

# 慣習と法律

## —法のロジスティクスのアプローチ—

イブ・ジャンクロ 著  
小 梁 吉 章 訳

### 1. 訳者解説

#### (1) 訳出の意義

本稿は、フランス・ストラスブールのロベール・シューマン大学法学部（訳注1）のイブ・ジャンクロ教授（Prof. Yves Jeanclos）が2008年に発表された論文の翻訳である（訳注2）。同教授は法制史を担当されている。本論文において著者は、法律と慣習は「法」の内容を提供するものであるとして、法と法律、法と慣習の関係を明らかにするとともに、慣習を民衆に根ざした規範の形式、法律を主権者の権力発動の形式と位置づけ、アンシャン・レジームの時代にフランス王が慣習を法律に吸収させ、慣習の領域を縮め、法律が法規範の支配的地位を占めるにいたったとしている。

本論文の標題は原題のままであるが、標題も内容も一読しただけでは理解しにくい。標題の「ロジスティクス」はマーケティング用語であり、文中には「ベクトル」ということばさえある。前者は「供給部隊」、すなわち「前線部隊の後方に控えて、必要とされる物資の保管と必要な場合の供給に当たる機関」を意味し、後者は「導体」と言い換えることができそうだが、やはり理解しにくい。「法のロジスティクスのアプローチ」となるとなおさらであるが、一応、本論文は法という前線部隊にたいして、後方にある法律や慣習が法の内容物を提供しているという趣旨と了解はできそうである。しかし、それでもまだよく分からない。

本論文が理解しづらいのは、われわれにとっての法・法律・慣習の関係と

著者らフランス人にとってのこれらの関係が異なるためである。筆者はその点に本論文訳出の意義があると考えている。

それはこういうことである。

われわれにとって法や法律は外から来るものであった。明治以降のわが国の立法は、目の前に模範とすべき外国の成文法が存在し、これをできるだけ矛盾なくわが国に移植することであった。明治時代のフランス法・ドイツ法の継受、第二次大戦後と現在のアメリカ法の継受まで、法や法律は外国にモデルがあって、それを導入することがわれわれの立法であった。われわれにとって法・法律は外生的だったのである。一方、フランスでは外国法の体系的な継受がなかった。著者が書くようにローマ法教育も禁じられ、そこでは慣習 (*coutumes*) や慣行 (*usages*) あるいは宗教や伝統に根ざした法 (*droit*) が社会関係を整除してきたのであり、これを権力者が法律 (*loi*) として体系化してきた。こうした作業が困難であることは想像に難くない (訳注3)。各人に主体としての権利 (*droit subjectif*) があり、主体間を整除する規範として権利義務 (*droit objectif*) があるという法と権利の体系はこのような法と法律の自生性と無縁ではなからう。こうした国民と法や法律・慣習との関係の違いは、国家の形成やその構造の違いを反映するものであり、これが人々の法律や法 (これは正義と言い換えることができる) にたいする意識の差を生み出している。

著者は、日本の法事情やわが国の外国法継受についてなんら述べていない。しかし、法のロジスティクスという視点やベクトルとしての法律や慣習という考え方をとおして、著者はわれわれを法律以前に法があり、法律は法や正義を具現化する手段であることを思い出させてくれる。この視点は法 (*droit, recht, diritto, right*) と法律 (*loi, gesetz, legge, law*) を区別するヨーロッパに固有のものであり、われわれにはなじみが薄い。このことは川島教授がすでに1980年に「西洋でいう“Recht”や“droit”にあたる概念は、元来日本には存在していなかった」と書かれているが (訳注4)、昨今企業にコンプライアンス

スが強く求められてもわが国では「法令遵守」であって法や正義が対象ではないことを見ると、事情は現在も変わっていないようである。著者のいう法と法律・慣習の関係は、われわれに法とはなにかを考えさせる契機になると思われる。

訳語について。*coutume* は一般に慣習法と訳されるが、本稿は慣習と法律を対比させているので、*coutume* は、国王による編纂以前は「慣習」、編纂後は「慣習法」と訳した。

## (2) 著者紹介

著者のジャンクロ教授の論文として、筆者はすでに本誌第 30 卷第 3 号 157～216 頁に「12 世紀から 15 世紀のフランスの仲裁」を訳出し、そこでご経歴を紹介した。フランス・ブルゴーニュ地方のディジョン大学で学位を取得されているが、同時にパリ第 2 大学でも指導を受けられたとのことである。現在はストラスブールでの授業のかたわら、カザフスタン、ロシアなど諸外国の大学との学術交流に活発で、また多数の留学生の指導教官を務め多忙をきわめられている。なお、本論文は、ストラスブール大学の同僚の民法学のジョルジュ・ウィデルケール教授 (Prof. Georges Wiederkehr) の退官記念論文集に掲載され、著者には訳出を快諾していただいた。記して感謝申し上げます。

## 2. 本文

法律と慣習は、人間社会を規整する法規範に奉仕するロジスティクス・ベクトル (供給導体) とみなすことができよう。

### (1) 法律と慣習は法規範の導体 (ベクトル) である

法律と慣習は、立法する者から使う者に法規範を引き渡す機能をになって

きた。法律と慣習は、法規範の創造者とその適用者とのあいだで、法規範の導体の役割を果たしてきたのである。これらは法規範を理論の領域から実務の領域に移すための技術装置であった。いずれも法規範を適用する者を導くものであり、一方は唯一の（主権）者の手になり、他方は（共同体という）全体の手になるという違いはあるものの、いずれも法規範の供給導体（ロジスティクス・ベクトル）として、社会を規整するための法規範を生み出す機能をにない、社会が機能するための法的目的物（法規範）を導いてきたのである。一方は政治的主権者的、他方は全体的民衆的であって、起源は異なるが、いずれも平和をもたらすものであった。

法律家は伝統的に、法律と慣習を法源とみている。あたまのなかでは法律や慣習と法規範は渾然としているが、そこには導体と目的という違いがある<sup>(1)</sup>。法律と慣習は法の導体というより法の中身と理解されてきた。たしかに法律や慣習には効力はあるが、（慣習という）共同体による場合には法的拘束力はなく、（法律には）主権に基礎を置くという優位性の点での違いがある。法律と慣習はたがいに相手を意識し、さげすみ合い、比較し合ってきた。唯一の権力者の手になる法律は、共同体の必要性に基礎を置く慣習よりも優位にあって、否応なく課されるものとされてきた。法律と慣習は法的効力において競争関係にあったが、政治的であって主権者によるものである法律が主であり、民衆に根ざす慣習は従の位置にあるとされてきた。おそらく実態とは異なって、唯一の権力者によって生み出された法律は慣習よりも基礎がしっかりしており、慣習は民衆に根ざし、社会的必要性に応じている<sup>(2)</sup>と理

---

(1) C. J. de Ferrière, *Dictionnaire de Droit et de Pratique*, Tome II, Paris, 1768, 164 頁の法律の項を参照。「法律は、基本法または一般王令であり、主権に由来するものであって、理性に従いその決するところに従わせる命令をもって事物を解決するものである」。

(2) Jacques Brillou, *Dictionnaire des Arrêts ou Jurisprudence universelle des Parlements de France*, Tome II, Paris, 1727, 449 頁の慣習の項を参照。これは 14 世紀の法律家ヨハネス・アンドレアスを引用する。「慣習は法的心性が導きたるものにして、正当な公的権威が有効と認めたるものなり」としている。

解されてきた。しかし実は、法律や慣習を生かすも殺すも、権威を付けるのも見捨てるのもすべて政治権力であり、法律と慣習はこの権力に密接に結びついていたのである<sup>(3)</sup>。

法律と慣習は、必要な場合にそれを使う適用者に法規範を提供するための法的内容であり、同時にその導体であった。法律と慣習は、人間社会を対象としてその規整と内部の平和をもたらしてきた。適用者はその権利を活用するために法律と慣習を必要とし、法律と慣習が法的な解決を図る適用者に法の実現の道具を提供してきた。法律と慣習は、法規範を適用して平和を実現するために、理性<sup>(4)</sup>の具体的な遵守すべき実体として求められてきたのである。

法律と慣習について、従来の伝統的な解釈学の方法とは異なった検討が必要であろう。法律と慣習には二重性がうかがわれる。つまり、供給するもの、つまり導体であると同時に通常の法源の概念とは異なる法規範自体でもあったからである。第一にこうした供給導体という性質をとりあげよう。法律も慣習も紛争を避け、解決するための現実的な法的内容を提供してきた。この点ですでに法律も慣習もそれ自体は規範ではなく、法規範を提供する道具であることがわかる。

---

(3) 『14 世紀末ブルゴーニュ慣習注釈』( *Coutumier bourguignon glosé, fin XIV siècle*, éd. Michel Petitjean et Josette Metman, Dijon) の慣習、法律および慣行の項参照。「慣習とは、いにしえより守られ、王族により認められ、人々によって守られてきたものであり、おのおの物が帰属するところ、だれに帰属するかを明らかにするものである。法律は王族が決め、(人々が) この地方で守ってきた産物である」。

(4) 西暦 319 年のコンスタンティヌス大帝の基本法を参照。これによれば、慣習と法律はいずれも理性、すなわち道徳観念と人間を超越する正義に反することはできないとされている。ユスティニアヌス法典 8, 53, 2 を参照。「生きながらえ、野卑ならざる慣習・慣行には権威あり。いとときの効力に従うべからず、理性と法に従うべし」としている。慣習については、Pierre-Clément Timbal, *Histoire du Droit Privé: les conflits de coutumes dans l'ancien droit français*, cours de D. E. S., 1965-1966, Paris の法講義を参照。

## （2）法規範の導体—いつでも対応できること

法規範は、平和なときの民事法として、紛争が生じたときの刑事法として、人間関係を規整する装置である。また、問題をかかえた当事者にそれを克服するための技術的な手段を提供するために、法規範はつねに用意されていなければならない。法規範は練り上げられ、形を整えられたら、すぐに使われ、当事者が議論の場に持ち出せるようにいつでも使えるようであればならない。法制度が十分に機能するためには、法規範は必要な場ですぐに使えなければならない。法規範は唯一の君主や共同体だけのものではなく、その役割は、導体によってもたらされた紛争解決の法的装置が機能することにある。法規範が適用者のためのものであって、適用者に奉仕するものであることに異論はない。しかし、紛争が生じたときに法規範を適用するためには、規範を構想する者からそれを適用する者に引き渡されることが必要である。これが法律と慣習の役割である。すばやく法規範を適用することができれば、紛争を解決できずにいる当事者にとっての有効な手段となり、その利益となるのである。そして法律<sup>(5)</sup>についても慣習<sup>(6)</sup>についても、その機能を管理し、遵守させるのは王<sup>(7)</sup>の役目であった。

法規範が有効かどうかは、導体がすみやかに法規範を提供できるか、にか

（5） C. J. de Ferrière, *Dictionnaire de Droit et de Pratique*, Tome II, Paris, 1768, 165 頁, 6 項の法律の項を参照。「法律にとって要素である、従わしめる命令は至上の主権からしか生じない」。

（6） Philippe de Beauvoisin, *Coutumes de Beauvaisis*, éd., Salmon, Tome I, Paris, 1899, とくに 347 頁, 24 章, 第 683 条末尾を参照。「しかして、もし伯自身がそれらを破らむと欲し、またはそれらが破られたるを許容せむと欲するときは、王は許容すべからず。なぜならば、王は、彼の王国の諸慣習を護持すべく、かつ護持せしむべき義務あればなり」（訳は、塙浩訳『著作集・西洋法史研究 2：ボヴェジ慣習法・ボマノワール [著]』（信山社出版, 1992）266 頁による）。

（7） Antoine Le Maistre, *Plaidoyers*, éd. Jean Issali, Paris, 1660, 36 章を参照。「なぜなら、その名において司法を行うところの王は、王令も慣習も廃止することができるからである。王は至上の立法者…」。

かっていた。法規範は、それを適用する場面や事実あるいは状況が生じる前に、将来の適用者に知られていなければならなかった。したがって、私的な慣習はともかくとして、少なくともいわゆる顕著な慣習は、適用者が現に紛争解決にあたって適用する以前に、法規範として明確な形でうちたてられ、存在していなければならなかった<sup>(8)</sup>。その適用にあたりとりわけ関係当事者に知識として知られていることを要した。法規範は大学の法学部<sup>(9)</sup>で、あるいは救済を求める管轄裁判所などの裁判機構 (*ordines judicarii*) の著作物によって会得されなければならなかった。そして、法規範は法律と慣習という導体の能力に依存していた。法規範の内容の厳密性と有効性は最後には関係当事者しだいであった。未解決の問題について、その内容を合理的に適用し解釈することによって、社会の平和を維持、回復することが法規範の機能であった。法律や慣習といった導体を通じて、構想した者から適用する者に法規範を引き渡すことによって、最後に、法規範はその適用領域を見出し、紛争当事者に平和と満足をもたらすのであった。

### (3) 機能的な法規範の提供

法律と慣習は、それらを適用して紛争を解決するという点で筆頭の地位にあり、フランスの司法上の規範<sup>(10)</sup>の源泉として相互補完的であった。起源

---

(8) Beaumanoire, *op. cit.*, 683 条を参照。「慣習は、二方途のうちのいずれか一によりて存在の証明がなさる。即ち、その方途の一は、その慣習が当伯領全土に一般的なるものにして、人に争いなく記憶せられえるほどに長期にわたり維持せられるときなり。…しかして、人が慣習と認めかつ遵守すべき他の方途は、慣習に関して争いが生じ、しかして当事者の一方がそれをもって自己の援けとなさむと欲し。判決によりてその存在が証明せられたるときにして、相続人間に行わるる分割の場合、またはその他の争訟の場合に頻繁に生ずるときものなり」(訳は注 6, 265 頁による)。

(9) オルレアンにおける法学部の創設は、王令によるパリでのローマ法教育禁止に対応する。パリでは、法学部はカノン法教育にささげられ、ゲルマンのすえたにおいのするローマ法の教育が禁じられた。ローマ法の知識と実務分析に開かれた新しい大学は、国家法と慣習という実体法規範の知識への学生のアクセスを容易にした。

(*ex origine*) による優劣はあるものの、司法判断を遵守させるためにいずれについても効力が認められ手段が充実していた。現実には、法律は唯一の政治的主権者の権力に基づいており、慣習は共同体の権力に基づいていたが、いずれも人間関係の相互理解をもたらし、法的平和を保証するものである。法律と慣習はいずれも法規範の内容を充実させるという執行装置として機能していたのであって、法律と慣習という名前の違いという表面の違いは際だつてはいなかった。法律や慣習を適用する者は、法律なのか慣習なのかを意識することなく、紛争に応じてどちらかを適用したのであって、その外面を重視しなかった。

すでに13世紀に慣習はその内容の点で、有効性、実効性、管理のいずれにおいても法律と同じ水準に達し、慣習は王国の一般慣習法となったが、このために民衆に根ざした慣習と政治主権に基づく法律が併存するという二重構造について疑問が呈されるようになった。そこで慣習法は現実には、公権力<sup>(11)</sup>の名目的な管理のもと、民衆を保護する基本的な規範として登場してきたのである。慣習法は、王国内の全住民に、往来の自由<sup>(12)</sup>、人と動物の水利の自由、そして宗教上の必要性の満足<sup>(13)</sup>を保障するものとなった。慣習法は、その定義からも明らかなように共同体の主な機能の規範を表現するものであ

(10) 1679年5月8日にパリ高等法院が登録したルイ14世の勅令 (*Journal des Audiences*, Tome IV, Paris, 1700, 55頁以下参照) は、学位を得る前のローマ法とカノン法の研究時間を定めたもので、その14条は「…朕は、わが王令と慣習にあるフランスの法が公的に教育されることを望む」としている。(訳注5)

(11) *Assises de la Cour de Bourgeois de Jérusalem*, éd. Victor Foucher, Tome I, Rennes, 1839, 24項を参照。「王はまずもって健全衛生の維持を…王国のよき風俗、よき慣習を保障する」。

(12) Beaumanoire, *op. cit.*, 25章, 719条を参照。「かくも幅広くそれらが作られし原因は、男女が生活すべき具たるあらゆる地上の物および生物がそれらを通じて運搬せられもち来たられえ、人がみな往来しえ、道の幅員広きはきわめて便利と判じて自ら準備しえ、彼の諸用務を処するため諸司教所在地および諸都市の間を行きえむことにあり、と理解せらるべし」(訳は注6, 281頁による)。(訳注6)

り、法律という鑄型にはめられて王権力の表明ともなったのである。こうして慣習法は民衆の共同体に起源をもちながら王権に基づくという折衷的な性格を有することになった。民衆のなかから生まれ、全住民に向けられるというこの慣習法の特殊性は法規定には見られず、現在の「人権」に近い。こうした慣習法は、普通はもともと伝統的に法律の領域であり、法律の主権性が享受していた領域をカバーすることになった。慣習法の法律との唯一の違いは、法規範の技術的な提供方法、すなわち、導体としての能力の点で、慣習のほうが保護・守護の対象である民衆により近いという点にあった。たしかに慣習法は慣習とは呼ばれていたが、王の意思に基づきその監督のもとで<sup>(14)</sup>、国土の全住民に適用され<sup>(15)</sup>、法律と同視されたのである。

#### (4) 法律と慣習の単一の導体への統合

---

(13) Beaumanoire, *op. cit.*, 698 条を参照。「使用のうちには、それにつき賃子も物上負担も賃租も支払わることなしといえども、何びとにも拒否せられえずまた拒否せらるべからざるほどにまで、全人に公共的なもの存す。例えば、公共の道路を往来することのごとし。即ち、この使用につきは、何びとも賃租を支払うことなし。なぜならば、この使用は、全人に彼ら各人の権利として属するをもってなり。またさらに、公共の河流においてまたは公共の井戸において水を汲むがごとき使用は、何びとにも拒否せられえずまた拒否せらるべからず。修道院もまた、時に応じ所に依りて祈祷をなすため、全人に公共たるものなり。…またさらに、家畜どもをして渉らしむるための徒渉場につきても同様なり。またさらに、長期にわたりて营造せらるる公共の場に位置するものも、公共の便宜に供せられつづくべくして、何びとにも拒否せらるべからず」(訳は注 6, 271 頁による)。こうした慣習は正しき良き慣習として評価された。*jus gentium* (万民法) や 12 世紀の *regalia ab eo* と称されたローマ世界からの政治的支配の規則に由来する、普遍的な起源の規則をまとめた成果のようである。したがって自動的にフランス王の責任の下に置かれ、王が宣誓によって王国の良き慣習を守り、適用させることを約したのである。(訳注：埴博士は、*usage* を「使用」と訳されている)。

(14) Beaumanoire, *op. cit.*, 683 条を参照。「王は、彼の王国の諸慣習を護持すべく、かつ護持せしむべき義務あればなり」(訳は注 6, 266 頁による)。

法律と慣習は、慣習法が公式に編纂<sup>(16)</sup>されるまでは競争関係にあったが、慣習法が編纂された結果、すくなくとも法規範を供給するという点では混交することになった。現に、主権者である国王の求めに応じ<sup>(17)</sup>、国王顧問の権柄づくの協力を得て慣習法が編纂され刊行されると、法律と同じ性格をとるようになった<sup>(18)</sup>。こうなると慣習法は慣習としてではなく、規範の供給の導体として法律に統合されて、法律として適用された<sup>(19)</sup>。法律と同じ執行力を

- (15) Beaumanoire, *op. cit.*, 698 条を参照。「すべてかかる態様の使用は前人に公共のものなるがゆえに、その場合においてそれを維持するために経費が支払われるがふさわしきときは、各人その物の便宜より利を得るところに応じ、全員が支払うが、よく理にかなえり」(訳は注 6, 272 頁による)。
- (16) 慣習法の編纂の求めはおそらく 1302 年のフィリップ 4 世 (美王) をもって嚆矢とするが、これは側近の法律家の圧力によるものであった。編纂は、慣習法という法規範に形式と確定した内容および拘束力を与え、Jean-Baptiste Denisart, *Collection de Décisions nouvelles et de notion relatives à la Jurisprudence actuelle*, Tome I, Paris, 1773, 637 頁, 55 番の慣習法の項によれば、慣習法は正しくよきものとされた。慣習法編纂の動きは、それから 1 世紀後の 1453 年シャルル 7 世のモンティス・レ・トゥール王令第 125 条により始まる。
- (17) 1494 年 1 月 18 日モンティス・レ・トゥールにおける国王シャルル勅書、ブルド・ドゥ・リシュベールのブルノアにおける市および管区の一般慣習法書の前文を参照。「裁判を簡素にし…判決を確固とし…慣習の多様性に起因する、時間の経過による多様化や妨害を避けるべく…取消不能の勅令と王令により…この慣習法が…わが王国の各地、全土で編纂され、書面化され…ことを望み、決し、命ず。朕は、法令、王令と勅令が取消しできず、守られ、維持され、遵守されることを望む」。
- (18) C. J. de Ferrière, *Dictionnaire de Droit et de Pratique*, Tome I, Paris, 1768, 596 頁, 慣習の項参照。「慣習法はわがフランス法では、成文法であり、王がそれに法律の形と性質を与えたものである」。Robert-Joseph Pothier, *Coutume d'Orléans*, in *Oeuvres*, Tome 15, Paris, 1821, 1er, 2 頁, 4 番の序文は「慣習法は三種類に分けられる」とあり、編纂され刊行された慣習法が法律と同視されたとしている。
- (19) 1561 年オーセール伯領と法官領慣習法における 1561 年 6 月 15 日の編纂証書は、国王アンリ 2 世の勅書を引用する。「貴殿にあらたに慣習法を編纂し、承認し、必要とあらば改正し、廃することを命ず。かくのごとく編纂、承認、改正される慣習法は刊行、登録され…以後、法律と永遠不変の勅令のごとく保持、遵守されよう」。

得ると、慣習法は区別されなくなった<sup>(20)</sup>。法律と慣習は、民衆権力を超越した君主主権の権力によって等しく統合されたのである。法律と慣習は、一方は神という高みから王を介在させて<sup>(21)</sup>、他方は下方の民衆から王によって吸収されて、両者の出自の中間地帯に置かれることになった。法律が世俗化する一方で慣習が民衆の基盤を失うにつれて<sup>(22)</sup>、法律と慣習は王の主権にたいする服従という点で同水準に置かれた。法律と慣習はそれぞれその起源を問うことなく、法規範を適用する者の手に引き渡されたのである。

法律は主権者の権威に服している全国<sup>(23)</sup>の人々すべてに適用される法的実体であり、慣習法もまたその内容においては豊かであり、王の名において<sup>(24)</sup>宣言された。王によって承認された慣習法は国家における法律となり、一方、

- (20) Jacques Brillon, *Dictionnaire des Arrêts ou Jurisprudence universelle des Parlements de France*, Tome II, Paris, 450 頁, 5 番の慣習の項を参照。「フランスでは慣習法は法律の効力を有し、代理人のもとで編纂されたからには王といえども、また同意したからには住民も、高等法院が認可し、よきもの、有効なものとして認められ、宣言されたからには、そのほかの者も、異議をとなえることかなわず」。
- (21) C. J. de Ferrière, *op. cit.*, 165 頁, 7 番の法律の項を参照。「法律は至上の権力からくる命令であり、命令は法律はそれを命じた君主の主権によってのみフランスで効力を有する」。
- (22) Jean Dommat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1685, 3 頁, 第 11 条。「慣習は、共和国のように権力が民衆の手にあるときは、慣習の受け手である民衆全体の同意がそれに権威を与える。しかし、主権者のもとにある国では、慣習法が主権者の権威のもとで法律の形式で編纂され、確立される。このようにフランスでは王が命じ、成文化し、慣習を法律として確認したのである…」。
- (23) *Livre de Justice et Plet*, éd. Rapetti, III d'établissement, 1 番を参照。「王にとって法律に値するものは、王の法律による命令に服する者どもにも法律である」。
- (24) Nicolas Bergeron, *Table méthodique contenant le sommaire de tout l'Estat et Gouvernement de la Justice et Police*, in Jean Imbert, *La pratique judiciaire, civile et criminelle*, publié par Pierre Guenois et Bernard Autonne, Paris, 1627, 3 頁, 1 番を参照。「風俗慣習は管轄地の人と物の属性と差について述べる…王命または勅令によって成文とされ、改正され、命じられ、報告され、規則化され、認可され…その正本は成文法と同等の効力価値を有す…」。

王令勅令は引き続き国家の法律であった<sup>(25)</sup>。法律と慣習法は同等の資格を有し、適用する者はこれらの概念的な違いをすぐに忘れた。主権者の意思によって法律化された慣習法は、普通裁判所の領域に入ったが<sup>(26)</sup>、地理的には管轄地が限定された<sup>(27)</sup>。慣習法といっても依然、地方の慣習の編集物にすぎず、地域に限定して適用されていたが、公的な執行力を有した<sup>(28)</sup>。パリ慣習法は、すでに16世紀半ばには、ある程度地理的には離れ、隣接していない地域でも慣習法がないところに広がった<sup>(29)</sup>。パリ慣習法はしだいに法律、すなわち慣習を取り込んできた王令に近い全国的な広がりを持つようになった<sup>(30)</sup>。パ

(25) J.-B. Denisart, *op. cit.* (注16), 639頁, 39番の慣習の項を参照。「わが王は、成文化を許され、承認されて、法律の性質を与えられた。主権者のこの許可により、慣習は国家における法律 (*loix dans l'Etat*) となったが、国家の法律 (*loix de l'Etat*) ではない」。

(26) Jean Domat, *op. cit.*, 注22を参照。

(27) C. J. Ferrière, *op. cit.*, 597頁, 2番, 慣習の項を参照。「慣習法はフランス王の権威と三地域の同意のもとに成文化されており、もはやこれはわれわれにとって慣行というような成文化されていない法ではない…成文化された法は適用される地においては法律の効力をもつ」。

(28) Montesquieu, *De l'esprit de loix*, Tome III, Genève, s. d., chez Barillot, 第28編第45章フランスの慣習, とくに324～325頁を参照。「…こうして、われわれの慣習法は三つの特性を得た。すなわち、それらは成文化され、より一般的となり、王権の印璽を受けた…」(訳は野田良之=稲本洋之助ほか訳『法の精神』下巻(岩波書店, 1988) 180頁による)。

(29) Claude de Ferrière, *Nouveau Commentaire sur la Coutume de la Prévôté et vicomté de Paris*, éd. Sauvan d'Aramon, Tome I, Paris, 1751, 3頁の導入部を参照。「…パリの慣習法は王国の首都の法ではあるもののその領域外には広がっていなかった。しかし、新しい慣習法の多くの条項が(パリ高等法院の)法廷の判決に引用され、広く知られるところとなり、パリ慣習法の規定は判断を要する慣習法的事案に対応するものがない法廷で重要性を持つようになった」。

(30) Antoine Le Maistre, *op. cit.* とくに248～253頁の弁護, 第12項を参照。「…慣習法は…すべて同等である。なぜならすべて生を授けた王という同じ父の娘である…一方、もっとも高貴でもっとも厳かな母を持ち、姉妹の長女であるパリの慣習法は…」。

り慣習法は、その多くの規定がしだいに広く適用されるようになり、法律と同格のものとなっていった<sup>(31)</sup>。こうしてパリ慣習法は個々に分かれ技術的な法律との最後の境を消し去り、導体として、またその内容も単一化したのである。

(5) 一体化した法律と慣習の導体としての単一性

啓蒙時代に法律が神授性を失ったように、慣習法も民衆という起源を忘れていった。王令やローマ法の規範とともに慣習法は 1804 年民法典に入り込んだ。慣習法を含んだ民法典の各章が代表者によって議決されたとしたん、慣習法は自動的に法律の性質を有することとなった<sup>(32)</sup>。慣習法には、パリとかオルレアンといった地域の慣習法の第 X 条あるいは第 Y 条という意味しかなかったが、あらたに民法典の条文に見出されるようになったのである。たとえば、財産の分類にかんするパリ慣習法第 95 条は、民法典第 516 条となった<sup>(33)</sup>。また生存者間の贈与の取消不能にかんして、民法典第 944 条はパリ慣習法第 273 条を取り込んだ<sup>(34)</sup>。不動産賃貸借については、オルレアン慣習法第 417 条は、賃借人に二期分の支払賃料に相当する動産を賃借場所に置くように求めていたところ<sup>(35)</sup>、賃借人が置くべき動産は何期分の賃料とは書かなかったが、これは民法典第 1752 条に移植されている<sup>(36)</sup>。慣習は導体とし

---

(31) J.-B. Denisart, *op. cit.*, 638 頁, 12 番の慣習を参照。「慣習法は規則上一定の地域に限定されるが、その例外として、1638 年 9 月の勅書 (翌年 4 月 15 日に高等法院に登録) は、ブリアール水路の所有権, 占有権等および同水路にかかわる相続財産, 通行税, 権利については、これが異なった三つの慣習法の管轄地にあるので、パリ慣習法に基づいて判断され、配分される」。

(32) 民法典を公示する共和暦 12 年風月 30 日 (1804 年 3 月 21 日) 法第 7 条を参照。「これらの法律が執行されるとき以降…一般的または地域の慣習は…本法典を構成する法律の対象となる場合は一般的または特別の法律の効力を失う」。

(33) パリ慣習法第 95 条は「パリのプレヴォおよびヴィコントにおいては財産には二種類しかない、すなわち動産と不動産である」と規定した。フランス民法典第 516 条は「すべて財産は動産または不動産である」と規定する (訳注 7)。

でのアイデンティティを失って、吸収され消滅していったようであるが、現実には慣習は法律という形式で実体化したのである。すなわち法律という一般的技術的な条文に慣習は吸収され、アイデンティティを失いつつも、法律の水準に引き上げられたことで実効性を得たのである。慣習の源泉の管轄地の枠を取り外されて、慣習法の執行力は一般的になり、回避ができず、文句のないものとなった。慣習法は、適用する者に法律と同じ導体になったのであり、法を供給する導体は一体化することによって実効性を高めたのである。

こうして慣習は、重要な法律規定のなかに消え去り、法律とは異なるものではなくなった。慣習は、法律と同じ導体であり実体となったのである。民法典以降、16世紀初頭から進められた進歩によって、法律と慣習は同じ土俵に立った。以前の慣習は法律となり、従来からの法律と同じく、法規範を提供する導体であり、法規範そのものになったのである。法律化した慣習は適用者に法規範についての考え方をあらためさせることになった。慣習はもはや黙示的なものではなく、また立法者によって制定された法律の条文と慣習を法律化した条文を区別することなく、慣習が適用規範となった。慣習も文明社会における平和な法的関係を維持し、紛争を回避するものとなった。

ライバルであり競争者であった法律と慣習という二つの導体が統合されて、法典編纂以前には明らかであった両者は区別できなくなった。統合され、

(34) パリ慣習法第 273 条は「与え、手放さずは無効」と規定した。これは、Guy Coquille, *Oeuvres* の贈与の章第 5 条および Antoine Loysel, *Institutes coutumières*, éd., Paris, 1646 の法諺である。1804 年民法典第 944 条は「その実行が贈与者の意思のみに依存する条件の生存者間の贈与は無効である」と規定する。

(35) オルレアン慣習第 417 条は「支払手段を有しない、または二期分の賃料の支払に相当する動産をその場に有しない賃借人は、司法の権威と許可において退去させられ、追い出される」と規定した (訳注 8)。

(36) 1804 年民法典第 1752 条は「十分な動産を賃借場所に有しない賃借人は、賃料に対応することができる保証を与えない限り、退去させられる」と規定する。

法律と慣習は権利の主体間または主体と客体の間の社会関係を整除する実体規定として共通の性質を有することになった。統合されて永遠の生命を得る一方で、相隣関係<sup>(37)</sup>、商事法<sup>(38)</sup>、社会法<sup>(39)</sup>といった特定分野では固有のあらたな慣行も登場している。こうした慣行は、法律の条文<sup>(40)</sup>を補足し、法規範を提供する導体なのである。法規範を提供するものとしての優位性は下位のものよりも完全であることによるのであって、尊大にしてもいられない。必要になれば法律は、直ちにある地域社会、ある技術に固有の事項にかかわる慣行に助けを求めることになるのである。ある地域あるいはある技術にかなする慣行は小規模であり、一方、法律は実体としてより大規模である。法律は法規範の内容を提供する手段として技術的に優る。法律は絶対的に解決を示し、適用し遵守される。しかし一方で、法律は当事者が遵守すべき義務を契約を作りこれを守るという形で作り出すことを認めている。当事者にとっては契約は法律となる<sup>(41)</sup>。法律は契約上の義務という小規模な特別の導体を生み出し、これが法律という大きな導体によって推し進められる<sup>(42)</sup>。

(6) 21 世紀における法律の導体としての優越性

法律は法律世界を堂々と支配し、法律のみが適用者の待ち望む法規範を提

---

(37) 1804 年民法典第 663 条は「各人はその居住地において、住居や庭を分ける仕切りを建て、また修繕するように求めることができる。仕切りの高さは一定の認められた規則または慣行による」と規定する。

(38) 1807 年商法典第 225 条は「(船舶の) 長は任務に就く前に (職業上の) 規則に定められた期間、方式によりその船舶を訪れなければならない」と規定する。

(39) 1890 年 12 月 27 日法による改正後の民法典第 1780 条第 4 項は「支給すべき補償金の決定のため必要あらば慣行を考慮する」と規定する。

(40) 民法典第 1135 条は「契約は明示した者だけでなく、その性質によって衡平、慣行あるいは法律が義務を課す者も拘束する」と規定する。

(41) 民法典第 1134 条は「適法に形成された契約はそれを行なった者の法律である」と規定する。

(42) 民法典第 1135 条は注 40 参照。

供し、法律が法というものを示す中核になっている。法律は法規範を提供するものであると同時に、法そのものになっている。法律が法規範を提供する技術ではなく、法規範の内容自体となっている。このように法律を理解すると、規範の構成要素の一つが失われる。つまり法律が自らを法規範そのものと自己定義し、法規範として理解されるようになる。法律には、その定義においてもその適用においてももはや競争者は存在しないことになる。民主制のもとで法律は一般意思<sup>(43)</sup>の表現となり、民衆の法的産物であるとともにその権利の限界を画す。法律は手続によって行使され、手続によって静的な理論の状態から動的な実務の世界に移っていく<sup>(44)</sup>。法律はここに供給部隊としての任務を見つけ、家族法、所有権、労働関係、農業、産業、商業など私的な法律関係での適用を可能にしている。

法律には二重性がある。導体であると同時に法規範そのものになるのである。まず法律は適用者に規範を提供する道具であり、これがないと裁判を行うことができない<sup>(45)</sup>。第二に、法律は適用者が規定を適用するうえでの正確な内容のある法規範である。執行力があるために、法律は支配的な地位にある。法律は実効性のある行使のための下位の規則によって強固になっている。つまり法律の実効性を保障するために行政権は詳細で限定的な規則を用意するように施行規則を設けるが、法律は詳細についてはこうした規則の助けを得ることができる。このように法律は公的平和と全国民の利益に奉仕し、競争者がいない。現代文明社会への法律の浸透は、より早くというスピード・アップの圧力によって、いっそう顕著になっている。過去には法律が認可され

---

(43) 1789年8月26日人権宣言第6条は「法律は、一般意思の表明である。すべての市民は、みづから、またはその代表者によって、その形成に参与する権利をもつ…」と宣言する。

(44) 刑事訴訟法典第31条は「検察官は、公訴権を行使し、法律の適用を要する」と規定する。

(45) 刑法典第1810条第4項は罪刑法定主義について「いかなる違警罪、軽犯罪、犯罪も違反が行われる前に法律によって規定されていないならば、処罰されない」と規定する。

でも三ヶ月間は適用者も無視していたが、その期間が一ヶ月になり、一週間になり、そして民法典旧 1 条<sup>(46)</sup>は一日とした。現在は、インターネットの即時性によって、法律を官報に公告してから数時間後にはすべての市民が承知することができる。法律の施行は、法律と一定の行政行為の公告の方法と効果にかんする 2004 年 2 月 20 日オールドナンスによって改正されている。法律は条文が定める日か、遅くとも官報公告の翌日には施行される。法律はきわめて短期間に提供され、迅速かつ一般大衆向けの導体となっている。インターネット上法律の条文は正確に伝わるから、法律は公告当日にも適用することができる<sup>(47)</sup>。法律は新たな法規範の広報と遵守の迅速化に役立っているのである。

法律は慣習と同様に、法規範を提供する導体であり、二重性があるが、紛争を防ぎ、解決するための法条文としてしか見ない適用者にはこの二重性は消えうせる。法律は慣習と同様に、それを必要とする者に法規範をもたらすのであり、それ自体は法規範であると同時に法規範を提供する手段なのである。

---

(46) 民法典の旧 1 条は「法律は、共和国大統領による認可により、フランス全土において執行される。法律は認可が承知された時点で共和国の各地域で執行される。共和国大統領による認可は、政府が置かれた県では、認可の翌日に知られたものとされる。他の県では、同期間の終了後、認可が行われた都市と各県の首府の間に 10 万メートルがあればその分の日数を増やす」と規定した。

(47) 法律と一定の行政行為の公告の方法と効果にかんする 2004 年 2 月 20 日オールドナンス第 2004-164 号の第 1 条は、改正後の民法典第 1 条となり、同第 3 条は法律の広報のための電磁的手段を導入し、迅速性を増している。第 3 条は「前条記載の行為の公告は同日、書面と電子的形態でその正統性を保障する条件のもとで行われる。フランス共和国官報は常時、無料で電子的形態で公衆に提供される」と規定する。2004 年 12 月 9 日法律番号 2004-1343 第 78-XIII 条による同 5-1 条は、コミュニケーション手段の技術進歩を考慮し、電子的形態と印刷形態の法的価値は同等であることを述べている。すなわち「信頼性を保障する条件の下で電子的形態で広報される省庁の広報誌への行政行為と行政文書の公告は、印刷形態の広報と同様の法的効果を有する」と規定する。

【訳注】

1. 現在ストラスブール大学は、自然科学系のルイ・パスツール大学、人文科学系のマルク・ブロック大学と社会科学系のロベール・シューマン大学の三大学に分かれているが、2009年1月にストラスブール大学として統合される (<http://demail.unistra.fr/> を参照)。
2. Prof. Yves Jeanclos, *Coutume et loi: une approche logistique du droit*, in *Mélanges Widerkehr*, Paris, 2008.
3. 1804年のナポレオン法典に結実するまでの民法典編纂の作業が難渋を極めたことについては、J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, 1992, PUF を参照。
4. 川島教授はさらに「主権者たる天皇の命令ないし政府の命令であることに重点をおく『法律』、というものから区別されたものとしての『法』の概念は、明確に意識されず、“Recht” とか“droit” と『法律』とをなんとなく同一視し、この二つを明確に分けようとする意識や努力がない」と書かれている (川島武宜「争いと法律—あたらしい法律学と法学教育のために」立教法学 19号 122頁)。この点について北村一郎「モテュルスキイ教授のフランス《訴訟法》講義」『法学協会百周年記念論文集第一巻』(有斐閣, 1983) 581頁)を参考にした。北村教授は同論文で「Recht と Gesetz, droit と loi とは、日本では實際上区別されておらず、《法》と《法律》とは、まさに法律家のもとで混同されている」とされている。
5. アンシャン・レジームのフランスでは、王の発する王令も各地に設けられた高等法院 (parlements) が登録することによってその高等法院の管轄地域で施行されるようになった。
6. 埜博士によれば、ボヴェジ慣習法の成立は1280年ごろである。
7. 現行のわが国の民法には、「財産」(biens)の規定がなく、「物」の規定のみである。ポアソナードによるフランス民法の講義を記録する「佛国民法財産編講義」によると、明治12年4月23日の講義でポアソナードは「財産」と「物」を区別して、「総テ宇宙間ニ在ル者ヲ称シテ物ト云フ而シテ物ノ人ニ属スル者ヲ名ツケテ財産ト云フ」と説明している。
8. 旧破産法第103条は「破産債権者が賃借人なるときは破産宣告の時における当期および次期の借賃につき相殺をなすことを得ず」と規定していた。オルレアン慣習法は賃借物件に動産をおくことを求め、旧破産法は動産ではなく、賃借人に対する債権または敷金という違いがあるが、賃貸借、支払不能および二期に限るとしている点は共通しており、興味深い。