

## 《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—— (1)

藤 田 貴 宏

16世紀の慣習法成文化の進展の中で、それら成文諸慣習法相互の比較対照を通じてそれぞれの通用地域の法廷実務に寄与すべく成立したフランス慣習法学は、例えばシャルル・デュ・ムーラン Charles Du Moulin (1500-1566年) が『フランスの諸慣習法の調和と一体性に関する弁明 Oratio de concordia et unione consuetudinum Franciae』(1547年初版)で説いたように、「無数に散在ししばしば全く無意味なほど相矛盾しているこの王国の全ての慣習法 omnes diffusissimae, et ineptissime saepe variantes huius regni consuetudines」の成文化そのものが全体としてもたらずはすの「この上なく輝かしく衡平さに溢れた一つの簡潔な調和 brevis una, clarissima et aequissima consonantia」を想定して、諸慣習法を包括統合する「法典 compilatio」乃至「一般慣習法 generalis Consuetudo」をいわば夢想する<sup>1)</sup>段階から、成文化後の各慣習法がその断片性あるいは陳腐化故に直面する実務的問題、とりわけ、法の欠缺補充への学理的対応を主眼とする段階へと徐々に移行する。各慣習法の欠缺を補うにあたっては、同系関係にある近隣地の慣習法に加えて、パリ高等法院の権威を背景に改訂パリ慣習法(1580年)の拡張適用を主張する立場と、「書かれた理性 ratio scripta: la raison écrite」としてのローマ法に再び目を向けようとする立場が現れたが、17世紀後半の王権の安定期に入ると後者の立場が主流化し、いわゆる「フランス共通法. le droit commun de la France」の生成を促す重要な契機

1) Omnia quae extant opera, tom. 2, 690-692. 引用は1681年パリ刊のテキストによる。なお全体の試訳は「デュ・ムーランとコキエユの慣習法論」獨協法学78号参照。

となった。しかしそれは、北部慣習法地域においてローマ法に各地慣習法に次ぐ法源性を直接承認するというような単純な議論では当然あり得ず、パリ慣習法、王令、諸高等法院の判決等にも配慮しつつも序列の固定化を回避し、「合理性 *raison*」や「衡平 *équité*」の観点から問題に応じて柔軟にローマ法参照の必要性乃至可能性を探究するいわば中庸の道筋へと収斂することになる。本稿では、先人たちにより開拓された慣習法注釈、査閲論考、フランス法提要といった種々の媒体を駆使して、そのような中庸の立場から、慣習法成文化後におけるローマ法の実務的な意義と射程に省察を加えたクロード・ド・フェリエール *Claude de Ferrière* (1639-1715年) の見解を一つの到達点として、「フランス共通法」の成立過程の一端をその学理的側面から敷衍検討することにした。

## I.

慣習法地域におけるローマ法の実務的位置づけは、相次いでパリ高等法院長を務めたピエール・リゼ *Pierre Lizet* (1482-1554年) とクリストフル・ド・トゥー *Christophe de Thou* (1508-1582年) のパリ慣習法改訂をめぐる論争にも象徴されるとおり、常に一進一退の動揺を繰り返していたが、後者の主導によるパリ慣習法の改訂を承けて、16世紀末から17世紀前半にかけては、ローマ法の受容により慎重な見解がさしあたり大勢を占めていた。例えば、パドヴァやオルレアンで学んだ後にパリでの弁護士活動を含む種々の実務経験を経てニヴェルネ公領の代訟官長 *procureur général* を務め、オルレアン (1560年) 及びプロワ (1576年及び1588年) での全国三部会にもニヴェルネの第三身分代表として参加したギー・コキユ *Guy Coquille* (1523-1603年) が『ニヴェルネ地方及び同伯領の慣習法 *Les coutumes du pays et Comté de Nivernois*』(1605年初版) の序文で展開する議論は、そのような立場の一典型例と言える。コキユによれば、「フランス各地方の慣習法 *les Coutumes des Provinces de France*」は「各地方の真の市民法であり共通法 *leur vray Droit Civil, et Commun*」であり、そこには、「三身分の人々の同意の下に確定され、文書化さ

れ、国王が派遣する親任官によって権威付けられている *selon le consentement du peuple des trois Ordres ont été arrestées, mises par écrit, et autorisées par les Commissaires que le Roy à délégués*」もの、つまり、「成文法 *Droit écrit*」としての慣習の他に、「未だ承認され文書化されていない慣習 *les Coûtumes qui n'ont été accordées et redigées par écrit*」もまた「当該地方の不文の市民法 *le Droit Civil non écrit desdites Provinces*」として含まれるとされる<sup>2)</sup>。国王シャルルⅦ世(在位1422-1461年)が、百年戦争終結を承けて発したモンティ=レ=トゥール *Montils-lès-Tours* の王令 *Ordonnance* (1453年4月)の第125条において、「慣習法を有する全ての地方がその慣習法を、各地方の三部会や三身分の人々の意見の下に、確定し文書によって成文化すべきこと、そして、この文書によって慣習法の証明がなされるべきことを命じた *ordonna que par toutes les Provinces Coûtumieres les Coûtumes fussent arrestées et redigées par écrit par l'avis des Etats et peuple des trois Ordres de chacune Province, et que par cét écrit se feroit la preuve des Coûtumes*」<sup>3)</sup>際に、「これ以後、慣習調査団での

2) “フランス各地方の慣習法は、「慣例(クテュミエル)」とも呼ばれ、各地方の真の市民法であり共通法である。これらの慣習法はまた、三つの階層(「身分(エタ)」とも呼ばれる)の人々の同意の下に確定され、文書化され、国王が派遣する親任官によって権威付けられているが故に、成文法とも称されている。これは、ローマにおいて、執政官や護民官による提議について市民が適切なものとして承認を与えた事柄が法律であったのと同じであるが、ローマが民主的共和政であったために、法律の権威と効力を付与できるのはローマ市民だけであったのに対して、我々の下では、統治体制は君主政である以上、それに法律としての権威を与えるのは国王である。更に、ローマにおいて市民の黙示の同意が不文法をもたらしたのと同様に、未だ承認され文書化されていない慣習は当該地方の不文の市民法に当たる。”(*Les coutumes*, 1.引用は1703年ボルドー刊『著作集 *Les oeuvres*』所取のテキストによる)

3) “…余は、我が臣民間の裁判乃至訴訟を減らし、その手数料乃至費用から彼らを解放し、判決にできる限りの確実性をもたらし、食い違いや矛盾の種を悉く取り除くことを希求し、我が王国のあらゆる地域の慣習法、実務慣行、訴訟方式を整理し、文書化し、各地の慣習法専門家、実務家、名士衆の承認を得ること、そのようにして承認された慣習法、実務慣行、訴訟方式を冊子にまとめ記録すること、当該冊子を余の下に持参し、我が大顧問会あるいは高等法院の諸氏に閲覧精査させ、余の布告と認証を得ること、そのように布告され認証された実務慣行、慣習法、訴訟方式を、その対象

証人による証明その他、当該文書以外による証明を受け入れることの禁止 *defenses de ne plus recevoir la preuve par témoins en turbes, ny autrement, que par ledit écrit*」が含意されたのは確かであるが、コキークが旧パリ慣習法成文化(1510年)後のパリ高等法院の判決を引用しつつ指摘するとおり、「旧来の慣習法の成文化後にもたらされ必要とされるかもしれない新たな慣習法を慣習調査団を通じて証明することは許される *on peut être reçu à prouver par turbes une nouvelle Coutume qui aura été introduite et prescrite depuis la redaction de l'ancienne*」との実務慣行<sup>4)</sup>が当時定着していた<sup>5)</sup>。とはいえ、慣習法成文化

---

となる地域や、更には、当該地域の事件や訴訟に際しては我が高等法院においても、遵守し保持すること、上記我が王国の裁判官が、我が高等法院の判事であろうと、余のバイイヤセネシャルその他の裁判官であろうと、その対象地域ではこれらの実務慣行、慣習法、訴訟方式に従って判決を下し、上記冊子に記録されたもの以外についての証明を許さないこと、を命じ指示し宣言し定めるものであり、以上要するに、然るべく成文化され承認され認証された慣習法、訴訟方式、実務慣行が判決その他に際して保持され遵守されることを余は望む。…” (Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution*, tom. IX (1825), 252-253.)

4) この慣行は、ルイ XIV 世の民事王令 *Ordonnance civile* (1667年4月) 第13章「事前調査に基づく証人尋問及び調査団による証人尋問の廃止について」第1条(「事前調査に基づく証人尋問、及び、慣習法乃至慣行の解釈に関わる調査団による証人尋問は廃止し、これらを命じたり顧慮することを全ての裁判官に禁じ、これに反して為された証人尋問は無効とする」Isambert, *Recueil*, tom. XVIII(1829), 123.) によって最終的に廃止され、以後、新たな不文慣習法や慣行の証明は、事実証明一般に用いられる「公知性証明書」によって代置された。

5) “旧来の慣習法の大部分は元々成文化されておらず、成文化されていても、公認された人々によるものではないために正式な慣習法とはみなされなかった。というのも、慣習法の証明ためには、慣習調査人団乃至発見人団における証人への審問が行われるものとされ、各調査人団は、少なくとも十名から成っていたが、それぞれ証人1人分の権能を有するにすぎなかった。国王シャルル VII 世は、イングランド人たちを放逐して王国を平定した後、慣習法を有する全ての地方がその慣習法を、各地方の三部会や三身分の人々の意見の下に、確定し文書によって成文化すべきこと、そして、この文書によって慣習法の証明がなされるべきことを命じるとともに、以後、慣習調査団での証人による証明その他、当該文書以外による証明の受け入れを一切禁じた。これに応じて、[パリ] 高等法院の法廷は、既に文書に成文化されている慣習法の運用方法の漏洩によって利益を得た下級審判事たちを譴責処罰しており、この点に関して、ドゥ・サヴィニとエストージュの領主であるダングリユールに対して1541年4月

を経た「各地方の共通法 les Coûtumes des Provinces」の中心は、コキュー自身自身が逐条的注釈を企図しているニヴェルネ慣習法（1534年成文化）がそうであるように、あくまで「成文法」としての慣習法である。このような慣習法の位置づけに関連して、コキューは、「アルプスの向こうの博士たちが多くの錯綜した判断を下している都市条例なるものに我々の諸慣習法を類比する *comparant nos Coûtumes aux Statuts, dont les Docteurs ultramontains ont fait tant de decisions intriquées*」ことの過ちを指摘している<sup>6)</sup>。というのも、そこに言う

---

5日に上訴を受けて正式に言い渡された法院判決が存在する。上記高等法院の法廷は職権上そのような命じる権限を自らに留保することによって、時には下級審の判決を破棄することもあるが、同様にまた判決を通じて命令を発するものである。

とはいえ、旧来の慣習法の成文化後にもたらされ求められるかもしれない新たな慣習法を慣習調査団を通じて証明することは許される。判事デキューイエ氏の報告によれば、1528年2月の聖マティアスの祝日の頃に、シャトー＝ヴィレールとモンラヴェルの領主たちに言い渡された法院判決においてそのように判示されているし、私の叔父で上記高等法院の判事であったギョーム・ブルゴワン氏の回想録にもそのようにあるのを私は見出した。”(Les coutumes, 3.)

- 6) “それ故私のみるところ、我がフランスの博士たちは、アルプスの向こうの博士たちが多くの錯綜した判断を下している都市条例なるものに我々の諸慣習法を類比することで、過ちを犯しており、それはあたかも、出口を目指せば道に迷うような導きの糸のない迷宮のようなものであり、机上の空論とも言える。というのは、イタリアにおいて共通法とはローマ人の市民法に他ならないからである。従って、各都市がその伯管区〔コンタード〕を含めて定めようと望んだ互いに異なる多様で普通ローマ法から外れた固有の法律こそ都市条例なのである。これらの条例は、普通ローマ法を逸脱するものであるが故に、限定法とみなされ扱われる。このことが、条例とローマ普通法それぞれの解釈と理解に関わる多種多様な準則の定立に頭を使う機会を諸博士に与えている。これに対して、我々は、外国の人々を模倣し称賛するだけの奴隷とならないために、我々の慣習法の理解をそのような条例の錯綜した準則の下で混乱させ紛糾させることのないよう上手くやらねばならない。なぜならば、諸慣習法が我々の市民法であり共通法なのであって、都市条例はそのような共通法にあたらぬからである。

従って、我々の慣習法を、アルプスの向こうの博士たちが彼らの都市条例について考える場合のように、余りに地域的なものと解するべきではないと私には思われる。とはいえ、我々の慣習法は、たとえそのような処分を許している他の地方に存する財産であっても、自らの居住地域の慣習法に反して処分できないように、そこに居住し慣習法に服する人々の意思を拘束し制約しているという点を指摘せねばならない。と

「都市条例 les Statuts」とは、「各都市がそのコンタードを含めて定めようと望んだ互いに異なる多様で普通ローマ法から外れた固有の法律 les loix particulieres que Ville avec son Comtat a voulu avoir contraires ou diverses, ou outre le Droit Commun et Romain」であって、「普通ローマ法 le Droit Romain et Commun」と異なる限りにおいて妥当するいわゆる「限定法 Droit étroit」にすぎず、「イタリアにおいて共通法とはローマ人の市民法に他ならない en Italie le Droit Commun c'est le même Droit civil des Romains」からである。これに対して、フランスでは「諸慣習法が我々の市民法であり共通法である nos Coûtumes sont nôtre Droit Civil et Commun」以上、「我々の慣習法の理解をそのような条例の錯綜した準則の下で混乱させ紛糾させることのないよう上手くやらねばならない feront bien de n'infraser et embrouiller l'intelligence de nos Coûtumes selon lesdites regles perplexes des Statuts」。コキエユは、いわゆる条例理論をフランスの諸慣習法に適用することについて既にデュ・ムーランが指摘していた<sup>7)</sup>原理的な矛盾をここで再確認した上で、「慣習法は、三身分の人々の同意に基づくが故に、契約によるかのように義務づけ、同意を介して人々を各人に帰属するあらゆる財産に関して規制するものと結論づけられねばならない les Coûtumes étans fondées sur les consentemens du peuple des trois Ordres, il faut inserer qu'elles obligent qua ex contractu, et par consequent lient les personnes pour tous les biens qui leur appartiennent」と主張する。ここには、慣習法成文化への「同意 les consentemens」と個々の処分行為に表現される「人々の意思 le volonté des personnes」との照応関係をふまえた慣習法適用の属人主義の徹底、すなわち、「慣習法の運用が純粹に物的である l'execution de la Coûtume est purement réele」場合との区別をなお保持しつつも、条例理論

---

いうのも、慣習法は、三身分の人々の同意に基づくものであるが故に、「契約によるかのように」義務づけ、同意を介して人々を各人に帰属するあらゆる財産に関して規制するものと結論づける必要があるからである。ただし、慣習法の運用が純粹に物的なものであって人々の意思に左右されない場合には、この限りではない。(Les coutumes, 1-2.)

7) 注12〈108〉及び〈109〉参照。

による煩瑣な分類<sup>8)</sup>を単純化し、慣習法の域外適用をより積極的に認める立場が表明されていると言える。

それでは、イタリアにとって「共通法 *Droit Commun*」である「ローマ人の市民法 *le Droit civil des Romains*」には、フランスにおいて如何なる位置づけを与えるべきなのであろうか。コキューは、「未だ承認され文書化されていない慣習は当該地方の不文の市民法にあたる *les Coûtumes qui n'ont été accordées et redigées par écrit, sont le Droit Civil non écrit des dites Provinces*」という先の理解を、「ローマにおいて市民の黙示の同意が不文法をもたらした *à Rome étoit le droit non écrit introduit par tacite consentement du peuple*」こととの類似性によって裏付けており、明示はされていないが、「長い間の慣習によって確証され、極めて多くの年月に渡って遵守されている事柄は、いわば市民間の黙示の合意として、書かれた法にあたる事柄に劣らず遵守される *ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt iura servantur*」という法文<sup>9)</sup>がここで意識されているのは言うまでもない。しかし、ここで問われているのは、このように慣習法それ自体の概念規定の学理的な論拠としてローマ法を用いることの可否などではなく、ローマ法がフランスにおいて諸慣習法と同様に「法律 *les Loix*」として通用し得るか否かという点である。この点についてコキューは、「ローマ市民法は、我々の共通法ではないし、フランスにおいて法律としての効力を有してはいない *le Droit Civil Romain n'est pas nôtre Droit Commun, et n'a force de Loy en France*」として、ローマ法の法源性を端的に否定しており、その裏付けとして、「ローマ法の研究が行われているフランスの諸大学に対する特許状が高等法院において認証される際には、当該認証がフランスにおけるローマ法の法律としての効力を承認するものではない旨制限が加えられている *quand les privileges des Universitez de France,*

8) さしあたり、Lange/ Kriechbaum, *Römisches Recht im Mittelalter* Bd. II, Die Kommentatoren (2007), 245-249.を参照。

9) D. 1, 3, 35. Hermogenianus, 1, *Iuris epitomae*.

esquelles y a étude de Droit Civil, sont verifiez en Parlement, on y met la modification, que c'est sans reconnoître que le Droit Romain ait force de Loy en France」点、更には、「パリやその近隣の諸都市その他の地域において市民法を教授し聴講することを断固として禁じ一層の厳しさをもって取り締まる firmiter interdicimus, et districtius inhibemus, ne Parisiis, vel in civitatibus, seu aliis locis vicinis quisquam docere vel audire jus civile praesumat」とのパリの枢機卿及び高位聖職者宛てのホノリウス三世の教皇令(1219年)<sup>10)</sup>を挙げている。しかしその一方で、「我々の国王の勅法や王令、あるいは、不文のフランス共通法、あるいは、我々の諸慣習法に規定が欠けている les Constitutions et Ordonnances de nos Rois, ou le Droit general François non écrit, ou nos Coûtumes nous défailent」場合には、「ローマ人によって制定された法律 les Loix faites par les Romains」が、その「適切さ bienséance」と「合理性 raison」によって、「我々の役に立つべく我々を呼び寄せるに違いない nous doivent semondre à nous en aider」とも主張されている<sup>11)</sup>。このように、ローマ法一般の法源性を

- 10) “申立書について。聖なる教会が衡平と正義の跡を留める世俗の法律に仕える者を非難するわけでは確かにはないが、フランスその他の幾つかの地域ででは、世俗ローマの皇帝たちの法律は用いられておらず、また、カノン諸法規によって解決できないような教会の事件が生じるのはまれである以上、聖書により一層の注意を払うべく、余は、パリやその近隣の諸都市その他の地域において市民法を教授し聴講することを断固として禁じ一層の厳しさをもって取り締まることとする。そして、これに違反する者は、裁判による保護から当面排除されるのみならず、当地の司教によって破門のくびきに打ちつけられるものとする。”(X. 5, 32, 28.)
- 11) “ところで、ローマ市民法は、我々の共通法ではないし、フランスにおいて法律としての効力を有してはおらず、ただ理性として援用されるにすぎない。なぜなら、実際、勇敢で高潔なこのローマ国民は、反乱鎮圧に際した軍隊の指揮、そして、平時に市民を良き秩序の下に統治する優れた法律の制定において、とりわけ卓越していたからである。それ故、我々の国王の勅法や王令、あるいは、不文のフランス共通法、あるいは、我々の諸慣習法に規定が欠けている場合には、ローマ人によって制定された法律が、我々のために役立つべく我々を呼び寄せるに違いない。このような我々への助力は、(繰り返しになるけれども) 適切さと合理性に基づくものであって、必然的なものではない。この点に関して、相次いでパリ高等法院長の地位にあった現代の二人の人物、すなわち、ピエール・リゼ氏とクリストフ・ド・トゥー氏が、見解を対立させている。というのも、上記リゼ氏は、ローマ市民法を我々の共通法とみなし、



否定しつつも、フランスの「共通法」の欠缺を適切かつ合理的に補充できる限りにおいて、ローマ法上の問題解決を借用し、ローマ法そのものではなくむしろ補充されるべき法源の資格で通用させる立場は、「フランス人の共通法」に成文不文の諸慣習法以外に「国王の法令」を含めるのか否かについて違いはあるとはいえ、「我々は成文ローマ法から衡平に合致し問題となっている事柄に相応しく有用であると考えられる点を借用する e jure scripto mutuamur, quod et aequitati consonum, et negotio quo de agitur, aptum congrumque invenitur」<sup>12)</sup>と主張するデュ・ムーランの立場<sup>12)</sup>とほぼ同じであると考えられるし、コキ

---

我々のフランス法があってもこれを限定法とみなしてローマ法に反する事柄を排除してしまうほどローマ市民法に肩入れしていたのに対して、ド・トゥー氏は、自ら親任官として成文化に関与したムラン、エタンブ、モンフォールの慣習法の幾つかの箇所に見られるとおり、諸慣習法とフランス法を我々の共通法と解し、ローマ法を書かれた理性とみなしたからである。実際、ローマ法の研究が行われているフランスの諸大学に対する特許状が高等法院において認証される際には、当該認証がフランスにおけるローマ法の法律としての効力を承認するものではない旨制限が加えられている。またそれは、パリにおいてローマ市民法の公的な研究が行われていない真の理由でもある。つまりそれは、パリがフランスの首都であり、国王の通常の滞在地であるからなのである。確かに、最初の教皇令集〔グレゴリウスⅨ世教皇令集＝別書〕第5巻第33章「特権及びその消滅について」第28節には、別な理由、すなわち、神学研究の振興のためという理由が示されているが、その教皇令には、フランスはローマ市民法に服さないという上記理由も付言されている。”(Les coutumes, 2.)

- 12) “く106.フランス人の共通法にあたるのは、国王による諸法令ではなく、フランス人が自らに固有のものとなしてきた諸慣習法である)ここでご注意願いたいのは、共通法が成文と称されるのは個別の成文法規に関してであるとともに、共通法が不文と称されるのは地域の慣習法に関してであり、他の諸節においてもそのような本来の用語法に従っているのであって、世間で成文法と呼ばれているローマ人の共通法は、我々がそのようなローマ法乃至成文法に服していない以上、我々の共通法には当たらない、という点である。確かに、(例えばベトルス・レブッフスのような)最近の似非学者あるいは宮廷のご機嫌とりが、国王の法令をフランス人の共通法と呼んでいるが、彼らは欺くとともに欺かれている。というのも、国王の法令は、扱われている問題において如何に特殊であっても名宛人に関しては一般的に定められているため、全王国に共通であるにせよ、政治と統治一般の観点からすると、共通法乃至一般法を形成するとは言えず、学説彙纂から離れているのと同じくらいに政治や統治一般からかけ離れている。実際、国王の王令とは、特殊な内容の指示にすぎず、その大部分が一

ユ自身は、「ローマ市民法を我々の共通法とみなし、我々のフランス法があってもこれを限定法とみなしてローマ法に反する事柄を排除してしまうほどローマ市民法に肩入れしていた *tenoit le Droit Civil Romain pour nôtre Droit Commun, et y accommodoit en tant qu'il pouvoit nôtre Droit François, et reputoit être*

時的な僂いものであり、しばしば利己的なものでさえある。契約、遺言、不動産、役権、相続財産、遺言及び無遺言相続、取戻のように市民あるいは人間としての生活上の必要に関わるあらゆる事柄やその他の諸慣習において、人々の慣行が認めている内容については事情は異なる。

〈107. 同上〉フランク人やガリア人は常に何らかの一般的で共通の諸慣習法を保持してきたのであり、相続、相続財産、婚姻財産、封、定期金、取戻のように、フランス人が服していないローマ人の共通法から完全に逸脱した事柄に関しては特にそうであって、それらの一般的で共通の諸慣習法は、フランク人及びガリア人に固有の共通法であった。そして、当初は、地域固有の慣習法というものは非常に稀であったため、王国全体に一つの最高法院ないし巡回裁判所が存在していたが、時の経過とともに、各地方の地域固有の慣習法は増大し細分化するに至った。とはいえ、フランス人に一般的で固有の法も依然として存続し続けた。例えば、相続財産がその由来する家系や系統に帰する場合、当該財産は法律上当然に正当な相続人に移転するとか、封主が臣下の死亡時に実力でその収益を差し押さえた場合、近親者は売却した相続財産を返還するといった点がそれに当たる。これに対して、地方固有の慣習法が欠けていたり、不明である場合には、我々の諸慣習法の内容に関して、ローマ法ではなく近隣地方の一般的で特殊なところのないフランスの慣習法に依拠すべきである。その場合、ローマ法は全く問題とはならないし、(この王国のように) 成文法によって律せられる地域でその成文法が偶々廃れてしまっている場合を除いて、共通法とはなり得ない。

〈108. 諸慣習法は、フランス人にとっての普通法ではないローマ法に基づく解釈を受け入れないし、イタリアの都市条例との類似性も存しない〉更に言うならば、大学から戻ったばかりの全く実務経験のない若者たちが、イタリアの諸博士が大学で講じている論拠、すなわち、都市条例は普通法を侵害することのないように厳格にかつ文言本来の意味に従って理解し、疑わしい場合には常に普通法に立ち返りこれに従って解釈すべきであるという、学説彙纂第39巻第2章「損害の危険について」第4法文第6節や勅法彙纂第6巻第30章「熟慮の権利について」第22法文第9節への諸博士の注釈に即した論拠を持ち出すことほど不適切なことはない。確かに、そのような論拠は今日に至るまでイタリアにおいて通用してはいるが、全ての地域においてではなく、ローマ人の成文法が共通の規範として通用している地域においてのみそうであるにすぎない。ましてや、そのような地域の法規乃至都市の慣習法は、共通の法などではそもそもなくまたあり得ないのであって、特殊で固有の法なのである。そのような

de Droit étroit, et à restreindre, ce qui est contraire audit droit Romain」リゼと、「諸慣習法とフランス法を我々の共通法と解し、ローマ法を書かれた理性とみなした estimoit les Coutumes et le Droit François, être nôtre Droit Commun, et appelloit le Droit Romain la raison écrite」ド・トゥーの対立に言及することで、後者にこの立場を代表させているようである。

法は、可能な限り、共通の規範に照らして制限されるべきであって、共通の規範が改変されないようにせねばならない【学説彙纂1巻3章「法律、元老院議決、長期に渡る慣習について」第14、15、16、39法文】。その正反対のことが当てはまるこの王国においては、不幸かつ不当にも、諸慣習法を都市法と呼ぶ人々もいるけれども、彼らは、自分たちが何を言っていて何について述べているのか全く分かっていない。確かに、都市法一般は何か別の共通法に対置される【学説彙纂1巻3章第1法文及び同法文へのバルドゥスの注釈】。然るに、この王国においては、そのような共通法は承認されていない。従って、我が国では、我々の諸慣習法は、都市法などではなく、各地方の共通法なのである。これは、別書第1巻第4章「慣習法について」表題へのアントニウス、ブトリガリウス、パノルミタヌスその他の人々の注釈、同第2巻第16章「訴訟係属中は何も更新されてはならないこと」第1節へのパノルミタヌスの注釈、学説彙纂第1巻第1章「正義及び法について」第9法文へのヤーソンの注釈第1欄、別書第3巻第5章「聖職禄及び顕職について」第1節へのフィリップス・デキウスの注釈第2欄、同『助言集』助言685第2番（この箇所については私の『デキウスの助言集への注解集』の中でも言及している）も述べている通りである。

<109. 我々の諸慣習法は我々の共通法であって、都市国家に対する義務負担や一定の特殊事項にのみ関わる都市法ではない> 加えて、都市法は、父系親族の権利にも、無遺言相続にも、遺言にも、嫁資にも、契約にも、取戻にも関わりはなく、私の『負担及び褒賞に関する論考』で最近論じたとおり、都市国家への貢納や、法を越える特別な負担について定めているだけである。以上のようなわけで、我々の諸慣習法は共通法と言える。正確には、他よりも一般性を備え、近隣地方のものと共に依拠されるべき<権威のある(クーライイ)>慣習法こそ、共通法なのである。

<110. 一番最後にローマ法に立ち返るべきなのはなぜか> これに対して、我々は、一番最後に、書かれたローマ法から、衡平に合致し問題となっている事柄に相応しいと解されるものを借用する。それは、かつて偉大なユスティニアヌスやその継承者たちに臣従していたからではなく、この注釈の序文第150番で既に述べたとおり、ユスティニアヌスの権威の下にこの上なく賢慮に富んだ人々によって整理された法があまりに衡平かつ合理的で、どこから見ても完璧であるが故に、ほとんど全てのキリスト教徒諸民族の利用と承認によって共有されるに至っているからである。”(Opera, tom. I: Commentaria, I, 22-23.)

しかし、共通法たる諸慣習法の欠缺を補充するに際して参照援用し得るものはローマ法に限られない。むしろ、「ローマ人の法律を借用すべく我々に促す合理性のまさに帰結として、各地方は、当地の慣習法に規定が欠けている場合、他地方の慣習法を適宜利用し、パリの新慣習法さえも用いることができまた用いるべきである *a la même suite de raison qui nous fait emprunter les Loix Romaines, chacune Province peut et doit s'aider des Coûtumes des autres Provinces par bienséance, quand les Coûtumes domestiques defaillent, même de la Coûtume nouvelle de Paris*」<sup>13)</sup>。ニヴェルネ地方の成文慣習法との関係で言え

13) “ローマ人の法律を借用すべく我々に促す合理性のまさに帰結として、各地方は、当地の慣習法に規定が欠けている場合、他の地方の慣習法を適宜利用し、パリの新慣習法さえも用いることができまた用いるべきであると、私は考える。ただしそれは、パリが法律に関して我々に対して何らかの優越を保持することを承認する趣旨ではない。というのも、パリの三身分がパリのプレヴォ区及び副伯領において大きな権限と権威を有しているように、このニヴェルネ地方の三身分もまた当地において大きな権限と権威を有しているからである。フランスの全国三部会においても、パリの代表者たちは一票分の投票権を有するだけで、その効力はより小さい地方の票と何ら変わらず、パリの代表者たちには最初の投票を行うこと以外に何も特権はない。というのも、議長職は、オルレアンでの全国三部会において以前行われたように、投票によって選任されるからである。また、パリを古代のローマに準えることも適切とは言い難い。なぜなら、ローマの市民は、自発的に、自らの力でローマ帝国を創り出したからである。これに対して、パリは、そこを通常の居所と定めて、現在、最高法院として立法ではなく最上級審として個々の事件を裁く権限を有するに至っている最高司法顧問会をパリに設置した国王たちの寵の故に、他に先んじているにすぎないからである。しかしながら、上記新パリ慣習法や他の諸地方の慣習法に関わった国王親任官や主要な起草者たちは、極めて学識深く、フランス法に精通し、経験豊かな人々であったので、新パリ慣習法の改訂された諸条文が盛んに援用されるようになっていく。実際、新しい慣習法のそのような条文の多くには、フランスの法律家たちの間にみられ、正式な法院判決による判断の対象にもなった見解の対立や相違の解決が幾つも含まれているからである。一方、旧来の条文の方は、各地方が古来それぞれ固有の慣習法を有していて、しかもそれらが訴訟というものにフランス人があまり熱心ではなかった時代からの長い慣行によって生まれたものである以上、それほど模倣しやすいとはいえない。管見によれば、実際に援用可能な新たな条文を伴う慣習法としては、まず、オーヴェルニュの慣習法が挙げられる。それは、親任官の一人で、当時パリの高等法院長で、その後、尚書長官、更には、枢機卿でありフランスにおける教皇代理となった当地方出身のデュ・プラーへの敬意の故である。また、ブルボネの慣習法に

ば、欠缺補充に利用可能な「他地方の慣習法 *Coûtures des autres Provinces*」としてはまず、コキューも挙げているとおり、ブルボネ *Bourbonnais* (1493-4年成文化；1521年改訂)、ベリー *Berry* (1481年成文化；1539年改訂)、ブルゴーニュ *Bourgogne* (1459年成文化；1570年改訂)、サンス *Sens* (1506年成文化；1555年改訂) といった「隣接地方の慣習法 *le voisinage Coûtume*」が考えられる。しかし、「ニネルヴェがある時期にブルゴーニュ侯家に属していた *Nivernois a été quelque temps en la mansion de Bourgogne*」という特殊な事情のために参照されるブルゴーニュ慣習法を除けば、コキューが重視しているのはむしろ、これらの慣習法の「主要な起草者 *les principaux Auteurs*」や、作業の遅延に業を煮やしたシャルルⅧ世以降、成文化や改訂の手続を現地で主宰指揮しその成果を公示すべく選任されることとなった「国王親任官 *Commissaires*」<sup>14)</sup>が「極めて学識深く、フランス法に精通し、経験豊かな人々であった

---

については、隣接地方の慣習法であるとともに、かつて国王弁護士で成文化当時は高等法院の部長であり、フランスの事情に大に通じていたロジェ・バルム氏の権威とそれに対する敬意からも、ここに挙げられる。更に、ブルゴーニュの慣習法も、それが隣接地方の慣習法であり、なおかつ、ニヴェルネが、ある時期、親王封としてではないけれども、ブルゴーニュ侯家に属していた以上（これは事情に精通した少数の人々が書いているとおりである。すなわち、ヨランド・ド・ナントの婚姻によってニヴェルネはフランドル伯家に移り、その後、ブルゴーニュ侯フィリップ剛胆侯がフランドル伯相続人マルグリットと婚姻した際、妻の領地にニヴェルネ地方を見出したのである）、ここに挙げられる。更に言えば、このような侯や伯の成立以前の非常に古い時代や、ローマ時代においては、ニヴェルネはオートゥン管区の一部であり、オートゥンは、この同じ古い時代、ブルゴーニュの首都でもあった。ベリーの慣習法も、ローマ市民法の知識において極めて秀で、フランス法の精通者でもあったバリ高等法院長リゼ氏への敬意の故に、ここに加えられる。というのも、彼は、通常の法廷弁護士に続いて国王弁護士を経て、長い間、高等法院長の地位にあった上に、ローマ法学において卓越し、常々ローマ法をより高く評価してさえたからであり、上記ベリーの慣習法の幾つもの箇所、そしてまた、彼の時代に下された法院判決が、そのことを十分に証拠立てている。サンス、ムラン、ヴェルマンドワ、トゥール、その他幾つかの地方の慣習法も、偉大で廉直な人々であり、フランス法と高等法院の判決による優れた判断に深く通じていた高等法院長のド・トゥー氏、高等法院判事のファイエ氏、ヴィオル・デグルモン氏への敬意故に、ここに加えられる。” (*Les coutumes*, 2-3.)

14) シャルルⅦ世の王令(1454年)からバリ慣習法の改訂(1580年)までの慣習法成文化及び改訂の進展過程については、*Klimrath, Études sur les Coutumes* (1837), 3-

étoient perssonnages tres-doctes et grandement sçavans au Droit François, et avec grande et longue experience」という点である。実際、コキューは、国王親任官として各地方に派遣されたパリ高等法院の「院長 premier President」、  
「部長判事 President」、「判事（評定官） Conseiller」等の学識や経験への「敬意 respect」故に、上記諸地方に加えて、更に、オーヴェルニュ Auvergne（1510年成文化）、ムラン Melun（1506年成文化；1560年改訂）、ヴェルマンドワ Vermandois（1556年成文化）、トゥレーヌ Touraine（1507年成文化；1559年改訂）等の慣習法を、ニヴェルネのそれとの関係で「実際に援用可能な新規の条文を伴う慣習法 les Coûtures dont les nouveaux articles peuvent être mis en usage」として挙げている。「旧来の条文の方は、各地方が古来それぞれ固有の慣習法を有していて、しかもそれらが訴訟というものにフランス人があまり熱心ではなかった時代からの長い慣行によって生まれたものである以上、それほど模倣しやすいとはいえない les anciens articles ne sont pas de si faciles imitation, parce que d'ancienneté chacune Province avoit ses Loix particulieres, venues par long usage dès le temps que les François n'étoient si adonnez à plaidoyries」が、「近時の慣習法の条文 articles de la nouvelle Coûtume」の多くは、これらの人々の関与のおかげで、「フランスの法律家たちの間にみられ、正式な法院判決の判断の対象ともなった見解の対立や相違の解決を幾つも含んでいる contiennent les decisions de plusieurs difficultez et diversitez d'opinions, qui étoient entre les Jurisconsultes François, même qui ont été décidées par Arrests solennels」ため、欠缺補充の手掛かりを容易に見出すことができるのである。そして、ニヴェルネの隣接地域とは言い難い「パリのプレヴォ区及び副伯領 la Prévôté et Viconté de Paris」の「新慣習法 la Coûtume nouvelle」が参照されるのもまさにこの理由による。各地方の共通法である慣習法が「三身分の人々の同意の下に確定され文書化された selon le consentement de peuple des

---

30、及び、Chénon, Histoire générale du droit français public et privé des origines a 1815, tom. II (1929), 292-300（シャルルⅧ世による成文化方式の改良については、Klimrath, *ibid.*, 6-9、Chénon, *ibid.*, 296-297）参照。

trois Ordres ont arrestées, et mises par écrit」という点に照らせば、例えば「このニヴェルネ地方の三身分 les Etats de cette Province de Nivernois」がそのような「権限 pouvoir」と「権威 autorité」に関して「パリの三身分 les Etats de Paris」に劣後するというようなことはそもそもあり得ず、ただ、「パリは、そこを通常の居所と定めて、現在、最高法院として立法ではなく最上級審として個々の事件を裁く権限を有するに至っている司法の最高顧問会をパリに設置した国王たちの寵の故に、他に先んじているにすぎない Paris n'est grand sinon par la faveur des Roys qui y font leur sejour ordinaire, et y ont ébably le principal consistoire de Jústice, qui est le Parlement, ayant autorité de juger souverainement les causes des particulieres, et non pas de faire des Loix」。欠缺補充における改訂パリ慣習法の規定の有用性もまた、当改訂作業を主導したド・トゥーの手によって盛り込まれたパリ高等法院の実務の成果に由来するのである。確かに、コキエユは、ニヴェルネもまたその管轄下にあるパリ高等法院の権威をおそらくは意識して、当地慣習法の注釈に際して「パリ高等法院の判決 Arrests du Parlement de Paris」を繰り返し引用する旨予め表明してはいるが<sup>15)</sup>、欠缺補充の観点から、他の諸慣習法に対して改訂パリ慣習法をとりたてて重視しているわけではない。従ってまた、旧ボワトゥー慣習法（1514年成文化）の注釈書におけるアンドレ・ティラコー André Tiraqueau（1488-1558年）が一足先に成

15) “以上のような立場と構想の下に、我々は、ニヴェルネ地方の慣習法、並びに、当地方の域外領と免除特権について論じることにする。この論考では、時々、パリ高等法院の判決が引用されているが、私はそれらをバボンの判決集から借用することはしなかった。というのも、バボンは、ある箇所では的確な判断を下す一方、別の箇所では眠り込んでしまっていて、引用している事柄について正確に表現されていないからである。以下に引用される法院判決の内、1526年から1536年までの判決は、尋問官たちによって判示されたもので、私の叔父で高等法院判事の回想録から取り出された。1543年、1544年、1545年の法院判決は、当時、高等法院付きの弁護士で傍聴人であり、その後、同判事を経て、メッス高等法院の部長判事となったサンヌトン氏の回顧録から借用した。1550年のムーランでの法院巡回裁判及び高等法院での判決、並びに、1551年、1552年、1553年の法院判決は、当時若輩の弁護士で法廷弁論傍聴人であった私自身によって集められた。他に、1559年、1567年、1568年の法院判決も、私の引用がどれほど信頼に足るものか読者に判断してもらうため、私が所用でパリに滞在した際に正当と思われたものを収集した。” (Les coutumes, 4.)

文化されていた旧パリ慣習法に対して与えた称賛を受け取って、デュ・ムーランが下した「パリ慣習法は、この王国のあらゆる慣習法、更にはベルギカ・ガリア全ての諸慣習法の筆頭に位置する *Consuetudo Parisiensum est caput omnium hujus regni, et totius etiam Belgicae Galliae consuetudinum*」との評価<sup>16)</sup>、あるいは、パリ慣習法改定後に、ルイ・ル・カロン Louis Le Caron (シャロンダ Charondas : 1534-1613年) や ルネ・シヨパン René Choppin (1537-1606年) からジュリアン・ブロードー Julien Brodeau (1585-1653年) に至る注釈者たちによって継承されていった同様の評価は、他地方慣習法の欠缺補充における参照順位という明確な問題設定に関わらない限り、以上のようなコキーユの立場とも何ら矛盾しないことになる。例えば、デュ・ムーランが、「土地 *fundi*」や「世襲財産乃至財産一般 *res patrimoniales seu bona in genere*」としての「封 *feuda*」ではなく「封」そのものが問題となる場合に「援用されるべき *attendi debent*」ものを、「授封の約束や合意 *pacta et conventiones investiturae feudalis*」、「各地方の慣習法 *consuetudo cujusque praefecturae*」、「王国に共通で一般的な法及び近隣地方の慣習法 *jus commune et generale regni et consuetudines vicinae*」、「偉大なユスティニアヌスの下で編纂されたローマ人の共通法 *jus commune Romanum sub Justiniano magno redactum*」の順序で列挙しているが<sup>17)</sup>、「国王の法令 *constitutiones Regiae*」に「共通法 *jus commune*」と

16) “く2. パリ慣習法はガリアの全慣習法の筆頭に位置するくしかも、フランキア及びガリアの諸慣習法の間で、他に比べて重要視され長大かつ詳細であり、大抵の場合難解でもあるのが、封をめぐる扱いである。それ故、全フランキア及びガリアの他の残りの諸慣習法の先頭に立っているパリ慣習法に関する以下の論述も、この点から始めることにした。実際、地元ポワトゥーの永遠の誉れであるアンドレアス・ティラクエルス氏が『ポワトゥー慣習法論』の「近親者による取戻について」第32節第100番で述べているとおり、パリ慣習法はこの王国のあらゆる慣習法、更にはベルギカ・ガリア [フランドルからケルンやトリアーを経てマインツに至るフランスの北東隣接地域] 全ての諸慣習法の筆頭に位置している。” (Opera, tom.1 : Commentaria, 3.)

17) “く111. 封建法書は地方固有の慣習法であるくところで、封について論究される場合、封としてではなく、後に第1条注釈5第67番で述べるように土地、世襲財産、あるいは、財産一般として特に区別無く論究されることがあり、その場合、封は遺贈財



しての資格を認めないデュ・ムーランの立場<sup>18)</sup>からすれば、ここに言う「王国に共通で一般的な法 *jus commune et generale regni*」とは、既存の不文成文の諸慣習法をその都度相互に比較対照する中で見出されるかもしれない「近隣地方の一般的で特殊なところのない慣習法 *vicinae et generales, et promiscuae consuetudines*」乃至「近隣地方の慣習法とともに依拠されるべき何か権威のある慣習法 *quaedam κυριαί, ad quas cum vicinis recurrendum*」にすぎず<sup>19)</sup>、そうだとすれば、「近隣地方の慣習法 *consuetudo vicina*」に当たるのであれば別段、殊更にパリ慣習法だけを欠缺補充の手掛かりとして常に優遇するというような意図はここには読みとれないし、読み取る必要もない。しかし、慣習法実務にとって重要なのはそのような欠缺補充の次元におけるパリ慣習法の位置づけであり、Ⅲでみるパリ慣習法注釈者たちへのフェリエールの批判も、一連の成文化や改訂事業を経た後の慣習法運用の課題をコキエユのようにいわばパリの外から捉える実務的視点を突き詰め、パリ慣習法の自己理解として内在化したところに生じたのである。

一方、改訂パリ慣習法を含めた他地方慣習法とローマ法の欠缺補充上の優劣

---

産として扱われる。あるいはまた、封として、つまり、上級所有権者の観点からは封主の権利について、封臣の観点からは相続についてというように、封としての資格において論究される。その場合には、第一に、授封の約束乃至合意が、封の最初の譲与か、あるいはそうでなければ、後に第1巻第5条注釈で述べるとおり、過去に為された再認や調査結果を介して明らかになり得る限りにおいて、援用されるべきであり、[ローマの] 共通法もそのように定めている【学説彙纂50巻17章「古法の諸準則について」第23法文】。また第二に、各地方の慣習法が援用されるべきである。更に、ある特定の事項について、授封の約束や地方の慣習法に規定されていないか、あるいは、曖昧であるときは、第三に最終手段として、王国に共通で一般的な法[全集版の傍注に従い<cogni><regni>と読む]と近隣地方の慣習法が援用されるべきである。第四に、やはり最終手段として、偉大なユスティニアヌスの下で編纂されたローマの共通法も、それが理性に合致し通用している慣行に反しない限りにおいて援用されるべきである。なお、ペトルス・ヤコビは、前掲『訴状作成論』「封の承継について」の全体に渡り、とりわけその第6欄において、ほとんど同じことを主張している。”(Opera, tom. 1: Commentaria, I, 23.)

18) 注12<106> 参照。

19) 注12<107> 及び<109> 参照。

についてもコキーク自身は明言してはいないが、「アルプスの向こうの博士たち Docteurs Ultramontains」や「外国人崇拜者たち admirateurs des étrangers」に対する徹底した批判と「フランス法の考え方、言葉使い、慣例 et le sens et les mots, et l'usage de notre Droit Français」の推奨からすれば、その立場は、「一番最後に借用される ultimo loco mutamur」と述べてローマ法の諸慣習法に対する一般的な劣位を明示したデュ・ムーラン<sup>20)</sup>とさして変わらないものと考えられる。「我々がローマ人の法律をその合理性に応じて用いることは適切であると言われるけれども、幾人かの外国崇拜者たちが、アルプスの向こうの博士たちの見解を信じ込み、彼らの論法に我々を従わせることに多大な労力を費やすように、ローマ人の法律に完全に盲従することのないよう我々を呼び覚ますのもまさにこの合理性に他ならず、我がフランス法の考え方、言葉使い、慣例を我々は保持するべきである quand nous disons être bien seant de nous aider des Loix Romaines pour la raison, cette même raison nous doit semondre à ne nous rendre sujets si exactement, comme plusieurs trop grands admirateurs des étrangers font, pour croire les opinions des Docteurs Ultramontains, et pour nous confuser à leur maniere de parler, mais devons retenir et le sens et les mots, et l'usage de notre Droit Français」という言葉に示されているとおり、コキークは、ローマ法による慣習法の欠缺補充を結論としては肯定しつつも、それを実際にどの程度認めるべきかについては、いわゆる注解学派とその追従者への強い反感故に、相当に慎重なのである<sup>21)</sup>。そこでは、「イタリアの諸博士 Docteurs d'Italie」の非難されるべき点として、「それぞれに目新しい見解を打ち出し、解答を連発し、あたかも一つ一つの法文に彼らが善について持てる知識の全てを詰め込むかのようにその講義を通じて大部な注釈書を著して、法文も他の博士も含めて無数の典拠を引用しようと試みた chacun d'eux s'est es-

20) 注12<110.>参照

21) “我々がローマ人の法律をその合理性に応じて用いることは適切であると言われるけれども、幾人かの外国崇拜者たちが、アルプスの向こうの博士たちの見解を信じ込み、彼らの論法に我々を従わせることに多大な労力を費やすように、ローマ人の法律に完全に盲従することのないよう我々を呼び覚ますのもまさにこの合理性に他なら

sayé d'inventer quelque nouvelle opinion, de multiplier les Decisions, de faire grands apparatus en leurs lectures, comme si à propos d'une loy ils eussent voulu faire un amas de tout ce qu'ils sçavoient de bon, d'alleguer infinie multitude d'autoritez, tant des Loix que des autres Docteurs」こと、「たとえ彼らの良識に反

ず、我がフランス法の考え方、言葉づかい、慣例を我々は保持するべきである。ここに言うアルプスの向こうの博士たちは、非常に明敏な知性を生み出す地域で生まれたので、それぞれに目新しい見解を打ち出し、解答を連発し、あたかも一つ一つの法文に彼らが善について持てる知識の全てを詰め込むかのようにその講義を通じて大部な注釈書を著して、法文も他の博士も含めて無数の典拠を引用しようと試みた。加えて、たとえ彼らの良識に反してでも、標準注釈と自分の側の諸博士の見解にのみ執着すること。これは、例えば、勅法彙纂第6巻第58章「法定相続人について」[第3法文への]新勅法抜粋引用文に対するバルドゥスの注釈に見ることができる。その箇所では、バルドゥスは、アーツの見解が法と自然何れの点からも相応しく見えることに同意しているにもかかわらず、そのアーツの見解を排して標準注釈の見解を支持しているのである。更には、博士たちの間に見解の対立がみられる場合に、そのような博士たちの数を無差別に何れが多数かという観点から勘定し、個々の博士の論拠や権威を吟味することなく、多数派の意見を支持すること。あたかも法律を定める権能でも有しているかのように、皇帝や王国その他主権者の威厳に関わる高級かつ重大な問題を、標準注釈や諸博士に従って解決したがること。従って、我々フランス人は、思考、著述、発言、その他法廷弁論や助言といったあらゆる活動を、アルプスの向こうの博士たちや彼らを真似るアルプスのこちら側の博士たちの著述にみれるこのような乱雑さによって満たすべきではないと、私は考える。むしろ我々は、ローマ法に従って合理的に判断すべき何らかの問題が生じた場合、神がそれらに与えたもうた意味と可能性に照らして、法文の真正かつ根本的な根拠を、一つ一つ誠実に吟味することで満足し、全ての博士ではなく、通説に合致した健全な知性を備え、善良な精神を有し、良心と榮譽に従って行動した博士たち、そしてまた、この世の栄光、偉大、幸福を最大限に重視する博士たち、例えば、バルトルス、ポール・ド・カストル、ジャン・ファール、『法の鏡』の著者であるマンド司教ギョーム・デュラン、ピエール・ジャコビ、マズユエ、シャルル・デュ・ムーラン氏の判断に従う方がよい。この王国では、既にかなり以前から、イタリアの博士等の見解が排斥されている。それは例えば、宣誓には無効乃至取り消し得る契約を有効にしたり、契約にその本性以上の内容を付加する効力がある、暴行行為は教会裁判所判事の管轄に属する、教会裁判所判事だけが教会の所有や権利に関わる対物訴訟その他の訴訟を裁くことができる、聖職者身分は王国の国法や世俗権力には服しない、高位聖職者や教会裁判所判事は、世俗の領主の裁判権や諸権利に対して彼らが行う侵奪に世俗の領主や判事が従いこれを受忍するように破門や懲戒を以て強制する権限を有している、といった見解であり、

してでも、標準注釈と自分の側の諸博士の見解にのみ執着すること d'être adhérents seulement aux opinions des gloses et des Docteurs de leur party, etiam contre leur sentiment]、「博士たちの間に見解の対立がみられる場合に、そのような博士たちの数を無差別に何れが多数かという観点から勘定し、個々の博士の論拠や権威を吟味することなく、多数派の意見を支持すること quand il y a diversité d'opinions entre les Docteurs, compter le nombre desdits Docteurs, pesle-mesle, pour selon la pluralité, tenir l'opinion du plus grand nombre, sans peser les raisons et l'autorité de chacun Docteur]、「あたかも法律を定める権能でも有しているかのように、皇帝や王国その他主権者の威厳に関わる高級かつ重大な問題を、標準注釈と諸博士に従って解決したがること de vouloir decider les hautes et grandes questions des Empereurs, Royaumes, et autres dignitez souveraines, selon les Groses et les Docteurs, comme s'ils eussent eu pouvoir de faire Loy]が、それぞれ挙げられている。これに対して、「我々フランス人は、思考、著述、発言、その他法廷弁論や助言といったあらゆる活動を、アルプスの向こうの博士たちや彼らを真似るアルプスのこちら側の博士たちの著述にみられるこのような乱雑さによって満たすべきではない nous François ferons mieux de n'encombrer nos cerveaux ny nos écrits, ny nos propos, ny toutes nos autres actions de plaidoyries et de conseil, de cette confision d'écrits de Docteurs,

---

上記イタリアの諸博士が唱える見解は他にも幾つも存在する。これらの見解が排斥されるのは、彼らが、ポーニャやペルージャといった教皇領の教授であり、あるいはまた、幾人もが実際にそうであったように、教会の顯職に就くことを望み、更には、当時、教会による懲戒がひどく怖れられていたことから、自らの地位が失われるのを心配するような人々であったからである。

従って、我々の諸慣習法の理解と実務は、大部な注釈に頼ることも、区別、制限、ごまかしその他内容というよりはむしろ飾りに属する言説のファンファーレをそこに持ち込むこともなく、簡潔に行われるべきであると私には思われる。これは、知性と学識において非常に秀でた人々であると真に言えるような前述の博士たちを退けたり評価しないということ望んでいるからではなく、中庸の枠に留まることに満足し、上手く話すよりも上手く行い、そして、幻影よりも実体を重視するためである。”

(Les coutumes, 3-4.)

ultramontains, ny de ceux deçà les monts qui les ont imitez」のであって、「我々の諸慣習法の理解と実務 l'intelligence et la pratique de nos Coûtumes」もまた、「大部な注釈に頼ったり、区別、制限、ごまかしその他内容というよりはむしろ飾りに属する言説のファンファーレをそこに持ち込んだりすることなく、簡潔に行われねばならない doit être traitée simplement, sans grand apparat, sans y appliquer ces fanfares de distinctions, limitations, fallences, et autres discours, qui sont plus de fard que de substance」というのがコキューの主張である。このような前提に立つとすれば、「ローマ法に従って合理的に判断すべき何らかの問題が生じた aucune question se presente qui se doive juger par raison selon le Droit Romain」場合、「神がそれらに与えたもうた意味と可能性に照らして、法文の真正かつ根本的な根拠を、一つ一つ誠実に吟味する d'examiner chacun à part foy selon le sens et sçavoir que Dieu leur a donné, la vraye et fonciere raison des textes」という極めて慎重な態度が求められることになる。確かに、コキューも「イタリアの諸博士」を悉く排斥しているわけではなく、「通説に合致した健全な知性を備えていた博士 Docteurs qui selon les communes opinions ont eu la lumiere d'entendement plus nette」として、バルトルス・デ・サクソフェラート Bartolus de Saxoferrato (1313/4-1357年) やパウルス・デ・カストロ Paulus de Castro (1360/62-1441年) を挙げているし、注釈学派から注解学派への過渡期に属する、ギョーム・デュラン Guillaume Durand (グイレルムス・ドゥランティス Guilelmus Durantis : 1230?-1296年)、共にモンペリエ大学で教えたジャン・フォール Jean Faure (ヨハンネス・ファベル Johannes Faber : 1275?-1340年) やピエール・ジャコビ Pierre Jacobi (ペトルス・ヤコビ Petrus Jacobi : 1370?-1342/7年)、更には、『法廷実務論 Practica forensis』の著者ジャン・マズユエ Jean Masuer (1370-1452?年) やデュ・ムーランに至る同国人たちをそこに数え入れている。パドヴァのマリアーノ・ソチーニ Mariano Socini (マリアヌス・ソキヌス II 世 Marianus Socinus junior : 1482-1556年) の下で身をもって体験したであろうイタリア法学への幻滅から、その膨大かつ錯綜した学説といわば一体化していたローマ法それ自体の実用性を注意深く見定める必要性をコキューは痛感していたのであ

る。

ローマ法に対するコキユのこの慎重な観方は、フランスとローマ法の関わりの経過という観点からも補強されている<sup>22)</sup>。まず、「フランク人がローマ人を征服した les François conquérèrent sur les Romains」当初は、「ガリアのローマ人はフランク人に臣従しつつ、フランク人の手でローマの法律に従って裁かれた les Romains des Gaules étans en la sujétions des François, étoient jugez par les François selon les Loix Romaines」けれども、「その後、ローマ人とフラン

22) “なお、フランク人がローマ人を征服した際、ローマ市民法がガリアから完全に排斥されたわけではないという点も指摘することができる。というのも、フランク人は、殲滅者としてガリアに現れたのではなく、真の征服者として到来したからである。そして、サリカ法、ブルグンド法、リプアリア法にも示されているとおり、ガリアのローマ人はフランク人に臣従しつつ、フランク人の手でローマの法律に従って裁かれた。その後、ローマ人とフランク人の区別がもはや存在せず、諸慣習法だけが効力を保持するというほどまでに、二つの民族が融合するに至った。フランスは、長い間、法廷弁論よりもむしろ戦争に従事していたため、それらの慣習法には、極めて少数の項目や条文しかみられず、ワルニエやビュルガールその他の人々が古代ローマの姿を照らし出し、ローマ法の実務がイタリアに導入され、ポローニャにおいてローマ法の講義が公に行われるようになるまで、そうであった。かつてこのポローニャの復習教師であった教皇アレクサンデルⅢ世は、教会の事件をローマ法に即した訴訟の規則と形式によって処理し始めた最初の教皇であり、その後継者であるルキウスⅢ世、インノケンティウスⅢ世、グレゴリウスⅨ世等もそれを継続した。訴訟に関わる彼らの教皇令は、聖職者の品行の規律をめぐる教皇令の六倍の数のほっており、その後、インノケンティウスⅣ世、グレゴリウスⅩ世、ボニファティウスⅧ世、クレメンズⅤ世その他の教皇がこれに続いた。上記アレクサンデルⅢ世以降の全ての教皇は、イタリアのみならず、フランス、イングランド、ドイツにおいても、あらゆる種類の事件を受理し裁こうと介入している。最初の教皇令集、第六書、クレメンズ集を読めば分るとおり、それは、教会の事件か世俗の事件か、人的な事件か物的な事件か、瑣末な事件か重大な事件か、第一審か上訴審かを問わず、全ての事件である。これを契機に、フランスにおいて訴訟が溢れ増大し、教皇たちがアヴィニョンにその居所を定めて、約七十年に渡って滞在することになって以降は更に増えた。こうして訴訟や紛争が増大するにつれて、諸慣習法はそれらの解決には不十分となり、フランスにおいてローマ法の運用が再び開始されたのである。ただし、法律そのものとしてではなく、その適切さの故にローマ法を利用するのであって、これは、そのような場合に、ローマでの訴訟や「当事者宛て」の答書に即した訴訟を余儀なくされた〔古代ローマの〕人々に倣うものである。

ク人の区別がもはや存在せず、諸慣習法だけが効力を保持するというほどまでに、二つの民族が融合するに至った depuis étant venu que les deux peuples furent tellement meslez ; qu'il n'y avoit plus de difference entre le Romain et le François, les Coûtumes seules demeurerent en vigueur」上に、そもそも「フランク人たちはガリアにおいて絶対的な支配権を行使し、皇帝たちの首位性を承認していなかった les François commandoient absolument es Gaules, et ne reconnoissoient la superiorité des Empereurs」のであるから、その当時の「ギリシャの皇帝たちの法律 les Loix des Empereurs Grecs」ではなくそれ以前の「ローマの皇帝たちの法律 les Loix des Empereurs à Rome」に目を向けるべきとされる。そこには、「その大部分が、当時の卑しむべき時勢に相応しく、仰々しい演説と冗長な弁舌を伴い、皇帝の作法よりもむしろ弁論家のそれに似つかわしいものであった pour la plûpart accommodées au tems qui lors étoit miserables, sont avec oraison fastueuses et longs discours, tenant plus de l'art Oratore que de l'art Imperatoire」前者を排して、「正真正銘の政治的理性に依拠し、少ない言葉に多くの思慮を含んでいた sont fondées en pures raisons politiques, et en peu de paroles comprennent beaucoup de sens」後者を称揚するという極めて概括的な意味合いにおいてはあるが、同時代の一潮流であった人文主義の影響も読み取ることができる。フランスの法実務におけるローマ法の位置を規定するもう一つの歴史的契機としてコキエユが指摘しているの

---

ローマにいたローマ皇帝によって定められた法律を、コンスタンティノープルにいた皇帝の法律、つまり、ワレンティニアヌスⅢ世、マルキアヌス、レオ、ユスティヌス、ユスティニアヌス等の時代の法律よりも重視するために、それらのローマの法律について進んで区別することにしたい。というのも、この時代、フランク人たちはガリアにおいて絶対的な支配権を行使し、上記のような皇帝たちの首位性を承認していなかったからである。しかも、ローマの皇帝たちの法律が正真正銘の政治的理性に依拠し、少ない言葉に多くの思慮を含んでいたのに対して、ギリシャの皇帝たちの法律は、その大部分が、当時の卑しむべき時勢に相応しく、仰々しい演説と冗長な弁舌を伴い、皇帝の作法よりもむしろ弁論家のそれに似つかわしいものであった。それ故、私のみるところ、ローマの法律がその合理性の故に用いられている以上、より古いローマの法律に一層の注意を向けるべきである。” (Les coutumes, 2.)

は、ボローニャの「復習教師 Docteur lisant」を経験し後に教皇アレクサンデル三世(在位1159-1181年)として、「教会の事件をローマ法に即した訴訟の規則と形式によって処理する *traiter les affaires Ecclesiastiques par les reigles et formalitez de plaidoyrie selon le Droit Romain*」いわゆるローマ=カノン法訴訟手続の基礎を築いたロランドゥス・バンディネルス *Rolandus Bandinellus* (1105?-1183年)と、それ以降の教皇たちが「イタリアのみならず、フランス、イングランド、ドイツにおいても、あらゆる種類の事件を受理し裁こうと介入している *se sont entremis à connoitre et juger toutes sortes de causes non seulement, en Italie, mais aussi en France, en Angleterre, et Germanie*」ために、「フランスにおいて訴訟が溢れ増大し、教皇たちがアヴィニョンにその居所を定めて、約七十年に渡って滞在することになって以降は更に増えた *le fait de plaidoyrie s'est épanché et accru en France, et encores plus depuis que les Papes vidrent établir leur siege en Avignon, où iles ont demeuré prés de soixante et dix ans*」という点である。しかし、「こうして訴訟や紛争が増大するにつれて、諸慣習法はそれらの解決には不十分となり、フランスにおいてローマ法の運用が再び開始された *et les procez et differends s'étans multipliez, à la decisions desquels les Coûtumes ne suffisoient, on a repris en France l'usage de Droit Romain*」という経過をコキエユが好ましく捉えているわけではない。むしろ、そのようなカトリック教会を介したローマ法の受容に対する評価は、「ボローニャやバルージャといった教皇領の教授 *Docteurs Regens à Bologne et Perouse, terres d'Eglise*」でもあった上記「イタリアの諸博士」への反感と表裏一体の関係にある<sup>23)</sup>。成文化や改訂を経て整備された諸慣習法の下に、フランス法本来の姿が今や完全に取り戻されるに至ったとの歴史認識もまた、成文慣習法の欠缺補充に際してローマ法に与えられる相対的に低い評価をその根底において支えているのである<sup>24)</sup>。

更に、コキエユは、「我が歴代国王による古来の諸法令 *Constitutions an-*

23) 注21参照。

24) なお、ここで取り上げた『ニヴェルネ慣習法』の序論前半部分(省略した後半部



ciennes de nos Rois」や「各地方の慣習法文書 livres Coûtumiers des Provinces」に書かれているフランスの「あらゆる種類の法律 toutes sortes de loix」について「概括的に論じる parler sommairement」<sup>25)</sup>ことを企図した『フランス法提要 Institution au droit des François』(1607年初版)においても、一地方慣習法の欠缺補充とは別の観点、すなわち、「フランス人の法 droit des François」にみられる様々な概念及び制度の理解というより学理的な観点から、ローマ法の安易な援用に対する批判を度々表明している。例えば、「裁判権一般について Des droits de justice en commun」と題された章では、フランスにおいて、「公、伯、男、城主の地位 dignité de Duché, Comté, Baronne et Châtellenie」を保持していない「単純裁判領主 Seigneurs simples Justiciers」が、「上級裁判領主 hautes-Justiciers」、「中級裁判領主 moyens Justiciers」、「下級裁判領主 bas-Justiciers」の三種類に区分され、「中級裁判権と下級裁判権の諸権限は完全な裁判権に劣後し準拠する les droits de moyenne et basse Justice ayant été éclipsés et tirés de la Justice entière」とされる点との関連で、ここに言う「中級裁判権 la moyenne Justice」をローマ法上のいわゆる「混合命令権 *mistum*

---

分はニヴェルネ公領及び同慣習法の沿革、バイイ区やプレヴォ区の一般的説明等にあっては、とほぼ同じ内容は、『慣習法の条文をめぐる問題、解答、省察 Questions, réponses, et meditations sur les articles des Coûtumes』(1611年初版)の第1番「我々の慣習法は都市条例ではなく、真の市民法であること。並びに、我々はパリの慣習法に対して如何なる敬意を払うべきか Que nos Coûtumes ne sont pas statuts, ains sont le vrai Droit Civil. Et en quel respect nous devons avoir la Coûtume de Paris」(試訳は「デュ・ムーランとコキエユの慣習法論」獨協法学78号参照)及び第2番「フランス人の法について、並びに、ローマ人の法律はフランスにおいて如何なる効力を有するべきか Du Droit des François, et quelle force doivent avoir en France les Loix de Romains?」でより詳細に展開されている。以下にふれる『フランス法提要』の記述も含めて、内容及び表現上の一致は明らかではあるが、相互の参照指示はみられず、また、これらの著作が全てコキエユの死後に公刊されたこともあって、著述の時期や前後関係の確定は困難である。

25) Institution, 1. 引用は1703年ボルドー刊『著作集』第2巻所収のテキストによる。

imperium」に対応させる理解が批判されている<sup>26)</sup>。ローマ法源上<sup>27)</sup>、「犯罪者を処罰する剣の権能の保持 habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines」と「財産占有の付与 danda bonorum possessio」、つまり、刑事裁判権と民事裁判権の区別に対応させて説明される「単純命令権 imperium merum」と「混合命令権 imperium mixtum」は、特定の「政務官 Magistrat」の「職務乃至職位 office ou dignité」ではなく政務官一般の「役割 fonction」を指示する概念であって、例えば、「属州総督 Presidens des Provinces」と称される「属州の統治者 Recteurs des Provinces」が「その統治下の属州におい

26) “公、伯、男、城主の地位を有していない裁判領主は、単純裁判領主であり、上級裁判領主、中級裁判領主、下級裁判領主の三種類が存する。多くの場合、領主が一つの権原の下に三つの裁判権を保持している。同じ領域内において、上級裁判領主、中級裁判領主、下級裁判領主がいる場合もあり、その場合、中級裁判権と下級裁判権の諸権限は完全な裁判権に劣後し準拠する。我々の諸慣習法は、中級裁判権に関わる事柄を、「混合命令権」と呼ばれるものにローマ市民法が割り当てていた役割に対応させてきたが、これは適切であるとは思われない。というのも、ローマには、彼らが「混合命令権」と呼んでいたこのような権能を割り当てられた政務官も、職務乃至職位も存在しておらず、この語句によって指示されているのは政務官の役割であって、政務官には単純な命令権も混合命令権も裁判権も帰属していたからである。例えば属州統治者がそうであり、彼らのある者は執政官格総督と呼ばれ、またある者は属州総督という一般的な名称と呼ばれ、彼らは、その統治下の属州において、ローマにおいて執政官、ローマ都督、法務官、按察官が有しているのと同様の権能を有していたのである。従って、我々の諸慣習法は上級、中級、下級の各裁判権を先のように配分している以上は、そこに目を向ける必要がある。実際、我々の諸慣習法は我々の市民法であり、ローマにおいてローマ人の市民法がそうであったのと同じ効力と実効性を有しているのであって、管見によれば、我々の諸慣習法を、イタリアの諸博士があれほど多くを論じている都市条例に類比することは誤りである。なぜなら、イタリアにおいて共通法にあたるのはローマ市民法であり、都市やその支配地域においてローマ市民法に反しあるいはそれと異なる何な特殊な法律が存在するとしても、共通法に反したりこれを逸脱するが故に限定的に解釈されねばならないのは都市条例であるから。これに対して、フランスの慣習法地域においては、ローマ市民法は、共通法ではないばかりか、法律の効力さえ有しておらず、ただ合理性に応じて役立つに留まるのであって、我々の諸慣習法こそ真の市民法である。従って、イタリアの諸博士が彼らの都市条例に対して行うように限定的な解釈を我々の諸慣習法に加える必要はない。”(Institution, 10.)

27) D. 2, 1, 3. Ulpianus, 2, De officio quaetoris.

て、ローマにおいて執政官、ローマ都督、法務官、按察官が有しているのと同様の権能を有していた *en leurs Provinces avoient semblable pouvoir, comme avoient à Rome les Consuls, les Prefets de la Ville de Rome, les Preteurs ; les Ediles*」ように、「政務官 *Magistrat*」にはその職務に応じて「単純な命令権も混合命令権も裁判権も帰属していた *competoit et merum imperium et mistum imperium et jurisdictio*」。これに対して、「我々の諸慣習法 *nos Coûtumes*」は、刑事民事問わず事件の重要性に応じて「上級、中級、下級の各裁判権を配分している *ont distribué les pouvoirs et fonctions des hautes, moyennes et basses Justices*」上に、「領主が一つの権原の下に三つの裁判権を保持している *les Seigneurs ont les trois sortes de Justice sous un seul titre*」場合もあれば、「同じ領域内において、上級裁判領主、中級裁判領主、下級裁判領主がいる *en même territoire y a haut-Justicier, moyen Justicier, et bas-Justicier*」場合もあるというのである。しかもその際、コキエユは、「我々の諸慣習法は我々の市民法であり、ローマにおいてローマ人の市民法がそうであったのと同じ効力と実効性を有している *nos Coûtumes sont nôtre droit civil, de même force et vigueur comme étoit à Rome le droit civil des Romains*」と些か唐突に述べた上で、「イタリアの諸博士が彼らの都市条例に対して行うように限定的な解釈を我々の諸慣習法に加える必要はない *n'est besoin d'y faire l'interpretation à l'étroit, comme les Docteurs Italiens font à leurs statuts*」と前述の条例理論批判を繰り返し、「フランスの慣習法地域において、ローマ市民法は、共通法ではないばかりか法律の効力さえ有しておらず、ただ合理性に応じて役立つに留まる *en la France Coûtumiere le droit civil Romain n'est pas le droit commun, il n'a pas force de loy, mais sert seulement pour la raison*」との一般論にまで脱線している。また、「国王の権利について *Du droit de Royauté*」と題された章では、「自らの王国全体の秩序のために一般的な法律及び王令を定めること *de faire loix et Ordonnances generales pour la police universelle de son Royaume*」、「裁判権 *la Justice*」、「外国の主権者たる君侯との戦争を命し指揮すること *d'indire et commander la guerre contre autres Seigneurs souverains*」、「王室直轄地 *le Domaine de la Couronne*」と「授封 *l'investiture*」、「王国内の教会の保護者で

あり管理者である *est protecteur et conservateur des Eglises de son Royaume*」こと、「金貨及び銀貨を鑄造すること *faire monnoye d'or et d'argent*」、「臣民を訴える事件において自ら裁判官となる *est juge en la cause qu'il a contre son sujet*」こと等と並んで、「恩恵の付与や共通法の適用免除 *octroy de graces et dispenses contre le droit commun*」が、国王大権として挙げられ、「未成年、詐欺、畏怖乃至威圧、ウェッレーイウス元老院議決、正当な錯誤、不法にあるいは原因無く為された約束、正当価格の半額以上に及ぶ欺罔等を理由とするあらゆる原状回復命令 *les restitutions en entier, fondées sur minorité, sur dol, sur crainte ou force, et à cause du Velleian, ou à cause de juste erreur, ou pour promesse faite induëment et sans cause, ou pour deception d'outre moitié de juste prix*」がそのような「恩恵の付与 *octroy de graces*」に含まれる理由として、「原状回復による救済がフランスにおいて法律としての効力を有してないローマ市民法に属している *les remedes de restitutions dependent du droit civil des Romains, qui n'a force de Loy en france*」という点が指摘されている<sup>28)</sup>。ローマ法に既に定められている原因に基づく「原状回復命令 *restitutions*」が

28) “…未成年、詐欺、畏怖乃至威圧、ウェッレーイウス元老院議決、正当な錯誤、不法にあるいは原因無く為された約束、正当価格の半額以上に及ぶ欺罔等を理由とするあらゆる原状回復命令もまた、そのような王状が司法に関わるものであり、そのような恩恵がなければ、本来、裁判所の正式な判事の面前で救済が要求されねばならなかったものである点に鑑み、国王大権に含められてきた。しかし、そのような権利の導入は、原状回復による救済がフランスにおいて法律としての効力を有してないローマ市民法に属しており、それ故、そのようなローマ法の援用を認可し有効にするために、国王尚書府への申立が為され王状が取得されるという点を根拠としているように私には思われる。というのも、フランスにおいて、ローマの法律は、真正な法律としてではなく、そこに含まれる根拠故に、尊重されている。パリ、すなわち、フランスの首都においてローマ市民法の公的な研究が行われていないのはこの点に由来しており、別書第5巻第33章「特権及びその消滅について」第28節でもその旨述べられている。更に、法科大学の特許状が高等法院で認証される際には、「このローマ市民法がフランスで法律としての効力を有するものと認めるわけではない」との制限がそこに付される。以上の点は、我々の市民法にあたる国王の勅令や諸慣習法によって禁じられている契約乃至処分行為を取り消したり無効にする場合には要求されず、それらの場合には、例えば、既婚女性による無許可の債務負担、後見人によって為された贈与、暴利行為のように、裁判官による権限行使だけで十分である。” (Institution, 6.)

国王の大権に属し、「そのようなローマ法の援用を認可し有効にするために、国王尚書府への申立が為され王状が取得される pour autoriser et faire valoir l'allegation qui s'en fait, on a recours à la Chancellerie du Roy pour obtenir lettres」一方で、「既婚女性による無許可の債務負担 obligation de femme mariée non autorisée」、「後見人によって為された贈与 donation faite à tuteur」、「暴利行為 fait d'usures」のように、「我々の市民法にあたる国王の勅令や諸慣習法によって禁じられている契約乃至処分行為を取り消したり無効にする faire rescinder ou declarer nuls les contrats ou dispositions qui sont interdites par les Constitutions de nos Rois, ou par nos Coûtumes, qui sont nôtre droit civil」場合には、「王状 lettres」は不要であり「裁判官による権限行使だけで十分である le seul office du Juge suffit」というのがここでの説明の核心部分である。そして、コキエユは、ここでもやはり、「フランスにおいて、ローマの法律は、真正な法律としてではなく、そこに含まれる根拠故に、尊重されている en France nous n'observons pas les loix Romaines comme vrays loix, mais pour la cause qui y est」という一般論の下、パリ大学における「ローマ市民法の公的研究 Etude publique de droit civil Romain」の禁止や、「法科大学の特許状 les privileges des Univesitez de loix」認証時に高等法院が加える制限へと敢えて言及し、ローマ法援用の限界を印象づけようとしている。

コキエユの『フランス法提要』と同時期に、「フランス法の教育 instruction du droit de la France」というほぼ同じ目的をもって公刊されたアントワヌ・ロワゼル Antoine Loisel (1536-1617年)の『慣習法提要 Institutes Coustumieres』(1607年初版)の序文<sup>29)</sup>にも、「我が国のローマ法の著名な教師や博士一般が、ローマ法の各箇所の準則や原理に入念に気を配るべきであると我々に

29) “あなた方フランスの人々への私の贈り物、かつて法のわき道で見出し、長い年月によって確証され、蔑まれることなく理解されたこれらのものをどうか無視しないでいただきたい。

A A.E.G.L.A.L.D.B. 我が国のローマ法の著名な教師や博士一般が、ローマ法の各箇所の準則や原理に入念に気を配るべきであると我々に教えているけれども、私は、四十年以上にも渡って我々がフランス法の実務に携わる者として、我々の慣習法と慣行

教えている nostre grand maistre et Docteur commun du doroict Romain nous enseigne qu'il faut songneusement adviser aux reigles et principes des chscune partie d'iceluy」ことへの反発が明確に表明されている。『慣習法提要』は、パリ高等法院付き弁護士を振り出しに、宗教内乱におけるいわゆるポリテイク派 les Politiques の一人として政治の中枢に関わりつつ、国王代訟官長補 substitut du procureur général や国王弁護士（代訟官長代理）avocat du roi を務めた口

---

の内に準則乃至警句の形をとるものを見出すことに努めると同時にそれを喜ばしく思ってきた。それらの準則や命題を少しずつ集め、幾らか整った順序に並べることによって、私は、二重の利点が生じるのを期待している。一つは、それらが、あなたがたや、フランスの法の教育あるいは「慣習法の要諦」が十分に身に付いていない他の人々の助けになり得るといふ点であり、もう一つは、学識に溢れた人々が、それぞれ知っているものを公表し、あるいは、もっと巧みに収集する気になるかもしれないという点である。また、混乱し当てにならない実に多くの輩に倣って、人々が叙述の簡潔さを非難することのないよう願っている。両スカエウォラ、ネラティウス、ガイウス、パピニアヌス、パウルス、ウルビアナス、ポンポニウス、マルキアナス、ルーフスその他の法律家たちや、永遠の称賛を得ている医者の王〔ガレノス〕がそのような簡潔さに心を砕いたことを我々は知っているし、そのような簡潔さに頼ることで、疑念と対立に満ちた幾つかの問題点の解決も見出されるはずである。更にそこから、他の二つの利点を遙かに越える第三の利点があるいは生じるかもしれない。それはすなわち、この王国の諸地方、公領、伯領、領主領が互いに如何に異なる慣習法によって律せられ治められているようにも、時とともに、ただ一人の国王とそのただ一つの通貨の支配の下で置かれることによって、国王陛下の威光の下、単一の法律、慣習、度量衡がもたらす調和、合理性、衡平さへと最終的に到達するという点である。ここで企図されている事柄の大部分が、この王国の古来の慣習に基づき広く通用している法と、その慣行や実務という源乃至由来から取り出されたものであることをあなたがたに請け合えるし、私自身によるものは本当に僅かしか載せておらず、またそれらは、常に最大限の注意を払うべきものと私には思われた順序と連関を伴っている。これらの準則の幾つかに若干の曖昧さあまりに古いものが見出されたとしても、それらは実践を通じてあなたがたに徐々に明らかとなり、それらが我々のフランス法の理解に極めて有意義であることを示すであろう。また、準則の幾つかが正しいようには見えず、あるいは実際常に正しいとは言えなくとも、さしあたっては、より普遍的で一般的なものを、たとえ例外があるにせよ、準則をみなす必要があること、そしてまた結局のところ、あらゆる準則の筆頭に位置するのが「欠点のない準則はない」というものであることを、どうか思い起こしていただきたい。”(Institutes, iij.r.—iiij.v. 引用は1608年パリ刊のテキストによる)

ワゼルが、「四十年以上にも渡って我がフランス法の実務に携わっている者 le pratiquant avec nostre droict François par l'espace de quarante ans et plus」として、「この王国の古来の慣習に基づき広く通用している法と、その慣行や実務 le droict ancien coustumier, et plus ordinaire de ce Royaume, usage et pratique d'iceluy」から収集した「準則乃至警句 reigle ou sentence」を一定の「順序と連関 l'ordre et la liaison」の下に整理したものである。「慣習に基づき広く通用しているフランス法の新旧の多種多様な準則、警句、格言に関する便覧 Manuel de plusiuers et diverses Reigles, Sentences, et Proverbes tant anciens que modernes du Droict Coustumier et plus ordinaire de la France」という副題にも示唆されるとおり、「叙述の簡潔さ simplicité d'ecrire」を最大限に重視した形式をとっているため、ローマ法援用に消極的な立場をコキューと同様に具体的な形でそこに見出すことは確かに容易ではない。しかし、本書の教育的効果や、更なる命題の発見と公表への呼び水としての役割に加え、「他の二つの利点を遙かに越える第三の利点 un troisiemesme profit qui surpasse de beaucoup les deux autres」として、「この王国の諸地方、公領、伯領、領主領は、互いに如何に異なる慣習法によって律せられ治められていようとも、時とともに、ただ一人の国王とそのただ一つの通貨の支配の下で置かれることによって、国王陛下の威光の下、単一の法律、慣習、度量衡がもたらす調和、合理性、衡平さへと最終的に到達する tout ainsi que les Provinces, Duchez, Comtez, et Seigneuries de ce Royaume regies et gouvernees sous diverses coutumes, se sont avec le temps rennes sous l'obeissance s'un seul Roy, et quasi de la seule et unique monnoye ; ainsi se pourvoyent-elles en fin reduire à la comformité, raison, et equité d'une seule loy, coutume, poids et mesure sous l'auctorité de sa Majesté」との見通しをもって遂行されたロワゼルの試みが、デュ・ムーラン以来の諸慣習法の調和という理想に下にあること、そして、ローマ法でも王令でもなく諸慣習法を「フランス法 le Droict de la France」の中核に据えるという限りでは、コキューとその立場を同じくすること、は少なくとも明らかであろう。

## II.

コキエユやロワゼルのような立場がその後も慣習法学の大勢を占めて行くのは確かではあるが、ローマ法の参照と援用に積極的な見解も依然として存在していた。その典型と言えるのが、パリ高等法院の弁護士を経てサンスの上座裁判所 *siège présidial de Sens* 付きの特別代行官 *lieutenant particulier* を務めたシャルル・ロワゾー Charles Loyseau (1564-1627年) の『抵当権による財産放棄及び委付についての論考 *Traité du Deguerpissement et Delaissement par hypothèque*』(1597年初版) にみられる議論である<sup>30)</sup>。ロワゾーは、まず本書の序文において、「我々が今日実践している極めて優れた解決や確実な準則をかつてローマ人たちから取り入れ学んだことを認めざるを得ないとするならば、我々の慣行が未だ到達してはいない一致点に関しては、彼ら、すなわち、この世で唯一法を学問の域に高めたローマ人に依拠べくまさに我々は強いられている *si est-ce qu'il faut que nous reconnoissons avoir pris et appris des Romains les plus belles resolutions et les plus assurées maximes que pratiquons maintenant; même nous sommes contraints d'avoir recours à eux és concurrences, où nôtre usage n'a pas encore penetré*」との認識を示して、「ローマ法を我々の法に再び持ち込むこと *rapporter le droit Romain au nôtre*」の正当性を主張している<sup>31)</sup>。ただしそこで求められているのは、「法 *le droit*」と「実務

30) なお、本書及びその序文でも言及されている前著『定期金の保証についての論考』を通じて、ロワゾーは、「市民層や法服貴族に対してその資産運用のより有利な仕組みを提示している」との指摘もあるが (Basdevant-Gaudemet, article sur “LOY-SEAU Charles”, in: *Dictionnaire historique des juristes français* [2007], 520)、このような新興階層による資産獲得の後押しというロワゾーの実践的意図も、多額の債務を抱えて担保に供した所領を失っていく旧貴族勢力の拠り所が古来の慣習法であったことを鑑みれば、以下で述べる法学観という表向きの論拠とは別に、そのローマ法重視の姿勢を強く規定していたはずである。

31) “ローマの弁論家 [キケロ：例えば *Orator*, 3, 13-14.] が、雄弁術の完成に到達するために、当時、アテネよりもローマにおいて雄弁術が盛んであったにもかかわらず



la pratique]、「理性 la raison」と「慣行 l'usage」、「ローマ法 le droit Romain」と「フランス法 le droit François」を一定の法学観の下に「結合させること joindre」であって、「フランスの慣行 l'usage de France」をローマ法に置き換えるということではない。「学芸 arts」一般においてそうであるように、「法学

---

ず、ギリシャの文芸をラテン語によるそれと組み合わせることを推奨したが、それは、雄弁術のこの上なく卓越した奥義や類い希なる教えがギリシャ人によって創り出され論じられていたからである。これと同じように、法学を完全に習得するためには、ローマ法をフランスにおける我々の慣行に融合することが必要であると私は常々考えてきた。なぜなら、我々の法学が今日ではあるいはローマ人のそれよりも優れた状態にあるかもしれないとしても、既に創り出されたものに何かを付け足すのは我々にとって容易いことであるし、我々が今日実践している極めて優れた解決や確実な準則をかつてローマ人たちから取り入れ学んだことを認めざるを得ないとするならば、我々の慣行が未だ到達してはいない一致点に関しては、彼ら、すなわち、この世で唯一法を学問の域に高めたローマ人に依拠すべくまさに我々は強いられているからである。それ故、ローマ法に熟達した者であっても、フランスの慣行を無視するならば、事件の処理には役立たない。大学から戻ったばかりのローマ法修得者がそのよい証拠である。「彼らは、法廷に赴いた際、未知の世界に連れて来られたかのように感じる。なぜなら、実務において扱われる事柄を彼らは大学で聞いたことも論じたこともないからである」。同様に、法をなおざりにして、実務にのみ目を向ける者も、彼を慣例とありふれた準則の埒外へと放り出すような何か例外的な事件や特殊な事情に影響された事件が生じた場合、先の者と劣らず困惑することになる。「恐らくあなたは糸杉を描けるであろうが、難破した船から絶望の中で脱出する人が報酬と引き換えに描かれる場合には、それが一体何になろう」[Horatius, *Ars poetica*, 19-20.]。ほとんど全ての学芸において、その完成のためには二つの部門が不可欠である。それはすなわち、準則を提示する理論と、それらの準則を活用する実践である。ローマ法は法学の理論で、我々の慣行は法学の実践にあたる。もう一方を欠くものは不完全であり欠陥を伴う。「物事 [資質と鍛錬] はこのように互いに助力を求め密接に結びついている」[*Ars poetica*, 410-411.]。それ故、法に実務、慣行に理性を娶らせること、つまり、ローマ法と我々の法を結合させることが必要である。

以上の点を実感として明らかにするために、私は、我がフランス法の中から、ローマ法からこの上なく隔たり矛盾してさえいるように見える主題、すなわち、財産放棄、を敢えて取り出し選択した。この財産放棄はラテン語で的確に表現することは不可能であるが、にもかかわらず、私は、これを、ローマ法の典拠、準則乃至規範によって全面的に解明した。私の論述を通じて十分に明らかにし得たと思われるのは、この題材に見出される難解さや混乱の全てが、これまでローマ法学から離れ遠ざかっていたことに起因し、それ故、ローマ法学が辿った小道に立ち戻りさえすれば、この

Jurisprudence」においても、「準則を提示する理論 la Theorie qui fournit les precepts」と「準則を活用する実践 la Pratique qui les met ne oeuvre」の双方がその「完成 perfection」にとって不可欠であり、ローマ人の法とフランスの慣行がそれぞれ法学の「理論 la Theorie」と「実践 la Pratique」に相当するが故に、「法学を完全に習得するためには、ローマ法をフランスにおける我々の慣行に融合することが必要なのである pour acquérir une parfaite habitude à la Jurisprudence, il est necessaire de mêler li droit Romain avec nôtre usage de France」。このようなローマ法と慣習法の相補的關係、つまり、法学における理論と実践の調和を称揚するにあたって、ロワゾーは、「雄弁術の完成に到達するために、ギリシャの文芸をラテン語によるそれと組み合わせることを推奨した conseilloit de joindre les lettres Greques avec les Latines, pour parvenir a la perfection de l'Eloquence」キケロ（「ローマの弁論家 l'Orateur Romain」）を引き合いに出し、更には、難破の様子をそこから生還した人のために描く画家が死者への哀悼の象徴である「糸杉 cupressus」を描き加えることの愚に照らして詩作における理論と実践の調和（「汝詩作する者ならば自らの力量に相応しい題材を選ぶべし sumite materiam vetris, qui scribitis, aequam viribus」<sup>32)</sup>を説き、「豊かな資質 dives vena」と「鍛錬 studium」の相補性を指摘するホラティ

---

難解さの迷宮の曲がり角で自分の道を見つけることは極めて容易であるという点である。

実際、『定期金の保証について』という小論において既に究明したのと同様に、ローマ法を我々の法に再び持ち込むことがこの著作における私の目論見である。昨年、私が上記小論を発表した際に、そこに私の名を示さなかったのは、このような叙述方法に人々が一体どれほどの好意を示すのかただ確かめるためであり、私のみるところ、司法の職に従事するあらゆる人々が、ローマ法に注意を払うにせよ、実務にのみ専念するにせよ、この二つをともに結びつけたがるにせよ、この叙述方法に何か満足すべきものを見出しているようである。同時にまた、この素材が現在の慣行に全面的に関わっているにもかかわらず、フランス法全体の中で最も難解であるかもしれないとはいえ、未だに誰もこれを論じてこなかったという点も考慮した。”(Traité, du Deguerpissement, 1.引用は1701年リヨン刊の『著作集 Les oeuvres』所収のテキストによる)

32) Ars poetica, 38-39.

ウスの『詩作術 Ars poetica』中の言葉も引用しているが、そこには、「この世で唯一法を学問の域に高めた seuls au monde qui ont réduit le droit en science」ローマ人に対する手放しの称賛を読み取ることできる。いずれにせよ、慣習法とローマ法の間に対等に相補う関係を指定するロワゾーの立場は、ローマ法の役割を可能な限り限定しようとするコキューヤやロワゼルの立場と鮮やかな対比をなしていると言えよう。

更に注目すべきなのは、そのようなローマ法重視が慣習法の欠缺補充という次元においても貫かれているという点である。抵当不動産の第三取得者に対しても人的かつ物的に行使できる「混合訴権 action mixte」としての抵当訴権一般の性質を説明する本書第2巻では、パリ慣習法第99条<sup>33)</sup>に規定された「土地定期金債務 rentes foncières」のような「物的負担 charges réelles」のみならず、「金額によって設定された定期金 rentes constituées à prix d'argent」においても、土地が抵当権に基づく「一般的債務 generale obligation」の目的物となっている限り、「第三取得者は当該負担額について人的に義務づけられる le détenteur est tenu personnellement desdits arrérages」という趣旨で改定時に追加された第100条<sup>34)</sup>の問題点が取り上げられており、ロワゾーは、「パリ慣習法を除いて、金額で設定された定期金には人的訴権が付与されてはならないこと Que hors la Coutume de Paris l'action personnelle ne doit avoir lieu és rentes constituées à d'argent」という同章の表題にも示されているように、「この困難にはっきりと決着をつけていない他の諸慣習法 autres Coustumes, où cette difficulté n'est point expressément vidée」の下でこの第100条を援用することに

33) “賃租や定期金その他、物的かつ年単位の負担が課され義務づけられている不動産の第三取得者であり所有権者である者は、上記負担を、その負担の相手方である者あるいは者たちに対して弁済し履行すること、つまり、自らが上記不動産やその一部の第三取得者であり所有権者となる限り、その期間に履行期の到来する負担額を弁済し履行することを義務づけられる”

34) “また、それらの不動産が特別に債務の目的とされていても、一般的な債務が存し特定性がない場合や、「一特定の債務は一般的債務を害せず、一般的債務は特定の債務を害さない」という特約が存する場合には、やはり、当該不動産に負担が課され義務づけられ、それ故、その第三取得者は前記負担額について人的に義務づけられる”

否定的な議論を展開している。そのような議論の過程で提示されているのが、「他の諸慣習法 autres Coustumes」に規定が欠けている場合に「パリ慣習法の解決 la decision de celle de Paris」を援用することの当否をめぐる一般論である<sup>35)</sup>。まず、「高等法院の諸判決 Arrests de la Cour」に示されているように、

35) “く4. この新たに付加された条文は他の諸慣習法の下でも遵守されるべきかどうか) しかし、条文が明確に規定されている以上、それが酷であっても遵守する必要はあるが、同時にまた当該条文を、一定限度内に制約せねばならない。それ故、我々の慣習法に新たに付加された当該条文が、この困難にはっきりと決着をつけていない他の諸慣習法との関係においても遵守されるべきかどうか重大な問題となる。パリ慣習法が、とりわけ先の改訂の際に付加された諸点について、既に高等法院の諸判決によって判示されているように、他の諸慣習法に規定されていない事件に際して共通法となるというのが法廷における準則とみなす向きもある。これは、慣習法や未公認の慣行がない場合には法にあたとされてきたもの、つまり、ローマ市で通用していた慣習法や慣行に準じている【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32法文〔前書〕、法学提要4巻11章「担保提供について」第7節、勅法彙纂1巻17章「古い解答権、並びに、学説彙纂で参照されている法学者たちの権威について」第1法文10節】。

く5. 顧慮すべきなのはパリ慣習法かそれともローマ法か) しかし他の箇所では、「そのような長期の慣習の権威は決して軽々しいものではなく、その重要性において理性や法律を凌駕するほどである」[勅法彙纂8巻52章「長期に渡る慣習とは何か」第2法文]と述べられており、しかもこれは、主権者たる君主の権威の下に当地方の諸身分の明示の同意によって公認され認可されてはいいない慣習に関する指摘である。一方、然るべく認可された慣習法に関しては、封建法書の著者が第2巻の冒頭で行っているように、この命題は逆転され、「ローマ人の法律の権威は、軽んじられるべきではないが、慣習法を凌駕するほど大きくはない」[封建法書2巻1章「封の概念について」]と言われる。従って、法廷におけるもう一つ別の準則、すなわち、慣習法に規定されていない事件は、既に述べたとおり「共通法」とでもここでは呼ぶべきローマ法の規定に従って判断されるべし、との準則が存することになる。

く6. この問題の注目すべき解答) これら二つの準則を調和させるためには、パリ慣習法の解決を他の諸慣習法にも当てはめる前にまず、ローマ法を探るべきである。そしてもしローマ法に、争われている点について、確実で揺るぎなく、しかもまた、パリの慣習法には反していてもフランスの一般的慣行とは矛盾しない解決が含まれている場合には、パリの慣習法に従うよりもむしろ、共通法の規定に目を向ける必要がある。つまり、「遵守されるべきなのは、ローマで守られている事柄ではなくて、ローマで守られるべき事柄なのである」【学説彙纂1巻18章「属州総督の職務について」第12法文】。以上の点は、新たに追加された【パリ慣習法の】諸条文について

これを肯定して、「パリ慣習法が、とりわけ先の改訂の際に付加された諸点について、他の諸慣習法に規定されていない事件に際して共通法となる la Coustume de Paris, principalement en ce qui a esté adjousté à la reformaition derniere, doit faire la loi commune pour li cas obmis au autres Coustumes」との「法廷の準則 maxime au palais」を支持する立場があり得る。この立場は、先にコキークも指摘していたとおり、フランスの首都パリをローマに準えた上で、「慣行や慣習法 mores et consuetudo」に手掛かりがない場合に「ローマ市で通用している法 ius, quo Roma utitur」に従ったローマ法の解決<sup>36)</sup>にその学理的裏付けを求めることもできる。しかし他方で、「主権者たる君主の権威の下に当地方の諸身分の明示の同意によって公認され認可されてはならない慣習 une coutume non homologuée et autorisée par l'express consentement des Estats de la Province, sous l'autorité du Prince souvetain」と「然るべく認可された慣習法 Coustumes deuément autorisées」とを区別するならば、前者については、「長期の慣習の権威は決して軽々しいものではなく、その重要性において理性や法律を凌駕するほどである consuetudinis longavi non levis auctoritas, sed non adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem」<sup>37)</sup>と確かに言えるとしても、後者にはむしろ「ローマ人の法律の権威は、軽んじられるべきではないが、慣習法を凌駕するほど大きくはない Romanorum legem non vilis auctoritas, sed non tanta, ut consuetudinem vincat」<sup>38)</sup>という「命題 proposition」が当てはまるのであって、パリ慣習法のような成文慣習法を前提とする限り、「慣習法に規定されていない事件はローマ法の規定に従って判断される

---

も、たとえそれらが、パリで通用していた長年の慣行の帰結として生じたものと確認された段階で、高等法院の判決に照らして付け加えられたものであるとしても、同様に当てはまる。なぜなら、そのような慣行が他の諸慣習法にとって法律とはなり得ないように、この慣行を確認する法院判決やそれを慣習法として承認した条文が、同じ慣行の存在しない他の場所において法律となるということも、それらが共通法に直接反している以上は、あり得ないからである。” (Traité du Deguerpissement, 42.)

36) D. 1, 3, 32, pr. Iulianus, 84, Digesta.

37) C. 8, 52, 2. Constantinus.

38) Libri feudorum, 2, 1.

べし les cas obmis és Coustumes doivent estre decidez selon la disposition du Droit romain」という別の「法廷の準則」がそこから導かれることになる。そこで、「これら二つの準則を調和させるために pour accorder ces deux maximes」ロワゾーは次のような二段階の指針を示している。すなわち、「パリ慣習法の解決を他の諸慣習法にも当てはめる前にまずローマ法を探るべき devant qu'étendre aux autres Coustumes la decision de celle de Paris, il faut premierement sonder le Droit Romain」こと、そして、「もしローマ法に、争われている点について、確実に揺るぎなく、しかもまた、パリの慣習法には反していてもフランスの一般的慣行とは矛盾しない解決が含まれている場合には、パリの慣習法に従うよりもむしろ、共通法の規定に目を向けるべき s'il contient certaine et resoluë decision du point controversé, non repugnante à l'usage general de France ; alors posé que la Coustume de Paris soit contraire, il faut plus-tost que de la suivre, a'arrester à la disposition du Droit commun」こと、がその内容である。パリ慣習法が「パリで通用していた長年の慣行の帰結として生じた est arivée en consequence de l'usage inveter, qui estoit observé à Paris」のだとしても、それがフランスの一慣習法にすぎない以上、「そのような慣行が他の諸慣習法にとって法律となるということとはあり得なかった cet usage ne pouvoit faire loi aux autres Coustumes」し、「この慣行を確認する法院判決やそれを慣習法として承認した条文が、同じ慣行の存在しない他の場所において法律となるということもあり得ない les Arrests confirmatifs d'iceluy, ou les articles qui l'ont receu pour Coustume, ne peuvent pas faire loi ailleurs」。序文で示されたローマ人の法とフランスの慣行の相補的關係という図式に従えば、「フランスの一般的慣行 l'usage general de France」に矛盾しない理論としてのローマ法こそ、フランスの「共通法 Droit Commun」の名に相應しく、諸慣習法の欠缺補充に際しても的確な指針となり得るのである。

パリ慣習法よりもローマ法の援用に好意的な論者は、その後17世紀の半ばにかけて少数ながら絶えることはなかった。例えば、「フランスのキケロ Cicéron français」と呼ばれ若くしてパリ高等法院で弁護士として活躍した後、ジャンセニスムに帰依しポール＝ロワイヤルに隠棲したアントワヌ・ル・

メートル Antoine Le Maistre (1608-1658年) の『法廷弁論及び演説集 Les plaidoyez et harangues』(1651年初版) の第12弁論には、パリ慣習法との類比という次元を遙かに越えるローマ法の別格の権威が修辞豊かに讃えられている。弁論は、その冒頭に、「諸慣習法は、君主がその国の主権者であるように、それぞれの通用地域において主権的地位にあり、主権者が神にのみ従属するのと同じく、諸慣習法も国王にのみ臣従する les coutumes sont souveraines dans leur ressort, ainsi que les Princes dans leurs Etats ; et comme les souveraines ne relevent que de Dieu, elles ne relevent aussi que du Roy」というそれ自体自明の命題を掲げて、「国王 le Roy」を「父 pere」とし「民衆の多様な意思から生まれる naissent des diverses volontez des peuples」異母姉妹に諸慣習法を喩える視点から、まず、「パリ慣習法 la Coutume de Paris」の権威の相対化を試みる<sup>39)</sup>。他の諸慣習法が「何も条文を定めていない場合にパリの慣習法に依拠す

---

39) “諸君。諸慣習法は、君主がその国の主権者であるように、それぞれの通用地域において主権的地位にあり、主権者が神にのみ従属するのと同じく、諸慣習法も国王にのみ臣従する。

諸慣習法は、一般的には全て、同じ父、すなわち、それらに生氣を与える君主の子であるから、平等であるが、しかし同時にまた、それぞれに特徴があり互いの異なる母の子でもある。というのも、諸慣習法は民衆の多様な意思から生まれるからである。

それ故、一方では、諸慣習法が、パリの慣習法を、最も高貴で尊厳に溢れた母をもち、姉妹の中の長女の地位を占めるほどのものとして尊重するということになるが、他方で、そのような資格は、パリ慣習法に、順位においてのみ優先させるのであって、権威においてではないし、また、他の諸慣習法における尊敬をもたらしはするが、服従はもたらすことはないのであって、それらの慣習法はパリの慣習法と同じく市民にとっての女王なのである。

「たとえごく僅かな人々が最高の榮譽に浴しているにせよ、全ての者が平等である」とかの法律家 [プロクルス] が言っているように [D. 49, 15, 7, 1.]、これらの慣習法はこのパリの市民にも関わりがある。

というのも、それらの慣習法が、何も条文を定めていない場合に、パリの慣習法に依拠すべく義務づけられ、パリ慣習法に臣従するかのように敬意を表し、何らかの欠缺が生じた際に至高の天体のごとくにその光を取り入れ、それらの慣習法の輝きを吹き消されるというのは、不当であるように思われるからである。

それぞれの慣習法に与えられた権能の平等ではなくむしろ嫉妬が、このように根強

べく義務づけられている soient obligées d'avoir recours à celle de Paris, lors qu'elles n'ont point réglé quelque article」かのような実務の現状は、各地方がパリに抱く「対抗意識 émulation」や「妬み envie」によって事実上もたらされているにすぎず、何よりも、「それぞれの慣習法に与えられた権能の平等

く耐え難い従属をもたらし、それを確立した帝国の偉大さと権威の故にそのような対抗意識や妬みを遥かに超越しているローマ法よりもパリ慣習法に服させている。

このような対抗関係において、諸慣習法は、臆病であるために隣国に譲歩するのではなく自らをポンペイウスの手に乗ねることを望み、卓越した作家が書いているように、「運が他の全てを凌駕する以上、この者に屈することは決して恥辱ではない」と考えた王たちと同じ感情を抱いているのである。

諸君、私は、フランスの諸博士の幾人かが、「ある地域に固有の慣習法が存在しない場合、ローマで通用している法と慣行に従うべきである」[D. 1, 3. 32, pr.] のと同様に、他の諸慣習法に独自の規定が欠けている場合には、パリ慣習法に従うべきであると主張しているのを知っている。しかしながら、このような類比は些か問題がある。

なぜなら、ローマは、聖書の文言を用いるならば、「諸々の民の獅子」[Ezechiel, 32, 2.] であり、全世界の盟主であるのに対して、パリは、諸民族の賛嘆的、フランスの誉れであるにすぎないからである。

ローマは、かの教会史家 [エウセビオス] が述べているように、「山々を焼き尽くし」全世界に「戦火の光を注ぎかける太陽」[Ecclesiasticae historiae, 43, 4.] であったのに対して、パリは、フランスに情熱を、現世に遍く光を注ぎかけているにすぎない。

ローマはその皇帝たちのために世界を征服したのに対して、パリは、王国の他の地域と同じく、我々の国王によって征服された地である。

ローマのその元首たちの勝利の手段であったのに対して、パリはその主権者たちの凱旋の地にすぎない。

ローマは征服した人々に対して法律を定めたが、パリは勝利者の権威の在処にすぎない。

ローマは「法律の源たる父でありなおかつ聖権の始原である」[Novellae, 9, pr.; C. 3, 12, 6, 3.] と称されたが、パリは、フランスの法律の輝かしい帰郷地であるにすぎず、その母でも起源でもなく、ましてや聖権のそれでもない。

全国三部会においてパリの代表者たちが第一順位を占めても他の代表者に命令するわけではないのはそのためである。パリの代表者たちは他より多くの榮譽を受けるけれども、他より大きな権能を保持するわけではない。

とはいえ、「全ローマ人にとってローマがそうであったように国王のこの都市が全フランス人の故郷である」のは確かである。そしてそれは、「祖国の父」である国王



l'égalité de la puissance」という前提に矛盾する。「国王の玉座 le trône des Roys」の所在地であるパリは、「姉妹の中の長女 l'aînée entre ses sœurs」として「順位 l'ordre」において先んじて、「権威 la dignité」において優るわけではない。従って、「諸民族の賛嘆の的 l'admiration des peuples」ではあるが「全フランス人の共通の故郷 la patrie commune de tous les François」にすぎないパリを、「法律の源たる父 la patrie originelle des loix : patria legum」<sup>40)</sup>として「全世界 tout l'Univers」を統治したローマに、パリ慣習法を「ローマで通用している法と慣行 le droit et l'usage reçu à Rome : ius, quo urbs Roma utitur」<sup>41)</sup>にそれぞれ準え、上記のような実務を正当化することはそもそも不可能である。続いて、ル・メートルは、アリストテレスの『ニコマコス倫理学』とプラトンの『法律篇』からの引用を交えながら、パリ慣習法を含む諸慣習法の「基礎 fondement」である「民衆の意思 la volonté des peuples」に「法律の基礎 fondement des loix」である「理性 la raison : νοϋς」を、「個々の慣行 usages particuliers」に「正義一般 la justice generale」をそれぞれ対置し、後者を体現するローマ法の称揚へと議論を進める<sup>42)</sup>。とはいえ、そこで企図されているの

---

の玉座がこのパリに燦然と存していることに基づく。この点において、パリは全ての線が交わる王国の中心なのである。

しかし、王国がパリを全フランス人の共通の故郷と位置づけるもの推定されるが故に、全国民を活気づけることは、統治の魂となる法律の制定によって国全体に活気づけることよりも輝きにおいて劣る。全民衆の母とみなされることは、真に女王たることよりも輝きにおいて劣る。他の諸都市は、この豊饒さという榮譽においてパリには劣るけれども、権能というより偉大な栄光をパリと分け合っているのである。” (Les Playdoyez, 229-230. 引用は1673年パリ刊のテキストによる)

40) Nov. 9, pr.

41) D. 1, 3, 32, pr. Iurianus, 84, Digesta.

42) “法律のこのような基礎に当たるのは理性であり、アリストテレスも「法律を理性と」呼んでいる。というのも、プラトンの言うように、「法律を意味する<ノモス>は精神や理性を意味する<ヌースから>生じる」[Leges, 12, 8:957 c] からであり、また、アリストテレスの言うように、「理性に従って生きることこそ法律に従って生きること他にない」[Ethica Nic., 1134 b] からである。ところで、諸慣習法の基礎は、それらが大抵は互いに相異なるものにする民衆の意思だけであって、やはりアリストテレスが言っているように、度量衡でさえそうである。フランスの諸慣習法が

は、「通用地域における主権的地位にある sont souvetaines dans leur ressort」はずの諸慣習法を卑下しそのローマ法に対する絶対的な劣位を主張をすることではもちろんない。「フランスの諸慣習法がこれほど多くの規定において相矛盾し、ある慣習法が別の慣習法によって厳格に禁じていることをしばしば許容している les Coûtures de France sont contraires en tant d'articles, et l'une permet souvent ce que l'autre deffend avec rigueur」という事態そのものは、「諸慣習法の基礎 fondement des Coûtures」が「意思 la volonté」に存していることを裏付ける一つの事例にすぎない。問題なのはむしろ、理性に立脚すべき「法律 les loix」をも、「無知な実務家 Praticiens ignorans」、すなわち、「理論を欠き、正義の準則ではなく訴訟の実務にのみ熟達した人々 personnes qui manquoient de theorie, et qui n'estoient exercez que dans la pratique des procez, et non dans les regles de la justice」に委ねてしまっている点である。このような批判が諸慣習法の成文化や改訂の不備に向けられていることは、その文脈から容易に読み取ることができる。成文化され改訂された諸慣習法が、成文化以前の単なる「慣行 usages」と変わらず「意思」にのみ規定され、「法律」の名に

---

これほど多くの規定において相矛盾し、ある慣習法が別の慣習法によって厳格に禁じていることをしばしば許容しているのはそのためである。

人々は、たとえそれが粗悪で古びたものであっても自分たちに固有の慣行を尊重する。人々は不滅の理性よりも慣れ親しんだ古来の誤謬に心奪われるものであり、理性を彼らは部外者とみなす。彼らはこれらの蛇を絞め殺すことはしない。心の中で正しいと信じているからである。彼らは、この世界とともに自分たちを創造した永遠の存在よりもむしろ自分たちの手になる作品にすぎない偽の神をありがたがる偶像崇拜者に似ている。

無知な実務家たちが本当にフランスの最も偉大な地域の立法者であり、プラトンの言うところの「政治のもたらす傑作」であり偉大な精神と長年の経験の最高の成果であるはずの法律が、我々の下で、理論を欠き、正義の準則ではなく訴訟の実務にのみ熟達した人々の手になっているというのは全く馬鹿げている。

それ故、我々の諸慣習法の欠缺に際しては、ローマ法、すなわち、個々の慣行ではなく正義一般に目を向け、世界の支配者のごとき立法者であり、ソロモン王が天上の神の叡知を書き留めたように、全ての人々にとって有益であると判断した法律を定めたこれほど多くの賢者たちの賢慮の極めて卓越した集成、に従うのが理に適っているにのではないだろうか。” (Les Plaidoyesz, 230-232.)

値しないからこそ、その欠缺に際しては、そのような慣習法の一つにすぎないバリ慣習法ではなく、書かれた理性、つまり、法律としてのローマ法に従うべきだというのである。この後、後半部分では、フランスにおけるローマ法受容の歴史的経緯、及び、ローマ法が今なおフランスにおいて「官吏たちの教養 la science de ses Magistrats」として政治に「比類無き尺度 une regle incomparable」を提供している現状の概観を経て、「思慮が意思に作用する l'entendement fait à la volonté」ように「敬意 la reverence」を媒介に「主権者 les souverains」や「理性的存在としての人間 les hommes comme raisonnables」に対して「命令する commande」ローマ法と、「意思が身体に作用する la volonté fait au corps」ように「恐れ la crainte」を媒介に「臣民 les sujets」や「市民としての人間 les hommes comme citoyens」に対して「命令する」諸慣習法とが再度対置され、法廷実務の領域においても、「市民的社会のあらゆる部分を包括するこの普遍の天恵 providence universelle, qui embrasse toutes les parties de la société civile」である前者によって後者の「沈黙 silence」に備えるべしとの訴えで弁論は閉じられている<sup>43)</sup>。この弁論には、「ある慣習が遺言適齢に

43) “カエサルがフランスの地を征服して以来、ローマの法律、すなわち、学説彙纂に収録された法文と、勅法彙纂に収録された法文の内、ワレンティニアヌス帝の法律までのものがこの地において四百年以上に渡って遵守されていたのは疑いない。我々の父祖たちは、この王国からローマ人を駆逐して以来、破壊者としてではなく征服者として行動した。彼らは、当時通用していたローマの法律を廃することはなかったが、サリカ法やリブアリア法がそうであるように、ローマの法律のごく少数に限ってこの王国に導入した。

オーヴェルニュの司教シドニウスが、テオドシウス法典として一つに集成されたものであるが故に「テオドシウスの法律」と呼ぶローマの法律を、フランスにおいて遵守され東ゴートのアラリック王の法律と対立するものとして言及し、あるいは、アガティアが、彼が生きていた六世紀に、既にキリスト教徒となっていたフランス人がローマ人の行政機構と法律を利用して旨証言し、あるいは、修道士マルキュルフ警句集の中に「ローマの法律と慣習に従えば」という文句が非常にしばしば見出されるのは、以上のような事情による。

この時代から1120年に至るまで、イタリアにおいて野蛮人どもはローマの法律を完全に排斥し、ユスティニアヌスによる偉大で見事な集成も西方の諸地域においては権威も榮譽も有していなかった。この王国における武力の行使はこれらの見事な法律に

ついで何も定めていない場合、パリの慣習法ではなくむしろローマ法に従うべきであることを論証するために *Pour montrer qu'une coutume ne parlant point de l'age pour faire Testament, on doit plutost suivre le Droit Romain, que la Coutume de Paris*」との表題とは裏腹に、「遺言適齡 l'age pour faire Testa-

沈黙を強いた。戦争はこの平和の飾りを消し去り、この古代におけるあらゆる学芸の母はギリシャ以外には存在せず、ギリシャは、ローマの法律を、世界の残りの部分から放逐された他の諸学問とともに、コンスタンティノープルに繋ぎ止めていたのである。

しかしついに、皇帝ロタールⅡ世の治世、教皇インノケンティウスⅡ世の在位中に、イルネリウスという偉人がこの豊かな宝物を地中から掘り起こし、その宝物は全ヨーロッパにおいて驚嘆され、フランスはそれを称賛をもって受け入れ、彼らの偉大な精神は多くの労力と時間を高貴で卓越した研究に傾注した。

そのような宝物のためにフランスは公的な学校や大学を開設している。フランスは、それを、官吏たちの教養と位置づけ、比類無き尺度として今日もなお非常に重要な判断に際して利用しており、そうさせているのは、正義であって、我々をなおざりにしてきた法律家たちではないように思われる。

ローマ帝国がもはや幻でしかなく、智恵と価値と力に溢れたその最高傑作を年月が毀滅し、この傑出した君主国の栄華がそれを歴史書の内に読み取る人々を驚嘆させるにすぎず、無敵で不滅と思われたその力が今や打ち破られ無に帰しているにもかかわらず、その法律だけがかつてと同じように命脈を保ち、もはや武力によって支配してはいないローマ人が依然その正義によって支配し、敗北者であるローマ人が未だ勝利者の財産と富の支配者であり続けているというのは、確かに驚くべきことである。

ユダヤ人、ギリシャ人、その他民族が我々に卓越した法律を残しており、我々はそれを読みはするけれども、それらに如何なる公の權威も与えてはない。同じことはローマ法には当てはまらない。ローマ法は、その本来の機能に即した効用を維持してきた。今日なおローマ法は許容し禁止し処罰する権能を裁判官と共有し、ローマ法の全く飾り気のない衡平さは、我々の内に植え付ける敬意を介して、他の法律が我々に呼び起こす恐れのために強力であるのとほとんど同じくらいに強い影響を精神に及ぼしている。

ローマ法は、我々の内心において思慮が意思に対して作用するように、命じるのであって、意思が身体に作用するようにではない。ローマ法がその權威を及ぼすのは、主権者に対してであって臣民に対してではなく、理性的存在としての人間に対してであって市民としての人間に対してではない。後者のように命じるのは諸慣習法である。

しかし、諸慣習法の沈黙に際して、法学と政治のかの偉大な天才たちの声に耳を傾け、例外規定が当てはまらない場合に、この一般原則を受け入れ、支流が干上がった

ment」をめぐる議論は全く含まれておらず、「ある慣習 *une coutume*」が何処の慣習法であるのかも示されていない上、この『弁論集』の編者でやはり高等法院の弁護士であったジャン・イサリ Jean Issali の解題<sup>44)</sup>によれば、弁論の対象となった事件について結局判決は下されず、ル・メートルも自らが少数派に属することを自覚していたようでもある。しかし、上記のような趣旨の弁論が、パリ慣習法に明確な規定の存する遺言適齢という論点をめぐって、パリの高等法院において行われ得たということは、ローマ法が当時の慣習法実務に対して一定の影響を保ち続けていた何よりの証拠となろう。

この時期、すなわち、17世紀の半ばになると、慣習法注釈の中にさえ、ローマ法を「我々の共通法 *nôtre droit commun*」と位置づけるものが現れ始めており、トロワ上座裁判所の判事 *Conseiller au Presidial de Troyes* を務めたルイ・ル・グラン Louis Le Grand (1588-1664年) の『トロワのバイイ区慣習法 *Coutume du bailliage de Troyes*』(1661年初版)などはまさにその典型として位置づけることができる。その序文によれば、「公に知られ純粋にフランス的な我々の法の根本的論拠 *les raisons fondamentales de nôtre droit public et purement François*」を探究する際に著者がその都度「ローマ法との相違点 *la difference d'avec le droit Romain*」に言及したのは、「ローマ法に目を奪われるこ

---

ときにこの水源あるいはむしろ大海を汲み上げ、我々に固有の天恵に不足がある場合に、市民的社会のあらゆる部分を包括するこの普遍の天恵に頼り、我々それぞれの土地の託宣者が沈黙せざるを得ないときに、ローマのあらゆる叡知が正義の女神に捧げ「この徳固有の神殿とも言い得る」聖なる神殿 [De conceptione Digestorum, 5.] において解答を与える異国のこの偉大な託宣者に何いを立てることは、正当なものではないだろうか。” (Plaidoyez, 232-233.)

- 44) “私は、著者から、当該事件について判決は下されなかったと聞いている。この論点について参考となるのは、国王代訟官長代理マリオン氏の『弁論集』第7弁論であり、この弁論では、遺言適齢に関して反対の立場、すなわち、[ローマ]法のように14才ではなくむしろ我々の諸慣習法にあるとおり25才をその基準とすべきとの立場が支持されている。なお、著者は、かつて私にも、この優れた人物の言い分が十分に堅固であることは認めるが、それでもやはり、この第12弁論に援用されている諸理由は、パリの慣習法よりもむしろローマ法に従う支えとなり得る旨述べたことがある。” (Plaidoyez, 234.)

となく我々の法の確実で不可謬の諸準則に留まるため afin de demeurer dans les maximes certaines et infallibles de nôtre droit, sans nous arrêter aux loix Romaines」であるとされ、「我々の公知の法には偶々見当たらないが、我々の用いている法に合致しないが故に決してローマ法によって解決されるべきではない諸問題 les questions qui ne tombent pas sur nôtre droit public, et qui toutefois ne doivent point être décidées par le droit Romain, à cause que ce droit ne convient pas à celui dont nous usons」についても、同様の仕方で、「問題の真の解決が、一層確かなものとなり、ローマの法律がその問題について為し得る反対の論証によって動揺することが少なくなるように afin que la vraie décision en demeure plus certaine, et puisse être moins ébranlée par la preuve contraire qui en pourroit être faite par les loix Romaines」配慮したとされており、その限りでは「フランス法 le droit François」の中核としての慣習法の地位は確かに尊重されていると言える。しかしその一方で、「フランス法との間に如何なる相違も見出せない論点 questions, ausquelles on ne peut remarquer aucune difference entre le droit François」については、「ローマ法による問題の解決に言及し、それを準則として用い、諸慣習法上に反対の定めがある場合を除いて全面的に遵守されるようした nous avons remarqué les décisions du droit Romain, pour servir de maximes, et être observées par tout, cessant les dispositions contraires des Coutumes」とされ、「そのような論点に関してのみ、ローマ法を我々の共通法と呼んでも差し支えない le droit Romain ne peut pas être mal appelé nôtre droit commun」と明言されている<sup>45)</sup>。成文化を経て公に確定された

45) “この注釈においては、当慣習法の幾つかの条文について生じる問題の解決のために、公に知られ純粹にフランス的な我々の法の根本的論拠を探究し、ローマ法との相違点を指摘することで、この点についてローマ法に目を奪われることなく我々の法の確実で不可謬の諸準則に留まるべく努めた。我々の公知の法には偶々見当たらないが、我々の用いている法に合致しないが故に決してローマ法によって解決されるべきではない諸問題に関してもやはり、両者の相違に注意するのが適切と考え、そのような相違を認識した上で、問題の真の解決が、一層確かなものとなり、ローマの法律がその問題について為し得る反対の論証に動揺することが少なくなるようにした。フラ

各地方固有の慣習法（「我々に公知の法」）に規定があれば当然にそれに従うが、慣習法に規定を欠く（「我々の公知の法には偶々見当たらない」）場合には、「我々の用いている法」、すなわち、諸慣習法、王令、高等法院判決等が全体として体现する「フランス法」一般との調和を条件に、ローマ法も「我々の共通法」として積極的に参照援用されるべきであるというこのル・グランの方針は、パリ慣習法の權威をも相対化する方向で具体的な注釈の中に生かされている。例えば、トロワ慣習法（1509年成文化）の第113条（「父または母は相続時に生まれている子について一方を他方よりも優遇してはならない *Pere ou mere ne peut avantager l'un de ses enfans plus que l'autre, venans à sa succession*」）の「相続時に生まれている *venans à sa succession*」という文言に付された注釈<sup>46)</sup>はいわゆる「財産持戻 *le rapport: collatio bonorum*」の要否につい

---

ンス法との間に如何なる相違も見出せない論点に関しては、ローマ法による問題の解決に言及し、それを準則として用い、諸慣習法上に反対の定めがある場合を除いて全面的に場合に遵守されるようした。そのような論点に関してのみ、ローマ法を「我々の共通法」と呼んでも差し支えないと思われる。というのも、我々は当該問題の解決に際してローマ法に依拠しているからである。この点は極めて重要であるにもかかわらず、これまで書物を著してきた人々によってほとんどあるいは全くふれられていないために、これらの問題の内に幾つかに関する我々の見解が一見目新しいものと思われる可能性を未だ期待できる。しかしながら、その源泉と由来から引き出された論拠を考慮すれば、それらの見解が極めて古いものであることが分かるはずであるし、双方の法の相違点を明らかにしようと試みたことに、少なくとも人は感謝の念を抱くはずである。”（*Coutume*, v.引用は1715年パリ刊第三版のテキストによる）

- 46) “1. 財産持戻は相続人の地位にある子によってのみ為されるのか) 従って、相続時に父母の下に生まれていない子は、相続を断念し、父母によって為された贈与や利益供与を受けるに留まるけれども、彼らに与えられたものを持ち戻す義務はなく、その結果、「法に基づかずに」他の子よりも有利な立場に立つこともあり得る。これは、直前の注釈の第18番で述べたとおりである。財産持戻が相続時に生まれていた子によってのみ行われるというのは、「他人の財産を欲しがめる者は自己の財産を戻すべし」とのローマ法の規定に合致する【学説彙纂37巻6章「財産持戻について」第1法文及び第12法文、同10巻2章「遺産分割訴権について」第35法文、勅法彙纂3巻36章「遺産分割訴訟について」第25法文、新勅法第92勅法第1章に基づく勅法彙纂3巻28章「不倫遺言について」第6法文への新勅法抜粋引用文】。1602年12月20日付けの高等法院判決においてもオセールスの慣習法に関してそのように判示されている旨、ルエ氏

て扱っており、そこでは、「父母の相続時に生まれている子 les enfants venans à la succession des pere et mere」が本条の趣旨に従って財産持戻が義務づけられるのに対して、「相続時に父母の下に生まれていない子は、相続を断念し、父母によって為された贈与や利益供与を受けるに留まるが、彼らに与えられた

---

の『パリ高等法院判決集』Dの項第56番や、同慣習法注釈者〔エドム・ピロン〕によって列挙されたその他多くの人々によって報じられている。

〈2. 再婚する父が将来生まれるであろう子が一定額に限って取得する旨定めることは可能か、及び、この点についてパリ慣習法のどのように規定されているのか〉パリ慣習法第303条は本条と一致して、「父及び母は、生前贈与、遺言、終意処分その他如何なる手段によるにせよ、相続時に生まれている子の一方を他方よりも優遇してはならない」と規定している。この条文の解釈に関して、フレスヌがその『裁判時報』第1巻第162章で報じられている1629年の聖霊降臨大祝日の法院判決は次のように判示している。すなわち、再婚する父は、婚姻の契約の中に、当該再婚の下で生まれるであろう子が遺留分取得に留まることを望まなかった場合には夫婦共有財産の内に一定の額に限って取得する旨定めることができる、と。このような条項が、女中と再婚するある薬剤師によって定められ、この女が、夫の死亡後にその子及び亡き夫に代わりその後見人として、夫婦共有財産の分割を請求し、婚姻の契約に挿入された上記条項について、それが公知の法に反していること、つまり、上記第303条が相続時に生まれている子の一方を他方より優遇することを父母に対して明確に禁じている点を主張して、当該条項を無効とする令状を取得したのである。それにもかかわらず、上記法院判決では当該条項が承認され、当該条項を無効として子が父の財産を平等に分割することを認めたパリのプレヴォによる判決を破棄した。その結果、上記第303条は、父や母の相続時に生まれている子にのみ関わるものであって、再婚や再々婚によって生まれ、婚姻の契約によって一定の相続分乃至取り分を用意され与えられた子には関わらない旨判示されたことになる。その理由は、婚姻の契約はフランスにおいて相当に尊重されており、既に別の箇所であつたように他では法律によって禁じられているとしても【本書第84条の注釈2第3番以下を参照せよ】、ありとあらゆる条項を挿入する余地があるというものである。

〈3. 同上〉パリ慣習法の第307条もまた、後述〔トロワ慣習法〕第142条と一致して、「贈与を受けた者がその贈与分の保持を望む場合には、相続を放棄することによりそれができると定めている。実際には、この第307条には、後述第138条の注釈1で言及する「他の子への遺留分が保持される限り」という文言が付加されている。このことは、そのような遺留分の確保では満足せず、何らかの贈与や利益供与を受けた子に対して、それが婚姻の契約による場合も含め、父母から受領したものの持ち戻しを、相続を放棄するにもかわからず、義務づけるシャロンの慣習法第110条、メヌの慣習法第146条、トゥールの慣習法第322条その他が、如何に厳格に過ぎ、共通法か



ものを持ち戻す義務はなく、その結果、法に基づかずに他の子よりも有利な立場に立つこともあり得る *les enfans qui viennent pas à la succession de leurs pere et mere, mais y renoncent, se tenans aux dons et avantages à eux faits par leurs pere et mere, ne sont pas tenus de rapporter ce qui leur a été donné, et ce faisant de trouvent aussi avantagez plus que les autres occasione non jure*』との理解が、「父の財産を望む者は自らの財産も公に持ち戻すべきである *sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna*」とする法文<sup>47)</sup>を初め、相続放棄の有無を財産持戻の要否の基準に据えるローマ法源によってまず裏付けられている。その上で、「再婚や再々婚によって生まれ、婚姻の契約によって一定の相続分乃至取り分を用意され与えられた子 *les enfans procréés d'un second ou troisième mariage, ausquels a été pourvû et baillé certaine part et portion par contrat de mariage*」の扱いについては、本条とほぼ同じ内容の改訂パリ慣習法第303条の解釈として財産持戻を不要である旨判示したパリ高等法院の判決が引用され、「遺留分の確保では満足せず、何らかの贈与や利益供与を受けた子に対して、それが婚姻の契約による場合も含め、父母から受領したものの持ち戻しを、相続を放棄するにもかかわらず、義務づける *ne se contentant pas même de la legitime, sous prétexte d'une égalité, obligent les enfans qui ont reçu quelques dons et avantages, même par contrat de mariage, de rapporter ce qui leur a été donné par les pere et mere, nonobstant qu'ils renoncent à leur succession*」シャロン Chalons、メーヌ Maine、トゥレーヌ Touraine その他の慣習法が「厳格に過ぎ、共通法を逸脱している *sont rigoureuses et exorbitantes du droit commun*」として退けられている。しかし、ここで、法院判決による

---

ら逸脱しているかを示している。それが無ければ婚姻も行われなかったであろう利益を条件に婚姻が行われた場合には、贈与分の保持は全く不当である。その一方で、このような財産持戻は、儉約家の良き夫がいたかもしれないが不運にもその財産を失ってしまった未亡人が窮乏を強いられ、自分や子供たちを養う手段に事欠くというような事態の原因となり得るのである。なお、後述第142条の注釈4第1番以下も参照せよ。”(Coutume, II, 94.)

47) D. 37, 6, 1, pr. Ulpianus, 40, Ad edictum.

パリ慣習法の解釈がそのまま受け入れられているわけではない。「婚姻の契約はフランスにおいて相当に尊重されていて、ありとあらゆる条項を挿入する余地がある les contrats de mariage sont fort favorisez en France, susceptibles de toutes sortes de conventions」という理由に基づく高等法院の解釈とは異なり、ル・グランは、「それが無ければ婚姻も行われなかったであろう利益を条件に婚姻が行われた le mariage ne s'étant fait qu'à condition des avantages, sans lesquels il n'est pas été fait」ような場合に財産持戻を求めないのはそのような利益を過度に優遇することとなって「全く不当である」としつつも、「このような財産持戻が、儉約家の良き夫がいたかもしれないが不運にもその財産を失ってしまった未亡人が窮乏を強いられ、自分や子供たちを養う手段に事欠くという事態の原因となり得る ces rapports peuvent être cause, qu'une veuve qui aura peut-être eu un mari bon ménager, et qui neanmoins par mauvaise fortune aura perdu son bien, sera réduite à la nécessité, et sans moyen de se pouvoir subvenir, ni à ses enfans」点に鑑み、財産持戻を要求せずに利益の保持を認めているのである。パリ慣習法や高等法院判決の引用は、ル・グラン自身の慣習法解釈にとってそれほど重大な意味を有してはおらず、むしろ、財産持戻という次元でローマ法が提示する基準が、相続人間の平等というその趣旨をふまえた具体的な利益衡量、すなわち、相続人間の抽象的平等に優越する遺族の生活保障という観点から、慣習法には直接規定されていない事例へと適用されているにすぎない。その限りで、ローマ法は、パリ慣習法と共にあるいはそれ以上に、「共通法 le droit commun」として慣習法の欠缺補充に寄与していることになる。ル・グランの注釈書の至る所に見出されるパリ慣習法へのいわば是々非々の態度は、ロワゾーヤル・メートルに比べれば相当に控え目であるとはいえ、ローマ法を「共通法」の一端として参照援用するという慣習法学の根本的な視座転換と表裏一体の関係にあり、パリ慣習法に先んじて成文化されたトロワ慣習法への自負を差し引いてもなお注目に値する。

慣習法学者の間に浸透しつつあった「共通法」としてのローマ法という位置づけに公的な裏付けを与えることになったのが、周知のように、ルイ XIV 世のサン＝ジェルマン＝アン＝レー Saint-Germain-en-Laye の王示 Edit (1679

年4月)であった。その序言<sup>48)</sup>によれば、ネイメーヘンの和約によって対オランダ戦争に区切りをつけ、「我が諸身分における司法の確立にこれまでよりも一層多くの注意を払い得る状況になった nous trouvant plus en état que jamais de donner nos soins pour faire régner la justice dans nos états」とする王は、1667年の民事王令や1670年の刑事王令等に続く「司法改革 la réformation de la justice」の一環として、「この職務を志す者たちに必要な知識と能力を獲得する手段を与え、教会の教令やローマ法並びにフランス法の法学的諸原理を修得する義務を彼らに課すこと de donner à ceux qui de destinent à ce ministère les moyens d'acquérir la doctrine et la capacité nécessaires, en leur imposant la nécessité de s'instruire des principes de la jurisprudence, tant des canons de l'église et des lois romaines, que du droit françois」を目的に当該王示を発したとされており、その際特に重視されたのが、「フランス全土において一世紀以上に渡って市民法の研究がほぼ完全に放置され、パリ大学においてはその公的な教授が中断されてきた que l'étude du droit civil a été presqu'entièrement négligée depuis plus d'un siècle, dans toute la France, et que la profession publique en a été discontinuée dans l'université de Paris」状況を打開し、「我が臣民の財産にとって極めて有害である判決の不確実さ l'incertitude des jugemens qui est si préjudiciable à la fortune de nos sujets」を解消することであった。実際、冒頭の第1条では、アンリ三世のブロワ Blois の王令 Ordonnance (1579年5月)

---

48) “これほど多く外敵に対する戦役の維持に専念していたことは、余が司法改革について幾つもの王令を発するにあたって妨げとはならなかった。今や神の恩寵により輝かしい平和を享受するに至り、我が諸身分における司法の確立にこれまでよりも一層多くの注意を払い得る状況になったことに鑑み、余は、この職務を志す者たちに必要な知識と能力を獲得する手段を与え、教会の教令やローマ法並びにフランス法の法学的諸原理を修得する義務を彼らに課する以上に我が人民の幸福に寄与する事柄とはないと考えた。加えて、我が臣民の財産にとって極めて有害である判決の不確実さが、フランス全土において一世紀以上に渡って市民法の研究がほぼ完全に放置され、パリ大学においてはその公的な教授が中断されてきたことに由来するというのも分かっている。これら問題について我が手により署名された以下の定めのとおり言明し規律し命じることをここに知らせる。” (Isambert, Receuil, tome XIX, 196.)

第69条（「余はパリ大学の人々に対して市民法を講読し講義することを禁じる Défendons à ceux de l'université de Paris, de lire ou graduer en droit civil」<sup>49)</sup>等、当時それほど厳格には遵守されていなかったホノリウス三世の教皇令を再確認し禁令の厳守を命じた諸法令の廃止に伴い、「ローマ法の公的な講義がパリ大学において再開されカノン法の講義と共に行われる les leçons publiques de droit romain seront rétablies dans l'université de Paris, conjointement avec celles du droit canonique」ことが、続く第2条では、「カノン法及び市民法が我が王国、並びに、法学部を擁する我が支配下の地域の諸大学において教授される le canonique et civil sera enseigné dans toutes les universités de notre royaume et pays de notre obéissance où il y a faculté de droit」こと、及び、パリ大学と同様に「教授の実施が途絶えている諸大学 celles où l'exercice en auroit été discontinué」においては「それが再開される il y sera rétabli」ことが、第3条では、各法学部が「カノン法及び市民法の研究の再開にとって有益でありかつ必要であると考えられる事柄全てについて答申する donner avis sur toutes les choses qui seront estimées utiles et nécessaires pour le rétablissement desdites études du droit canonique et civil」ことが、それぞれ命じられている<sup>50)</sup>。これに対して、「我が王令と諸慣習法から成るフランス法が公に教授さ

49) Isambert, Receuil, XIV, 399.

50) “第1条：今後ローマ法の公的な講義が、プロワの王令第69条その他これと反対の王令、王決、王則にもかかわらず、パリ大学において再開され、カノン法の講義と共に行われるべきであり、上記王令等はこの点に関して廃されるべきこと。

第2条：諸学校の次年開講時より、各地の慣行に従いつつ、カノン法及び市民法が、我が王国、並びに、法学部を擁する我が支配下の地域の諸大学において教授され、教授の実施が途絶えている諸大学においてはそれが再開されるべきこと。

第3条：また、パリの法学部及び他の法学部の規約及び規則を改訂し、これらの学部における教育、講義の順序や配置、教授たちへの給与を認めるにあたり、余は望み命ずる、すなわち、上記の諸点について公示される前に、各大学において会議が行われ、我が立場を支持すべく命を受けた者たちの臨席の下、カノン法及び市民法の研究の再開にとって有益でありかつ必要であると考えられる事柄全てについて朕に答申すべし、と。

第4条：余は、市民法の法文とフランス教会の自由の基盤として役立つ古来の教令

れる le droit françois, contenu dans nos ordonnances et dans les coutumes, soit publiquement enseigné」という点については、第14条において、「司法上の職務に就くことになる者たちの申し分のない教育に資する事柄を漏らすことのないように」という趣旨であくまで補充的に命じられ、しかも、「その実現に当たっては、カノン法及び市民法の諸学部 of the 建て直しに必要な命令を下した後で、フランス法学の諸原理を解明しそれらの原理について講義を行う教授たちを任用する à cet effet, nous nommerons des professeurs qui expliqueront les principes de la jurisprudence française, et qui en feront de leçons publiques, après que nous aurons donné les ordres nécessaires pour le rétablissement des facultés de droit canonique et civil」とされているにすぎない<sup>51)</sup>。王は、何よりも、「市民法の法文 les textes du droit civil」がフランスの全大学法学部において再び「フランス教会の自由の基盤として役立つ古来の教令 les anciens canons qui servent de fondement aux libertés de l'église gallicane」と共に教授されることを望んでいるのであって、「王令 ordonnances」と「諸慣習法 coutumes」から成る「フランス法 le droit françois」はこの両法教育の整備を前提にこれと並行して教授されることで初めて意味をなす。実際、このような連関は、「パリ、オルレアン、ブルジュ、オジェール、ポワティエ、ランスの各法学部 les facultés de droit de Paris, Orléans, Bourges, Augers, Poitiers et Reims」の答申を受けて発せられたヴェルサイユ Versailles の王宣 Déclaration (1682年8月)の序言に明確に示されているし<sup>52)</sup>、例えば、その第12条では、「フランス法の教授は、他の教授たちと同時に開講し、同じ日数を午後一時間

---

を学生に読ませ理解させることに専心するよう諸教授に厳命する。”(Isambert, Recueil, XIX, 196-197.)

51) “第14条：また、司法上の職務に就くことになる者たちの申し分のない教育に資する事柄を漏らすことのないようにするため、我が王令と諸慣習法から成るフランス法が公に教授されることを余は求め、その実現に当たっては、カノン法及び市民法の諸学部の建て直しに必要な命令を下した後で、フランス法学の諸原理を解明しそれらの原理について講義を行う教授たちを任用する。”(Isambert, Recueil, XIX, 199.)

52) “余は、我が王国の全大学におけるカノン法及び市民法の研究再開にかんして発せられた1679年4月の我が王示、とりわけその第3条において、各法学部がカノン法及

半に渡って出講すべく義務づけられる le professeur du droit français sera tenu de faire l'ouverture des leçons en même temps que autres professeurs, et d'entrer les mêmes jours, et pendant une heure et demie de l'après-dîne」という形で具体化されている<sup>53)</sup>。

とはいえ、大学においてローマ法、カノン法、フランス法が並行して教授されるべきであるとの観方は、ルイ XIV 世の司法改革によって初めて提示されたわけではない。というのも、コキエユが、『諸慣習法の規定をめぐる問題、解答、省察集 Questions, responses, et meditations sur les articles des coutumes』(1611年初版)の第三章<sup>54)</sup>で、「フランスにある大学での法の教授方式に

---

び市民法の研究再開に有益で必要な事柄を全て余に答申すべき旨命じ、また、同王示の第14条において、我が王令と諸慣習法から成るフランス法が公に教授されること、及び、その実現のために上記の全ての学部においてフランス法学に関する公の講義を行う教授たちを任用すること、を余は望み、しかも当該王示の実施を確保するため、上記諸大学において、試験、学位審査、志願者の受け入れ、その他各学部の会議や活動に際して、教授たちを補佐する十分な人数の教授代講者を増員すべきことも命じた。以上の点につき、パリ、オルレアン、ブルジュ、オジェール、ポワティエ、ランスの法学部から、法の研究の再開、各学部の教育、学位取得に必要とされる法といった点に関して幾つかの規則を設けたい旨の申出を余は受け取った。また、余は、教授代講者の資格において上記教授や博士とともに法学部の教員団を構成する能力があるものと認められる幾人かの者を選任した。加えて、我が王示の完全な実施、すなわち、我が王国の全ての大学におけるカノン法及びローマ法の研究と法学部における教育の建て直しのために余が行った事柄が侵されることなく遵守されることを余は望んでいる。これらを含め余を動かす諸々の動機から、余は自ら、国王としての十全たる権能と權威に基づいて、言明し宣言し命じ、我が手により署名された以下の定めのとおり求め望むものとする。”(Isambert, Receuil, XIX, 401-402.)

53) “第12条：フランス法の教授は、最低限、他の教授たちと同時に開講し、同じ日数を午後一時間半に渡って出講すべく義務づけられ、余及び余に先んずる人々の王令及び諸慣習法から成る法についてフランス語で講義し説明するものとする。”(Isambert, Receuil, XIX, 403-404.)

54) “若者の良き教育と指導は国家の規律すべき事柄の一つである。君主に助言しあるいは裁判を司るといった公職にいずれ担わねばならない若者たちについてはまさにそうである。この点について極めて嘆かわしいのは、彼らに強いられる冗長で雑然としていて秩序を欠いた学習であり、実際、法科大学においてかなりの期間を過ごした後、相当の学識を備えた博士になったと思われたにもかかわらず、彼らは、単に法廷

関する進言 Avis pour la forme d'enseigner le droit és Universitez qui sont en France」との表題の下に、既に同様の主張を展開しているからである。「若者たち les jeunes」が「法科大学においてかなりの期間を過ごした後、相当の学識を備えた博士になったと思われたにもかかわらず、単に法廷実務に関してだけでなく、我がフランスの法律の知識においてもまた未熟で無知であることに気付く après avoir employé bonne partie de leur temps és Universitez des loix, et quand il leur semble être bien scavans Docteurs ils se trouvent tous apprentifs et novices, non seulement en la pratique judiciaire, mais aussi en l'intelligence des loix de nôtre France」という現状を憂い、「ローマ人の市民法とカノン法を講義する諸大学が、これらの法と共に我々のフランス法についても精通した人物を博士として輩出し、これらの全ての法を共に教授させ、しかもその際、我々のフランス法にローマ人の法と同様のあるいはそれ以上の注意を払ってくれて

---

実務に関してだけでなく、国王の法令乃至王令、諸慣習法、更には、それらを用い扱う中で身に付く書かれざる事柄から成る我がフランスの法律の知識においてもまた未熟で無知であることに気付くのである。それ故、私が願うのは、ローマ人の市民法とカノン法を講義する諸大学が、博士、つまり、これらの法と共に我々のフランス法についても精通した人物を輩出し、これらの全ての法を共に教授させ、しかもその際、我々のフランス法にローマ人の法と同様のあるいはそれ以上の注意を払ってくれていたらという点である。また、大学で教える人々の大半は、若い人々にとって実りある有益な事柄よりも見栄え良さと畏敬によってその講義を飾り立てている。二つの法をひとまとめのものとして正確に教えることを望みあるいは教えられる人はごく僅かであるように私には思われる。というのも、我々の置かれている現状からすると、二つの勉学がそれぞれに長期に渡り、完全無欠の人間を要求しているし、また、長年の仕事と経験を介して当のフランス法について正確に知っている人々の大部分は、裁判所乃至法廷にいたのであって、そこでは大学での講義よりも多くを得られる。もし我が国王の御意向により、幾つかの大修道院の収入（修道士たちの賄いや生活維持、最低限の日課用務、建物の補修といった費用を除いても収入が余ると私は聞いている）がそこから十分な給与を確保すべく振り向けられたならば、そのような恩恵は、博士号を求める際に上記全ての法のあらゆる面についてこの上なく深い学識を備えていること、そしてまた、公開の討論によってローマ法並びにフランス法について十二分に精通していることを示した者に教授資格が付与されることを要求するはずである。これは真に英雄的で善き王の威厳に相応しい企てであり、後世にその永遠の記念となるであろう。”(Questions, 128.引用は『著作集』第2巻所収のテキストによる)

いたら és Universitez, esuelles on lit le Droit Civil des Romains, et le Droit Canonique, fussent proposez Docteurs, personnages sçavans tant esdits Droits, qu'en nôtre Droit François ; et qui fussent chargez d'enseigner conjointement tous lesdits droits ; et avec aussi grand, ou plus grand soin nôtre droit François, que celui des Romains」と嘆くコキューは、ここで、「幾つかの大修道院の収入 le revenu de quelques Abbaïes」の余剰分を財源に、「これら全ての法のあらゆる面についてこの上なく深い学識を備えている de toutes parts les plus doctes en lesdits droits」ことを「博士号 les Doctorats」の要件とした上で、「公開の討論によってローマ法並びにフランス法について十二分に精通していることを示した者に教授資格が付与されること être les regences baillées à ceux qui après disputes publiques seroient trouvez les plus suffisans tant au droit Rmain, que François」を、「真に英雄的で善き王の威厳に相応しい企て une entreprise vraiment heroïque, digne de la Majesté d'un bon Roi」として提言している。ここに言う「フランス法」には、「国王の法令乃至王令 les constitutions et Ordonnances des Rois」と「諸慣習法 les Coûtumes」以外に、「それらを用い扱う中で身に付く書かれざる capable non écrite, qui s'apprend en exerçant et maniant」事柄も加えられているが、そのような法廷実務上の慣行は、王示の言う「フランス法学の諸原理 les principes de la jurisprudence française」に当然含まれるはずである。ルイ XIV 世が実際に一世紀近く前のコキューの主張を文字通り国王への「進言 avis」として受け取ったということもあり得ないとしても、そう思わせるほどに両者の目指すところは似通っており、ただ、ローマ法とフランス法の何れに軸足を置くかがそれぞれの時代状況の故に異なっているにすぎない。注解学派乃至イタリア法学に対する警戒故にローマ法の利用価値を十分に意識しつつも諸慣習法の自立に拘ったコキューから数世代を経て、ローマ法に対する慣習法学生来の頑なさは解消されつつあった。上記王示は、そのような変化を見て取って法学教育と法実務の繋がりの内に根付かせようと企図したのである。

(未完)