、とある。” (Corps, II, 229.)

35) D.49, 14, 46 ; C.8, 14, 2.

36) C.5, 37, 20.

37) C.5, 13, 1.

れ獲得された ont été introduits et extorquez contre raison de droit et par une faveur speciale」のに対して、不動産賃貸人の法定抵当権及び先取特権は、「法律によってそのようなものであったと推定された当事者の意思乃至意図 la volonté et l'intention des parties que la Loy presume avoir été telle」、具体的には、「居住の利益は日数単位で借主によって享受される一方、所有者すなわち賃貸借上の貸主は賃料の支払いを受けるに当たって借主の動産以外に頼るものがないため、当事者は、借主の動産に関して、それらの動産が所有者のための質物乃至担保物となる旨意図し同意し合意している les fruits de l'habitation se percevant par chaque jour par les locataires, les propriétaires ou bailleurs à loüage ne pouvant avoir d'autre recours pour estre payez de leurs loyers que sur les meubles des locataires, les parties ont voulu, consenty et accordé que les meubles fussent le gage et la seureté des propriétaire」との想定に基づくものである。例えば、「都市の建物に運び入れられ持ち込まれたものは、あたかも黙示にその旨合意されたかのように、質に提供されるものと解するのは適法である eo jure utimur, ut quae in praedia urbana inducta illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit」<sup>38)</sup>、あるいは、「合意は黙示にも効力を發揮するが故に、都市における建物賃貸において運び入れられ持ち込まれたものは、たとえ明示に何も合意していなくとも、貸主のために質に提供されることになっている quia conventiones etiam tacite valent, placet in urbanis habitationibus locandis invecta illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit」<sup>39)</sup>といった法文には、そのような「法の推定する当事者の意思 la volonté des parties que la Loy presume」という観方が明確に示されている。フェリエールは、当該先取特権の主体を第171条の文言通りに「所有者 propriétaires」に限定せず「所有者の諸権利に依拠する者 ceux qui sont aux droits du propriétaire」や「賃料が帰属しあるいは賃料を請求する権利がある者 ceux à qui les loyers appartiennent, ou qui ont droit de les demander」にも拡張し、「市域及び

38) D.20, 2, 4, pr.

39) D.2, 14, 4, pr.

城壁外区 Villes et Fauxbourgs」だけでなく「村 Bourgs」や「集落 Villages」も家屋の所在地とみなす論拠として、「理由の同等性 *parité de raison*」を指摘しているが<sup>40)</sup>、「当事者の意思 *la volonté des parties*」の推定はそのようなトピカの論拠を実質的に裏付けていることになる。不動産賃貸人の先取特権は、それが意思の推定に基づく「黙示の抵当権 *la tacite hypothèque*」の効果である以上、「書面による賃貸借契約が私署証書と公証人の手の何れによるにせよ、またそのような書面がそもそも存在せず、それどころか、当事者が賃料額について合意していない場合であっても *soit qu'il y ait bail par écrit sous signature privée ou pardevant Notaires, ou qu'il n'y en ait point ; et mesme quoy que les parties ne soient pas convenuës du prix*」発生する余地がある一方、家屋ではなくその敷地の利用の対価として賃料が支払われる「永借契約 *emphyteose*」については、「家屋の所有者が賃料の支払いを受けるに当たって借主の動産に優先権を有していなければ、家屋築造のために出費する者などいなくなる *autrement il n'y auroit personne qui voudroit faire la dépense de bastir des maisons, si les propriétaires des maisons n'avoient preference sur les meubles de leurs locataires pour estre payez de leurs loyers*」というような「公共の利害関係 *l'intérêt public*」が本来的に欠けており、上記のような「当事者の意思」の推定も困難であるので、「借主が家屋に動産を備え付ける義務を負う旨の特約 *la*

40) “2. 本条に定められた先取特権は所有者の権利に相応しい者にも付与されるのか) このような先取特権は本条では所有者にのみ付与されているが、例えば、受益権者、夫、後見人乃至保佐人、聖職禄保有者、占有者のように所有者の諸権利に依拠する者全てにも拡張されるべきであるし、また、主たる賃借人も転借人の動産に同様の先取特権を有するべきである。というのも、この先取特権は、所有者という人ではなく物に基づくものであり、賃料が帰属しあるいは賃料を請求する権利がある者全てに相応しいからである。

また同じ理由から、この先取特権は、パリ市、パリのプレヴォア区及び副伯領に属する市区、同城壁外区に存する家屋であれば、どこに存していても当てはまり、更には、村や集落にも、本条にはその旨明言されていないとはいえ、理由の同等性が存して敢えてこの点を補う必要がないのは明らかである以上、やはり同様に当てはまるのである。” (Corps, II, 228-229.)



clause que le preneur sera tenu de garnir la maison de meubles」でもない限り、貸主に先取特権が成立することはないというのがフェリエールの立場である<sup>41)</sup>。

しかし、以上のような説明が当てはまるのは、パリ慣習法第171条の「市域及び城壁外区に存する家屋の所有者 les Propriétaires des maisons sises ès Villes et Fauxbourgs」の先取特権に限られる。なぜなら、先に引用された「都市の建物に運び入れられ持ち込まれたものは、あたかも黙示にその旨合意されたかの

41) 「4. この先取特権の成立には賃貸借が存する必要があるのか」この先取特権は、書面による賃貸借契約が私署証書と公証人の手の何れによるにせよ、またそのような書面がそもそも存在せず、それどころか、当事者が賃料額について合意していない場合であっても、所有者に付与されるが、それは、[本慣習法] 第161条についてシャロンダが述べているとおり、黙示の抵当権を発生させるのは契約ではなく、動産の占有であるからであって、未合意の賃料額については「誠実なる者の判断に従って」、すなわち、「衡平と善に基づいて」算定される。

〈5. 永借契約の貸主もこの先取特権を享受できるか、できるとすればそれは如何なる場合か〉借主が家屋に動産を備え付ける義務を負う旨の特約のある永借契約の貸主も、所有者が借主の動産に有しているのと同等の先取特権を有するということは、レヴィニーの修道会に有利な形で下され、本条への注釈でリカールも引用している1589年4月15日の法院判決において判示されているとおりであり、これは理由の同等性が存するためである。ただし、本条が借主に帰属する動産に限って所有者にこの先取特権を認めていることに加え、家屋の所有者が賃料の支払いを受けるに当たって借主の動産に優先権を有していなければ、家屋築造のために出費する者などいなくなるが故に、この先取特権が公共の利害関係に裏付けられているという点をも考慮するならば、上記のような特約のない限り、永借契約上の貸主がこの先取特権を主張することはできないものと私は考える。つまり、そのような利害関係が永借契約には見出されない以上、法律がこの点に言及していなくても、管見によれば、この所有者の先取特権を永借契約上の貸主に拡張することはできないものと思われる。

バケは『裁判権論』第21章第292番においてこの法院判決に言及し、執行可能な動産を備えるべき旨の上記特約が無ければ、貸主が優先されることはなく、要するに、自らに帰属する家屋を終身定期金乃至買戻留保定期金に基づき賃貸した者が、自らに対して義務づけられる賃料の未払い額について、当該家屋に存し借主に属している動産上に、黙示の抵当権を有せず、彼らが定期金に基づき賃貸した家屋の敷地乃至地所に抵当権を有するに留まると同じであると解される旨述べている。”(Corps, II, 229.)

ように、質に提供されるものと解するのは適法である」という法文にも「田園の地所については反対に解されている in rusticis praediis observatur」<sup>42)</sup>と付け加えられているとおり、ローマ法では、この問題について、「都市の建物 praedia urbana」と「田園の地所 praedia rustica」とが明確に区別され、後者については「持ち込まれ運び込まれたもの全てではなく、そこにあるべきものとして持ち込まれたものだけが質に提供されると解さねばならない videndum est, ne non omnia illata vel inducta, sed ea sola, quae, ut ibi sint, illata fuerint, pignori sint」<sup>43)</sup>からである。つまり、ローマ法は、「明示の合意や問答契約が無ければ農場に存する動産上に賃料乃至小作料のための抵当権を認めなかった ne reçoit point l'hypothèque des meubles qui sont dans la ferme pour les loyers et fermages, sans une convention et une stipulation expresse」のであり、その限りでは、「田園地帯の農場の所有者 les propriétaires des fermes des champs」にまで同じ先取特権を付与する第171条と真っ向から対立する<sup>44)</sup>。ローマ法が小作人の動産上に所有者の法定抵当権を認めないのは、「田園の地所においてはそこで収穫される作物が、賃貸された土地の所有者のために黙示に質に提供さ

42) D.20, 2, 4, pr.

43) D.20, 2, 7, 1.

44) 「6. 農場に存する動産に対する先取特権はローマ法に反するのか」我々の慣習法は、本条において、家屋の所有者がそれを占有する借主の動産に対して有しているのと同じ先取特権を、田園地帯の地所の所有者にも、彼らの農場に存する小作人の動産上に認めており、その結果、本条の規定によって、農場の所有者は、自らに対して義務づけられている小作料のために、当該農場に存する馬や家畜その他の動産について、小作人の他の債権者に優先することになるが、これは、学説彙纂第20巻第2章第4法文にあるとおり、明示の合意や問答契約が無ければ農場に存する動産上に賃料乃至小作料のための抵当権を認めなかった〔ローマ〕法の規定とは異なっている。この第4法文において法律家は、「都市の建物に運び入れられ持ち込まれたものは、あたかも黙示にその旨合意されたかのように、質に提供されるものと解するのは適法であるが、田園の地所については反対に解されている」、と述べている。また、同第7法文第1節には、「持ち込まれ運び込まれたもの全てではなく、そこにあるべきものとして持ち込まれたものだけが質に提供されるという点に留意すべきであり、実際そのとおりである」、とある。」(Corps, II, 229.)

れると解される *in praediis rusticis fructus qui ibi nascuntur tacite intelleguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit*」からである<sup>45)</sup>。つまり、「土地の耕作のために要する経費乃至費用故に小作料よりも一般に価値が高い作物上に所有権者が有する黙示の特権化された抵当権によって、法律が、田園地帯の地所に関して義務づけられる現物貢納や小作料の担保に十分に備えている *la Loy a pouveu suffisamment à la seureté des moisons, et des fermages dûs pour les heritages de la campagne par l'hypothèque tacite et privilégiée, que le propriétaire d'iceux a sur les fruits, qui sont ordinairement de plus grande valeur que le prix de la ferme, à cause des frais et impenses qu'il faut faire pour la culture des terres*」以上、所有者に更なる抵当権乃至先取特権を与付する必要はないというのである<sup>46)</sup>。これに対して、「都市の家屋」は、「田園地帯の地所のように自然乃至耕作による果実を何ら生み出すことはなく、単に法律上の果実をもたらずに留まる *ne produisent aucuns fruits naturels ou industriels, comme les heritages de la campagne, mais seulement des fruits civils*」。フェリエールは、このようなローマ法理解の正確さを裏付ける権威として、最

45) D.20, 2, 7, pr.

46) 「〈7. 家屋と田園地帯の地所とを区別する根拠〉このような区別の根拠は、土地の耕作のために要する経費乃至費用故に小作料よりも一般に価値が高い作物上に所有権者が有する黙示の特権化された抵当権によって、法律が、田園地帯の地所に関して義務づけられる貢納や小作料の担保に十分に備えているという点に存しており、〈8. 所有者は農場の作物について優先権を有するののか〉このような作物に対する先取特権は、同第7法文〔前書〕では、「田園の地所においてはそこで収穫される作物が、賃貸された土地の所有者のために黙示に質に提供されると解される」という文言によって認められている。また、前掲学説彙纂第19巻第2章第24法文第1節には、「小作人が土地を賃貸した場合には、転借人の物が所有者に対して義務づけられることはないが、作物は、最初の小作人がそれらを受領したならば、以前そうであったとおり質物であり続ける」とあり、法学提要第4巻第15章「特示命令について」第3節にも同じ判断が含まれている。

これに対して、田園地帯の地所のように自然乃至耕作による果実を何ら生み出すことはなく、単に法律上の果実をもたらずだけの家屋には、このような保証は見出されない。」(Corps, II, 229.)

後に、ジャック・キュジャース Jacques Cujas (1522-1590年) の見解<sup>47)</sup>を引用している<sup>48)</sup>。結局、ローマ法の下では、「田園の地所が賃貸された場合には、作物が地代のために黙示に質入れされ、地所に運び込まれ持ち込まれたものについては、その旨明示的に合意されなければ質入れされることはないのに対し

47) ここでフェリエールがD. 2, 14, 4へのキュジャースの注釈からの引用としてラテン語で述べる部分を、そのままの形で、いわゆる『死後公刊著作 Opera postuma』も含めたキュジャースの著作の中に見出すことはできなかった。しかし、『学説彙纂第2巻の「合意について」及び「和解について」の二章への注解 Commentarii ex libro secundo Digestorum ad titulos duos de pactis, de transactionibus】(1559年初版)の該当箇所に引用法文もほぼ重なる同趣旨の記述があることからすると、上記部分はキュジャースの注釈をフェリエールが敷衍したものとも考えられる。なお、キュジャース自身による注釈は以下の通り。

“第4法文について。この箇所では黙示の合意の第二の例が提示されている。質は、名譽法上、例えば、賃借人が都市の建物に持ち込み運び入れたものについて、明示の合意のみならず黙示の合意によっても締結される。この点において、都市の建物の賃貸借は田園の地所の賃貸借とは異なっている。なぜなら、田園の地所に運び込まれたものが黙示に質入れされるとは見なされないからである【法学提要4巻15章「特示命令について」第3節末尾、学説彙纂20巻2章「如何なる原因によって質乃至抵当は黙示に締結されるのか」第4法文、勅法彙纂8巻14章「如何なる原因によって質は黙示に締結されるのか」第5法文】。黙示に質入れされると解されるのは、そこから生み出されたものに限られる【勅法彙纂8巻14章第3法文、学説彙纂20刊2章第7法文】。これら二種類の賃貸借の間には勅法彙纂第4巻第65章「貸主訴権及び借主訴権について」第5法文においてかなり大きな区別が設けられているものと解されるが、この法文を全く不当にも吟味と言いつつねじ曲げている人々もあり、当然ながら、彼らはその後間もなく他の人々から反駁されることとなった。私自身は、「意思」や「認識」という語句が、この箇所において、決して一般的な意味ではなく、明示の合意を示唆しているものと断言する。運び込まれるものについて所有者と賃借人との間で為された何らかの合意が存在しなければ、そもそも「所有者の意思」によって運び込まれることを求めたりするであろうか。また、学説彙纂第20巻第2章第5法文【第1節】等においても、「意思」という語句に合意が含蓄されている。従って、前述の区別は維持されるべきであり、この区別の理由を探究するとすれば、それはローマ国民の習俗から引き出されねばならない。田園の地所においては作物が賃料の代わりに義務づけられるのが通常であった【学説彙纂47巻2章「窃盜について」第62法文8節】。都市の建物においては運び込まれたものが賃料の代わりに義務づけられた。ところで、慣行上確立された事柄は、他の場合にもしばしばそうであるように、法へと徐々に移行し、たとえ言明されなかったとしても言明されたものと見なされた。そし

て、都市の建物が賃貸された場合には、たとえその旨明示的に合意されていなくても、つまり、何が運び込まれるのか貸主が知っていたか否かとは無関係に、そこに運び込まれ持ち込まれたものが家賃のために質入れされるという点が徐々に確立されていった *paulatim obtinuit ut locato praedio rustico, fructus ob mercedem tacite pignorati essent, non inducta et illata, nisi id nominatim convenisset, locato autem praedio urbano, ut inducta et illata ob mercedem pignori essent, etiamsi nihil nominatim convenisset, idque indistincte, sive locator scivisset, quae inducta essent, sive ignorasset*」のである。

---

て、持ち込んだものに関する先の合意にこの点を当てはめることは可能であり、カトーは『農事論』の「オリーブや牧草の生育の巻で既にそのような合意について述べている。」(Opera, II, 105.H.-106.B. 引用は1609年ジュネーブ刊『著作集 Opera』のテキストによる)

- 48) “9. 動産に関する黙示の抵当権は、ローマ法上、如何にして導入されたのか? キュジャースは前掲学説彙纂第2巻第13章「合意について」第4法文への注釈において、家屋に存する動産上の黙示の抵当権がローマ法によって如何なる仕方でも導入されたのか考察し、反対にこの抵当権が田園の地所に存する動産には生じない旨指摘している。すなわち、「何れの場合にも黙示の質の合意は導入され認められてはいるが、小作人、すなわち、田園の地所の借主については、地代のために自ら収穫した作物を質に提供する習わしであったという仕方あるいは方法に限られている。これに対して、借家人、すなわち、都市の建物の借主は、当該建物に彼らが持ち込んだ什器その他全ての物をこれに付け加えた。この点は、学説彙纂第47巻第2章「窃盗について」第62法文第8節に明確に示されているとおり、明示的に合意されるのが通常であった。それは慣行として徐々に定着し、たとえ明示されていなくても、貸主と借主は互いに常に黙示に合意するものと解されるようになった。一般に行われていて法律に匹敵するような事柄は、たとえ言明されていなかったとしても、為され言われたものと見なされる【勅法彙纂8巻40章「保証人及び債権者について」第29法文】。要するに、田園の地所が賃貸された場合には、学説彙纂43巻33章「サルウィウスの特示命令について」第1法文、勅法彙纂8巻14章第5法文、同4巻65章「貸主訴権及び借主訴権について」第5法文、法学提要4巻6章「訴権について」第7節、同4巻15章第3節にあるとおり、作物が地代のために黙示に質入れされ、地所に運び込まれ持ち込まれたものについては、その旨明示的に合意されなければ質入れされることはないのに対して、都市の建物が賃貸された場合には、その旨明示的に合意されていなくても、つまり、何が運び込まれるのか貸主が知っていたか否かとは無関係に、そこに運び込まれ持ち込まれたものが家賃のために質入れされるという点が徐々に確立されたのである。” (Corps, II, 229-230.)

第171条が、ローマ法と異なり、「田園の地所の所有者にも、その小作人の動産や財産について、家屋の所有者が借家人の動産上に有するのと同じ先取特権を付与している *donne le mesme privilege aux proprietaires des heritages des champs sur les meubles et biens des leurs fermiers, qu'aux proprietaires des maisons sur les meubles de leurs locataires*」という理由で、当慣習法の通用地域「パリのプレヴォ区及び副伯領 *la Prevoté et Vicomté de Paris*」においてその効力を失うということなど当然ながらあり得ない。他方、同条に規定されるもう一つ先取特権、すなわち、「借家人の動産に対する家屋の所有者の先取特権 *le privilege des proprietaires des maisons sur les meubles de leurs locataires*」の方が、「この事例に関して、極めて高度な合理性と衡平さに加え公共の利害にも裏付けられたローマ法の規定に倣い、フランス全体、つまり、これについて規定していない慣習法の下でも通用すべきである *doit avoir lieu dans toute la France, et dans les Coûtumes n'en parlent point, suivant la disposition du Droit Romain, qui est fondé en ce cas sur une tres-grande raison et équité, et mesme sur l'interest public*」ことに「何ら疑問の余地はない *il ne faut point douter*」し、実際、「これに反する規定を有する慣習法は存在しない *nous n'avons aucune Coûtume qui en dispose au contraire*」。従って、問題なのは、「田園の地所の所有者 *propriétaires des heritages des champs*」の先取特権もまた、他地方の成文慣習法の欠缺に際して拡張され通用するだけの「合理性 *raison*」や「衡平さ *équité*」を備えているかどうかである。フェリエールによる学説の整理<sup>49)</sup>では、家屋賃貸人の家財質の権利に関する第161条の注釈の中でいわば傍

49) “ところが、我々の慣習法は、田園の地所の所有者にも、その小作人の動産や財産について、家屋の所有者が借家人の動産上に有するのと同じ先取特権を付与している。借家人の動産に対する家屋の所有者の先取特権が、この事例に関して、極めて高度な合理性と衡平のみならず公共の利害にも裏付けられてたローマ法に倣い、フランス全体、つまり、これについて規定していない慣習法の下でも通用すべきであることに何ら疑問の余地はなく、実際、これに反する規定を有する慣習法は存在しない。  
 <10. 慣習法に規定されていない場合、田園地帯の地所の所有者は動産に先取特権を有するの否> これに対して、田園地帯の地所に関しては困難が存する。プロドーが第

論として、「フランス法は、田園地帯の農場や家屋に存する動産その他のものにも収穫物と同様に現物貢納のための黙示の特権化された抵当権を認めている  
le droit François admet l'hypothèque tacite et privilégiée sur les meubles et autres choses qui se trouvent dans les fermes et maisons des champs pour moi-

---

161条への注釈第8番において述べるところによれば、フランス法は、田園地帯の農場や家屋に存する動産その他のものにも収穫物と同様に現物貢納のための黙示の特権化された抵当権を認めているとされる。逆に、リカールは、第171条への注釈において、この先取特権は田園地帯の家屋に関して他の諸慣習法の下で拡張されてはならない旨説いている。

オザネ氏は、本条の「及び田園地帯の農場」という文言への注釈において、これが我々の慣習法において創出された特異な権利である旨指摘している。[ローマ]法の下で、所有者は確かに借主がその占有する家屋に運び入れた動産上に先取特権を有しているが、田園の農場に関しては、勅法彙纂第4巻第65章第5法文にあるとおり、賃貸借契約の中に明示の合意がない限り、反対の立場がとられているというのがその理由であり、実際、当該法文の「所有者の意思によって」という文言は、キュジャース氏の見解に従えば、所有者と小作人の間で為される明示の合意と解されるべきで、それ故、そのような合意がなければ、農場の所有者は「運び入れられ持ち込まれたもの」に如何なる先取特権も有さないことになることとされている。

このような区別の理由は、農場の所有者が、小作人の作業と負担によって収穫された作物の上に別の先取特権を有しているという点に存する。更にオザネ氏が述べるところによれば、この点について何も規定のないラ・ロシェルの慣習法について、1637年5月26日に特別に午後が開廷される王示部法廷でイレルとランバンという当事者に対して下された法院判決の中でそのように判示されたこととされる。いずれにせよ、法律も諸慣習法も、「運び入れられ持ち込まれたものの上に」先取特権を設定することを禁じているわけではないが、合意のない場合については、パリの慣習法の定めが遵守され強制されるのは当然だとしても、これと同じ「運び入れられたものへの」先取特権の定めが慣習法にないならば、所有者は収穫物への先取特権で満足せねばならないことになる。

他の注釈者たちはこの問題について言及していない。トゥルネが本条の注釈で述べるところによれば、我々の慣習法は、本条によって、[ローマ]法が定める「田園の地所と都市の建物との間の」区別を取り除いたとされ、同じ著者によれば、この点に関して、ブリュネルという者に対する1581年11月28日付けの法院判決、及び、キリスト降誕祭に言い渡された1590年12月22日付けの法院判決が存在するとされる。しかしながら、これらの法院判決はシャロングによっても言及され、そこにあるとおり、これらは上記区別に関わるものとは解されず、借主の動産がその債権者の一人に差し押さえられたとしてもなお、先に述べたごとく、所有者は異議を申し立てることでこの

sons aussi bien que sur les fruits」と主張するプロドーが拡張肯定論者と位置づけられ、拡張否定論者としては、『パリ慣習法 La Coutume de Paris』（1652年初版）の第171条注釈で「当該先取特権は田園地帯の家屋に関して他の諸慣習法の下で拡張されてはならない ce privilege ne doit point estre étendu à l'égard des maisons des champs dans les autres Coutumes」旨述べるリカールに加え、パリ慣習法の再改訂を検討するド・ラモワニオン主宰の会議の主要メンバーであったオザネが挙げられている。Ⅲでも既にふれたとおり、ここでフェリエールが参照しているのは、オザネが遺した「覚書の写し Notes manuscrites」である。それによれば、オザネは、第171条の「及び田園地帯の農場 et fermes des champs」という文言に関連して、その所有者に付与される先取特権が「我々の慣習法において創出された特異な権利である est un droit singulier établi dans notre Coutume」とし、そのような先取特権の成立に「明示の合意 convention expresse」を要求するローマ法と対比しているとされる。そこで援用される「所有者の意思に従い小作人が賃借した土地に持ち込んだものが地所の所有者のために質権の負担を課されるのは自明である certi iuris est ea, quae voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis praediorum teneri<sup>50)</sup>という法文に、「所有者と小作人間で為される明示の合意 une convention expresse faite entre le propriétaire et le fermier」を読

---

債権者に優先される旨判示したものにはすぎない。

〈11. 所有者はローマ法に基づき小作人の馬や家畜の上に先取特権を有するというトロンソンの主張の誤り〉トロンソンが「小作人」という文言に関して述べるところによれば、本条は、法律家たちの考え【学説彙纂20巻2章第7法文】、及び、勅法彙纂第4巻第65章第5法文に裏付けられており、後者の法文により、農場の所有者は、自らの農場の穀物や収穫物のみならず、小作人に帰属する馬や家畜その他の動産の上にも黙示の抵当権及び優先権を有するのだとされている。しかし、この著者の主張は、誤りであり、先に引用した諸法文の明確な規定にも矛盾しているばかりか、彼自身の引用する上記第5法文も、明白な文言によって、優先権が田園の地所の所有者に付与されるのは彼がその旨問答契約を結んだ場合であると定めている。つまり、「所有者の意思に従い小作人が賃借した土地に持ち込んだものが地所の所有者のために質権の負担を課されるのは自明である」、と。”(Corps, II, 230.)

50) C.4, 65, 5.



み込もうとするオザネの理解を裏付ける権威として、フェリエールは再びキュジャースの名を挙げている<sup>51)</sup>。また、オザネは、「この点について何も規定のないラ・ロシエルの慣習法 la Coûtume de la Rochelle, qui non contient pour ce sujet aucune disposition」について、「農場の所有者が小作人の作業と負担によって収穫された作物の上に別の先取特権を有している le propriétaire d'une ferme a un autre privilege sur les fruits recueilles dans la ferme par les soins et aux dépens du fermier」という理由で、第171条の拡張を否定した「王示部 la Chambre de l'Edit」の法院判決を一件挙げているようである。更に、フェリエールによれば、法院判決に対する誤解から「我々の慣習法は、本条によって、[ローマ]法が定める<田園の地所と都市の建物との間の>区別を取り除いた nôtre Coûtume a osté par cet article la difference établie par le Droit inter praedia rustica et urbana」と主張するジャン・トゥルネ Jean Tournet (?-1631年：『パリのプレヴォ区及び副伯領の慣習法 Coustumes de la Prévosté et Vicomté de Paris』1627年初版)や、「所有者の意思 voluntas dominorum」に言及する上記法文を典拠に「農場の所有者は、自らの農場の穀物や収穫物のみならず、小作人に帰属する馬や家畜その他の動産の上にも黙示の抵当権及び優先権を有する les propriétaires des fermes ont, non seulement une tacite hypothèque et preference sur les grains et fruits de leurs fermes, mais sur les chevaux et bestiaux et autres sortes de meubles qui appartiennent aux fermiers」と解するトロンソンのごとく、第171条拡張の肯定否定以前にその注釈内容そのものが不正確な論者も存在するとされる。

これらの学説の整理をふまえて、フェリエール自身は、リカールとオザネの主張を支持し、「農場の所有者」の先取特権に関する他地方慣習法の欠缺を第171条で補充することに消極的な立場を表明している<sup>52)</sup>。自らの立場がパリ高

51) 注47参照。

52) <12. この点について規定していない諸慣習法の下で、農場の所有者が小作人の動産上に先取特権を有するか否かについての著者の見解>私は、プロドーの見解ではなく、オザネ氏とリカール氏の見解に従うべきであると考え。家屋について慣行化している事柄は田園地帯の地所において遵守されていないし、また、パリ慣習法が双

等法院の実務と一致することを示すために、フェリエールは、「ランの慣習法 la Coûtume de Laon」の欠缺補充にあたってパリ慣習法ではなくローマ法に従った法院判決を引用しているが、そのような法院判決は、「家屋について慣行化している事柄が田園地帯の地所において遵守されていない l'on n'observe pas pour les heritages de campagne, ce qui se pratique pour maisons」ことだけではなく、先にみた慣習法の欠缺補充をめぐる一般論、すなわち、「高度の合理性と衡平に裏付けられた条文を除いて、パリ慣習法が他の諸慣習法との関係で法律の役割を果たすことはない la Coûtume de Paris ne servant point de loy aux autres Coûtumes, si ce n'est pour les articles qui sont fondez sur une grande raison et équité」という点をも裏付ける論拠となり得る。フェリエールが引用しているのは、パリ高等法院の弁護士で後にアミアン慣習法の注釈書（『アミアンのバイイ区一般慣習法、並びに、同じくアミアンの市域、プレヴォ区、罰令区の地域慣習法の注釈 Commentaire sur la Coustume générale du Bailliage d'Amiens et sur La Coutume locare de la ville, prévoté et banlieu dudit Amiens』1662年初版）も著すことになるジャン・デュ・フレーヌ Jean Du Fresne (?-1675年) が編集した『高等法院主要裁判時報 Journal des principales audiences du Parlement』（1646年初版、ただし以下の法院判決が収録されたのは1658年

---

方について同じ先取特権を定めているからとあって、この規定がこの点について規定のない諸慣習法においても拡張される必要はない、というのがその理由である。確かに、この条文は改訂済みのものであり、改訂時に、家屋の所有者の先取特権が田園地帯の地所の所有者へと拡張されたのであるが、パリ慣習法は、高度の合理性と衡平に裏付けられた条文は別としても、他の諸慣習法との関係で法律の役割を果たすことはないのであるから、当該条文は拡張されるべきではない。

近時、ヴェルマンドワの訴訟事件目録に記載された1655年11月22日月曜日の法院判決によって以上のように判示され、この点について規定していないランの慣習法の下で、農場の所有者が、自らに支払われるべき地代債務について異議を申し立てた場合に、小作人から自らに支払われるべき地代額の範囲で、債務者の借り受けている田園地帯の農場に存する動産や馬をその売却のために最初に差し押さえた債権者に優先するのか否かという問題について、所有者に優先権を付与したランのバイイすなわち国王代官の判決が破棄された。この法院判決は、国王代訟官代理のタロン氏の意見陳述に従って下されものであり、デュ・フレーヌによって『裁判時報』第8巻第25章報告されている。”(Corps, II, 230.)

刊の第4版以降)の第8章第25章に、「定期金の未納額のために、債務者が保有する田園地帯の農場にいる馬を最初に差し押さえた債権者は、それらの馬の売却について、自らに対し義務づけられた小作料のために異議を申し立てた農場の所有者に優先すること *Qu'un Creancier pour arrerages de rentes premier saisissant les meubles, ou chevaux trouvez en une Ferme des champs, tenuë par son debiteur, est preferé sur la vente d'iceux au propriétaire de la Ferme, opposant pour les redevances qui luy sont deubs*」との表題で報じられている1655年11月22日付けの法院判決である<sup>53)</sup>。デュ・フレーヌによれば、この判決で

53) “ヴェルマンドワの訴訟事件目録によれば、1655年11月22日月曜日、この問題について規定していないランの慣習法の下で、表記の通り判示され、時宜の悪さと国境付近に位置する農場の立地上の不都合に対する配慮の下、小作人と農場を破産させる最悪の状況が懸念されたわけでもないのに、先に差し押さえた者にさへ優越するような優先権を当農場の所有者に認めたランのバイイすなわち国王代官の判決が破棄された。こうして、学説彙纂第20巻第2章「如何なる原因から質乃至抵当は黙示に契約されるのか」第4法文の「都市の建物に運び入れられ持ち込まれたものは黙示に質入れが義務づけられるが、田園の地所についてはそうではない」という[ローマ]法の準則がそのまま承認されたのであり、その根拠は、同章第7法文によれば、「田園の地所においては、そこで収穫される作物が、賃貸された土地の所有者のために、たとえ明示にその旨合意されていなくても、黙示に質に提供されると解される」という点に存する。しかも、ルネ・ショパン氏が「田園の地所にはそれほど多くの動産は持ち込まれない」と述べているとおり、作物は動産よりも遥かに確実で有利な質物である。

結果として、高等法院は、その第171条において反対の内容を規定しているパリ慣習法を顧慮せず、極めて明確かつ衡平で、その点について規定のない諸慣習法が依拠し自らを律することを望むであろうと考えられる共通法と異なる内容を何も規定していない諸慣習法の下での一般法としてパリ慣習法を扱う理由はないと判断したことになる。

パリ慣習法の規定が、この点について、他の諸慣習法へと拡張できるほど好ましい法ではないことは、次のような点にも示されている。すなわち、田園地帯の農場の動産について最初に支払いを受けるべき旨異議を申し立てた当該農場の所有者にパリ慣習法が付与している先取特権を、裁判所の権威の下に当該動産が売却され[買受人に]引き渡される時点までに限定するのがこの第171条であり、従って、所有者が様々な異議申立人たちとの間で動産売却後に分配されるべき金銭について異議を申し立てたにすぎないような場合には、パリ慣習法は所有権者に当該優先権を認めていないことになる、そして実際、複数の法院判決がそのように判示しており、これは確立

は、「時宜の悪さと国境付近に位置する農場の立地上の不都合に対する配慮の下、小作人と農場を破産させる最悪の状況が懸念されたわけでもないのに、先に差し押さえた者にさえ優越するような優先権を当農場の所有者に認めたランのバイイすなわち国王代官の判決 la Sentence du Bailly de Laon, ou son Lieutenant General, qui par commiseration du malheur du temps et de la scituation de la Ferme du costé de la frontiere, avoit adjudgé la preference au propriétaire d'icelle, qui auroit bien prevenu le premier saisissant, s'il n'eust eu crainte pas une si grande rigueur de ruiner son Fermier et la Ferme」が破棄された上、農場の所有者にとっては「そこで収穫された作物 *fructus qui ibi nascuntur*」が黙示の担保物となり、また、そもそも「田園の地所にはそれほど多くの動産は持ち込まれない *in rusticis non solent invehi tot mobilia*」との理由から、「<都市の建物に運び入れられ持ち込まれたものは黙示に質入れが義務づけられるが、田園の地所についてはそうではない>という [ローマ] 法の準則がそのまま承認された *la maxime du Droict a esté pleinement confirmée, que in urbaniis prae-diis invecta et illata sunt tacitè pignori obligata, non in rusticis*」とされる。農場の貸主に収穫物に対する黙示の担保権を認める根拠として、本判決では既にふれたローマ法文<sup>54)</sup>が引用されているようであるが、フェリエールが別の箇所而言及しているとおり<sup>55)</sup>、「この点は、全フランスにおいて、一つの原則、確實

---

した判例である。当法院判決は、国王代訟官代理タロン氏、上訴人側弁護士ラングロワ、被上訴人側弁護士ド・ランジュの陳述に従って下された。判決を言い渡したのは高等法院長ベリエール氏である。”(Journal, 823-824. 引用は1665年パリ刊のテキストによる。なお、デュ・フレーヌが編集したのは1623年から1657年にかけての法院判決であるが、その後、この『高等法院主要裁判時報』の編集は、フランソワ・ジャメ・ド・ラ・ゲシエール François Jamet de La Guessiére、ニコラ・ニユビエ Nicolas Nupied、ミシェル・デュ・シュマン Michel Du Chemin の順に引き継がれ、その収録の範囲は1722年の法院判決にまで及ぶことになる)

54) D.20, 2, 7, pr.

55) “<19. 自己の地所から産出される作物に対する所有者の優先権> ローマ法は、先に言及した学説彙纂第20巻第2章第7法文及び同第19巻第2章第24法文第1節によって、地所の所有者にそこから産出された作物に対する先取特権乃至優先権を付与している。この点は、全フランスにおいて、一つの原則、確實な準則となっており、ロワ

な準則となっており、ロワゼルも、その『慣習法提要』第3巻第6章<賃貸借について>第7番において、<小作人や賃借人の穀物や動産は所有者への現物貢納や賃料のために黙示に義務づけられる><sup>56)</sup>という文言で、この点を慣習法の原則として位置づけている *ce qui est une regle et une maxime certaine dans toute la France, Loysel en ses Institutes Coutumieres, titre de Louage, nombre 7. en ces terme : Les grains et biens meubles d'un fermier et locataire sont taisiblement obligez pour les moisons et loyers du propriétaire*。つまり、本判決では、制度趣旨を説明するための単なる理論ではなく、まさに「フランスの共通法 *le droit commun de la France*」として、ローマ法が参照されているのである。更に、デュ・フレーヌは、農場の所有者を家屋の所有者と同じ先取特権を付与する「パリ慣習法の規定 *la disposition de la Coustume de Paris*」が「他の諸慣習法へと拡張できるほど好ましい法ではない *n'est point un droict si favorable, qu'il soit extensible aux autres Coustumes*」と解する本判決を間接的に支える論拠として、第171条それ自体の限定的な性格とその解釈運用にも注意を促している。というのも、「田園地帯の農場の動産について最初に支払いを受けるべき旨異議を申し立てた当該農場の所有者にパリ慣習法が付与している先取特権を、裁判所の権威の下に当該動産が売却され引き渡される時点までに限定してのがこの第171条であり、従って、所有者が様々な異議申立人たちとの間で動産売却後に分配されるべき金銭について異議を申し立てたにすぎないような場合には、パリ慣習法は所有者に当該優先権を認めていないことになる *ledit art. 171. limite ce privilege qu'elle donne aux proprietaires des Fermes des champs qui sont opposans sur les meubles d'icelles, d'estre premiers payez, iusques au temps qu'ils soient vendus et delivrez par autorité de Iustice, de*

---

ゼルも、その『慣習法提要』第3巻第6章「賃貸借について」第7番において、「小作人や賃借人の穀物や動産は所有者への現物貢納や賃料のために黙示に義務づけられる」という文言で、この点を慣習法の原則として位置づけているが、そのような原則は、既に述べたとおり、穀物その他の作物に関してのみ妥当するのであって、田園地帯の農場の所有者の利益のために動産に及ぶことはない。” (Corps, II, 231.)

56) Institutes, 40.

façon qu'elle les exclut de la preference s'ils venoient à former leur opposition seulement sur les deniers qui seroient encore à distribuer entre divers opposans sur les meubles」という「確立した判例 une jurisprudence certaine」には、他地方の慣習法に拡張される前提として要求される規定内容の「衡平さ équité」や「合理性 raison」に対する疑義を読み取ることができるからである。

法律が「農場の所有者 propriétaires des fermes」一般について予め先取特権を用意しておくことに、その方向での欠缺補充を正当化するだけの「合理性」がないとしても、彼らが「この点について規定していない慣習法の下で、農場に持ち込まれた動産に対する先取特権や優先権を約定できる dans les Coutumes qui n'en paient point, peuvent stipuler le privilege et la preference sur les meubles qui seront apportez dans la ferme」かどうかはあらためて吟味する必要がある。フェリエールはここで特権化された動産抵当権の約定可能性を否定しているが、その議論にはローマ法一辺倒に陥ることなくフランス法の既存の準則との均衡を図ろうとする姿勢を読み取ることができる<sup>57)</sup>。第171条の原則

57) “13. 農場の所有者は賃貸借契約によってこの先取特権を約定できるのか) オザネ氏が、先にふれた注解において、田園地帯の地所の所有者は、この点について規定していない慣習法の下でも、農場に持ち込まれた動産に対する先取特権や優先権を約定できる旨述べているが、この点についても問題がないわけではない。この論点に関しては、フランス法とローマ法の間に大きな差異を認める必要がある。法文は、田園の地所の所有者に対して、農場に存し小作人に帰属する動産上に抵当権を約定することを実際に認めている。というもの、上に既に述べたとおり、ローマ法上、動産上に抵当権を約定することができ、その結果、債権者は、この抵当権の故に、他の債権者に優先し、抵当に供された動産が債務者の占有の外に移転された場合には、抵当権に基づいて追及できるからである。14. 動産が抵当権によって追及される旨約定することはフランスにおいて可能か) 一方、フランスでは、このような規定は受け入れられておらず、王国において一般に承認されている原則によれば、動産が債務者の占有外に移転された場合には、その動産が抵当権によって追及されることはない。先に言及した諸理由から、他の債権者を害する形で動産に物的権利を設定することは当事者に許されていないのである。

15. 共通法と異なる合意は第三者を害しても有効か) 私のみるところ、地所の所有者は他人との関係でそうすることが許されていない限りこのようなことはできないものと思われる。というのも、先取特権は法律の権威に基づかねばならず、債権者と債務者の間の合意は、本来、禁止的な法律や善き習俗に反しない限り、両者の間で強

にあたる第170条の規定内容、すなわち、「動産が債務者の占有外に移転された場合には、その動産が抵当権によって追及されることはない *les meubles n'ont point de suite par hypothèque, quand ils sont hors de la possession du débiteur*」という命題は、「王国において一般に承認されている原則 *une maxime généralement receuë dans le Royaume*」でもあるので、債務者の占有を離脱した動産についても優先権を行使し得る抵当権を約定すること、つまり、「他の債権者を害する形で動産に物的権利を設定すること *imposer le droit réèle sur les meubles au prejudice des autres creanciers*」は、フランス共通法としての上記原則に明らかに矛盾する。それ故、第171条のような例外規定が存するパリ慣習法のような場合はともかく、「この点について規定していない諸慣習法 *les Coûtumes qui n'en parlent point*」の下では、「所有者が債務者との合意によって先取特権を自ら取得する *le propriétaire se seroit donné luy-mesme par sa convention avec le débiteur*」としても、「最初に小作人の動産を差し押さえた債権者が第一順位で支払を受ける *le creancier qui saisit le premier les meubles*

---

制されるべきはあるが、第三者との関係では、そのような共通法と異なる合意を強制することはできない。つまり、そのような第三者は、共通法に依拠することができるので、法律によっても慣行によっても許されていないような合意の対抗を受けることはない。この点について規定していない慣習法の下では、地所の所有者が先取特権を取得することはないというのが共通法であり、それ故、小作人が破産状態でない限り、最初に小作人の動産を差し押さえた債権者が第一順位で支払を受けることになる。従ってまた、所有者が小作人の動産上の先取特権を主張することは、債務者との合意によってまさにその先取特権を自ら取得するとしても、不可能である。そもそも特権なるものは、何か特殊な理由からある特定の者に付与される特殊な権利である以上、ある者から別の者へ、あるいは、ある事例から別の事例へと拡張することは許されない。学説彙纂第1巻第3章「法律、元老院議決、及び、長期に渡る慣習について」第16法文にも、「特別法とは、理性の趣旨に反して何らかの利便のために立法者の權威によって導入された法である」、とある。従って、特権の成立が個別の事情に左右されることはなく、特権の理由が欠ければ、特権は消滅する【別書5巻40章「語句の意味について」第25節末尾、法学提要1巻21章「後見人の同意について」第3節、同2巻16章「未成熟者のための補充指定について」第1節】。特権は、別の者に不利益となったり害を与えてはならない「他人間の取り決め」【勅法彙纂7巻60章「他人の間での取り決めや判示事項は別の者を害さないこと」】なのである。”(Corps, II, 230-231.)

du fermier, doit estre payé le premier」ものと解さねばならない。フェリエールの議論は、「動産上に抵当権を約定すること de stipuler hypothèque sur les meubles」を一般的に認める「ローマ法 le Droit Romain」とこれを認めない「フランス法 le Droit François」との「差異 difference」を強調するなど、優先権の約定可能性それ自体についてはフランス法の立場に与しているけれども、このことは、「都市の家屋」と「田園の地所」を区別するローマ法に依拠する先の議論と矛盾するわけではない。既にみたとおり、ローマ法は、「田園の地所」の所有者が収穫物以外の小作人の動産に先取特権を行使するといういわば例外的事態の前提として「明示の合意」を要求しているのであって、フランス法の上記準則はむしろローマ法自身の原則的立場を貫徹したものと位置づけることもできる。更に、「特別法とは理性の趣旨に反して何らかの利便のために立法者の権威によって導入された法である *ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*」という法文<sup>58)</sup>で、「特権なるものは、何か特殊な理由からある特定の者に付与される特殊な権利である以上、ある者から別の者へ、あるいは、ある事例から別の事例へと拡張することは許されない *un privilege est un droit particulier accordé à quelqu'un, pour quelque raison particuliere, qui ne souffre point d'extension d'une personne à une autre, et d'un cas à un autre*」という点だが、「後見人と被後見人間の訴訟 *inter tutorem pupillumve iudicium*」に際して利益相反回避のために別に選任される後見人は訴訟終了後にその資格を失うとする法文<sup>59)</sup>等で、「特権の成立が個別の事情に左右されることはなく、特権の原因が欠ければ、特権は消滅する *il ne dépend pas des particuliers de se donner des privileges ; et la cause du privilege cessant il n'y plus de privilege*」という点だが、「ある者の間で行われた事柄が別の者に害を及ぼすこと *inter alios res gestas aliis facere praeiudicium*」を禁ずる法文<sup>60)</sup>等で、「特権は別の者に不利益となったり害を与えてはならない<他人間の取り決め>にあたる *c'est res inter*

---

58) D. 1, 3, 16.

59) Inst. 1, 21, 3.

60) C. 7, 60, 1.



alios acta, qui ne doit point nuire ny porter prejudice à d'autres」という点が、それぞれ、先取特権を含む特権一般の性質として畳みかけるように補強されており、ローマ法は理論的な説明の手段としても効果的に用いられていると言える。

合意による先取特権の可否が「この点について規定していない諸慣習法」での問題であるとすれば、合意ではなく法律の効果としてそのような特異な先取特権を認めるパリ慣習法の通用地域では、逆に、「田園地帯の農場 fermes des champs」という文言の射程が問われることになる<sup>61)</sup>。農場賃貸の先取特権の本来的な対象として馬や家畜等の動産ではなく収穫物を想定する以上、「田園

61) <16. 「田園地帯の農場」という文言によって如何なる地所が想定されているのか> 「田園地帯の農場」という文言は、小作人がそこから利益を受け取るような土地、牧草地、森林その他の場所を指すものと解される。従って、それが、耕作地その他の地所を伴うことなく単純な居住のみを目的とする家屋であり、そのような居住のために借主が一定の債務額を家賃として支払っていたような場合には、「都市の家屋はその立地ではなく性質によって評価される」【学説彙纂50巻16章「語句の意味について」第166法文〔前書〕】以上、田園地帯の地所ではなく、都市の家屋と見なされるであろうし、結果として、所有者は、慣習法にその旨の規定がなくても、先取特権、つまり、他の債権者に対する優先権を有することになろう。

建物が幾らかの土地とともに賃貸に出されたけれどもその土地が建物よりも価値が小さい場合や、同一の賃貸借契約によって賃貸された土地に関わる賃料よりも建物に関わる賃料の方が相当に高額である場合についても、同じように解する必要がある。この点について規定のないヴィトリの慣習法に関して、1630年2月9日にド・ブラジェローヌ氏の報告に基づき第五審問部で下され、ルエ氏の『重要法院判決集』Fの項第4番への注解でプロドール氏が言及している法院判決の事案はおそらくこのようなものであったと思われる。<17. そのような地所で収穫された作物に対して、所有者は、たとえ他の債権者によって差し押さえられたとしても、優先されるのか> この著者がそこで述べるところによれば、農場の所有者は、過去及びその年度の範囲で自らに対して支払われるべきものを受領するために、その農場に存する穀物、動産、家畜を最初に差し押さえた債権者に優先されねばならない旨判示されたこととされ、また、著者自身が申立書を書き、トマス・シャンブレンと、ソワソンの教会の修道院長、主席司祭、聖堂参事会員、聖堂参事会との間に法院判決が下されたこと、そして、当法院判決が先例に反すると言わざるを得ないという点もあわせて指摘されている。

<18. 所有者は、家屋を伴わずに土地だけを農場として賃貸した場合に、その小作人の馬や家畜について優先するのか> ところで問題となるのは、小作地として賃貸さ

地帯の農場」とは、「小作人がそこから利益を受け取るような土地、牧草地、森林その他の場所 terres, prez, bois ou autres choses, dont le fermier perçoit les fruits」でなければならない。従って、「耕作地その他の地所を伴うことなく単純な居住のみを目的とする家屋 une maison, qui ne consistast qu'en une simple habitation sans terres labourables ny autres heritages」はたとえ「農場 les fermes」の名目で賃貸されたとしても実際には「都市の家屋 les maisons de Ville」と変わらず、「建物が幾らかの土地とともに賃貸に出されたが、その土地が建物よりも価値が小さい場合や、同一の賃貸借契約によって賃貸された土地に関わる賃料よりも建物に関わる賃料の方が相当に高額である場合 le cas que la maison fût donnée à louage avec quelques terres, ensorte néanmoins que les terres fussent de moindre valeur que la maison, et que le prix du louage seroit beaucoup plus fort à raison de la maison, qu'à cause des terres données à loyer par le mesme bail」もやはり「都市の家屋」の賃貸と見なされるべきであって、これらにおいては、収穫物ではなく、名目上の「農場」に存する馬や家畜等の動産に黙示の抵当権乃至先取特権が成立することになる。更に「家屋を伴うことなく小作地として賃貸された地所 heritages donnez à ferme sans aucune maison」についても、「所有者は、家屋や農場に動産が運び入れ持ち込まれることで初めて締結される一種の質によってのみ先取特権を取得する le propriétaire n'a un privilege que par une espace de gage, qui ne se contracte qu'en ap-

---

れた地所の所有者は、当該地所が家屋を伴うことなく小作地として賃貸されていた場合に、小作人の馬その他の動産について優先されるべきか、である。条文は「田園地帯の農場」と規定し、農場は家屋がなくても存立するのであるから、この問いは然りと答えるべきであるように見える。しかしながら、この問題が1655年11月22日月曜日に大審部法廷に提起された際、高等法院は、原審判事の判決を破棄し、所有者の訴えを退けた。所有者は、家屋や農場に動産が運び入れ持ち込まれることで初めて締結される一種の質によってのみ先取特権を取得するというのがその理由であり、これは、家屋に「運び入れられ持ち込まれたものに対する」優先権について定める[ローマ]法の規定に一致するものであり、すでに述べたとおり、そこでは、都市の家屋に関わる優先権は黙示的であるのに対して、農場については明示の間答契約が要求されるとの区別がなされている。この法院判決については、スーヴ氏がその法院判決集『新選重要問題集』第2巻第1集第1章で伝えている。”(Corps, II, 231.)

portant ou amenant les meubles dans la maison, ou dans la ferme」というように第171条の趣旨をローマ法に引きつけて理解するならば、動産が持ち込まれるべきそのような「建物」や「農場」がそもそも存在しない以上、同条の「田園地帯の農場」には当たらないとされ、実際にそのような理由で本条を適用せず先取特権の成立を認めなかった高等法院「大審部法廷 la Grand Chambre」の判決（この法院判決の日付はラン慣習法の欠缺補充に関する法院判決と奇しくも同じである）が、リュシアン・スーヴ Lucien Soefve（生没年不詳）の『パリ高等法院の判決によって判断されたローマ法及び慣習法の重要な諸問題の新たな集成 Nouveau recueil de plusieurs questions notables tant de droit que de coutumes, jugées par arrests d'audiances du Parlement de Paris』（1682年初版）から引用されている。

先取特権約定の可否にせよ、「農場 fermes」の射程にせよ、それらがパリ慣習法よりもローマ法に多くの「衡平さ équité」と「合理性 raison」を見出すパリ高等法院の実務の下で初めて顕在化する問題であるという意味で、その検討は「フランス共通法 le droit commun de la France」の実像の把握に多くの示唆を与える。しかし、フェリエールにとってそれ以上に重要なのは、ラン慣習法の欠缺補充に関する1655年の法院判決が「フランス共通法」の概念との関係で有する象徴的意味合いであった。というのも、デュ・フレヌも指摘するとおり、高等法院がこの判決においてパリ慣習法第171条の拡張を認めなかったのは、「極めて明確かつ衡平であるためにその点について規定のない諸慣習法が依拠し自らを律することを望むであろうと考えられる共通法 le droit commun, qui est si expresse et si équitable, et à laquelle il semble que les Coustumes qui n'en ont point parlé se sont voulu rapporter et regler」が別に存在しているからであった。実際、フェリエールは、『注釈者集成』よりも遥かに規模が小さく簡便な内容の『新注釈』においても、第171条の「ただし家屋の所有者は toutefois les Propriétaires des maisons」という文言に付された注釈<sup>62)</sup>の中で本

62) “本条は前条の例外の一つであり、この例外によって、家屋や農場の所有者は、自らに支払われるべき当該家屋及び農場の賃料のために、当該家屋及び農場に存する動

判決を引用しつつ、「我々の慣習法は、この点において、共通法とも他の大半の諸慣習法とも異なっており、それ故、何も規定していない他の諸慣習法に対して我々の慣習法が拡張して適用されるのはこの場合許されない *notre Coutume en cela est contraire et au Droit commun, et à la plus grande partie des autres Coutumes ; c'est pourquoi elle ne doit pas être étendue en ce cas au autres qui n'en disposent pas*」と主張している。また、査閲文献である『学説彙纂法学』では、「債権者の優先権、及び、先行債権者の権利の代位について *De la preference des Creanciers, et de la subrogation aux droits des plus anciens*」と題されたその第20巻第4章（学説彙纂における表題は「質乃至抵当に

---

産について、借主の他の債権者に優先し、更に、賃料の支払いを最初に受けるために、他の債権者の訴えに基づく強制執行により既に他に移転されてしまった動産を追及する権利も有することになる。

本条から帰結するのは以下の諸点が導かれる。

I. 既に移転された強制執行された動産を追及するような先取特権は、都市の家屋の所有者と並んで、田園地帯の農場や家屋の所有者にも付与される、という点。これはローマ法の規定【学説彙纂20巻2章「如何なる場合に質乃至抵当は黙示に締結されるのか」第4及び7法文、勅法彙纂8巻14章「如何なる場合に質は黙示に締結されるのか」第7法文、同4巻65章「貸主訴権及び借主訴権について」第5法文】とは異なっており、ローマ法によれば、農場に存する小作人の動産は、抵当についての明示の合意がなければ、特別の抵当権の負担を課されて所有者の先取特権の対象となることはない。

このような相違の根拠は、所有者が地所の差押え可能な作物を介して賃料の支払いを受けるその確実さに由来しており、そのような作物について所有差は小作人の他の全ての債権者に優先する。これに対して、不毛でありそれ自体としては何も産出することのない都市の家屋にはそのような確実さは見出されない。我々の慣習法は、この点において、共通法とも他の大半の諸慣習法とも異なっており、それ故、デュ・プレヌが『法廷時報』第8巻第25章で伝えている1655年11月22日の法院判決でランの慣習法に関して判示されているとおり、何も規定していない他の諸慣習法に対して我々の慣習法が拡張して適用されるのはこの場合許されない。

フランスの一般的な慣行に従えば、動産が抵当権による追及の対象となることはない以上、本条のような場合について何も規定しない慣習法の下では、小作人によって農場に持ち込まれた動産上に農場の所有者が抵当権を約定したとしても無駄ということになる。”(Nouveau commentaire, I, 371-372.)

において誰が優先されるのか、及び、先行債権者に代位する者について Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his qui in priorum creditorum locum succedunt) が、フランス法上「動産について先取特権を有し、他の債権者とともに配当に与る債権者 les créanciers qui ont privilège sur les meubles, et qui viennent à contribution avec les autres」の一例として、「寄託者 le déposant」、「動産を売却した者 celui qui a vendu une chose mobilière」、「宿主 les Hôteliers」等と並んで、「所有者 le propriétaire」、すなわち、パリ慣習法第171条に基づいて「借家人や小作人から自らに支払われるべき賃料のために、家屋や農場に存する動産の価額上に pour tous les loyers qui luy sont deûs par son locataire ou fermier, sur le prix des meubles qui se trouvent occuper la maison ou la ferme」先取特権を有し配当に与る所有者を挙げており<sup>63)</sup>、その説明

63) <22. 動産に対する債権者の先取特権> 動産について先取特権を有し、他の債権者とともに配当に与るのは以下の者である。…

<27. 家屋に存する動産への所有者の優先権> VII. [パリ慣習法] 第171条によれば、所有者は、借家人や小作人から自らに支払われるべき賃料のために、家屋や農場に存する動産の価額上に、先取特権を有し、配当に与る。ただし、慣行が我々に教えるところによれば、所有者は、都市の家屋については三期分の家賃、小作地については、小作料の支払いは毎年行われるのが通常であるから、一年に限って、他の債権者に優先するに留まる。

<28. 小作地の作物に対する所有者の優先権> また同条により、所有者は、小作人に帰属する馬、家畜、動産について、他の全ての債権者に、彼らが先に差し押さえたとしても、一年分の賃料に限り優先するのに対して、地所の作物については、全賃料について優先することになるということは、ルエ氏が『重要法院判決集』Fの項第4章で伝えている1594年12月末日の法院判決で判示されたとおりである。

<29. 所有者は農場の賃料について小作人の動産に優先権を有するか> この我々の慣習法第171条は、田園地帯の家屋の所有者に、小作人の動産に対する先取特権を付与しているが、この点について何も規定していない他の諸慣習法へと本条が拡張されてはならないのは、デュ・フレヌによって伝えられているランの慣習法に関する1655年11月22日の法院判決によって判示されたとおりである。

このような優先権が、成文法地域においても、ローマ法【前述第20巻第2章「如何なる場合に質あるいは抵当は黙示に締結されるのか」第4法文】に従い、認められていないことは、黙示の抵当権に関連して既に述べたとおりである。

<30. 葬儀料は家屋賃料に優先するか> シャロンダその他のフランスの博士の幾

の中にも、本判決に依拠した「この点について何も規定していない他の諸慣習法へと本条が拡張されてはならない *cét article ne doit estre étendu aux autres Coutumes, qui n'en disposent*」との記述が見出される。更に、「フランス共通法」を条文形式で包括的に提示することを企図した『新慣習法提要』では、その第三分冊(1702年初版)の第4巻「訴権について *Des Actions*」第1章「抵当権及び抵当訴権について *Des Hypotheques et l'Action hypothécaire*」に属する第83条「所有者は、それを明示的に認めている慣習法の下でない限り、家畜その他のような小作人の動産乃至可動財産に先取特権を有さず、賃貸借契約に挿入される特約により成文法の規定に反する形でこのような先取特権を得ることもできない *Le Proprietaire n'a point de privilege sur les meubles et effets mobiliars de son Fermier, comme bestiaux et autres, si ce n'est en Coutumes qui le donnent expressément, et ne peut par Convention portée par le Bail se donner ce privilege, contre la disposition du Droit écrit*」の「それを明示的に認めている慣習法の下でない限り *si ce n'est en Coutumes qui le donnent expressément*」という文言に付された注釈の中でやはり本判決が援用されている<sup>64)</sup>。この第83条

---

人か、賃料が、借家人や小作人の動産の価額について、それらの動産上に所有者が取得する物的権利の故に、葬儀料や、医者、外科医、薬剤師の報酬や薬代に優先する旨主張しているけれども、既に何度もそれとは反対に判示されており、それが慣行でもある。その理由は、前述第11巻第7章「宗教的事項及び葬儀料、並びに、葬儀の挙行方法について」第43法文、すなわち、「最も重要なのは何が宗教のためになるかである」という法律家〔パピニアヌス〕の言葉から引き出される。

〈31. 修繕費は賃料に優先するか〉借家人に義務づけられている小規模の修繕を行った者が、家屋に存する動産について所有者に優先するのは、モントロンが『高等法院判決集』判決64として伝えている1590年のキリスト降誕祭に下された法院判決に判示されているとおりである。”(Jurisprudence, I, 463-465.)

64) “第83条「所有者は、それを明示的に認めている慣習法の下でない限り (b)、家畜その他のような小作人の動産乃至可動財産に先取特権を有さず (a)、賃貸借契約に挿入される特約により成文法の規定に反する形でこのような先取特権を得ることもできない (c)」

a. 学説彙纂第20巻第2章「如何なる場合に質乃至抵当は黙示に締結されるのか」第4法文、勅法彙纂8巻14章「如何なる場合に質は黙示に締結されるのか」第5法文、同4巻65章「貸主訴権及び借主訴権について」第5法文、法学提要第4巻第15章

は、上記第4巻第1章の第3節「債権者間の優劣について De la preference entre les créanciers」第1款「動産に対する先取特権について Des Privileges sur les meubles」に配置されていて、フェリエールが、先取特権と法定抵当権を組み合わせるローマ法、約定可能性を含めて動産抵当権一般に消極的なフラン

---

「特示命令について」第3節。家屋と地所の区別の理由は、家屋の所有者がその家屋を占有する借主の動産以外に賃料の支払いを受けるための担保を有していないのに対して、地所の所有者はそこから産出される作物に小作料の支払いのための担保を有している、という点に存する【学説彙纂2巻14章「合意について」第4法文、同20巻2章第7法文】。

b. パリ慣習法第171条は、所有者に支払われるべき地代債務のためにそのような先取特権を認めているが、この点について何も定めていない諸慣習法にこの規定が拡張されることはなく、それが本条に関する諸注釈者の共通意見でもあることは、ヴェルマンドワの訴訟事件目録に記載されランのバイイの判決を破棄した1655年11月22日の法院判決によって判示されているとおりであり、この法院判決では、国王代訟官代理タロン氏の陳述に即して、債権者は、彼に支払われるべき定期金未納額について、農場に存する動産や馬を最初に差し押さえれば、所有者に優先するとされた。

c. オザネ氏は、パリ慣習法第171条への注釈の中で、この点について何も規定していない諸慣習法の下では、所有者は抵当権を有していないが、抵当権を約定することは可能であると述べている。前条で既に検討されたとおり、市民法では動産も抵当に供され得るのであるから、この点について市民法の立場は明らかである。一方、フランスの慣習法地域の慣行によれば、ノルマンディーの慣習法を除いて、たとえ合意や約定によっても、それが如何なるものであれ、動産が抵当権の対象となることはない。もし農場について、「田園の地所に運ばれ持ち込まれたものに対する」抵当権を約定できたとするならば、動産を抵当権の対象にできることになり、抵当権の約定がこのような場合に有効であったならば、他の全ての場合にも有効であることになるが、理由の同等性に鑑みれば、他の債権者の犠牲の下にこのようことを認めることはできない。共通法によれば、破産の場合を除いて、動産を最初に差し押さえた者が優先されるので、所有者は合意を盾にその者に対して優先権を主張することはできないことになる。というのも、先取特権はある一定の場合に特有の権利であって他の場合に拡張不可能であるし【学説彙纂1巻3章「法律、元老院議決、及び、長期に渡る慣習について」第16法文】、そのような場合に先取特権の成否が個々の事情に左右されることはなく、先取特権の成立原因が欠けるならば、先取特権そのものも消滅する上【別書5巻40章「語句の意味について」第25節末尾】、先取特権は第三者を害し得ない「他人間の取り決め事項」である以上【勅法彙纂7巻60章「他人の間での取り決めや判示事項は別の者を害さないこと】、そのような合意は無効であるから。”(Nouvelle institution, III, 65-66. 引用は1702年パリ刊初版のテキストによる)

ス法の双方をふまえつつ、法定抵当権と先取特権とを統合する物的担保法の体系を志向しているのは明らかであるし、何より、本条の文言には、「慣習法 Coutumes」と「成文法 le Droit écrit」の融合というこの後百年かけて展開される「フランス共通法」の行く末が見事に表現されている。慣習法学は、諸慣習法の成文化がもたらした「法秩序（エウノミア）εὐνομία」<sup>65)</sup>に安住することなく、法院判決に提示されるフランスの法実務の最前線を常に取り込み咀嚼することで「共通法」の生成に寄与したのである。

(完)

---

65) Du Moulin, Oratio, 690.