

《翻 訳》

クロード・ド・フェリエールの慣習法論*

藤 田 貴 宏 (訳)

〈1. 慣習とは何か〉慣習とは、人民が黙示の合意を通じて承認し導き入れ、かつ、相当の期間に渡って遵守している慣行乃至法である：「慣行によって承認された法は書かれていなくても成立する。というのも、それに従う人々

* 以下は、クロード・ド・フェリエール Claude de Ferrière (1639-1715) の『新旧のあらゆるパリ慣習法注釈者 [、すなわち、デュ・ムーラン、シャロンダ、ショパン、トゥルネ、トロンソン、ゲラン、フォルタン、プロドー、リカール、オザネその他] の著作集成にして、新たな考察と諸最高裁判所の判決で判断された幾つもの問題によって補充され、他の諸慣習法との比較照合も加えられた、要するに、部長判事、諸審問部の判事、評定官、公証人、裁判所書記官の職務を奉ずることを望む全ての人々にとっては必要不可欠、また、弁護士、代訟官、助言鑑定人、建物鑑定人その他、法廷や裁判全体の関わるとの官吏にとってもこの上なく有益なもの Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la Coutume de Paris [: Du Moulin, Charondas, Choppin, Tournet, Tronçon, Guerin, Fortin, Brodeau, Ricard, Auzanet, et autres]; enrichie de nouvelles observations, et de plusieurs Questions décidées par les Arrêts des Cours Souveraines: avec les Conférences des autres Coutumes. Necessaire à toutes les personnes qui se veulent faire recevoir dans les Charges de Présidens, Maistres des Requestes, Conseillers, Notaires, Greffiers; et tres-utiles à tous les Avocats, les Procureurs, les Consultans, les Experts en fait de Bâtimens, et autres Officiers de toutes les Cours et Jurisdiction』全三巻 (1685年パリ刊初版、[...] 内は二刷時に付加) の第1巻の冒頭、パリ慣習法の逐条注釈に先立ち、当慣習法の表題「パリのプレヴォ区及び副伯領の慣習法 Coutumes de la Prevosté et Vicomté de Paris」への注釈という形式で慣習法一般を論じている箇所の試訳である。訳出にあたっては、1692年刊初版二刷のテキストを底本とし、本文の前に一括されている「要約 sommaire」は括弧 (〈1. …〉) を用いて本文の該当個所に振り分けた。パリ慣習法の改訂とルイ XIV 世の司法改革とを分岐点にフランス慣習法学の展開過程を三期に区分するならば (この点については「デュ・ムーランとコキークの慣習法論」獨協法学第78号の解題参照)、フェ

の同意によって確証された長期にわたる慣行は法律に匹敵するからである」
 【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「長期にわたる慣習とは何か」第1法文】。

リエールの慣習法論は、成文慣習法の欠缺補充といった実務的次元に定位して、ローマ法の援用に広く開かれた「フランス共通法 *le droit commun de la France*」を想定しているという点において、第3期を象徴する内容となっている（詳細は「フランス慣習法学とローマ法（2・完）」獨協法学第79号のⅢ参照）。なお、クロードの子クロード＝ジョゼフ *Claude-Joseph de Ferrière*（1666-1747/8年）が、『注釈者集成』の増補改訂第2版（1714年）を全四巻構成で公刊しており、そこには、パリ高等法院審問部判事やオーヴェルニュ地方総督を経てパリの民事代官をその死にいたるまで四十年近く務めたジャン・ル・カミュ *Jean Le Camus*（1636-1710年）の覚書が新たに盛り込まれるとともに（「故ル・カミュ氏の学識溢れる考察により補われた *enrichie des scavantes observations de feu M. Le Camus*」）、クロード＝ジョゼフ自身による相当の書き換えや補充がみられる。この表題注釈について言えば、旧版では単に通し番号が付されているにすぎなかった注釈全体が、<慣習法 *coutumes*>に関する「第一注釈 *glose premiere*」と<パリのプレヴォ区及び副伯領の *de la Prevosté et Vicomté de Paris*>に関する「第二注釈 *glose deuxieme*」に二分され、更に前者の「第一注釈」が、「1. 慣習法一般について *De la Coûtume en general*」、「2. フランスにおいて諸慣習法の成文化が行われたのはいつか、そしてそれはどのような仕方、如何なる理由から為されたのか *Quand est-ce que la Rédaction des Coûtumes s'est faite en France, de quelle maniere, et par quelle raison?*」、「3. 諸慣習法の權威について *De l'autorité des Coûtumes*」、「4. 諸慣習法間の相違の由来、我々の歴代国王の王令、並びに、フランスにおけるローマ法の運用について *De l'origine de la diversité des Coûtumes, des Ordonnances de nos Rois, et de l'usage du Droit Romain en France*」、「5. 諸慣習法に規定のない事件においては何に依拠すべきか *A quoy il faut avoir recours dans les cas qui ne sont pas exprimez par les Coûtumes*」、「6. 我々の諸慣習法の解釈と拡張について *De l'Interpretation et de l'Extension de nos Coûtumes*」（ここに言う「拡張 *l'Extension*」とは慣習法の域外適用による他地方慣習法の欠缺補充ではなくむしろ拡大解釈乃至類推の趣旨であり、その叙述は、諸慣習法をイタリアの都市条例に類比し制限法と位置づけることへの理念的な反駁という次元を脱して、拡張の準則と事例毎の可否を概観する実践的な内容になっている）の計六節に区分されている。ここに訳出した旧版との関係では、旧版第1番から第8番が第1注釈第1節、第9番から第20番が同第2節、第21番から第43番が同第3節、第44番から第73番が同第4節、第74番から第91番までが同第5節、第92番から第108番までは同第6節、第109番から第113番が第二注釈におおよそではあるが対応する（「フランス共通法」にかかわる第4節及び第5節については、表現や内容の変更がほとんど見られない）。

〈2. 慣習が確立されるにはどれほどの期間を要するのか〉慣習が確立されるための期間は一定ではなく、様々な状況や事柄の相違に左右される。また、慣習は、事実であるので、裁判官の裁量に委ねられる【ガイリウス『実務考察集』第2巻考察31】。

〈3. ローマ人は慣習乃至慣行に従っていたのか〉ローマ人は、彼らの法律以外に、慣行や慣習、つまり、書かれざる法を保持し、利用していたのであり、そのような法は地域によって様々であった【上記法学提要1巻2章第9節、学説彙纂1巻3章「法律、元老院議決、長期にわたる慣習について」第32、35、36法文。更に、同28巻6章「通常補充指定及び未成熟者補充指定」第2法文。この法文でウルピアヌスは、「両親が未成熟の子のために遺言を為し得るということが慣行によって確立された」と述べている】。ローマ人は、征服した諸民族に対してその民族自身の法律や慣習に従うことを許し、そのような法律は、「地域の慣行」、「属州の慣習法」と呼ばれた【学説彙纂25巻4章「母胎の検診と分娩の付添について」第1法文末尾[15節]】。

〈4. 全ての諸民族の間で慣習は用いられている〉あらゆる民族はどの時代にも自らの慣行や慣習を保持してきたのであって、慣習の保持はフランス人に限られた権利ではない。その理由は、如何なる民族も、自らの状態、習俗、気質により相応しく適合する事柄に従う傾向を常に有しているという点に存する。

〈5. 慣習は何に基づいているのか〉その境遇に一層相応しい生存の手段や日常の規範を手に入れるように人間に教える自然や理性によって、慣習は形成されたと言える。

〈6. 理性に反して採り入れられた慣行は悪習である〉仮に慣行が、理性、衡平、個々人の利益に反して導入されたならば、それは改められるべき悪習であって、法律としての権威を有することはない。テルトゥリアヌスは、『処女のヴェールについて』において、「何人も、時の経過、人に対する最良、地域の特権を真理に押しつけることはできない」と述べている。我々も本書の別の箇所において、「共通の錯誤は法をもたらす」という格言は如何なる趣旨であるか論じた。

〈7. 慣習は法律に似る〉慣習は、何が正しく何が不正であるかの準則であるという点において【学説彙纂1巻3章第2法文】、法律に似ている。

〈8. 慣習は国内に移住する者や外国人をも拘束するのか〉慣習は、これに自ら従っている人々だけではなく、国内に居を定めるに至った人々や、それぞれの用務のために入国する人々をも義務づける。

〈9. 慣習は、その成文化以前に、フランスにおいて法律の効力を有していたのか〉フランスにおける慣習の成文化以前に、それらの慣習は既に当地において法律の権威を有し、1278年の聖王ルイの王令に従って、裁判官は自らの判決を慣習と調和させるべく義務づけられていた旨、ベルフォールが述べている。

〈10. 慣習について争いがある場合、慣習は如何にして証明されたのか〉慣習の遵守に関して何らかの疑念が生じた場合、慣習調査団による審問を通じて慣習が証明された。というのも、ローマ人の下では、「証人かあるいは判決によって」、慣習が証明されたからである。すなわち、「証人による場合には、個々の市民への聴取ではなく、トリプス会、クーリア会、ケントゥリア会の何れかを通じた審問によって証明された」のであり、また、「かつて慣習について審理された際に、審判人の判決によって慣習が認定されたことがある場合には、当該判決によって証明された」のである【学説彙纂1巻3章第34法文】。

〈11. 慣習調査団の尋問という古来の慣行、及び、慣習調査団は如何にして生まれたか〉フランスの慣行では、高等法院は、慣習調査団の尋問が当地に赴く評定官によって為されるよう命じた。そこには、経験豊富な官吏及び実務家であってしかも当事者によって疑われたり忌避されていない者が召集され、評定官は、少なくとも十人の者から構成される二つの調査団、場合によっては三つの調査団において、調査団員との合議の上で面前で回答するそれぞれの調査団の最年長者の口を介して、彼らに尋問した。

〈12. なぜ慣習の成文化が命じられたのか；13. 成文化が命じられたのはいつのことか〉調査団による審問が信頼できないという事態もしばしば生じた。そのため、1453年にトゥールに召集された三部会は、国王シャルルⅦ世に対して、各都市の慣習を、その目的のために国王の権威の下に召集された聖職者、

貴族、第三身分から構成される地方の三身分の答申に従い文書に記録することによって、当該慣習につき何か争いが生じた場合には、裁判所書記官のための写しと文書原本との提示で裁判官に対し慣習を証明させるように要求した。以上の要求は、慣習の成文化を承けてそこに定められている事柄に反するような他の慣行を全て廃止する旨の1453年1月28日付けの公開王状によって聞き届けられた。

〈14. 成文化にはどの程度の時間を要したのか〉このような成文化には、国王シャルルⅧ世の死後およそ百年が費やされた。〈15. 最初に成文化されたのはどこの慣習か〉成文化された最初のもは、シャルルⅧ世により1495年にその権威の下で成文化されたポンテューの慣習であり、続くルイⅫ世の下で1507年から1514年にかけて成文化された慣習が幾つも存在する。そしてそのような成文化は、フランソワⅠ世統治の下で1518年から1539年にかけても行われ、アンリⅡ世やシャルルⅨ世の後にも続けられた。

〈16. 法律が廃止されるのは何故か〉これらの慣習の成文化以後も不十分な点が見出された。というのも、立法者たちは、自ら定めた法律に生じ得る不都合を予見できないからである。そのため、如何なる法律もしばしば廃止されるということになり、皇帝[ユスティニアヌス]も法学提要1巻2章第11節において、「国家が自らのために制定した事柄であっても、国民の黙示の合意や後に制定された別に法律によって変更されることがしばしばある」と述べている。〈17. 慣習法が改訂されたのは何故か〉成文化された慣習法の大部分が改訂されるに至ったのもこの理由による。〈18. パリ旧慣習法成文化、及び、同新慣習法改訂の時期〉パリの慣習法も1510年に成文化され、1580年に改訂された。

〈19. ルイⅪ世は、一つの慣習法、一つの度量衡を有することを望んだ〉フィリップ・ド・コミーヌが伝えるところによれば、ルイⅪ世は、王国内において、一つの慣習法と一つの度量衡が通用することを望んだとされる。

〈20. 唯一つの慣習法が通用することによる利便性〉プロワの三部会に出席したフランスの聖職者も、一般慣習法がフランスに一つだけ存在するということを要求した。デュ・ムーランは、慣習法の統一について著した論考におい

て、そのような統一が多くの利点のみをもたらす旨主張し、様々な論拠によってこれを証明しているが、主たる論拠は、それが濫訴を防止するための確実な手段となるという点に存する。この博士は言う。「管見によれば、これほど長い年月に渡って惨めにも、他の国々の人々を前に著しい不名誉となってフランスを混乱させ苦しめている際限のない訴訟の数と冗長さを削減し制限する手段は他にはない。というのも、法律や制定法の多さは、訴訟を制限できないどころかむしろ誘発することになるし、またそれを避けられるのは、それらの法律の複雑さではなく簡潔さ、衡平さ、明確さによってであることは、周知の通りであり、経験がそう教えているからである」、と。

〈21. フランスにおける慣習法とは何か〉フランスにおいて、慣習法とは慣習について文書によって成文化された法であって、それが確立された諸地方において法律としての権威を有するものである。〈22. 慣習法と慣行との違い〉従って、成文化されずまた法律の権威を有しないにもかかわらず遵守されている慣行とは区別される。

〈23. ローマ法において慣習法と慣行は区別されているか〉ローマ人において、慣習法、慣行、不文法は互いに同じ意味に解され、同じ事柄について用いられた。

〈24. 慣習法と慣行の関係は、ローマ人において成文法と慣習が置かれていた関係と同じか〉従って、フランス慣習法地域における慣習法と慣行は、ローマ人における成文法と慣習と同じ関係に置かれていることになる。つまり、フランス慣習法地域では、慣行にあたるものは慣習に、慣習法にあたるものは成文法にそれぞれ相当するのである。

〈25. 慣習法は成文法か〉ローマ法は成文法であり、慣習法もまた文書によって成文化された法である。というのも、法律と呼ばれるのは、国家の準則と方式に即して人民に向けて定められ公布され命じられるものに他ならないからである。

〈26. [ローマ] 法の下で慣習に対して認められている事柄はフランスにおける慣行にも当てはまるか〉ローマ人の法律の下で慣習に認められている事柄は全て、慣行に対して承認されねばならない。〈27. 慣習は法律を解釈する〉

ローマ法において、慣習は、法律としての權威を保持し、法律を解釈する権限を有している。というのも、ある法律が不明瞭で曖昧な文言で書かれている場合には、何よりもまず、何が遵守されているのか、そしてまた、当該法律が、判決や個人人間で行われる行為において如何に解釈されてきたかが考慮されるからである【学説彙纂1巻3章第37法文】。

〈28. 慣習は法律を解釈することによってこれを制限しあるいはその適用を免れるのか；29. 慣習は法律を廃止できるか〉慣習は法律を解釈することによってこれを制限しあるいは適用を免れ、更には、廃止することさえ可能である。というのも、後続の法律が既に制定されていた法律を廃止するのと同様に、慣習もまた、それが法律としての權威を保持し、命令、禁止、許容、処罰する権能を有している以上、法律を廃止することができるからである【学説彙纂1巻3章第7法文】。

〈30. 慣習は法律の役割を果たすか〉グラティアヌス教令集第1部第1区分第5教令によれば、慣習は法律が欠けている場合に法律の役割を果たすとされており、それ故、慣習が法律を廃することはできないように見える。しかし、当教令が妥当するのは、慣習が既に制定された法律に合致する場合であり、それは要するに法律が遵守されているということであって、そのような場合には、法律のみが考慮され、衡平や公共の利益といった論拠によって慣行が法律に対立する場合を除いて慣行に目が向けられることはなく、こちらの両者が対立する場合に、慣行が法律を廃し、慣行が法律以上の効力を有するのである。

〈31. 慣習は法律に反しても有効か〉制定され通用している法律に反して慣習や慣行が妥当することはない旨定める学説彙纂第47巻第12章「墳墓の破壊について」第3法文第5節は、法律の適用を免れる権能を有していない人々によって定められた条例に関するものと解される。他方、法律を制定した人々によってある慣行が取り入れられた場合には、そのような慣行は法律を廃するに十分である。というのも、立法者は黙示にこれを認めたと推定されるからである。

〈32. 慣習は法律よりも強い効力を有するか、有するとするならばそれは如何なる場合か〉勅法彙纂第8巻第52章「長期にわたる慣習とは何か」第2法文

には、「長く存続している慣習や慣行の権威は軽視すべきではないが、そのような権威が事理や法律を凌駕する限りにおいて重視されるに留まる」とあるけれども、これは、地方の住民の同意によって確認されていない慣行に関するものと解され、要するに、ある法律が存続し、通用し、運用されている場合には、ある地域である期間用いられている慣習が法律を廃止することは決してあり得ず、この場合、裁判では法律がそのような慣習に優先されねばならない。

しかし、法律が自ずと消滅し、もはや通用しておらず、その効力と権威を失っており、反対に取り入れられた慣行のためにもはや遵守されてはいない場合、この慣行は、法律を覆し廃するに至ったと推定される。それは、法律が権威を保持している場合であっても慣行には法律を覆す力が十分にあるからではなく、法律が用いられなくなるとともに、慣習が知らず知らずの内にもたらされ、時が経つにつれて法律に取って代わるからである。

〈33. 慣習法の成文化と改訂は国王の権威によってのみ為され得るのか；34. そのような成文化は如何にして行われるのか〉慣習法の成文化と改訂は、国王の権威の下、国王の名において、この目的のために国王が派遣する親任官団によってのみ為され得る。彼らは一定の期日及び場所に三身分を召集させるよう命令を発し、この命令に基づき三身分はその場所に参集し、欠席者には罰金が科される。次いで、旧来の慣習法が読み上げられ、親任官、官吏、そして、三身分の人々、あるいは、三身分の委託を受けた代議員の臨席の下に吟味され、彼らの意見と同意に従い、必要に応じて、変更、修正、補充、削除される。

慣習法が確定されると次に、三身分の代表は一定の期日に参集すべく命じられ、慣習法が全参集者の面前で大きくはっきりとした声で読み上げられ、その後、当地の国王代訟官補の請求により、欠席者には罰金が科された上、成文化が有益なものとなるように彼らも当該慣習法に服する旨宣言される。そして更に、親任官団により、当該慣習法が出席者と欠席者何れによっても当該地方の法律として尊重され遵守されるよう言明され命令される。そして、親任官団がこれを強制するに際、法廷弁護士、代訟官、助言鑑定人に対しては、今後、別の慣習法を主張したり論拠とすることが禁じられ、裁判管轄区域の官吏に対し

ては、当区域において別の慣習法を承認したり、慣習調査団に別の慣習法について尋問することが禁じられるのである。このような公示と親任官団の命令の日から慣習法は発効し、高等法院による更なる認証や公示は不要であるが、その後、慣習法 [を記録した文書] は登録と保存のために高等法院の書記官の手に委ねられる。〈35. 慣習法の改訂のために派遣された親任官団の権利について異議を申し立てあるいは上訴することは可能か〉もし領主や団体その他が慣習改訂中に幾つかの条項の内容について異議を申し立てようと欲する場合には、彼らはそうすることができるし、親任官団の命令について法廷に上訴することも可能であり、そうすれば自らの異議の論拠を陳述することができる。そして、後者の上訴の場合には、高等法院に訴え出て三身分と親任官団を出頭させることも可能であり、根拠の吟味を通じて上訴が認容される場合もあるが、異議を申し立てたり上訴しない者に対しては依然として慣習は有効なままである。

〈36. なぜ慣習法の成文化及び改訂に国王の権威が不可欠なのか〉国王の権威は、慣習法に効力を与え、慣習法を一種の法律にする。なぜなら、法律を制定する権利が主権の一つである以上、そのような権能を有するのは国王において他にはいないからである。この権能は領主等に委譲されたことは決してないが、第二王朝 [カロリング朝] の下で多くの領主がこの国王の権能を侵害していた。そこで今では、領主たちがその領地の慣習の改訂を行わせようと望む場合、この目的で諸身分を参集させるために公開王状を得るべきものとされている。

〈37. 人民は自らの慣習法の確定について選択権を有している〉慣習法の内容の選択や配置は人民に委ねられている。というのも、ここで重要なのは彼ら自身が公開の場での全員の同意によって確定した事柄に法律の権威を付与することである以上、この点についての選択を彼らに委ねるのが正義に適うからである。そしてまた、このようなやり方によって初めて、法律を確実にし安定させ、不使用や矛盾する慣行によって容易に失われることのないようにすることができる。なぜなら、人民の習俗や自然的気質が君主によって認証され権威付けられたからには、裁判官たちが、それらを維持存続させ、反対が生じること

を防ぐべく努めるのは当然の義務であるから。つまり、裁判官たちは、君主の権威と当該地方全体の利益を損なうこと無しには、これほど正当に定められた法に反する判断を下すことなどできないのである。

〈38. 慣習法は聖職者、未成年者、外国人も義務づけるのか〉慣習法は地方に居住する全ての者を義務づける。そして、『パリ慣習法注解』「賃租」の章注解第44番のデュ・ムーランの見解によれば、聖職者、未成年者、外国人もまた、明示的に適用を免除されていない限り、慣習法に服するとされている。

〈39. 如何なる期日に慣習法は法律としての権威を得るのか〉如何なる期日から慣習法が法律としての権威を得るのか、すなわち、慣習法が確定された日か、それとも、諸身分の会議において公示され記録された日かが問題となる。法院判決は次のような区別をしている。すなわち、人間の行為ではなく、専ら法律の条項に左右される事件である限り、慣習法は、三身分によって親任官団の面前で確定された時から、法律としての権威を取得し、その後に行われる公示は慣習法が確定された日に遡って発効するのである。

〈40. 三身分によって確定された時から慣習法が法律の権威を得る場合〉ルエ氏 [= 高等法院評定官経験者への敬称。以下同じ] 『パリ高等法院重要判決集』Cの項第20番、及び、ル・プレートル氏 『法院判決によって判断された重要法律問題集』第1集第55章は、[パリ高等法院の] 第五尋問部でのテュラン判事の報告に基づく日付不詳の判決について言及しており、この判決は、1571年9月7日にアミアンの司教代理ベクィニー殿の訴えにつき、アミアンの慣習法に関して示された大審部の先例に従っている。

ル・プレートル氏が前掲箇所でも伝えている別の判決によれば、それはリビエール判事の報告による1602年6月22日付けのラ・ビッシュ対ルスカロピエ事件判決であるが、そこでは、妻の固有財産の処分による代替物購入について、その処分が、「中間時に」、つまり、パリの慣習法が確認され確定された後ではあるが、当慣習法の公示と高等法院書記局への送付の前に為されたものであるにもかかわらず、区別無く判断された。

〈41. 公示の日から慣習が法律の権威を得る場合〉これに対して、遺言や取引乃至契約について導入された何か新たな方式や形式について争われている

合には、法院判決によれば、改訂された慣習法はその公示の日から発効し、各人の知るところとなる旨判断している。ル・プレートル氏は、この点について、1581年3月7日の法院判決に言及しており、この判決では、パリ慣習法の改訂後その記録前に為されたある遺言について適切かつ有効である旨判示され、当該遺言に関して、新慣習法によって求められている諸方式は全く顧慮されなかった。

〈42. 王令は如何なる期日から法律の權威を得るのか〉王令に関しては、前もって知ることができないという理由から、その公布の日から効力を生ずる。これに対して、地方の三身分の同意に基づいて慣習法が確定されたならば、例えば相続、遺産分割、財産処分能力その他のように人間の行為を全く要件としていない限り、新たに定められたそれらの法について未公示を理由に異議を申し立てることはできない。

〈43. 夫婦共有財産上の諸権利を規律する際には、婚姻時に存した旧慣習と、婚姻解消時に存する新慣習の何れに依拠すべきか〉婚姻によって結ばれた者たちの共有財産上の諸権利を規律する際に、婚姻締結時に存していた旧来の慣習法と、共有解消時に存する改訂後の慣習法の何れに依拠すべきかという問題が生じた。ルエ判事の報告による1587年10月17日付けの第五審尋部の判決では、同人の『法院判決集』前掲箇所Cの第6番の述べるところによれば、婚姻解消時に存する慣習法を顧慮すべき旨判示された。

夫婦共有財産に関する諸権利や分割について規律すべき法律は、前もってそのような権利を得ることがない以上、当該共有が終了して共有財産の分割が問題となる時点で効力を有している法律になるというのがその理由である。慣習法上の寡婦分その他、妻によって「慣習法にのみ基づき」主張される諸権利についても、妻の権利や訴権について何らかの明示の合意が存在しない限り、同じように解さねばならない。

〈44. フランスにおける慣習法の多様性の起源〉歴史家たちは、我々の慣習法にみられる多様性の起源を、古代ガリアに求めた上で、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にもかかわらず、その後、ローマ法が当地

に導入されるに至った、と主張している。

〈45. フランク人、ゴート人、ブルグント人によるガリアの分割〉ホノリウス帝及びヴレンティニアヌス〔Ⅲ世〕帝時代のローマ帝国衰退の下で、ゴート人、ブルグント人、フランク人といったゲルマン諸民族が、ガリアの諸地域に南下して、当地を複数の王国に分割するとともに、それぞれの状態、習俗、気質に応じて固有の法律を制定した。

〈46. サリカ法は誰によって制定されたのか〉サリ族と呼ばれるフランク人がサリカ法を制定し、この法律は四百を越える条文から成っている。

〈47. 歴代フランク王によるサリカ法の増補〉この法律はフランク王の第一及び第二の王朝の下で幾らかの増補が為された。

〈48. カピトゥラリアはいつ如何なる理由で制定されたか〉クローヴィスはキリスト教徒となり、キルデベルトとクロタールは宗教への配慮の下に異教信仰の影響が残る箇所を削除した。

シャルルマーニュは、その帝政の三年目、すなわち、キリスト救世の後803年目に、サリカ法に相当数の条項を付加して、そこに欠けていた事柄を補い、不要と思われる箇所を削除し、矛盾する箇所を調整した上で、それらの付加条項もまたサリカ法と見なされその権威を備えるべき旨命じた。

皇帝ルイ〔1世〕寛容王もこの法に幾つもの条項を付け加えた。

シャルルマーニュ、ルイ寛容王、シャルル禿頭王その他幾人かの王のカピトゥラリアがこのサリカ法に続いた。

シャルルマーニュは、三身分の召集を開始し、そこに司教及び大司教が参加した。そこでの審議事項は条項形式で文書化され、尚書長官の文書館に保管された。司教及び伯は、そこから抄本を得て自らの裁判管轄地において公示し、教区ミサでの説教に際して説示する義務を負った。それらの議決は簡潔に条文形式で文書化されたので、「章勅」と呼ばれ、章勅の集成は「カピトゥラリア」の名で呼ばれた。これらのカピトゥラリアは、バリユズ氏によるフォリオ判二巻組みの貴重な著作に収録されている。

〈49. フランク王国第二王朝の末期における公や諸侯による王国侵奪〉第二王朝の終わり、すなわち、十世紀の初め、王の権威は著しく衰え、公や伯は地

方や都市を侵奪し、それらの領主となった。彼らは、その領地の範囲において主権に基づくあらゆる諸権利を保持し、免税特権や免訴特権といった諸特権を付与し、更には、彼らによって分断された諸地方が王権の下に併合されることを妨げるため、領地内において独自の法律や慣習法を確立し、臣民たちがその固有の気質に従って暮らすことを許した。〈50. フランスの各地方に慣習法がもたらされたのはいつのことか〉このことは、その後の時代に、各地方に幾つもの慣行がもたらされる原因となった。こうして、地方間の違い、時には個々の都市の相違に応じて、大量の相異なる慣習法が生じるに至った。地方の一般慣習法や幾つかの都市や地域に固有の局地慣習法が生じたのはこのためであり、それはまた、サリカ法やフランク諸王のカピトゥラリアが無視され、結局は、反対の慣行によって廃されてしまった理由でもある。

〈51. フランスにおける裁判権保有領主の諸権利の起源〉財産没収権、相続人欠落財産取得権、庶子遺産取得権、度量衡決定権、占有離脱物取得権、無主物取得権、罰金制裁権その他、裁判権保有領主に帰属する諸権利の起源も以上の事情に存している。

〈52. 慣習法はフランスにおいて著しく増加した〉このような慣習法は最初は僅かな条項から成っていたが、時とともに発生する特殊な事件に応じて増加した。〈53. ローマ人の法律は当初は数が少なかったが、時とともに著しく増えた〉それは、ローマ人の法律が、当初は王法やクリア民会法から構成され、続いて十二表法、そしてその後は、公私にわたる諸事件の必要に応じてもたらされた法の他の全ての領域を包括するに至ったのと同じことであり、この点については、既に『勅法彙纂法学』の中で、この勅法集の序言や帝国公布令の役割を果たしているユスティニアヌスの三つの勅法への注釈として詳しく述べた通りである。これらの慣習法は、既にみた通り、その後成文化され、改訂もされている。

〈54. 第三王朝の歴代国王によって発せられた王令〉第三王朝〔カペー朝以降の王朝〕の歴代国王は王国全土において遵守されるべく、「王令」と呼ばれる一般的な法律を制定した。フランソワ I 世は大量の王令を発し、その後継者たる国王たちはこの点において彼を範とした。〈55. 王令の数は多いが不当に

も遵守されていない〉その結果、極めて多くの王令が存することとなり、不当にも遵守されていないなかったとはいえ、新たな王令を発し古いものを廃したのは賢明であった。

〈56. ローマ法は、[西] ゴート王の下、アキテーヌ [アクイタニア] やゴール・ナルボンヌ [ガリア・ナルボネンシス] において遵守された〉フランスにおけるローマ法の運用に関して言えば、王政の樹立以来、アキテーヌとゴール・ナルボンヌにおいてローマ法が遵守されたのであり、そこはかつてゴート人がその王国を建国した地であった。〈57. テオドシウス法典が国王アラリックⅡ世によって公布された〉すなわち、ゴート王の一人、アラリックⅡ世が、ローマ人の法律の編纂を行い、神の恩寵から数えて501 [506] 年、つまり、その統治22年目に、「テオドシウス法典」[を含む「西ゴート人によるローマ法典」] の名称で公布したのである。

〈58. ゴート人放逐後も旧ゴート支配地域ではローマ法が遵守された〉フランク人が [西] ゴート王国とブルグント王国に勝利した後も、当地でローマ人の法律が廃れたわけでは決して無いということは、例えば、イタリア [東ゴート] のテオドリック王の書簡に示されている。その書簡においてテオドリック王は、クローヴィスの勝利の後も、ガリアのゴート人全てがローマの法律によって統治されていることを知った喜びを表明している。

〈59. シャルルマーニュによって修正され改訂されたアキテーヌのローマ法〉アラリックの命令によって編纂されたローマ法典が、第二王朝の下で、シャルルマーニュによってアキテーヌの人々のために改訂され修正されたことは、テオドシウス法典 [西ゴートローマ法典] の序言の末尾に付加された一節に指摘されている。〈60. シャルルマーニュ統治下のフランスにおけるサリカ法及びローマ法の運用〉エジナルが書いているところによれば、この時代、フランク人は、ローマ法とサリカ法という全く異なる法律の規定によって規律されていたのであり、シャルルマーニュは、両者を調和させるために、自らのカピトゥラリアに幾つかの章を付け加えたとされる。

〈61. 幾人かのフランク王によるローマ法の推奨〉ルイ [Ⅰ世] 敬虔王はローマ法を人類のあらゆる法の母であり源であると認めた。

シャルル〔Ⅱ世〕禿頭王は、アキテーヌの人々や他の臣民の紛争を解決し調停するためにローマ法が用いられることを望んだ。

〈62. 第二王朝の末期、ローマ法はフランスにおいてほぼ完全に廃れた〉第二王朝の末期、フランスに生じた無秩序の故に、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ローマ法をほぼ完全に廃するに至った。その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。これは、ポンポニウスが我々に教える通り【学説彙纂第1巻第2巻「法及び全政務官の起源、並びに、法律家の系譜について」第2法文第3節「その後王が護民官の法律によって追放されると、これらの法律は全て効力を失う一方で、ローマ市民は、既に制定された法律ではなくむしろ不確実な何らかの法や慣習に従い始めた】、ローマ人において、王法の廃止後、十二表法の成立までそうであったのと同じである。

〈63. 十二表法の起源〉十二表法の起源に関しては、『勅法彙纂法学』第1巻の冒頭に述べた点を参照されたい。

〈64. ユスティニアヌスによってローマ法が編纂されたのいつのことか〉ユスティニアヌスによって修正されたローマ法が、第一及び第二王朝下のフランスにおいて通用することは全くなかった。この皇帝は、528年に、当時既に存在していた三つの勅法集から一つの勅法集を編纂すべき旨の命令を発したが、それは、フランク王国建国後まもなくのことであった。次の年、ユスティニアヌスは、編纂された勅法集を承認するための勅法を発し、「ユスティニアヌスの勅法彙纂」と命名した。そして、534年には、旧来の勅法彙纂に代えて別の勅法彙纂を公布し、旧来のものを廃止した。

533年には学説彙纂が編纂公布され、同じ年に、法学提要も編纂公布された。

この皇帝は、その後も、様々な時期に機会に応じて、「新勅法」と称される更なる勅法を、公事及び私事にわたって制定し、それらの勅法は「公撰集」と呼ばれる一書にまとめられた。

〈65. ユスティニアヌス没後のヨーロッパにおける学芸の消失〉この皇帝はコンスタンティノープルから帝国を支配した。その死後、東西両ローマ帝国を

蹂躪していた蛮族間の争いによって学芸はほぼ完全に消失した。〈66. ユスティニアヌスの法が遵守され始めたのはいつのことか〉その結果、あれほど多くの労苦によって編纂され、千百年以上にわたる歴史の所産であったローマ法の手帳は、皇帝ロタール〔Ⅲ世〕に治世、すなわち、1136年あるいはその頃に至るまで、六百年以上の期間に渡って闇に葬られたままであった。

この皇帝の治世に、プグリアのメルフィ市で聖職記録簿からユスティニアヌス関連の古文書が発見された。ロタールⅡ〔Ⅲ〕世は、イルネリウスの助言に従い、ユスティニアヌスの編纂した法が公的学校で教授され、代訴人において遵守されるよう命じた。

〈67. ユスティニアヌスの法がフランスにおいて公的に教授され始めたのはいつのことか〉ユスティニアヌスによって編纂されたローマ法は、その後幾らか経って、フランスにおいても国王の許可の下に公に教授され始め、1312年にオルレアン大学創立のために出されたフィリップ〔Ⅳ世〕端麗王の公開王状によれば、「朕は、我が王国の優良なる都市において世俗の法律並びに成文法の研究が自由に行われることを望む」、とある。

〈68. パリにおける教授の禁止〉フィリップ〔Ⅱ世〕尊厳王の時代の1219年に、既に、教皇ホノリウスⅢ世は、パリ大学における市民法の学位授与を破門の罰をもって禁じていた。フィリップ端麗王の公開王状には、「朕の先代たちは、パリにおける市民法の公的な教授を許さず、むしろ反対に、聖なる教皇座に破門の罰をもって禁じさせた」、とある。これは、ホノリウスⅢ世によるこの禁令がフィリップ尊厳王の要請によるものに他ならないことを裏付けている。

教皇グレゴリウスⅨ世は、この処置を支持して、教皇令集第5巻第33章「特権及びその消滅について」第28節にこれを収録した。

当該禁令は、その後、1579年のプロワの王令第89条においても以下のような文言で確認されている。すなわち、「朕は、パリ大学の汝等全員に対して、市民法の講義や学位授与を禁ずる」、と。この禁令は、更に、1629年のルイⅩⅢ世の王令第44条によって更新され、そこには、「朕は、大学関係者であるか否かを問わず、全ての者に対して、王令により承認された諸大学以外の場所で公に

講義すること、及び、わが優良なる都市パリにおいて市民法について講義することを禁ずる」、とある。

〈69. それはなぜか〉これらの禁令が発せられたのは、次のような政治的理由、すなわち、自分たちが帝国の臣下であると解される恐れがあるが故に、フランスの国王は、自らの王国の首都においてローマ帝国の法律が公に教授されることを許そうとはしなかったという理由による、と主張する人々がいる。

このような理由づけには説得力がないように思われる。というのも、もしそのような理由が当該禁令の動機であったならば、国王たちは他の諸大学においてローマ法が教授されることも許しはしなかったであろうから。他方、当該禁令が、パリ大学において依然盛んであった神学研究を奨励し、修道士や聖職者たちが神学から目をそらすのを妨げるためのものであり、それはちょうど教皇アレクサンデルⅢ世の下で1163年に開催されたトゥール公会議において、自然学と世俗の法律、つまり、医学と市民法を研究したり教授するために修道院の外に出ることを修道士たちに禁じたのと同じである旨主張する人々もいる。

〈70. 全ての法科大学並びにパリ大学におけるユスティニアヌス法教授の再開〉しかし、現国王は、王国の全ての法学部、及び、パリの法学部における市民法の地位確立に向けた王示を発令した。当王示の冒頭、国王は、市民法が法学のあらゆる諸原理の源であり、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ということを、次のような言葉で承認している。すなわち、「判決の不確かさが我が臣民の利益を害し、その原因が専ら、市民法の研究がフランス全土において百年以上にわたって全くといってよほど顧みられず、市民法の教授がパリ大学において中断されたままであることに存すると考えられる以上、云々」、と。

〈71. ローマ法は、ユリウス・カエサルの時代以来、イタリアに隣接するフランスの諸地方で厳格に遵守されてきた〉ガリアを征服したユリウス・カエサルの時代以来、ローマ法は、イタリアに隣接する諸地方及びアキテーヌにおいて、他の諸地方よりも厳格に遵守されてきた。〈72. 成文法地域でのローマ法遵守に関する公開王状〉それは、これらの諸地方が、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

ていたからである。ドーフィネ、プロヴァンス、ラングドック、ガスコーニュ、リヨネ、オーヴェルニュ、その他幾つかの隣接する諸地方がそのような地方にあたる。デュ・ティレは『フランス王令集』において、これらの諸地方の住民に宛てたフィリップ〔Ⅲ世〕剛勇王の公開王状と、1304年及び1312年のフィリップ〔Ⅳ世〕端麗王の公開王状について言及しており、それらの王状によってローマ法を法律として遵守することが許されたのである。

〈73. 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か〉フランス慣習法地域において、ローマ法がこれまで法律の効力を有してこなかったのは確かである。フランスの国王たちは、ローマ人の法律にそのような権威を付与することを望まなかった。〈74. この問題をめぐりリゼ氏とド・トゥー氏の見解の対立〉相次いで当〔パリ〕高等法院長となったりゼ氏とド・トゥー氏の間、ローマ法はフランスの共通法であるか否かをめぐって大論争が生じたのはそのためであった。リゼ氏はこれを肯定したが、ド・トゥー氏は、反対に、諸慣習法がフランスの慣習法地域の共通法であると考え、ローマ法を「書かれた理性」と呼んだ。

〈75. 王令及び慣習法に反してローマ法を援用することを禁ずる諸王令〉ド・トゥー氏の見解が優れており、ローマ法がフランスの慣習法地域で法律としての権威を持たないことに疑問の余地はない。古い王令、すなわち、1277年のフィリップⅢ世の王令や1304年のフィリップⅣ世の王令は、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ている。ローマ法を盾に王令や慣習法に異議を唱えることを弁護士に禁じる古い法院判決もある。

〈76. この問題をめぐって対立する諸博士〉デュ・ムーランは『パリ慣習法注解』第1章第110番においてこの見解に与している。すなわち、「我々が、ローマ法から、衡平に合致し、問題となっている事柄に相应しく有用であると考えられる点を借用するのは、偉大なユスティニアヌスやその後継者たちに服従してきたからでは決してなく、ユスティニアヌスの権威の下で賢慮溢れる人々によって整序された法が、非常に衡平かつ合理的であらゆる面において完全であるために、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からである」、と。

我々の諸慣習法の学識深い注解者の一人であるコキユが『ニヴェルネ慣習法』の序文において述べているところによれば、ローマ法は、フランスにおいて法律としての形態を備えているわけではなく、ローマ人たちが、戦争の遂行のみならず、平時に人民を統治するための良き法律の制定についても傑出していたという点に鑑み単に理性として考慮されているにすぎず、それ故、我々は国王の勅令や慣習法に規定が欠けている場合にローマ法を用いるべきであるとされる。

モルナクは、学説彙纂第1巻第1章「正義及び法について」第9法文の考察[『フランスの法廷実務に照らした学説彙纂及び勅法彙纂の考察』]において、争われている問題について当地の慣習法や近隣地方の慣習法に何も定められていない、「そのような場合に我々は共通の法たるローマ法に助けを求めてきた」と述べている。

ル・プレートル氏は『重要法院判決集』第3集第85章において次のようなデュ・ムーランの見解に与している。すなわち、ローマ法はフランスの共通法ではなく、ある慣習法の欠缺に際しては近隣地方の慣習法の規定に依拠すべきであり、その理由は、フランスでは諸慣習法が共通法であって、当高等法院においてそうすることが衡平に合致し争われている問題の解決に相応しいと認められているとおり、いわば理性としてそのような近隣地方の慣習法を利用すべきであるからだが、当地の慣習法のみならず近隣地方の諸慣習法もまたそのような問題について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、と。

シャロンダは、『フランス法助言解決集』第3巻のレ・メールの王示にふれた第87章において同じことを述べており、ダルジャントレの『ブルターニュ慣習法注解』第20章第3番も同じ見解である。

ロワゾーが『抵当による財産放棄委付論』第2巻第6章第5番及び第6番において述べるところによれば、諸慣習法に規定されていない事案はフランスの共通法であるローマ法の規定に従って判断されるべきだというのが当時の高等法院の準則であり、パリの慣習法の解決を他の諸慣習法に及ばず前にまずロー

マ法を吟味すべきであって、ローマ法にフランスの一般的慣行に反しないような問題の解決が含まれているならば、パリの慣習法に拘泥することなくローマ法の規定を順守せねばならず、このことは、パリ慣習法の改訂に際して追加された諸条文についても、それらの条文がたとえや高等法院の判決に基づいて追加されたものであるにせよ当てはまる、とされる。

ピトゥー氏は、その著書『モーゼ法とローマ法の比較対照論集』を最高法院長ド・トゥー氏に献呈した際に、「ローマ人の法律の偉大さを、我々は、それらの法律の権威や命令ではなく合理性と衡平さのために受け入れられる事柄以外は我々の下で通用する余地を認めないという仕方、積極的に維持すべきである」、と述べている。

国王代訟官長代理のマリオン氏は、1578年にアランソンの最高法院の開廷に際して行った建白の中で、「我々は徐々にローマ法を尊重するようになっているけれども、それが法律とみなされるほどの効力を我々の下で有しているわけではない。というのも、我々は、ローマ法の隷属者ではなく、その合理性の故に受け入れているのであるから云々」、と述べている。

リカール氏はその『贈与論』第45番において述べるところによれば、我々は、市民法を、服従を強いられるような無条件の法律として捉えているわけではないが、その合理性は承認しており、それが、これまでこの世に存していた中で最も明敏な法学上の知性の持ち主たちの見解から成るが故に、我々の慣行がそれを我々に許す限りにおいて、我々は彼らの判断に依拠して、我々の判断を彼らの判断に調和させるのだとされる。

他の慣習法注釈者や法院判決解説者についてこれ以上この場で言及するのは避けることにするが、彼らの中には、ローマ法を、各地の慣習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考えた人々がいる一方で、『アンジュー慣習法注解』の序文でのショパンのように、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考えた人々もいる。

慣習法や王令の欠缺に際して従うべく義務づけられるという意味でローマ法

がフランス法の共通法であるとする人々の見解には、我々は従わず、我々の裁判を可能な限り一致させるべき理性や衡平としてローマ法を捉えることとする。これは、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そのあり方と同じである。

〈77. 諸慣習法は如何なる意味においてフランスの一般法であるのか〉フランスの諸慣習法がフランスの一般法であるというのは、ある慣習法が他の地方においても法律としての權威を有すべきであるとの趣旨ではないし、そのような観方は、多くの人々によって支持されてはいるけれども、馬鹿げている。というのも、慣習法は、それが国王の權威の下に当該地方の三身分によって確定されたが故に、その地方で法律としての權威を得るにすぎないからである。ここから導かれるのは、ある問題の解決に関して各地の慣習法に規定が欠けている場合、そ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氣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。

〈78. パリの慣習法は他の諸慣習法の下で法律としての役割を果たすのか〉しかしながら、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は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旨主張する人々もいる。彼らはこの見解を、当慣習法の改訂された諸条文が、事案の深い理解に基づき下された高等法院の諸判決をふまえており、それ故また、極めて衡平であると解される以上、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という点によって裏付けている。これは先に引用した箇所におけるコキューの見解である。

ブギエ氏がその『法院判決集』Cの項第9番において述べるところによれば、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とされている。従って、この論者は、市民法がパリの慣習法や近隣地方のそれに優位すると考えていることになる。

シヨパンはこのパリ慣習法に関する書〔『パリ市民の慣行及び制度について』

て]」第1巻第3章第5番で当慣習法の改訂者たちについて言及する際に、「彼らは法律を王国全体のために書き留めたと考えられる」旨述べている。

ブロードーが[『パリ慣習法注解』の中で]「パリのプレヴォ区及び副伯領の慣習法」という語句について論じるところによれば、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、例えば、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のように、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についてはとりわけそうであるとされる。ただし、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お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く、そのような場合には、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ているとする。

更にブロードーによれば、パリ慣習法には、[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も含まれており、それらの条文を他の慣習法に拡張することは許されないとされる。

デュ・ムーランの[『パリ慣習法注解』]第1章「封について」注解第2番は、パリ慣習法が「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」と述べている。そしてこれは、当パリ慣習法に関する[『パリのプレヴォ区及び副伯領の慣習法』]序文におけるトロンソンの見解でもある。

国王アンリ三世の治世に成文化されたカレー慣習法第22条には、封に関する権利や封について今後生じ得る争いについてはパリ慣習法が範とされ遵守されるものとする旨規定されている。

〈79. ローマ市の慣行は、ローマ帝国内の他の諸都市においても、当地固有の慣習が欠ける場合に遵守された〉法律家ユリアヌスは学説彙纂第1巻第3巻

「法律、元老院議決、及び、長期にわたる慣習について」第32法文において、成文法の欠缺時に如何にして問題を解決すべきかとの問いに対して、地域の慣行に従って解決し、それも欠けている場合には、近隣地域の慣行を参照し、そのような慣行が全く存在しない場合には、ローマ市において遵守されている慣習を参照すべき旨解答している。すなわち、「成文法を用いることのできない事件については、慣行や慣習によって指示されている事柄が遵守されなければならない、当該問題についてそのような事柄が欠けている場合には、それに最も近くかつ整合的な事柄が遵守され、そのような事柄が全く明らかではない場合には、ローマ市が用いている法が遵守されるべきである」、と。

学説彙纂序論「学説彙纂の構想について」第10節において皇帝[ユスティニアヌス]は、同じ問題について、法律や地域固有の慣行が欠けている場合に、ローマ市の慣行に従うべき旨命じている。すなわち、「ところで、古い書巻に示されている法律が不使用に帰している場合、余は汝等がそれらの法律を用いることを決して許しはしない。というのも、余は、裁判官の地位のある人々が最も頻繁に用いる法律か、あるいは、かの豊饒なる都市[ローマ市]の長年の慣習によって確証されている法律のみを遵守することを望むからである。これはサルウィウス・ユリアヌスの著述に従ったものであり、そこでは、全ての都市が世界の首都であるローマの慣習に従うのであって、ローマが他の諸都市に従うのではない旨述べられている」、と。

以上のような諸権威は何れも、パリの慣習法が他の諸慣習法の下でそれらに規定されていない事案について拡張されるべきであるという点について私を納得させることはできない。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こと、そしてまた、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、[パリ] 高等法院が、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規定を選択するという具合に、その判断及び判決を自らがより公正で衡平と解する点によって根拠付けていること、がその理由である。

〈80. 当該地方の慣習法に欠缺がある場合に、パリ慣習法、近隣地方の慣習法、ローマ法のいずれに従うべきかという問題をめぐる法院判決の様々な対

応) 未規定の事案について、ある場合にはパリ慣習法を他の諸慣習法に拡張し、また時には近隣地方の慣習法を、更に別の場合にはローマ法を優先させている高等法院の諸判決をこのような仕方と調和させるのは容易である。例えば、パリ慣習法の第171条が他の諸慣習法へと拡張されることはなく、該当箇所でも述べた通り、高等法院は、当条文で扱われている事案にとってより衡平なものとしてローマ法に従っている。また、同第293条については、遺言適齢が何歳かに関してパリ慣習法の規定がローマ法よりも合理的であると考えられており、そのような理由から、幾つかの法院判決において、遺言適齢について定めていない諸慣習法の下ではパリ慣習法に従うべき旨判示されている。ただし、これとは異なる法院判決も幾つか存在しており、それらに関しては当該条文について述べたところを参照されたい。

読者は、それをめぐって高等法院が時にローマ法に従いまたある時にはパリ慣習法に従っているような当慣習法の諸条文に関して更なる事例に見出すことであろうし、そのような事態は、ローマ法がフランス慣習法地域において法律としての権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権威を有さず、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、という点に由来するのである。

〈81. パリ慣習法の欠缺に際してオルレアン慣習法に従わなかった法院判決〉パリ慣習法の下で、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という問題が生じた。[パリ高等法院の] 大審部における1663年2月23日の判決では、過去に異なる判断を下した判決が幾つも存在し、なおかつ、[近隣地方の] オルレアンの慣習法がその第320条において、当条文に「男系の姪は、その父に代わって、亡くなった叔父を、当該叔父の兄弟、つまり、当該姪の叔父とともに承継する」とあるように、明文をもって当該問題を姪に有利な仕方と規定しているにもかかわらず、国王顧問会議における職位に関して、姪は叔父たちによってその職位の承継から排除される旨の判断が下された。

慣習法がある問題について規定していない場合、近隣地方の慣習法に依拠せねばならないとするならば、パリ慣習法に規定の漏れている事案に関しては、オルレアンの慣習法に規定が存する限り当然それに依拠すべきであろうし、当慣習法がパリの慣習法の三年後に同じ改訂者たちによって改訂された点に照らせば尚更そうであろう。

〈82. 王令はフランスの共通法か否か〉 以上のような解決は、王令と諸慣習法の何れがフランスの共通法かという問題について判断を下す際にも役立つ。シャルル・デュ・ムーラン氏が『パリ慣習法注解』第1巻「封について」注解106番において述べているところによれば、フランス法について十分な知識を有していない人々は王令がフランスの共通法にあたると考えているが、彼らは大変な思い違いをしており、王令は、王国全体に対して一般的効力を及ぼしてはいても、フランスの共通法にはあたらず、そのような優位を保持しているのはむしろ諸慣習法であり、相続や婚姻その他、フランス慣習法地域に固有でローマ法には知られていない事柄を古来規律してきたのは諸慣習法である以上、それらの慣習法がフランス人の固有法でありまた共通法でもある、とされている。

〈83. デュ・ムーランによって退けられたルビュッフの見解〉 上記のような見解を主張していたとしてデュ・ムーランがルビュッフを批判するのが正当であるとは私には思われない。というのも、このような問題は名称の問題にすぎず、ローマの皇帝の勅法がそうであったように【法学提要第1巻第2章「自然法、万民法、及び、市民法について」第6節】、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のは確かである。〈84. 王令は如何なる意味においてフランスの一般法であるのか〉 しかしながら、王令は先にふれたような無数の事柄について全く規定しておらず、我々の諸慣習法によってそれらの事柄が規定済みである以上、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。

〈85. 諸慣習法はそれぞれの通用地域以外では法律としての權威を有しない〉 諸慣習法について言えば、それらが確定された諸地方において法律としての効力を有するにすぎず、他の諸地方に対しては効力を及ぼすことはない。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のである。

〈86. ローマの法律の衡平さ〉とはいえ、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は認めざるを得ない。ローマ人の法律は、古代の極めて偉大な人々によって、自然的な理性、そしてまた、衡平に基づく諸原理にのみ則って定められたので、彼らの判断の大多数はそれを上回るのがほとんど不可能なほどである。

法律家たちの解答が非常に公正であるように思われ、ローマの皇帝たちも彼らの解決の衡平さに深く感銘を受けたが故に、彼らの判断に異議申立ての余地を認めようとしなかった【法学提要第1巻第2章第8節】。

法律家たちの解答は千年以上前の著述であり、その公刊から現在まで11世紀以上の年月が経過しているけれども、それらは古びることなく、効力や有効性を全く失っていないし、理性というそれらの原理は、世の変化にも頹廢にも屈せず、要するにそれは、神が人類を照らす神性の光であって、そのような光はあらゆる諸民族を等しく照らすのである。

〈87. 理性に基づかない法律は長くは存続しない〉このような理性や衡平が法律や判決の基準となるべきであって、別の基礎を拠り所とする法律や判決は長続きしない。つまり、「衡平は法や習俗の物差しであり、建物やその他の物の構造上の欠陥が物差しによって判定されるように、衡平が、書かれた法や人間のあらゆる行為や習俗について判定を下すのである」。ローマ法があらゆる諸民族に普及し、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のはこの理由による。

〈88. 王令の内容は如何なるものか〉フランスの国王による王令は主として裁判上の手続や措置を規律するために発せられる。〈89. 慣習法の内容は如何なるものか〉一方、慣習法が扱う事項もごくわずかであり、それらの大部分はローマ法では知られていない事項である。ローマ法が扱うのは、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である。従って、それらの

事項について知るためにはローマ法の助けを得る必要がある。〈90. 王令及びローマ法を「フランスの共通法」と称し得るか〉ローマ法がフランスの共通法であると言われるのはこの意味においてであるが、裁判官たちは法律のようにローマ法に従う義務はない以上、それは適切とはいえない。また、ローマ法が王国の諸大学において教授されているのも上記のような理由による。

また、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るという理由ではなく、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が故に、慣習法に見出される事柄は当該事項について定めのない近隣地方の慣習法に拡張されると解すべきとの理由から、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。周知のとおり、近隣地方の慣習法は、むしろ非常に異質であるために互いに拡張の余地がない場合が多い。

〈91. 王令は慣習法の適用を免除する〉王令がそれと異なる諸慣習法の適用を免除することに疑いはない。なぜなら、法律を制定し得る者は適当と考えるときにそれを改廃できるからであり、王令は、たとえ免除条項について触れていなくとも、王令が一般的効力を有し、王国全体において遵守されるべく発せられるものである以上、諸慣習法の適用を免ずるからである。これは諸博士に共通する見解であり、諸法院判決も、『パリ高等法院重要判決集』のDの項第25番でルエ氏やブロードー氏によって指摘されているとおり、同様に判示している。

〈92. 諸慣習法は厳格法に属するか否か〉諸慣習法は、厳格な成文法に属するために、ある事例から別の事例へ、ある人から別の人へ、ある物から別の物への拡張適用が許されないか否かが、諸博士の間で大きな問題となっている。通説は、諸慣習法は制限法であり、拡張適用に服することはないものである。諸慣習法は、裁判官たちにとってそれらがあまりに厳格であるように見える場合であっても、それらを遵守し、自らの判断をそれらに一致させる義務が裁判官にあるという意味において、厳格法と称することができる。すなわち、聖アウグスティヌスの『キリスト教について』によれば、「制定された法

律について査定することは裁く者たちに許されておらず、実際に彼らに委ねられているのは、法律について判断するのではなく、法律に則して判断することだけである」とされ、勅法彙纂第3巻第1章「裁判について」第9法文の新勅法抜粋引用文には、裁判官は「あらゆる[手段を通じて]法律や習俗に合致する判決を下さねばならない」とある。ただし次のような区別は必要である。すなわち、裁判官は、未だ文書によって成文化されていない慣行があまりに厳格かつ過酷であると考えられる場合、当該慣行を修正し衡平に従って判断できるが、我々の慣習法のように既に成文化された法律については如何なる変更も加えることはできないのである。キュジャースも『封について』第2巻第1章において、「文書によって公に示された事柄については、たとえそれが非常に過酷であるように見えてとしても、審判人は、例えば、学説彙纂第40巻第9章「解放されても自由とならないのは誰が誰に解放された場合か、及び、アエリウス・センチウス法について」第12法文や勅法彙纂第9巻第9章「姦通及び不品行に関するユリウス法について」第32法文に見えるユリウス法の過酷さの場合のように、書かれた事柄から離れることはできない。しかし他方で、文書によって公に示されていない事柄については、書かれていない法よりもむしろ衡平を裁判官は重視すべきである」、と述べている。これは、キュジャースによって引用された上記第12法文に関する[ドニ・]ゴドフロワの見解でもある。

〈93. 慣習法の条文はどのように解釈されあるいは廃止され得るのか〉ところで、慣習法は、長期にわたる慣行を通じてもたらされるのと同様に、不使用や異なる慣行によって廃されることがあり得る。例えば、当[パリ]慣習法第98条は、注釈者たちの一致した見解によれば、もはや通用してない。他の諸条文も、時の経過する内に、別の趣旨、しかも、その明確な規定とは異なる趣旨において遵守されている。国王が慣習法を解釈できるように、諸最高裁判所もそのような権限を有している必要がある。実際、第283条その他の当慣習法の幾つもの条文について高等法院が解釈を加えているのは周知の通りである。確かに、諸慣習法が当該地方の三身分の一致の下に確定されるものである以上、「法律の解釈はそれを制定した者の権限に属する」という道理に照らせば、そ

の解釈に際して三身分の助力を得ることが必要と言うべきかもしれない。しかし、そのようにすることの困難さの故に当該権限は諸最高裁判所に委譲されている。これは、ローマ人において、共和政の下で法律を制定するためにローマ市民を召集することに伴った困難さの故に、市民の許諾が無くてもそれを行う機会を元老院に与えることになったのと同じである。

〈94. 諸慣習法はローマ法と同じように解釈される必要がある〉諸慣習法が拡張適用を許さないと主張すること、それは私から見れば受け入れがたい命題のように思われ、我々の諸慣習法はローマ法と同じように解釈されねばならないという通説に反するものと解される。ローマ人たちが彼らの法律の解釈のために用いた諸準則が、我々の諸慣習法の解釈にも適用可能でありまた適用されねばならないという点、そして、我々の諸慣習法がローマ法に比べてより制限的で厳格な法であるわけではないという点を示すことは容易である。

〈95. 法律の趣旨は規定されていない事例への拡張適用に寄与する〉法律の解釈のための主たる準則は法律の根拠や趣旨に基づいており、そのような根拠や趣旨は法律に規定されていない事例に当該法律の解決を当てはめる理由となる。また反対に、制定の根拠や趣旨が一致しない場合には、法律の規定は適用の余地を失う。〈96. 法律は全ての事例を規定することはできない〉「全ての事柄を漏らすことなく法律や元老院議決の中に規定することは不可能であるが、それらの趣旨がある事件において明白に見出される場合には、裁判権を行使する者は、類似性に応じて裁判を行い、法を宣明せねばならない」という学説彙纂第1巻第3章第12法文の規定はこの点を述べたものである。また、続く法文〔同第13法文〕もこの法文で述べられている点に似た解決を提示している。すなわち、「法律によって何かがあればこれ導入される度、同様の便益に向けられた他の事項を、解釈、あるいは、少なくとも裁判によって補充する良い機会が訪れる」、と。法律は日常に生じ得る全ての事例を規定し解決することはできない。これは法律の欠陥でも立法者の過ちでもなく、むしろ、絶えず無限へと近づく事物の本性の帰結であって、法律も立法者も平等と正義を保持する以上の目的を有していないのであるから、法律が定めなかった事柄を解釈の助力を得て補充し、衡平と正義の諸準則に従って法律を制限しあるいは拡張するため

に、解釈は不可欠なのである。

〈97. 規定された事例から規定されていない事例への拡張は如何にして為し得るのか〉拡張が行われるのは、そのように規定するのが法律の意図であり、法律がそれについて予期していたならば同じようにそれを解決したであろうと推定されるからである【勅法彙纂8巻55章「贈与の撤回について」第7法文】。また、このような解釈によって黙示に解決されている事例は、明示に解決されている事例と同じ効果を伴う【学説彙纂1巻3章第32法文、同12巻1章「確定物訴求時の貸与物及び不当利得返還訴権について」第3法文、同45巻1章「言語による債務関係について」第94法文】。根拠は法律の魂であるから、根拠が無くては法律は不正であり存続し得ない。従って、法律に根拠が盛り込まれている場合や根拠が明白な場合には、それに従い法律を拡張適用するためにそれを用い、根拠が見当たらない場合には、根拠を探究せねばならない【学説彙纂2巻14章「合意について」第40法文3節】。

〈98. 拡張適用が及ばない事例〉このような準則は、上記箇所〔学説彙纂1巻3章〕の第14法文に「しかし他方で、法の根拠に反するような事柄はその帰結にまで導かれるべきではない」と書かれ、次の〔第15〕法文に「法の根拠に反して企てられた事柄に関しては法の準則に従うべきではない」とあるような例外を許容する。何か特殊な理由によって設けられた規定について拡張適用が為されることはない。

〈99. 再婚に関する王示の夫への拡張適用〉この準則の適用例として、我々は、パリ慣習法の第279条と再婚に関する王示を挙げることができる。これらは、専ら女を対象に、その女が再婚相手のために行うかも知れない莫大な贈与を抑制し削減する趣旨で考えられたものであるが、諸法院判決は、これらが、再婚する男に対しても同様の効果を生じるべき旨の判断を下している。

その根拠は、「同じ理由が存するところには、同じ判決、従ってまた、法律の拡張が存するべきである」という点にある。子連れで再婚する女による利益提供の削減がこの慣習法及び王示によって企図されているのは、再婚する女が、再婚相手の利益のために、自分の子の犠牲の下に、過剰かつ異常な処分行為によって、自らの財産を処分するのを妨げるために過ぎない。このような理

由は再婚する男についても変わらず当てはまるので、明示された人から言及されていない人への拡張が為されねばならない。

〈100. 人から人への拡張の例〉ある人から別の人への拡張解釈が行われるもう一つの例として、我々 [パリ] の慣習法第7条が挙げられる。

〈101. 物から物への拡張の例〉既得固有財産及び後得共有財産とのみ定める上記第279条は、判決によって、動産や可動財産にも適用されており、ここでは物から物への拡張解釈が行われている。

我々の慣習法には、父から母へ、父母から祖父母へ、男から女へ、男子から女子へとといったように、法律の根拠がそれを要求する場合に、拡張適用を許すような条文が幾つも含まれている。

〈102. 法律の根拠が妥当しない場合にはその規定も適用される余地はない〉法律の根拠が妥当しないならば、その規定が適用され効力を発することもないという点は、例えば、学説彙纂第24巻第3章「婚姻解消時に如何にして嫁資は返還請求されるか」第64法文第9節に、「法律が夫とその相続人にのみ言及し、義父や義父の相続人については法律に何も書かれていないので、ラベオーはこれらが省かれている旨指摘している」、とあるとおりである。

〈103. 原則として自然死から民事死に拡張されることはない〉同様に、パリ慣習法の第256条の「夫の死亡日から」という文言は自然死に関するものであり、民事死とは関わりないと解される。その理由は、寡婦分が、我々の諸慣習法によって、妻を対象にその損失を慰めこの者に生活資金を与えるためにその夫の財産に関して用意された利益であるという点に存する。このような理由が民事死に当てはまらないのは、民事死の宣告にもかかわらず君主の命令文書による夫の権利回復を期待し得るからである。

〈104. 当該拡張が行われる場合〉次のような別の場合には、自然死から民事死への拡張が行われる。例えば、我々の諸慣習法が封臣の死亡によって封の立入が行われる旨定めている場合、そのような規定は民事死にも及ぶ。なぜなら、存命ではあるが死に瀕している者との関係を除けば、[パリ慣習法] 第1条について述べたとおり、理由の同等性が見出されるからである。

〈105. 特殊な事例のために定められた法律は拡張適用を許容しない〉以上

のような原則に対する例外の一つが、クラウディウス帝の利益のために、ローマにおいて、姪、つまり、兄の娘と婚姻することを許した法律に見出される。この法律は決して重大視されることはなく、妹には同じ親等であるにもかかわらず適用されなかった。同様に、[パリ慣習法] 第240条により未成年の子との関係でのみ認められている夫婦共有財産の存続は、成人した子等には当てはまらない。更に、幾つもの法院判決によって、未成年者の相続人が、共有財産の存続を選択することなく死亡した未成年者に代わって、この共有財産の存続を選択することはできない旨判示されている。この点については、当条文について述べたところを参照されたい。

〈106. 法律が「に限って」という副詞を用いている場合には、その拡張適用は許されない〉法律が「に限って」という副詞を用いている場合、拡張は為し得ない。拡張適用によって何らかの不条理な結果が生じる場合にも同じことが言えるし、このことは慣習法についても等しくあてはまる。

〈107. 慣習法がその通用地域外に拡張適用されることはない〉また、通用地域外への慣習法の拡張もあり得ず、パリ慣習法でさえそうであることは、先に述べたとおりである。以上の全ての場合において慣習法が制限法と見なされているのだとすると、そのような性質を法律についても認めねばならず、結果として、ローマ人の法律と慣習法との間に如何なる差異もないことになる。

〈108. 諸慣習法が厳格法にあたりと主張することの誤り〉この問題については幾つもの例を挙げることができる。読者は、本書を読むことによってそれらの例を目にし、諸慣習法が厳格法であるが故にを拡張を許容しないとの主張が誤った準則であることに気付くであろう。

〈109. パリはかつて伯領と称されていたが、王国に併合された後は副伯領と呼ばれている〉史家の教えるところによれば、パリはかつて伯領で、歴代のパリ伯はその勢力故に畏怖され、ユージュの息子カペーが国王に即位することによって、この爵位とパリ伯の名称を廃し、伯領を国王領に併合した。その上で、彼は、今後、パリの地域は裁判権を欠く副伯領の名称で呼ばれるべき旨命じた。とはいえ、伯位の廃止以降、副伯がいたわけではない。〈110. パリの裁判官はプレヴォと呼ばれる〉裁判を行う通常裁判官はプレヴォと呼ばれ、その

後、パリ大学の国王諸特権の保持のためにバイイが設置されたが、程なく当該バイイはプレヴォに統合された。

〈111. 伯位も副伯位も廃止されているにもかかわらずパリは副伯領と呼ばれる〉伯及び副伯の廃位にもかかわらず、パリの裁判管轄地はプレヴォ区及び副伯領と称されてきた。

〈112. パリのプレヴォは、そのような名称を保持してはいないけれども、フランスの筆頭バイイである〉プレヴォ裁判所は国王裁判権の第一番であり、その上訴はバイイ裁判所や上座裁判所に為されるが、パリのプレヴォはフランスの筆頭バイイに任じられ、他の全てのバイイ及びセネシャルに優位する。

〈113. パリのプレヴォがその管轄地内の存する国王プレヴォ区に対して優先裁判権を行使することはない〉パリのプレヴォは、ポワシ、コルベイユ、モンレリ、シャトーフォル、ゴネス、トゥルナンといったその管轄地に存する国王プレヴォ区に対して優先裁判権は有していない。〈114. 下級裁判所に対する嘆願前の優先裁判権行使〉しかし、パリの市域及び城壁外区に存する下級裁判所に対しては、それらのシャトレへの併合前ではあるが、優先裁判権を有していた旨、サン・テロワの裁判権について訴えたパリ司教を上訴人としシャトレの民事代官と官吏たちを被上訴人とする1615年12月30日付けの法院判決において判示されていると、トロンソンが当 [パリ] 慣習法に関する [『パリ市、プレヴォ区、副伯領の慣習法』] 序文で伝えている。ただし、このような優先裁判権の行使は、パリ都市部及び城壁外区に存する国王裁判所が新シャトレ創設の王示によって廃止されて以後、行われなくなった。