

翻 訳

「法律と生きた慣習」

小 梁 吉 章 訳

【訳者解説】

本稿は、フランス・ストラスブール大学法学部の法制史担当イブ・ジャンクロ名誉教授 (Professeur émérite d'Histoire du droit Yves JEANCLOS) が 2014 年に発表した論文、*Si la loi était une coutume qui a réussi ?* (法律は慣習が出世したものか?) の翻訳である。ナンシー大学出版会 (Presse universitaire de Nancy) の法制史叢書 (Collection Histoire du droit) の一つ『法律家と中世から民法典までの慣習』 (*Le juriste et la coutume du Moyen Âge au Code Civil*, 2014) に掲載された。和文標題は訳者がつけた。

本論文を訳出したのは次の理由からである。

第一に、著者は 2008 年に「慣習と法律－法のロジスティクスのアプローチ」 (*Coutume et loi: un approche logistique du droit*) と題する論稿を発表しており、本稿がそれを補完しているからである。この先行論文の翻訳を本誌 32 卷 2 号 (2008 年 10 月刊) に掲載した。本論文は先行論文の趣旨をより明確にしている。先行論文で著者は、法理 (*le droit*) と法律 (*une lois*) と慣習 (*une coutume*) の関係を「ロジスティック」と表現したが、本論文で著者は、主権者が形式的な立法作用によって定める法律と民衆が社会の維持のために自発的に生み出す慣習を対比し、慣習が慣習法 (*les coutumes*) に編纂され、公表され、註釈されて、社会に普及すること、さらにパリ慣習法がフランス民法典の編纂で参考にされたように、一部の慣習法が主権者によって法律に格上げされることを述べている。標題の「法律は慣習が出世したものか?」は慣習または慣習法が法律に変じることを意味している。

第二に、法律は慣習という民衆の規範に支えられなければ存在しえないことを明らかにしているからである。わが国はフランスやドイツなどから外国法を継受した。つまり「完成品」を輸入したのである。この完成品にどのような起源があり、民衆の支持を得ていたのか、どのような経緯を経て法律・法典とされたのか、こうしたことにはかならずしも関心は払われていない。しかし法律・法典として完成させるためには、だれかが（地方領主、君主、民主議会など）、なんらかの形式で（法規、王令、慣習法、方例など）、ある過程を経て（命令、決議など）行う必要がある。当然そこには法律・法典を作る目的（国家統合、一般意思の表現など）がある。わが国が継受した外国法の完成までには逡巡があり、対立があり、議論があり、反抗があったはずである。著者は、たとえばフランス民法典の相隣関係の規定のなかに、慣習規定を見付けている。それまでの主権者（国王）は王令として定めたことはなく、民衆に支えられた地域の慣習が一挙に法典に格上げされたのである。なぜ相隣関係を慣習にゆだね、また法典化したのか、こうした事情は完成品としての外国法の条文からうかがうことはできない。法律という完成品を継受することは、そこにいたるまでの過程をすべて引き受けることである。ここには法律は理性の産物であり、民衆の総意が具体化されたものとするフランス固有の思想が反映している。

なお、著者の論文として、前記の「慣習と法律－法のロジスティクスのアプローチ」のほかに、訳者はすでに「12世紀から15世紀のフランスの仲裁」（第30巻第3号157～216頁）、「フランス刑法典の200年」（第36巻3号49～92頁）を本誌に訳出した。著者の経歴はこれらを参照願いたい。

フランス民法典の編纂の紆余曲折について、本論文でジャンクロ教授は、慣習・慣習法という側面を重視し、慣習法と法律の関係から民法典編纂を説明している。一方、民法典編纂プロセスを論じたアルペラン教授の文献は、実定法の規定を政治的な面から辿っていた。両者のアプローチに違いが見られる点も興味深い（訳注1）。

またわが国民法の編纂者の一人である穂積陳重博士に『慣習と法律』と題する一書がある（訳注2）。同書で穂積博士は「文字の使用が愈々廣まるに至るときは、不文慣習の法律以外に成文の法を制定して、其需用に應ずるに至り、竟に成文法は法の本體であって、慣習法は其變體であると為し」と説明し、法律は立法作用によらなければならないと述べている。成文法が支配的になるにつれ、慣習は根拠を失うというもので、穂積博士の法実証主義者の面目躍如たる文章である。ジャンクロ教授の論文はこれと対立し、成文法は慣習と民衆の意識に支えられて初めて法たる資格を有するという、フランス固有の自然法的発想に基づいている。本論文は、わが国における慣習と法律の比較論と対比しても相当の示唆を与えるものと思われる。

なお、本論文の原注を脚注として記載し、著者引用条文についてはそのすぐ後に訳または注を付し、また一定の説明を要する場合には、訳注を末尾に記した。

【本文】

序論 相互に補完し合う法律と慣習

法律 (*la loi*) と慣習 (*la coutume*) がどういう関係にあるのかということは法律家の永遠のテーマであるが、法律は慣習が出世したものではなからうか。

法律は法規範のうちの第一のものであり、優先するものである。法律の力は、それを創出する者、すなわち領土内の人民に指図する君主、あるいは君主に権限を与える神意 (*divinité*) に由来した。一方、慣習は組織されていない人間の集合としての民衆 (*du peuple*) に由来し、その力は劣後する。

ここまでは伝統的な理解であり、容易にわかることであるが、そこから先の現実さはほど単純な二元論では説明できない。法規範 (*la règle du droit*) の直接の由来だけではなく、それが由ってきたる経緯 (*vécu*) や現実の適用 (*pratique*) も明らかにしなければならない。人によっては法規範と慣習のあいだに見えない関係があるといい、あるいはこれらが法の二つのベクトルで

あるというだろうが、それ以外にも分析や検討がありえよう⁽¹⁾。

人々は、実定法であれ民間伝承であれ、ふつうは日常、親から教わった法規範にしたがっている。この規則を定めたのが国王や独裁者あるいは民主的議会などの上位にある者か、それとも民衆という下位にある者か、ということを観念的に分けたりはしない。人々は権力者による法規範や民主的な手続による法規範と民衆に支えられ実際的に生み出された規則を区別しないのである。法を制定し、施行し、遵守させる権限を有するのはだれなのか、だれが主権者なのか、などということ声を高にいうのは、法を無視する者 (*contempteur*) だけである。ふつうの人々は、日々の経済的問題や社会的な問題を解決してくれる法だけに興味があり、規則の性格や法律と慣習の関係を考えることはない。実生活をおくる人々は、隣人との平穏な生活にだけ興味があるのである。法を制定したのが国王だろうと、人間の集合だろうと、人々は実効性のある規則にしたがっている。こうした規定の起源がなにかなど知ろうともしない。紛争が裁判所に提起されたときにしか、法規範の起源や性質を知ることはない。

また、支配的な法規範である法律は、法規範にしたがう民衆には冷たく感じられ、民衆のほうも法律を上位に置き、慣習を下位に置きながら、法規範の階層 (*scalification*) を考えることもない。民衆は、拘束力のある法規範にしたがうことでよしとし、この法規範が家族や地域社会に起源があるのか、主権者の権限の発現なのか知ろうとはしない。人々は、現に生きている時代の社会において、ふつうに規則にしたがっているのである。

19世紀フランスの慣習法地域と成文法地域の地理的区分についてホメロスの (*homerique*) あるいはラブレの (*picrocholin*) な議論・論争があったが、

(1) Yves JEANCLOS, *Coutume et loi; une approche logistique du droit*, in *Mélange Wiederkehr, De Code en Code*, Paris, 2009, pp. 429-411 et in *Hiroshima Law Journal*, vol. 32, no.2 Oct. 2008, pp. 143-160.

これにより関係者は理解を深め、科学的に厳密な理解を得たはずである。この議論によって、それまでの学者がバルトロス (Bartolus de Saxoferrato、1313 年 - 1356 年) は残念ながらイルネリウス (Irnerius、1050 年頃 - 1130 年頃) の発展にすぎないなどといった理論をうのみにすることを避けることができた (訳注 3)。この結果、法学者に法律と慣習について学問的で体系的なアプローチが可能な道が開かれた。机上の時代遅れの議論は、現実的で法律的な分析に場所を譲ったのである。

一般に慣習は、長く伝えられ、それを生み出した民衆が自発的にしたがう法規範と定義され、一方、法律は主権者が民衆に強制する書かれた法規範であるとされる。慣習は集団的であり、自発的に生まれるものであるのに対し、法律は、執行権限を有する者の権威をあらわにする。つまり慣習規則は長い懐胎期を経て、人々の同意があって、守られるが、法律は、日常的にそれにしたがう民衆とは別次元の政治・行政権力があって、その意思によって即時に適用されるものである。

法律家が認め、受け入れてきた法律と慣習の違いは、それにしたがっている民衆の社会的、経済的な要求とは無縁な、期限の切れた机上の空理かも知れない。慣習も法律も社会生活を平和のうちに維持しようとする人々のものであることを想起すべきであり、慣習と法律は法規範として姉妹関係にあり、これらを総合的に理解したほうがよからう。

まず慣習がどのようにして法律になるかを理解し (I)、次いで法律が慣習的でもあることを確認することにしよう (II)。

I 慣習の法律化 - または慣習の成文化

慣習は、社会の要求を平穏に調整するための法規範である (A)。また慣習といっても、義務的にしたがうべき拘束力のある規則であることは明らかである (B)。

(A) 社会の法規範としての慣習

慣習の根拠が社会的、経済的な有用性にあることに疑問の余地はなく(1)、人間関係を調整する規範であることがその特徴である(2)。

(1) 慣習は社会的・経済的に有用であること

社会に法的な調整が必要であることは、古代ユダヤの社会でも、その後のローマ社会でも明らかであった。社会内部の治安を維持するため、慣習は法的な制限を守るように強制する法規範であり、禁忌の起源であり、また結果であった。そしてどこからが善であり、悪なのか、どこからが善意であり、悪意なのか、どこからが正で、邪なのか、その境を定める必要が生じたのも必然である。社会として必要であるから、まず、社会は禁止という手段をとり、次いで、一定の地に暮らす民衆の共通の利益として、より積極的な手段をとった。社会として多神教の神々または一神教の神が設けた秩序を守る規則を必要とした。また慣習規則のなかに、ローマ社会で法学者、哲学者が至上の合理性とした、理性(*ratio*)を見出したのである。社会は道徳、良俗、あるいは宗教に根差した法規範を得ることで満足した。公共物(*res publica*)を守り、維持するため、いまだ安全といえなかった公共の平和に合致する法規範を待ち望んでいたのである。

慣習規則は、さまざまな民事、刑事の人間関係に適用されるものでなければならない。また、家族関係や男女間の財産関係を定め、さらに子供についても明らかにしなければならない。土地所有の正当性を保障し、農地を開拓しても、隣人の権利を損なわないようにしなければならない。物理的な力、羨望、嫉妬、邪心あるいは残忍性から起こりがちな紛争を調整するために、慣習という形式の法規範は、当初から人間社会に必要だったのである。しかしやがて君主制国家あるいは共和制国家の権力が樹立されると、慣習のうちでも刑事的なものは、公権力が自分のものとして取上げてしまう。

慣習には、法規範の適用手段として方法論上特異な面がある。慣習は外部

の強制的な権力には依存していないのである。慣習規則は自然発生し、民衆が長いあいだ守ることで維持される。ローマ時代の文献にあっても、慣習は社会に深く根差し、その起源は現時点以前にあるとされた。30 年も経てば慣習も昔からのものになる。慣習は確実に守られ、避けることはできず、逃れるすべはない⁽²⁾。慣習は一定の地域に生活する人間集団の全構成員に、目に見える形で、強制される。慣習は先祖から子孫へ連綿と継承される法規範である⁽³⁾。

慣習規則は、それが社会の要求に応えうるかぎり、民衆によって常に納得のうえで守られ、適用されるのである。

(2) 慣習の法的特徴

慣習には適用上限界があるため、法律よりも下位 (*infra-légale*) の法源と考えられるが、中世封建世界の村邑という一定の地理的領域、すなわち限定的な管轄領域では、慣習規則も法的な価値を有した。

慣習は属地的 (*territorialité*)、法律は属人的 (*personnalité*) という対比がよくなされる。慣習の適用範囲は、一定の管轄領域の住民に限定されるが、法律は属人的で、ある主権者の支配する領域で暮らす者に適用される。したがって慣習と法律の適用範囲は、法的に異なり、慣習の適用範囲は限定される。

慣習の成立は、慣習規則の存在の確認にあたる 12 人のグループからなる調査班 (*turbe*) が一つまたは二つ調査した結果にもとづいて裁判所が判断した⁽⁴⁾。

(2) Beaumanoire, *Coutume de Beauvaisis*, § 683 (訳:「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」(埜博士の訳による)。Yves JEANCLOS, *La coutume française, une illusion romaine ? Beaumanoir ou la romanité de la coutume au XIIIe siècle*, in *Droit, Histoire et Société*, Mélanges en l'honneur de Christian Dugas de la Boissonny, Virginie Lemonnier-Lesage, François Lormant, PUN, Collection 'Histoire du Droit', 2009, pp. 35-54.

(3) C.8.53.3, *rescrit impérial de 469* (469年勅書). *consuetudo servata* (訳:「慣習は守られる」)。

各地の慣習は「連綿と続く地域の伝統」に支えられ、21世紀の現在でも、フランスの一定の地方では、闘牛や闘鶏 (*la tauromachie et des combats de coqs*) が認められている⁽⁵⁾。法律の規定では動物に無用の苦痛を与える行為や「家畜に対する残酷なすべての行為」は禁じられるが⁽⁶⁾、地域の慣習が適用されているのである。伝承としての血なまぐさい行為ではあるが、政策的な例外として法律上許可されており、ここでは慣習は違法規範 (*règle contra legem*) となっている。

日常生活において多くの場面で慣習が適用されるとき、慣習には下位法 (*infra-légale*) としての価値がある⁽⁷⁾。権力者の権威に服している民衆でも、慣習がその日常生活を規整するときには、慣習にも法律が有するような法規範としての拘束力が生じるのである。たとえばローマから市民特権を与えられた外国人が適用した慣習規則は、実はかつての被征服民の法規範だった。ローマ法に反しないかぎり、そのなかに包含された慣習規則が適用されたのである。ここでは慣習は、適用においては下位法の法規範であったが、実質的には上位の法であった。このことから民衆に固有の慣習規則がない場合や兄弟姉妹間のエジプト婚のように慣習規則がローマの公序・良俗に反する場合には、代替として、ローマ法が適用され、書かれざる補完性 (*subsidiarité*) 原理が存在したのである。

すでにローマ時代から、慣習には法律解釈の補完的価値があった。慣習が法律を補助することは明らかであり、法律の適用にあたって、慣習が欠くことのできない要素であった。今日もなお慣習には、法律に対する実効的な補

(4) Cf. Ordonnance sur la justice, Louis IX, 1254. (訳注4)

(5) 刑法典 521 - 1 条 5 項 (訳: 「長年の地方の伝統が主張されるときは、本条の規定は闘牛の運営に適用しない」)。

(6) 1999年1月6日法律第99 - 5号と刑法典 521 - 1 条 1 項 (注: 1999年法は猛獣・鳥獣と動物保護に関する法律。刑法典の規定は、一般に家畜に対する虐待に2年の禁固と3万ユーロの罰金を科すとしている)。

(7) C.8.53.3, rescrit impérial de 474 (474年勅書)。

助機能がある。1804 年民法典は当事者間の合意は「衡平、慣行または法律 (*l'équité, l'usage ou la loi*) によって義務を課される」⁽⁸⁾ 者をも拘束すると定めている。また法律は相隣関係について慣習にゆだねている⁽⁹⁾。現実には慣習には下位の法として不可欠の任務があるのである。

慣習には法律と同等の価値があるとみることもできよう。法律も慣習もそれにしたがう者に法規範を示すための手段 (*vecteurs logistiques*) である⁽¹⁰⁾。したがって法律も慣習も法規範として対等の地位にあり、その違いは、慣習が適用されることは少ないこと、法律に強制的な執行力があることだけである。

(B) 法規範としての慣習の拘束力

慣習は、変化する法規範である。慣習も編纂作業によって (*législativation*) (1)、そして主権者による公認によって (*légalisation*) (2)、拘束力を得る。

(1) 慣習の編纂

a) すべての者に善き慣習を

フランス王は善き慣習を保護しなければならない。フランス王は即位の宣誓にあたって、キリスト教の保護とともに慣習の保護を約束した。善き慣習が善であるのは、王国とその住民の生存に不可欠であるからである。慣習を善とするのは王の判断であり、王には王国の民衆の利益と王自身の利益にしたがって法規範の善し悪しを判断する権限があった。王の判断によって、善

(8) 民法典 1135 条。

(9) 民法典 663 条 (訳:「各人はその居住地では、住居、庭を分ける囲障を建て、修繕することを求めることができる。囲障の高さは一定の認められた規則または慣行による」)。(注:わが国の現行民法にも相隣関係の規定があり、囲障の設置を定めるが、その第 228 条は「(囲障の設置に関する) 前三条の規定と異なる慣習があるときは、その慣習に従う」と定めている)。

(10) Yves JEANCLOS, *Coutume et loi; une approche logistique du droit*, op. cit..

き慣習とされ、悪しき慣習を追い払う。

善き慣習は、道徳と宗教の基準を満足しなければならず、キリスト教の戒律 (*préceptes*) に反してはならなかった。キリスト教の保護と善き慣習の普及は補完関係にあった。ローマの伝統は封建時代 (*dès l'époque féodovasallique*) に継承され、善き慣習は、理性または合理性、すなわち神意が明かした真理に適合しなければならなかったのである。

善き慣習は、民衆の平和という、のちに公序とされるものを維持し守らなければならないが、善き慣習といえども王の手中にあった。善き慣習は王の意思しだいで維持もされ、王国の基本原理に合わないとして廃止されもした。善き慣習が法律の形式をとり始めたように見えたが、その適用は依然として融通無碍であった。善き慣習は、フランスに散在した地方領主の裁判上の指針となり、法律の代替物 (*le substrat péri-législatif*) であった。王権が慣習の有効性を管理することで、法規範が統一されときに法の要素になった。

b) 一般慣習法が単一の王権に服する

王国内の一般慣習法は、フランス王国の法体系のなかに少しずつ入った。これがはっきり姿を現したのは13世紀末のボマノワールの『ボヴェジ慣習法』である(訳注5)。これは「すべての良民に共通の慣行 (*usages*)」であり⁽¹¹⁾、王のみがその適用を保障し、遵守させることができた。

往来の自由 (*la liberté d'aller et venir*) は、1950年の欧州人権条約 (*Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*) がもたらした20世紀の成果であると誤解されることがあるが、最初に公けにされた慣習法である。次いで、どこに住もうと、主君がだれであろうと、人の生物的な生存に欠かせない飲み水へのアクセスである。飲み水へのアクセスを守る一般慣習法は、国家の唯一の主権者に公衆衛生の保障、人と動物すべての生命の

(11) Philippe de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, § 698。

基本要素の提供を義務づけた。三番目は、祈りの場への自由な往来の保障であり、良心の自由というより文化的な行為と考えられた。礼拝の場への自由な往来という慣習法は、キリスト教権力が宗教上も世俗的にも支配的であった 13 世紀には重要であった。明らかに宗教的な利益の任務を王にゆだねたが、王自身の政治的利益の側面の方が強い。

王の支配地や地方領主の支配地において、これら一般慣習法に法規範として競合するものはなかった。これらの慣習法は、実体上も法律であり、地方では領主によって、また王国全体では一般的に適用され、事実上 (de facto) 執行力を有した。これらの一般慣習法は、法律によって吸収され、その核になった。

慣習には法律の補完という面が必然的につきまとう。慣習は貪欲であり、法規範として法律と同等の要素であり、あるいは慣習であっても、善き慣習あるいは王国の一般的な慣習法であれば、法律同様の執行力を持って当然とばかりに、法律と同等になろうとする。慣習は、法律に約束された地位を得ようと前進を始めるのである。そうなるに慣習と法律の違いは、その起源にはなく、実体面しか残らない。とくに慣習は主権者の王の手中にあった。王権が、慣習法を決定し、適用する権限を有し、適用しない場合には制裁を課すとして、王権は慣習法の適用を強制し、慣習法は王権の権威と責任のもとに置かれた。

いうならば、慣習は編纂されることで、法律と同等の価値と権威をもったのである。

(2) 主権者が慣習法を公認する (*légalisation*)

a) 慣習を公認する方法

慣習には、社会の要求にいつも対応できるという大きな利点がある。その反面、不安定、不確実という不利な点もある。この不利は、裁判において慣

習の適用を主張する当事者が裁判所に証拠を提出し、裁判所が認めるという方法でまかなうことができる。慣習の適用を主張する者がまえもって明確なかたちで、慣習を知っていれば、その適用はより確実で実際的になろう。つまり民衆に由来するという慣習の起源に変わりはないが、確実性と安定性を与える書面でのサポートが必要になった。固定的になると、残念ながら融通性を欠いてしまう。しかし慣習法の編纂は、利用者にとっては、裁判でとるべき対応をあらかじめ知ることができるから、マイナスよりもプラスのほうが多かった。

こうして慣習も実体的には法律に近づくが、それでも執行力を欠いていた。

慣習の編纂は慎重でなければならなかった。まず地方の法規範を知悉した専門家の助けを借り、かれらから正しい法規範の内容について教示を受けなければならなかった。編纂にあたっては明確な文言にし、利用者にも裁判官にも分かりやすいものにしなければならなかった。したがって慣習法は法律文書にならって記述された。さらに慣習法の編纂を求めた公権力の要求に合致し、これを遵守したものでなければならなかった。こうして慣習法があらたな拘束力を得た。慣習法は、慣習を生み出した民衆ではなく、公権力の名において、執行力を得て、法律と同等の地位を得た。慣習法には一定の領域内、あるいは政治上の立法権者の支配によっては、広範な地域での強制力が与えられた。

フランスでは、王の求めによって慣習法が編纂され、王は慣習法条文の適用に利害関係を有する者に協力させた。慣習法は裁判管轄地の者が起案し(*rédigée*)、これら地方の実務家を支援するために王が派遣した役人(*commissaire*)が編集した(*dirigée*)。国王の役人(*missionnaire*)が慣習法の編纂でなにもしていないと非難されることもあった。慣習法の編纂は、6世紀のユスティニアヌスのローマ法大全以来の編纂基準にもとづいて行う必要があった。つまり条文の無用な反復を避けることである。また王権が定義する公序良俗に反する規定を置くこともできない。解決が漏れていれば、それ

を補完する必要もあった。

各地の慣習法がこのように起案され、君主権力の代表者が息を吹きかけることで、同じような法規範を含む結果になり、表面上似かよってきた。また改正という手段によって、慣習法は王権による国家統合の道を開いたのである(訳注6)。

b) 慣習法の公認はいつ行われたか

慣習法は、1453年のモンティ・レ・トゥル王令(訳注7)の王の求めに応じて編纂された。しかし、現に編纂が開始されるのは15世紀末の(シャルル8世の1495年1月の)特許状でこの王令を確認してからである。16世紀初めから、慣習法が刊行され、王権によって施行された。こうして慣習法は書かれた条文として便利になったが、同時に経済的社会的な変容によって、時代に合わない条文が出て、慣習法は改正を余儀なくされ、王が指名する技術者の役人の仕事が忙しくなった。慣習法の改正は、その後2世紀にわたって続き、革命が始まる前、18世紀の末にもパリ高等法院では、最後の議論が長く続けられていた。

当初刊行された慣習法は、その後、経済、社会の変化に合わせて王権が新版を出し、こうして法律としての性格を獲得するに至った。実は法律ではないのに、慣習法は王権の産物とみなされるようになったのである。慣習法の特徴として残ったのは、連邦国家における州法のように、慣習が生み出した一定の地域にのみ適用されることだけであった。慣習法は利用者のために編纂されはしたが、むしろ王権のためであり、王は16世紀以降、立法権を巧妙かつ実効的に行使したのである。

慣習法が編纂されると、自分の地域の慣習法の他の地域の慣習法に対する優位性を示そうと法学者が注釈を始めた。シャスノーは「ブルゴーニュ慣習法」、ド・コキーユは「ニヴェルネ慣習法」、デムーランとド・フェリエールは「パリ慣習法」、さらにポティエは「オルレアン慣習法」の注釈を行った

(訳注8)。

慣習法は、「フランスの共通慣習法」を求めた18世紀のブールジョンのような法学者の研究の対象になった(訳注9)。慣習法のなかでも1804年民法典の起草者が重要としたものは、部分的に民法典に取り入れられた。慣習法は、条文全体として、改正されないかぎり将来にわたって、フランス人の私生活の法的、平和的な環境を定める役割を果たし、(民衆に基盤を有するという)当初の実質はそのままながら、一定の領域に限定して適用するという性格を失ったのである⁽¹²⁾。つまり慣習法は、規定として一般化し、特定の間人だけに限定されることなく、適用地域も広範になり、法律の性質をもつようになった。公認の結果、慣習法は法律と同じ地位に引き上げられ、公権力の強制力を含め、法律の性格を得た。

II 法律の慣習的性格あるいは法律には慣習の永続性があること

法律も、社会的、政治的な要求に応えなければ存在しえず、守られない。つまり法律は、社会についての組織的、政策的な意思に応えるのである。単一主権者であれ、民主的な代表であれ、法律は権力者によって定められる。法律によって人間集団内にあるべき平和な関係を定めることができる。人間関係を定める家族法、人と物との関係を定める財産法、商事法など、法律は法的関係を定め、現憲法第34条の範囲内で、その対象は無限である(訳注10)。2010年の憲法改正によって第61-1条に導入されてから、活発に利用されている「合憲性の優先的照会」(*Question prioritaire de constitutionnalité*)と呼ばれる違憲審査の留保付きではあるが、法律はなんでも定めることがで

(12) Loi du 30 Ventôse An XII, article 7 (注: 共和歴12年風月30日(1804年3月21日) 法律7条は「本法が施行されて以降は、ローマ法、王令 (*les ordonnances*)、一般および地域慣習法 (*les coutumes générales ou locales*)、法規 (*les statuts*) および規則 (*les règlements*) は、本法典を構成する各法の規制する事項については、一般的及び個々の執行力を停止する」と規定)。

きる (訳注 11)。

法律が存在し、施行され、社会で守られるためには、法律は慣習に合ったもの、すなわち民衆の要求に応えるものでなければならない (A)。法律が慣習や社会の変化に合致しなくなれば、法律は死に、不用品となって社会から消える (B)。

(A) 生きた法律は慣習に適合する

法律は、法規則の起案時点での社会状況を反映しており (1)、存在するかぎりは、社会の要求を尊重しなければならない (2)。

(1) 法律は各時代の社会の要求に応える

a) 社会の要求と法律

立法者はなんでも定めることができるとしても、重要な点について決定するには慎重を期す必要がある。民衆が納得する規範を立てるためには、民衆の求めるものを知る必要がある。つまり立法者は民衆が社会的、経済的に求めるもの、あるいは家族関係で望んでいることを知るためには助言者を必要とする。人はつねに社会のなかで生きており、立法者も、望むと望まざるにかかわらず (*nolens volens*)、「社会契約」のなかにある。立法者はできるかぎり迅速に法律によって回答を示さなければ、民衆の反発にあう。経済的・政治的な変化というかたちで社会が示すことを無視していれば、立法者も行政権力も権力を維持するどころか、退場を迫られる。法律は、民衆のあらたな要求に適合した条文を定めることで、行政権力が民衆全体を満足させるメカニズムなのである。

長期的には、経済、社会の変化に応えるのは伝統としての慣習法である。しかし 1 年や 2 年という短期は、慣習を形成するには短すぎ、慣習を生み出す民衆から見ても力量不足である。迅速な決定という点では、社会の要求に速やかに応えることのできる法律に、慣習は劣る。慣習には法律を活性化す

る確かな力があるが、慣習から実質を継承し、裁判によってこれを現実化することで、慣習にとってかわった法律に譲歩するのである。法規範の姉妹である慣習と法律は、法規範の要素であるかぎり、類似せざるをえない。民衆が早急に要求するあらたな法規範として、慣習が法律に場所を譲っても、なんら痛痒を感じることはない。

b) 法律の起案の方法について

人々の行動様式の変化、あるいは経済的、技術的または医学的な変化に対応して社会から要求されれば、立法者は技術的に法律を起案する。大法官または司法省 (*Chancellerie ou Ministère de justice*) で、議会制であれば並行的に議会の特別委員会の協力を得て、法案が準備される。現在は、法律は司法省が指名する法律家、社会学者、医師、技術者の協力の産物である。その後、法案は議会の委員会で審議、修正され、決議にかけられる。起案の段階で、司法省が用意する素案 (*avant-projet*) について、選任された専門家委員会に意見を求めることもある。主として医師や技術者からなる技術委員会で法案が作られることがあるが、この方法には社会の要求、とくに最新の医療技術、科学技術に対応できるという利点がある。特別倫理委員会が直接、準備する法案が議会の本議会で批判にさらされることはほとんどないが、これはほとんどの議員の科学や技術に関する無知が理由である⁽¹³⁾。ただこうした法律には条文の起案に民主的な重みがないという、技術的産物ゆえの不利な点もあるが、科学の進歩と民衆の絶えざる要求に応えるためにはいたしかたない。こうした法律も議会本会議の立法権を奪うものではないが、そうはいつても、条文を一般的、特定せずに定めるという民主的権限を奪っていることはたしかである。

(13) たとえば、生命倫理に関する 2004 年 8 月 6 日法律第 2004 - 800 号、精子提供・生殖医学的支援に関する 2008 年 5 月 22 日オルドナンス第 2008 - 480 号を参照。

法律は、国民が待ち望んだあたらしい法規範を実現することで、社会の動きや科学技術の進歩に対応しているが、法律は、技術的な観点からはもはや法律とはいえないかもしれない。法律は一般的、非特定のであり、フランス国民全体に適用されるからこそ、法律としての性格がある。法律は、条文を改正することで社会の要求に迅速に応えるという点では慣習よりも優れ、ふつうは慣習の役割であるようなことにも、法律は慣習が形成されるのを指をくわえて待つことはない。法律は、慣習に形成の時間や行動様式の変化、経済社会の変化に対する法的な回答を用意する余裕を与えたりはしない。迅速に対応するために、法律はそれまで慣習が果たしてきた役割を担っているのである。

(2) 法律は実際には慣習を尊重していること

編纂された慣習法の各条文から、19世紀初頭の立法者が教示を受けたことは疑いようがない。民法典の起案者にとって、ポティエのオルレアン慣習法、ド・フェリエールのパリ慣習法、ブールジョンのフランス一般慣習法試論は参照すべき文献であった。またフランス各地の慣習法注釈が容易に手に入り、そのうえブリヨン、ドニザール、ド・フェリエール、ギヨの法律辞典や判例評釈集も見ることができた（訳注12）。

a) 民法典と慣習

1804年の民法典は、法律としての価値を有する全体を指している。さまざまな分野につき別個の法律が決議され、共和歴12年風月30日（1804年3月21日）の法律によってフランス人のための民法典として集約され、公布されたが、民法典には、最終的に編纂され、法的価値を有するとされた慣習法という基礎があった。前記の法律第7条は「(同法が集約した) これらの法律の施行日以降」、本法典が規定する事項については、ローマ法、慣行、方例、王

令 (*la loi romain, les usages, les style et les ordonnances*) およびとくに「一般のおよび地方の慣習は・・・一般的にも個別的にも、法律としての効力を有しない」と規定した。裏返せば (*a contrario*)、立法者は民法典に規定がない事項については、ローマ法、王令およびとくに慣習法をそのまま有効としたのが明らかである。19世紀に立法者は、古くからの慣習でまだ適用されているものを調査するため、各県行政庁に地方の慣行の調査を指示した。たとえば20世紀末に初めて環境権に関する法文を起案したときには、それまで眠っていた共同放牧権 (*vaine pâture*) や入合放牧権 (*parcours*) といった慣習法理にもとづくことになったが、この地方の慣習の調査が生きたのである。

民法典の立法にあたっては、パリ慣習法の財産権 (*droit de biens*) の定義をもとに、財産権についての慣習規則を盛り込んだが、これはパリが地理的に近く、また多数の注釈書があったからである。民法典第516条は、動産と不動産 (*biens meubles et immeubles*) を区別しているが、これはパリ慣習法第95条にならったものである(訳注13)。民法典第1752条は(賃料の担保として)賃貸借契約の賃借人に十分な家具を置くように義務づけているが、これはオルレアン慣習法第417条を採用したものである(訳注14)。

夫婦財産制について、立法者は、一つは北フランス、もう一つは南フランスの慣行であるが、共同財産 (*régime de communauté*) と持参金 (*régime dotal*) という二つの制度を選択できるようにし、さらにポティエが引用したシャトーヌフ・アン・ティムレ慣習法というマイナーな慣習法のなかの夫婦特有財産の充当 (*remploi des propres*) に関する条文も設けた。民法典は、すべてのフランス人に一貫した、また義務的な法体系を実効的に構築するために慣習法のなかから選び取るという柔軟性を示したのである。

一方、民法典は相隣関係、とくに囲障の設置については、町の「特別規則または安定的ないし認められた慣行」にゆだねた⁽¹⁴⁾。ここでは民法典は、立

(14) 民法典663条(注:原注9を参照)。

法者が近隣の人間関係に波風を立たせないように、慣習法または安定した慣行の柔軟性と有効性に信頼したことを示している。

債権法についてはこういうことはなく、ローマ法の契約技術によっているが、契約の解釈については地域の慣行であること、また慣行とされていることによることにして地域の慣習法や慣行を重視した⁽¹⁵⁾。

b) その他の法典と慣習法

1673 年のサヴァリー法典と呼ばれる商事王令は、慣習規則や各種の商慣行を採用したが、1807 年の商法典が同王令を基礎としたことに異論はない。また商法典は、1681 年の海事王令にある慣習規則を採用しているが、海事王令もその一部は 12 世紀のオレロン海法 (*Rôle d'Oléron*) によっている。商法典は、商行為と企業に関する重要な法制度の統一の要素であった。アメリカ合衆国が統一商事法典と刑法典だけを連邦法としていることに見られるように、商法典は領土的、国家的な法制度統一上、重要なのである。

1806 年の民事訴訟法典は、パリ慣習法に起源のある慣習規則を採用した。

1827 年の森林法典は、当然ながら水林に関する 1669 年王令に想を得た。19 世紀フランスにおける森林と狩猟および水利、釣を規制した慣習規則を立法化したのである。

このように古法時代のフランス慣習法は、19 世紀初頭の法典に移植された。その起源にかかわらず、慣習法は法典 (*corpus juridique*) に統合された。慣習法は、こうして統合された法典のなかで実質規定として、法律としての性質を得て、その適用が義務となった。

1789 年人権宣言 6 条 1 項により、フランスで制定される法律は「一般意思

(15) 民法典 1135 条など (訳:「契約は表示されたことのほか、衡平、慣行または法律がその性格にしたがって義務を課することにしたがって義務を課す」)。

の表現」となり(訳注15)、直接市民によって、またはその代表者によって示され、慣習法に起源のある規則にも法律という強固な装いがまとわされた。

(B) 慣習と適合しないために失せる法律

法律は社会の要求に応えることができなくなると事実上、消える。法律は、社会の要求に適合しなくなると効力を失い(*déshérence*)(1)、規則を課すことができなくなっても効力を失う(2)。

(1) 慣習と異なり、法律には失権があること

a) 社会の要求に法律の対応が不十分な場合

原則およびその適用という点では、法律は強力で、遵守されるように耳をそば立てている。しかし、法律も社会、経済、技術あるいは心理的な現実を忘れることもある。規制の客体や主体がなくなったときには、法律が限界を示す。法律が効力を失い、消滅するのである。

たとえば夫婦関係について、法律は婚姻の成立とその有効性に関する条文を設けている。さらに処分可能な夫婦の不動産と動産について、相続人の処分可能な財産を規定する。家族関係に不備がないように、法律はいかなる間隙も許さないのである。しかし残念ながら、20世紀、21世紀に、民法典は暗礁に乗り上げている。人間関係が変化し、法律の条文上の夫婦関係にこだわらない事態が生じ、民法典は立ち往生である。民法典は、同性カップルを前にしており、人間の身体上の補完関係も疑問に付されている。民法典は二人の人間の結合の法的性格の上に立って解釈されてきた。しかしもはや適用しえない伝統的な規則の典形と化している。男女がなんの問題もなく、長く一緒に暮らし、そのあいだに生れた子に嫡出性を認めないとなると、民法典は不条理ともいえよう。

慣習が平和な法環境を時間をかけて形成するのと異なり、法律は、人間のあらたな行動様式に適合しなければならない。民事連帯協約(*Pacte civil de*

solidarité) に関する 1999 年法律は、夫婦関係ではないパートナー間の法的・金銭的關係を定める法律である。2005 年 7 月 4 日オルドナンスは親子関係を改正し、出生の事情がどうあれ区別することなく、子を単一の法的カテゴリーに置くことにした (訳注 16)。

あたらしい法律では、家庭教育の問題について調べたうえで、血縁関係のない配偶者にも親としての責任を課している。法律は、慣習とおなじように、人間の行動様式の変化に適合しなければならないが、慣習と異なり、法規範として慣らしの時間的余裕はなく、政治的判断に立って立法し、現実に適用されなければならない。

b) 法律が法規範から外れること

法律が特定の場合、特殊な社会的経済的事情、あるいは特定の地域に限定して適用される事態が生じている。普遍的価値を有するという性格を法律が失ったことに異論はなからう。たとえば刑事法では、未成年、高齢者、妊婦、身体的・精神的障害者などの弱者に対する考慮が払われ⁽¹⁶⁾、司法官吏以外にも保護の網を拡大し⁽¹⁷⁾、中等教育機関の教職員、都市交通機関の運転手⁽¹⁸⁾、多数の人間が居住する不動産の管理人⁽¹⁹⁾に刑法上の保護を定めている。

また法律は、先祖伝来の慣習を尊重するため、適用範囲を一定地域に限定することもある。刑事法では、水鳥猟 (*chasse au gibier d'eau*) を「伝統とする」一定のフランスの県における特定の動物の種類の種類を、夜間の狩猟の禁止の例外としている⁽²⁰⁾。動物に対する残酷な扱いを禁じる法律に、法律が反し

(16) 刑法典 223 - 15 - 2 条 1 項 (注: 同条は、社会的弱者への侵害罪を規定。同 1 項は、未成年、高齢者などに対する侵害に 3 年の禁固と 37 万 5 千ユーロを規定する)。

(17) 刑法典 221 - 4 条 4 号 (注: 同条は、故意の生命への侵害罪。4 号は、裁判官、弁護士、警察官、刑務所官吏などに対する侵害を規定する)。

(18) 刑法典 221 - 4 条 4 号の 2 (注: 4 号の 2 は、学校の教員、交通機関への運転手等への侵害を規定する)。

(19) 刑法典 221 - 4 条 4 号。

ているのである⁽²¹⁾。「連綿と続く地方の伝統」として、地方での闘牛と闘鶏の開催を刑事法も認めている⁽²²⁾。

法律の適用範囲を特定の間人、特定の職業、特定の地域に限定することには驚く向きもあろう。法律が普遍性、非特定性、絶対性という原則を放棄しているのである。法律は権利を剥奪 (*capitis deminutio*) され、法律は権利の源泉であるという古典的なあり方を信じ、立法者の教えを信じてきた者はとまどっている。立法においても適用においても、伝統的な基準から見た法律が失われつつある。社会の要求に応えるために個別化され、法律は実体と権威を失い、既述の地域限定の慣習のように、法律がカスタムメイド化されている。

(2) 適合しない法律は効力を失なう

a) 法律の法規範としての効力の喪失

通常立法の時間を置いたプロセスでは、可決成立後、適用されなかった法律について立法者はその廃止の法律を可決成立させる。施行規則が設けられなかったことで、法文が実施されなかったことが明らかとなる。議会における決議のときには予測しなかった変化によって条文が無効と化し、実施されなかった場合、法律上 (*de jure*) 存在するが、現実には死産 (*mort-né de facto*) というべき条文は廃止される。また関係省庁が適用規則を発することなく、意味を持たなかった施行規則を立法者は廃止する。こうして社会的、経済的に適合しない場合、法律全体が適用されない。立法者の立法権限は、原則としては守られるが、適用にあたって、あたらしい条文を社会の要求に

(20) 2000年9月の環境法典 L.424 - 4条と 424 - 5条 (注: これらは狩猟の方法を規定する)。

(21) 1999年1月6日法律第99 - 5号 (注: 注6を参照)。

(22) 刑法典 521 - 1条6項 (注: 同条は注5のとおり、動物虐待罪であり、6項は「間断なき伝統が存在する地方では、本条を闘鶏に適用しない」とする)。

合わないとして施行しないこととした行政権が異を唱える。つまり立法権が行政権に抑制されているのである。国家主権から直接引き出される立法権の優位という理論的な結果に反した法律上のメカニズムの犠牲になっている。

さらに穏便なのは、立法者が別の規定をあたらしい法律に置くことで法文の効力の喪失を引き起こすことである。立法者は法律の条文と社会の要求を適合させるべく努めてはいる。社会の要求に耳を傾けるという、慣習に似たアプローチをとってはいる。全員にとって有益、有用であり、また適用される法規範を設けるためにはこれしかない知っているからである。

同じ問題について短期間に繰り返し法律を制定することは、法文に対する尊重が弱くなっていることを示すのであろう。成人および未成年者の累犯対策に関する法律が可決されたが、2005 年 12 月 12 日法律、2007 年 8 月 10 日法律、2010 年 3 月 10 日法律という一連の法律では立法者が努力せず、実を挙げなかった（訳注 17）。こうした立法の繰り返しにも、社会に対して国家立法権の意思を示すというメリットが一つだけあるが、繰り返し立法しても、成人にも未成年にも累犯問題についてなんら前進がない。この失敗から、立法者は、当初の予審の予防的効果、職業教育の再編、さらに市民教育の受講義務を制度化するという別の道を取り、累犯の防止に 대응しようとしている。

b) 法律の事実上の効力の喪失

法律の効力は、その内容ととくに一般への浸透による。一般向けの情報提供がなければ、法律を適用しようとしてもできない相談である。法律が浸透しなかったため犠牲となった者は悔やんでも悔やみきれない。法律の適用を回避する者による潜脱、濫用というマイナス面が現れる。法律を施行する前にその規制権限を定める適用条文がなければ、法律は弱い。また社会に波風を立たせないなどといって、官吏が適用しないというおそれもある⁽²³⁾。

ときに無知から、また十分に理解せずに社会的に穏便にすませたいとして、法律によらないことがある。慣習と異なり、法律が社会の要求と適合しない

とき、法律が適用されず、こうなると法律には将来がない。法律は、社会的に対応できず、消え去るだけである。ただし、いつの日か社会が法規範を必要とする日が来れば一花咲かせることもある。

最後に

法律と慣習は、人間社会に法規範をもたらすという点で競合関係にあるが、相互に含み含まれる関係にあり、互いの動きに影響される。

慣習は、つねに社会的な必要と民衆の要求にもとづいた法規範の創出形態の一つである。法律はその社会的基盤を知る必要があるが、ときにこれを無視する。法律が一般意思の表現であるなら、慣習は一般的な必要性の表現である。時間をかければ、慣習は社会的な要求に応えることができるが、法律が社会の要求に応えるには、慣習のような一般の心理や経済といったものではなく、立法への強い意思を必要とする。

ときに慣習は、実体上もまた公権力が与える拘束力の点で、法律とおなじ地位に引き上げられるが、慣習はより動的であり、法規範が欠けていれば、どこにでも慣習ができる。またときに慣習は法律の前ぶれとなり、法律は社会の要求とそれに応えている慣習を書面化し、法文にするのである。一種の細胞運動のように、慣習が法律になるのである。

法律家は何世紀も議論して、法律を堅固なものと信じ込ませようとしたが、実はいうほど堅固ではない。部分的にもあるいはまったくとっていいほど適用できない行動様式を前にしては、法律は譲歩せざるをえないのである。社会の要求に適合できなければ、法規範として無用であり、消え去らざるをえない。過去の現実に固執しても無駄なのである。社会の要求に応えることができるようなあたらしい形式で再登場せざるをえない。人々の日常生活か

(23) たとえば消極的な客引きは明らかに法律違反である。刑法典 225 - 10 - 1 条 (注: 同条は女衞行為の禁止)。

ら外れていれば、立法者自身によって、法律は忘れられ、廃止される。法律が法規範して存在するためには、慣習のように社会の要求を満足させなければならぬ。この点において、法律には慣習が生きているのである。

学者の論争 (*disputationes*) は、現実の前には影が薄い。法規範の形成における慣習と法律の組合せ (*apariage*) を知るべきである。社会、経済、心理および医学の変化から見れば、法律とは慣習が出世したものであることを示している。

訳注 1 : Jean-Louis Halpérin, *L'impossible code civil*, Puf, 1992 を参照。その分析視点については、アルペラン (岩谷十郎・藪本将典訳) 「法をめぐる歴史と理論」法学研究 80 卷 9 号 83 ~ 99 頁を参照。

訳注 2 : 穂積陳重『法律進化論叢第三冊・慣習と法律』(岩波書店、1929)。

訳注 3 : イルネリウス (Irnerius、1050 年頃 - 1130 年頃) は注釈学派の始祖、元来レトリックの学者であったが、1070 年頃にユスティニアヌスのローマ法大全 (*Corpus juris civilis*) が発見され、法文についての注釈を欄外に記入するようになり、注釈学派と呼ばれた。バルトロス (Bartolus de Saxoferrato、1313 年 - 1356 年) は後期注釈学派の始祖、ローマ法全体について注釈を行うとともに、ローマ法、各地の法律・慣習 (*statut*) の抵触に関する理論を構築し、その後の国際私法理論の方向を決定づけた。著者はここで、バルトロスの功績が、イルネリウスの業績の継承にとどまらず、ローマ法、各地の法律および慣習に及ぶことを強調しているものと思われる。

訳注 4 : この王令はルイ 9 世 (聖ルイ王) の 1254 年 12 月に発され、国王の役目である良民の平和と安寧を守り、地方代官の不正をただすことを目的とした。「大王令」と呼ばれ、「同時代人には熱狂的に迎えられ、アンシャン・レジームの時代も現代でもこの王令は称賛されている」という (Louis Carolus-Barré, *La grande ordonnance de réformation de 1254*, *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 117e année, n. 1, 1973, p. 181)。フランス北部の慣習法地域には、多様な慣習法が存在し、裁判手続を迅速にするためには慣習法の編纂が必要であった。たとえば、1453 年モンティ・レ・トゥル王令 125 条は、慣習法の編纂を予定し、1495 年 1 月のシャルル 8 世の特許状は地方代官や裁判官に地域の慣習法の書面化を命じ、慣習法の編纂作業は、16 世紀前半にはおおむね完了した。

訳注 5 : Philippe de Beaumanoir (1250 年? - 1296 年) の編纂した慣習法については、埴浩

訳『著作集・西洋法史研究2 - ボヴェジ慣習法』(信山社出版、1992)を参照。

訳注6: ナポレオン法典以前の古法時代には、フランスには数多の慣習法があり、国としての法規範に一体性がなかった。慣習法を編纂し、統一することは国王権力の中央集権の道であった。

訳注7: 拙稿「1539年のヴィレル・コトゥレ王令と訴訟手続の継承」広島法学38巻1号245頁脚注32参照。

ただし、前記拙稿では「モンチル・レ・トゥール」と書き、またジャンクロ教授の論文「法律と慣習」の151頁脚注16では「モンティス・レ・トゥール」と記したが、本論文の訳では「モンティ・レ・トゥール」に改める(大久保泰甫「フランス国王の王令 - 慣習法の公式編纂を命じた -」『西洋法制史料選Ⅲ近世・近代(久保正幡先生還暦記念)』(創文社、1979)3頁による表記を採用する)。

訳注8: シャスノー(Barthélemy de Chasseneux ou Chasseneuz, 1480年 - 1541年)は、ブルゴーニュ次いでプロヴァンス高等法院裁判官で、1517年に『ブルゴーニュ公領慣習法』(Commentaria de consuetudinibus ducatus Burgundiae)を発表した。ド・コキユ(Guy Coquille, 1523年 - 1603年)はフランスの法学者で、1590年にフランス中部の地域の慣習法注釈として『ニヴェルネ公領慣習法注釈』(Commentaire sur la coutume du pays et duché de Nivernais)を発表し、『フランス法制』(Institution au droit des françois)の著書もあり、また詩人でもある。デュムーラン(Charles Dumoulin, 1500年 - 1566年)はフランスの法学者であり、パリ慣習法の注釈を行った。ド・フェリエール(Claude de Ferrière, 1639年 - 1715年)は、『パリ慣習法注釈』(Commentaires sur la Coutume de Paris)を残している。ポティエ(Robert-Joseph Pothier, 1699年 - 1772年)には、1740年の『オルレアン慣習法』の著作がある。

訳注9: ブールジョン(François Bourjon, 生年不明 - 1751年)は、1747年に『フランス一般法とパリ慣習法』(Le droit commun de la France et la coutume de Paris)を発表している。

訳注10: 1958年10月憲法(第五共和制憲法)第34条は、立法権(議会)と行政権(政府)の間の権限の明確を図っている。すなわち法律が規定すべきことを列挙する。

訳注11: 弊論文「憲法裁判所と欧州司法裁判所」広島法学34巻3号217頁を参照。

訳注12: ブリヨン(Pierre-Jacques Brillonn, 1671年 - 1736年)は、『判例辞典』(Dictionnaire des arrêts, ou jurisprudence)を刊行し、ドニザール(Jean-Baptiste Denisart, 1713年 - 1765年)は1754年に『判例集』(Collection de décisions)を刊行、またド・フェリエールの『法学辞典』(Dictionnaire de droit et de pratique)は1717年に初版が出ている。ギュイヨ(Joseph Nicolas Guyot, 1728年 - 1816年)は『民事・刑事判例集』(Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile et pénale)(第1巻は1784年刊)を出している。

訳注 13: 民法典第 516 条は「すべての物件は動産または不動産である」と規定する。ド・フェリエールの『パリ慣習法』第 1 卷 (1777 年) は、第 95 条として動産、不動産を分けている (255 頁)。

訳注 14: 民法典第 1752 条は「賃借人は、賃料の担保に十分は保証を立てず、または十分な家具を置かないかぎり、退去させられることがある」とする。オルレアン慣習法第 417 条は「払うべきものを払わない賃借人、または二期分の賃料の支払いのために動産を賃借場所に置かない賃借人は、司法の権威と許可を得た、賃貸借目的物の所有者により、退去させられ、排除される」と規定した (Pothier, *Coutumes des Duché, Baillage et Prévôté d'Orléans, et ressorts d'iceux*, 1760, p. 426)。わが国の旧民法には、賃借人の家具備え付け義務の規定はない。ただし旧民法財産編第 138 条に、賃料の支払いについて特段の定めがないときは、月末払いとするとした後に、「但地方ノ慣習之ニ異ナルトキハ此限ニ在ラス」とあり、慣習の優位を定めていた。現行民法第 614 条は、賃料支払を月末と定め、地方慣習の留保は規定していない。

訳注 15: 1789 年人権宣言第 6 条は「法律は総意の表明である。すべての市民は、自身で、またはその代表者を通じて、その作成に協力することができる。法律は、保護を与える場合でも、処罰を加える場合でも、すべての人に同一でなければならない。すべての市民は法律の目に平等であるから、その能力にしたがい、かつその徳性および才能以外にもとづいて差別されることなしに、平等にあらゆる公の榮譽、地位および職務に就任することができる」としている (訳は、宮沢俊義『憲法Ⅱ』(有斐閣法律学全集、1959) 16 頁による)。

訳注 16: フランスの立法形式にはロア (*loi*)、オルドナンス (*ordonnance*)、デクレ (*décret*) があり、ロアは憲法第 34 条に基づき議会承認を要し、オルドナンスは憲法第 38 条に基づき委任を受けて政府が閣議決定によって行い、デクレは首相単独または関係閣僚ないし大統領の連署によって行う。親子関係の改正に関する 2005 年 7 月 4 日オルドナンス第 759 号は、民法の親子関係規定を改正した。

訳注 17: 2005 年 12 月 12 日刑事累犯法 (法律第 2005 - 1549 号)、2007 年 8 月 10 日累犯防止法 (法律第 2007 - 1198 号)、2010 年 3 月 10 日累犯リスク改善法 (法律第 2010 - 242 号)。