

大陸法の基礎

五十嵐 清

目次

- 一 おことわり
- 二 序説
- 三 ローマ法
- 四 中世ローマ法学
- 五 ゲルマン法
- 六 カノン法(教会法)

一 おことわり

本稿は、さきに発表した「大陸法序説」(本誌一卷一号)の続編であり、『大陸法』の第二章第一節に相当する部分である。前稿の読者の若干のかたが、続きを見たいと希望されたので、あえて恥をしのんでこの部分も公表することにした。本稿も十年前に一応脱稿しており、今回は新しい情報を注で若干付加したにとどまる。本稿を構成す

大陸法の基礎(五十嵐)

るローマ法、ゲルマン法、カノン法のどれをとっても、私の専門とするところではなく、しかもこの分野では、内外における近時の学説の発展はめざましいものがある。そのこと自体については、私も知らないこともないので、それらの新しい学説をほとんど顧慮せずに、本稿をこのような形で発表するのは心苦しいかぎりであるが、このような講義を長年続けた学者もいたことに意味を見出していただきたい。なお、『大陸法』は、私が全体を脱稿しさえすれば、出版のめどは立っているので、本稿に存する不適切な箇所をご指摘いただければ幸いである。

なお本稿を、一九九一年三月北大を定年退官する予定の石川武教授に、長年の同僚としての学問的御教示に感謝し、その研究成果を本稿に採り入れることができなかつたお詫びとともに、捧げることをお許しただだきたい。

二 序 説

今日の大陸法の基礎となった諸要素は何かについては、種々の見解がある。⁽¹⁾ローマ法とカノン法がその中心にあることは異論がないが、そのほかゲルマン法、中世商慣習法、近世自然法があげられる。しかし、ここではダヴィドにしたがい、大陸法の形成期を一三世紀ととらえ、⁽²⁾その基礎として、ローマ法、ゲルマン法、カノン法の三者について考察する。

- (1) 代表的見解として、アルマンジョンらは、近代法系の共通の要素として、①ローマ法、②カノン法、③近世自然法、④中世商慣習法をあげ（五十嵐清『比較法入門』〔日本評論社、改訂版一九七二年〕二〇二頁参照）、ローソンは大陸法の三要素として①膨大な慣習法、②ローマ法、③自然法をあげ、これに④カノン法を付加し（ローソン『小堀憲助ほか訳』『英米法とヨーロッパ大陸法』〔日本比較法研究所、一九七一年〕一一頁）、またメリマンは、大陸法の三つの伝統として、①ローマ市民法、②カノン法、③商法の三者をあげている（J. H. Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal*

Systems of Western Europe and Latin America, Stanford, 2nd ed. 1985, p. 6 ff.)。さらに野田良之はフランス法文化の三構成要素として、①ローマ的要素、②ゲルマン的要素、③キリスト教をあげているが(野田『フランス法概論上巻』「有斐閣、一九五四年」一九頁以下)、これは大陸法一般に妥当すると思われる。以上のうち、中世商慣習法は一応視野の外におき、近世自然法は大陸法の展開の一コマとして後日捉えることとすると、ローマ法、カノン法のほか、問題は存するが、ゲルマン法が大陸法の基礎と考えられる。

(2) R. David et C. Jauffret-Spinozi, Les grands systèmes de droit contemporains, Paris, 9^e éd. 1988, p. 37. なおこの場をかりて、一九九〇年五月二六日に逝去されたダヴィッド教授に哀悼の意を表したい。

三 ローマ法⁽¹⁾

1 ユ帝までのローマ法の発展

ユスチニアヌス帝までのローマの発展については、三期に分けるのが便利である。⁽²⁾

(1) 第一期(紀元前七五三年より二〇二年まで) 古代ローマの時代であるが、この時期のローマ法は、他の古代法にくらべて、とくに特色があるわけではない。主要法源は紀元前四五〇年頃制定されたといわれる十二表法である。これは、それまでの慣習法を採録したものであり、「全公法私法の泉」と称されるが、古代法に共通であり、単純な一都市国家の法、農民の法、家族中心の法、形式厳格主義の法であった。もっとも、そこに後代のローマ法の特徴の萌芽がすでに見られた。なおこの時代は、神官団が法の担い手であった。

(2) 第二期(紀元前二〇二年より紀元後二八四年まで) カルタゴに対する覇権の確立より東西ローマの分離にいたるまでの時期であるが、この時期の前半(共和制末期)にローマは世界国家となり、外国人との取引が発達

した。このため、ローマ市民の間のみ適用される市民法 (*ius civile*)⁽³⁾ のほかに、外国人との間に適用される万民法 (*ius gentium*) が創り出されたが、後者は、無方式の諾成契約、要物契約、簡易な引渡 (*traditio*) の承認など、取引法の合理化に貢献した。

さらに、この時代に市民法の内容が硬直化し、時勢の動きについて行けなくなると、法務官その他の裁判を司る政務官が、告示により新たな法を創って時代の要請に答えた。かれら政務官は名誉ある地位にあったので、これを名誉法 (*ius honorarium*) という。これにより、当事者の誠意 (*bona fidei*) が訴訟上考慮されるようになった。また、市場取引を監督する権限のあった按察官の告示により、奴隷・家畜売買に瑕疵担保責任が認められたことなどが、名誉法の代表的事例である。⁽⁴⁾ このような市民法と名誉法との関係は、比較法上イギリスにおけるコモン・ローとエクイティの関係に対比されるが、イギリスでは両者が別個独立の法体系として発展していったのに対し、ローマでは両者は一つの体系のなかに融合して発展していった点が異なる。名誉法のおかげで、ローマ法は他の古代法のような硬直性を免れ、時勢に則した発展をすることができた。

第二期の後半（帝政初期）は法学者が活躍した時代であり、今日まで伝えられるローマ法の根幹はこの時代に形成されたので、この期を古典期と称する。この時代に入ると、実際の裁判にあたり、法学者の意見が求められることが多く、かれらの解答に従って裁判が行われた。とくにすぐれた学者に対しては、皇帝から解答権が与えられ、このような権威のある法学者の意見は法源として認められるにいたった。ところでローマの法学者は、抽象的な論理をもてあそぶことなく、つねに事案の解決の具体的妥当性をめざしており、そのようなカズイスタックな傾向が、ローマ法学の特徴を示すこととなった。また、古典期のローマの法学者は個人主義、自由主義を基調としてい

るのも、大きな特色である。⁽⁵⁾

(3) 第三期(二八四年より五六五年まで) 東西ローマの分離よりユスチニアヌス帝(ユ帝)の死亡までの時期であるが、ローマ法の中心は東ローマ帝国(ビザンツ帝国)に移った。この時代の法は、主として皇帝の勅法により発展していった。そこには、キリスト教やギリシア哲学の影響が見られる。またこの時代には、最高物価報酬統制令、「莫大の損害 *Lesio enormis*」(売主が市場の価格の半値以下で売却したときに、売主に売買を解除する権利を認める⁽⁶⁾)、債権譲渡に関する「アナスタシウス法 *Lex Anastasiana*」(債権譲渡にさいし、債務者は譲受人に対しては譲受人が譲渡人に支払った代金の限度で支払いの義務を負うべきものとする)など社会保護立法が見られるにいたった。

さて六世紀に入り、ユ帝が帝位につくと、かれのイニシアチブで大規模な法典編纂が行われた。それは五三三年より翌年にかけて、①学説集 (*Digesta* または *Pandectae*)、②法学提要 (*Institutiones*)、③勅法集 (*Codex*) として完成された。この法典編纂の質量ともに中心となるのは①の学説集であり、多くの法学者の無数の学説が一定の体系のもとで集められている。②の法学提要は法学の教科書であるが、法源としての資格も認められている。③の勅法集は、それまでの各皇帝の勅法を集めたものである。その後、ユ帝の死亡までの間に多くの勅法が發布されたが、これを④新勅法 (*Novellae*) と称する。以上のユ帝の編纂した法典は、後に一六世紀に「カノン法大全 *Corpus Iuris Canonici*」に対抗して、「市民法大全 *Corpus Iuris Civilis*」と総称され、それがローマ法を代表するものとなった。もっとも、実際は法典編纂者が古典期ローマ法を当時の社会に適合させるために改ざん (*interpolatio*) を行ったので、市民法大全の内容は、古典期ローマ法のそれと必ずしも一致しない。そして一九

世紀以来、ローマ法源のなかの *interpolatio* の発見が、ローマ法学者の重要な任務となった。

市民法大全は私法中心であり、今日の私法制度（とくに契約、不法行為、不当利得、債権一般など）の多くが、そこに起源を有している。それは一二世紀以来イタリアの大学で研究・教育され、普通法（*Ius Commune*）となり、ヨーロッパ各国に継受されることによって、今日の大陸法の基礎となるのである。

2 ユ帝以降におけるローマ法の発展

(1) 西ローマ ユ帝の法典編纂に先立ち、西ローマ帝国はすでに四七六年に滅亡したので、イタリアには市民法大全は（すくなくとも全体としては）⁽⁷⁾ 伝えられなかった。当時の西ヨーロッパでは、各部族ごとに属人法が適用されたが、ローマ人に対しては卑俗化したローマ法（*Vulgarrecht*）が適用された。⁽⁸⁾ そのなかでも、西ゴートのアリリック二世（*Alarich II*）の編纂した「簡単書 *Breviarum Alaricianum*」（五〇六年）が有名である。

(2) 東ローマ ユ帝の法典編纂以後、東ローマ帝国の滅亡（一四五三年）までの間、東ローマ（ビザンツ）ではローマ法が適用されたが、市民法大全のままではなく、各種の法典が作られた。そのなかでもバジリカ（*Basilica*）法典は一二世紀以来市民法大全を駆逐した。さらにギリシアの裁判官により一三四五年に私選の法典が編纂されたが、この法典は後代まで東方諸国に影響を与え、とくにギリシアでは一九世紀以来一九四六年の現行民法典の施行まで現行法として効力が認められていた。ビザンチン・ローマ法は、ギリシアのほか、近代ロシア法の形成にたいしても影響を与えた。⁽⁹⁾

(1) ここはローマ法そのものを論ずる場所ではないし、私にその能力があるわけでもない。ここでは大陸法の理解のために必要

- な最小限度の知識の提供をしようとするだけである。なおローマ法の入門書、概説書として、古くは船田享二『ローマ法入門』(有斐閣、一九五三年)、原田慶吉『ローマ法』(有斐閣、改訂版一九五五年)があり、最近のものとしては、柴田光蔵『ローマ法の基礎知識』(有斐閣、一九七三年)、同「ローマ法学」碧海純一ほか『法学史』(東大出版会、一九七六年)所収、同「ローマ法概説」(玄文堂、一九八〇年)、吉野悟『ローマ法とその社会』(近藤出版社、一九七六年)などがあるほか、カーザー〔柴田光蔵訳〕『ローマ私法概説』(創文社、一九七九年)は世界でもっとも権威のある教科書の翻訳である。
- (2) 原田・前掲一頁以下による(以下本文は本書によるところが大きい)。なお柴田「ローマ法学」前掲三〇頁以下は、より細かく七期に分けている。
- (3) *ius civile* という言葉の変遷については、A. Berger, From "Ius civile" to "Civil Law"; Reflections on Terminology, in: *Festschrift Guido Kisch*, Mainz 1955 参照。
- (4) ローマの瑕疵担保責任法については、柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』(有斐閣、一九六三年)、半田吉信「古代法における瑕疵担保責任」千葉大学法経研究一二号(一九八二年)、同「ローマ法における瑕疵担保責任」同誌二三号、一四号、一五号(一九八三—八四年) 参照。
- (5) 当時の代表的教科書として、ガイウス〔船田享二訳〕『法学提要』(有斐閣、新版一九六七年)、ガイウス〔佐藤篤士監訳〕『法学提要』早法六三卷四号(一九八九年) 以下未完参照。これはローマ私法を①人の法、②物の法、③訴訟の法の三部に分けて叙述し、ユ帝の法学提要のモデルとなったほか、インスティトゥチオーネス(*Institutiones*)方式として近世の民法典に影響を与えた。
- (6) この制度は、中世ローマ法学や近世自然法学を経て、フランス法のレジオン(*Lesion*)となり、わが国の旧民法にも影響を与えたが、現行民法には採用されなかった。しかし、暴利行為禁止の先駆として現在再評価されている。石部雅亮「契約の自由と契約正義(一)——「莫大損害」(*caesio enormis*)の歴史を中心に」法雑三〇巻三・四号(一九八四年)、大村敦志「契約成立時における『給付の均衡』(二)」法協一〇四巻一号四〇頁以下および六五頁(一九八七年) 参照。
- (7) 七世紀から一一世紀にかけてのイタリアでローマ法がどのような学問的取扱を受けていたかについては争いがある。佐々木有司「中世ローマ法学」前掲『法学史』八〇頁以下参照。

(8) 卑俗法に関し、谷口貴都『ローマ卑俗法』の概念について—『卑俗法』と『卑俗主義』の視点を中心に—高岡法学創刊号（一九九〇年）参照。

(9) ロシア法（東欧法）に対するビザンチン法の影響について H. J. Berman, *Justice in the U. S. S. R.*, Cambridge, Mass., Revised ed. 1963, pp. 188ff. ソロウエフ「鳩浩訳」「ギリシャ正教諸地方におけるビザンツ法の影響」神法二九卷三号（一九七九年）およびトラジャン・ヨナシユクほか「鳩浩訳」「西欧におけるローマ法の継受の形態と東欧におけるビザンツ法の継受の形態との同一性と差異」産大法学一七卷四号（一九八四年）など参照。

四 中世ローマ法学

イタリアの諸都市では、一二世紀以来、ユ帝の市民法大全についての研究・教育を行う注釈学派および注解学派の人びとが活躍した。かれらの手によりヨーロッパ普通法が形成され、近世以後の大陸法の発展に対し決定的な影響を与えた。そこで、以下中世後期のイタリアにおけるローマ法学の発展を概観することにした⁽¹⁾。

1 注釈学派

注釈学派の起源は明らかでないが、一二世紀⁽²⁾はじめに北部イタリアの都市ボロニアに一連の法学者が現れ、ローマ法の研究と教育に従事した。かれらは市民法大全のテキストに注釈 (*glossa*) を加えることを主な活動としたので、注釈学派 (*Glossatoren*) と呼ばれる。その創始者は文献学に明るいイルネリウス (*Irnerius*, 1055頃—1130頃) であり、その弟子として四博士 (⁽³⁾マルティヌス *Martinus*、ブルガールス *Bulgarus*、ヤコブス *Jacobus*、フーゴ *Hugo*) が跡を継いだ。注釈学派はアゾー (*Azo*, 1150頃—1230頃) にいたって頂点⁽⁴⁾に達した。この結

果、注釈が多すぎて、かえって不便となったため、アックルシウス (Accursius, 1182—1260頃) は従来の注釈を集成した。これを「標準注釈 *glossa ordinaria*」と称する。この標準注釈はその後の実務に圧倒的な影響を与えた。「注釈〔標準注釈のこと〕の認めざるものは法廷もこれを認めず」。そして標準注釈の成立をもって注釈学派は完結したといわれる。

ボロニアの注釈学派の名声はイタリア以外でも高く、当時のヨーロッパから多数の学生が集まった⁵⁾。また注釈学派に属するプラケンティヌス (Placentinus, 1120頃—1192頃) が南フランスのモンペリエでローマ法を講じたことを筆頭とし、イタリア、フランス、スペインなどであいついで法学校が創られ、ローマ法が講ぜられた。

注釈学派は当時のスコラ哲学の影響下にあった。当時の神学が聖書を絶対視したと同様に、かれらは注釈にさいしユ帝の市民法大全に絶対的権威を認めた。その上で、テキストの間に存する矛盾の解決につとめた。そこには歴史的考察は見られなかった。この注釈学派の方法論は、よかれあしかれその後の大陸法学を規定していくこととなるのである。もっとも、注釈学派はテキストの注釈だけでなく、「集成 *summa*」という形で部分的体系化も試みている。また注釈学派は当時の法実務を無視したという見解に対しても、最近では批判が強⁶⁾く、つぎの注解学派とはこの点で程度の差があるにすぎないといわれる。

2 注解学派

イタリアの各都市では一三世紀中葉以降、実務への働きかけを重視する一連の法学者が現れた。かれらは従来は「後期注釈学派 *Postglossatoren*」と呼ばれたが、それでは注釈学派のエピゴノーネンと解されるおそれがあるの

で、最近はかれらの活動形式に注目して、「注解学派 *Kommentatoren*」とか「助言学派 *Konsiliatoren*」とかいわれるようになった。従来の「注釈」が主としてことばの意味を明らかにしようとしたのに対し、「注解」は法規全体を解明し、より大きなひろがりをもつものであった。⁽⁷⁾ またかれらは大学での研究・教育のほか、現実の裁判にさいし裁判官に対し助言を与えることにより、問題の解決、さらに新たな法規範の創造に貢献した。

注解学派を代表する学者は、バルトールス (*Bartolus de Saxoferrato, 1314-57*)⁽⁸⁾ とその弟子バルドゥス (*Baldus de Ubaldis, 1327-1400*)⁽⁹⁾ である。とくにペルジアの教授として活躍したバルトールスは中世最大の法学者といえることができ、その影響は遠く一七世紀初頭のポルトガル支配下のブラジルにまで及び、「バルトールスの徒にあらざれば法律家にあらず (*Nemo jurista nisi bartolista*)」⁽¹⁰⁾ とまでいわれた。

注解学派は市民法大全を中心とするものの、それにとどまらず、カノン法、ランゴバルト封建法、都市の条例 (*statuta*) も考察の対象とし、ローマ法を普通法 (特別法のない場合に補充的に適用される法) として位置づけた。そしてローマ法源の自由な解釈により、または他の法源も考察することにより、多くの新たな法制度を創り出した。なかでも、分割所有権⁽¹⁰⁾ と「物への権利 *ius ad rem*」⁽¹¹⁾ が有名である。⁽¹²⁾ さらに注解学派は、国際私法や商法など新たな法分野の創造にも貢献した。

- (1) 中世ローマ法学についての一般的文献として、ヴィノグラドフ「矢田一男ほか訳」『中世ヨーロッパにおけるローマ法』(中央大学出版部、一九六七年)、ヴィアッカー「鈴木祿弥訳」『近世私法史』(創文社、一九六一年) 第四章および第五章 (F. Wiacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 2. Aufl. 1967, §3 u. §5) 佐々木有司「中世ローマ法学」前掲『法学史』所収 G. Wesenberg u. G. Wesener, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, Wien u. a., 4. Aufl. 1985, §§4 u. 5. 森征一「『モス・イタリクス *Mos Italicus*』の法学思想—中世ローマ法学の正義の学としての側

- 面」法研六一卷六号（一九八八年）、同「解釈の学としての中世ローマ法学の基本思想」法研六二卷一二号（一九八九年）、W・エンゲルマン「塙浩訳」「中世イタリア法学史抄（上）」撰南法学四号（一九九〇年）など参照。
- (2) ヨーロッパの一二世紀一般については、堀米庸三編『西欧精神の探究』（日本放送協会、一九七六年）参照。
- (3) イルネリウスの歴史像についての新しい研究として、佐々木有司「イルネリウス像の歴史的再構成」日本法学四九卷二号（一九八三年）参照。
- (4) アゾーの集成 (Summa) とアックルシウスの注釈の実例につき、『西洋法制史料選Ⅱ中世』（創文社、一九七八年）二八二頁以下、小川浩三「Azonis Summa in C. 2. 10」北法三八卷二号（一九八七年）、同「Azonis Summa in C. 8. 52. アン」の慣習法論（1）」北法三八卷五・六号（上）（一九八八年）、同「Azonis Summa in C. 1. 14. アン」の慣習法論（2）」北法三九卷五・六号（下）、四〇卷三号（一九八九―九〇年）参照。
- (5) コーシヤカーによれば、一二世紀の半ばに学生数一万に達したといわれる。P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, München u. Berlin, 3. Aufl. 1958, S. 69. 佐々木・前掲『法学史』八五頁。これは信じがたい数である。コイニングは一五〇〇―一六〇〇とする。コイニング「河上倫逸訳」「ヨーロッパにおけるローマカノン法の継受」法叢一〇三巻四号八頁（一九七八年）（同「上山安敏監訳」『ヨーロッパ法文化の流れ』ミネルヴァ書房、一九八三年、三〇頁）参照。
- (6) Wesenberg u. Wesener, a. a. O., S. 28. 佐々木・前掲『法学史』九八頁。
- (7) Wesenberg u. Wesener, a. a. O., S. 28. 森・前掲法研六二卷一二号一三六頁。
- (8) バルトールスについては、佐々木有司「中世イタリアにおける普通法 (ius commune) の研究―バルトールス・サクソフエラートを中心として」法協八四卷一号四号八号、八五卷八号（一九六七―六八年）参照。かれの助言の実例については、佐々木・前掲『法学史』一一一頁以下、および『中世法制史料選Ⅱ中世』二九六頁以下参照。
- (9) バルドゥスについては、若曾根健治「バルドゥスにおける法理論の一斑」熊本法学二八号（一九七九年）が詳しい。
- (10) 分割所有権理論は所有権を上級所有権 (dominium directum) と下級所有権 (dominium utile) に分けるものであり、封建制の要請するものであったが、ローマ法源の認めるところではなかった。これに対し注釈学派は、取得時効制度について法源が動産の *usucapio* と不動産の *praescriptio longi temporis* を区別し、前者の場合は *dominium* が取得されるのに

対し、後者の場合は抗弁と訴権について語っているだけなので、この場合には *dominium utile* を認めるべきだとした。注解学派はそこから分割所有権概念を創りだし、当時の一連の土地保有関係に適用した。分割所有権は近世ヨーロッパ諸国に受け継がれ、土地解放の実現するまで大きな役割を果たした。詳しくは、片岡輝夫「フランス法における分割所有権の歴史的研究」国家六四卷一〇・一一・一二号、六五卷二・三号五・六・七号（一九五〇—五一年）参照。

(11) *ius ad rem* はとくに特定物債権に該当する概念である。これは *ius in re* (物権) と *obligatio* (債権) を峻別するローマ法源にはなく、中世封建法上成立した概念（授封契約に基づく家士の権利）であるが、注解学派により学問的に形成され、二重売買の第一買主を悪意の第二買主に対し保護する場合などに機能した。*ius ad rem* は近世法へも影響を与え、とくに一七九四年のプロイセン一般ラント法典で成文化されたが（一部二編一二四條）、一八七二年のプロイセン土地所有権取得法と一八九六年のドイツ民法典では抹殺された。しかし、今日の不動産の二重売買における背信的悪意者排除説に連なる制度として、再評価に値しよう。詳しくは、好美清光「*ius ad rem*」とその発展的解消—特定物債権の保護強化の一断面—橋大学法学研究 3（一九六一年）二二六頁以下参照。

(12) その他、注釈学派と注解学派の理論的産物については、Wesenberg u. Wesener, a. a. O., §5 参照。

(13) 中世後期のイタリアの自由都市はそれぞれ固有の条例 (*statuta*) 制定権をもったため、条例とローマ法の優劣の問題のほかに、各都市の条例の効力がどこまで及ぶかが問題となった。この点でバルトールスは条例を人に関するものと物に関するものに大別し、前者は条例の制定された都市の臣民に対してはどこまでも効力を及ぼし、後者は都市の領域内にある物に対しては、外国人の物であっても効力を及ぼすと説き、各条例間の抵触解決のための一般理論を樹立した。これをスタトゥータ理論または条例衝突理論（国際私法学者は「法則学説」と称する）といい、近世に入り、フランスやオランダの学者により発展させられ、一九世紀中葉にサヴィニー (Savigny) により新たな学説が樹立されるまで、支配的な国際私法理論であった。詳しくは、殊場準一「法則学派」中川善之助監修『現代法学事典4』（日本評論社、一九七三年）一六四頁以下、森征一「バルトス・デ・サツソフェラート」『条例衝突理論』概観」法研五五卷三号（一九八二年）参照。

五 ゲルマン法

1 ゲルマン法とは何か

ドイツの法学者は、伝統的にローマ法とゲルマン法を対比し、ドイツ法の歴史を両者の葛藤とみる傾向が強い。そこで、ゲルマン法もローマ法とならんで大陸法の基礎となりうるわけであるが、ではゲルマン法とは何かということになると、必ずしも一義的でない。この点で、世良晃志郎によると、ゲルマン法の概念については三つの用法があるといわれる。第一に、いわゆるゲルマン時代（ゲルマン古代ともいう）のゲルマン人の法の意味に用いられる。しかし、この場合はゲルマン古法というべきであろう。第二に、それは「ドイツ固有法」の意味で用いられる。この用法は、さらに帝政期ローマ法的でない法という意味に還元される。第三に、ゲルマン法はドイツ民族を超えたゲルマン民族共通の法の意味（いわゆるゲルマン法史の構想）にも用いられる。そして、第二と第三の用法の限界は流動的であるとされる。⁽¹⁾

大陸法を構成する諸国は主としてゲルマン民族から成っているので、大陸法を全体として叙述しようとする本稿の立場からいえば、第三の意味でのゲルマン法こそが大陸法の基礎と考えられる。しかし、この種のゲルマン法は歴史的事実というよりは、一九世紀のドイツのゲルマニスト（ゲルマン法学者）によって構想された概念にすぎず、真の意味の大陸法の歴史的基礎といえるかどうか疑わしい。他方、近世の大陸法はすべてがローマ法とカノン法の発展というわけではなく、各国、各地方ごとの慣習法が、ローマ法とは独立に、またはローマ法の影響を受けながら発展し、フランスやスイスの民法典に見られるように、その慣習法の多くが成文化されて今日にいたっている。

ドイツにおいても、ローマ法の継受により固有の慣習法（第二の意味でのゲルマン法）が一掃されたわけではなく、それは、種々の形で今日まで継承発展している。したがって、これらの土着慣習法を大陸法の一つの基礎と考へることも可能であろう⁽²⁾。そして、これを便宜上ゲルマン法と称することも許されるであろう（したがって、ここでは第三の意味でゲルマン法ということばを用いることとなるが、実際上はドイツが中心となる）。

2 ゲルマン法の法源

いずれにせよ、本稿ではゲルマン法の内容の詳細については省略し（それは西洋法史学ないしドイツ法史学の課題である⁽³⁾）、ただその代表的法源と制度について一言するにとどめる。

(1) ゲルマン古代 ゲルマン古代の法生活についてはほとんど史料がなく、主としてカエサル（Caesar）の『ガリア戦記』（紀元前五二—五一年⁽⁴⁾）とタキトゥス（Tacitus）の『ゲルマニア』（九七—九八年⁽⁵⁾）によって、その素朴・質実・剛健な法生活をうかがうことができるだけである。ゲルマニストにより、後代の史料から推測してゲルマン古法を美化する傾向が見られたが、今日では、その多くが根拠なしとされている⁽⁶⁾。

(2) 部族法時代（フランク時代） ついでフランク時代に入ると、ゲルマン諸部族はそれぞれの部族の慣習法に従って生活した（属人法主義）。各慣習法は六世紀から八世紀にかけて成文化された。そのなかでも、「サリカ法典（Lex Salica）」、「リプアリア法典（Lex Ribuaria）」、「バイエルン部族法典（Lex Bajuvariorum）」などが有名である⁽⁷⁾。そこにはすでにローマ法とキリスト教会の影響が見られる。部族法典の内容は刑法と訴訟法が中心であり、私法は乏しい。したがって、大陸法の基礎の多くをそこに認めるのは困難である。

(3) 中世封建制 中世ヨーロッパは封建制に支配された。近世から近代にかけての法の発展は、封建制の拘束からの解放を意味するので、本来なら封建制の内容について論じなければならぬのだが、本稿ではそれも一切省略したい。この時代は、前代の属人法主義に代わって、各地域ごとに慣習法が適用された(属地法主義)。中世盛期になると、各地の慣習法が私人の手によって編纂され、それが慣習法の統一化の促進に貢献した。そのなかでも、フランスのボーマノアール (Philippe Beaumanoir) の編纂した「ボーヴェジ慣習法書」(一二八〇年頃⁸⁾)とドイツのアイケ・フォン・レプゴウ (Eike von Repgow) の編纂した「ザクセンシュピール」(一二二〇—一二三〇年⁹)の両者が有名である。いずれも家族法(とくに相続法)や不動産法など私法に関する慣習法を含み、ゲルマン法の法源として価値は大きい。他面、両者とも、ローマ法やカノン法の影響も強いことが指摘されなければならない。

(4) 都市法 中世盛期以来ヨーロッパの各都市(とくにドイツ)は自治権を獲得し、独自の都市法を形成させた。そのなかには、不動産登記の起源となる制度や商業取引に関する法が含まれている。この分野はローマ法の弱点とするところであるので、近世法の発展に大きな影響を及ぼした。¹⁰⁾

3 いわゆるゲルマン起源の諸制度について

ゲルマン法はドイツだけでなく、わが国の法学、とくに民法学に対して、戦前より大きな影響を与えてきた。民法上の多くの制度や理論について、わが国の民法学者もローマ法起源のものとゲルマン法起源のものに分け、後者のほうが現代的要請により適合すると説いてきた。このような傾向は、最近は下火になったことは否定できないが、なお多くの教科書に見られるところである。そこで、以下それらの諸制度について、ゲルマン法を集大成した

オット・フォン・ギールケ (Otto von Gierke, 1841-1921) に依拠して、ゲルマン法思想のローマ法思想に対する優位を主張した平野義太郎の『民法に於けるローマ思想とゲルマン思想』（一九二四年）を中心として、紹介することにした。⁽¹¹⁾

(1) 権利論　ローマ法は権利の無制限な行使を認めるのに対し、ゲルマン法は権利行使に一定の制限の存することを認めた。これが今日の権利濫用法理につらなるとされる。⁽¹²⁾

(2) 法人論　法人の本質について、擬制説と実在説の対立が見られるが、ローマ法は擬制説をとったのに対し、ゲルマン法は実在説をとったとされる。わが国では、戦前は圧倒的に実在説が有力であったので、ここにもゲルマン法の影響が見られる。⁽¹³⁾

(3) 共同所有　共同所有の種類について、ローマ法は個人主義的な共有しか知らなかったのに対し、ゲルマン法は団体主義的な合有や総有を知っているとされる。日本民法の組合の財産は組合員の合有であるとされ、また古典的入会は部落民の総有とされているので、ゲルマン法は現在でも生きている。⁽¹⁴⁾

(4) 「債務」と「責任」　ローマ法は「債務」のあるところつねに「責任」ありと考えていたが、これに対し、ゲルマン法は両者の区別を知っていたとされる。これも、ギールケらの主張するところであるが、わが国でも「債務」と「責任」の区別が必要であるという説は、長らく通説的地位を占めている。⁽¹⁵⁾

(5) 使用者の保護義務　ローマ法のもとでは、労務者は自由人ではなく、その法的地位は低かったのに対し、ゲルマン法のもとでは、雇傭契約は自由人と自由人の間で結ばれ、労務者の地位は高く、使用者は労務者に対し種々の義務を負っていたとされる。近時、わが国の判例・学説の認める使用者の安全配慮義務は、系譜的にはゲルマ

ン法につらなるといえないこともない。⁽¹⁶⁾

(6) 過失責任と危険責任 不法行為法において、ローマ法は過失責任主義を原則としたのに、ゲルマン法は原因主義を原則とした。後者は、今日の危険責任主義につらなるものであるといわれる。⁽¹⁷⁾

(7) 継続的契約関係と一時的契約関係 この区別もギールケの提唱するところであり、ローマ法は一時的契約関係しか知らないのに対し、ゲルマン法は継続的契約関係を認めるとされる。わが国でも、継続的契約関係論は、不動産賃貸借や継続的保証などにおいて生かされている。⁽¹⁸⁾

(8) 占有論 ローマ法の占有 (Possessio) は本権と峻別されるのに対し、ゲルマン法の占有 (Gewere) は本権との差が段階的であるといわれる。ゲヴェーレの観念は近世法にも影響を与えている。動産取引における公信の原則もその一例である。⁽¹⁹⁾

以上の概観から、いわゆるゲルマン起源の法制度や法原理のなかには、権利濫用論、使用者の保護義務、危険責任主義のように、ローマ法よりも現代的要請をみたすものがあることがわかる。しかし、それらの制度や原理は、歴史的事実というよりも、一九世紀のゲルマニストの願望にすぎなかったのではないかという疑いがある。またそれが歴史的事実としても、損害賠償における原因主義のように、ローマ法よりも素朴な法原理であり、それを現代の危険責任主義とストレートに結びつけることは、「誤った歴史主義」と批判されざるをえない。⁽²⁰⁾ げんにフランスの場合、そのような主張は見られないのである。したがって、歴史の問題としては、ゲルマニストの主張するようなゲルマン法上の制度が、そのまま大陸法の基礎であるといえるかは、疑わしいといわなければならない。⁽²¹⁾

(1) 世良晃志郎「ゲルマン法の概念について」法学一八巻四号、一九卷一号(一九五五年)(同『歴史学方法論の諸問題』(木鐸

社、一九七三年」一七五頁以下）参照。

(2) 前述（二頁注1）のように、ローソンは膨大な慣習法を大陸法の要素の一つとし、野田良之はゲルマニア的要素をフランス法文化の構成要素の一つにあげている。

(3) ここではフランスおよびドイツの法制史の代表的教科書の翻訳として、オリヴィエ・マルタン「塙浩訳」「フランス法制史概説」（創文社、一九八六年）およびミッタイス・リーベリッヒ「世良晃志郎訳」「ドイツ法制史概説」（創文社、改訂版一九七一年）をあげるにとどめる。

(4) カエサル「近山金次訳」「ガリア戦記」（岩波文庫、改版一九六四年）。

(5) タキトゥス「泉井久之助訳」「ゲルマーニア」（岩波文庫、改訳一九七九年）。

(6) たとえば古代ゲルマン社会に存在した氏族団体であるジッペについては、石川武「紹介・クレッシェル『ゲルマン法におけるジッペ』」北法二巻四号（一九六一年）、より一般的には、村上淳一「ゲルマン法史における自由と誠実」（東大出版会、一九八〇年）およびK・クレッシェル「石川武監訳」「ゲルマン法の虚像と実像」（創文社、一九八九年）参照。

(7) 三法典については邦訳がある。久保正幡訳「リプアリア法典」、同訳「サリカ法典」、世良晃志郎訳「バイエルン部族法典」（いずれも創文社、復刊一九七七年）。ゾーム「久保正幡ほか訳」「フランク法とローマ法」（岩波書店、一九四二年）によれば、部族法典のなかでもサリカ系フランク法（サリカ法典）こそゲルマン法の基礎であることが強調されている。なおドイツにおけるゲルマン部族法典研究の現況については、シュルツェ「小倉欣一訳」「法規範と法実務」早法五八巻二号（一九八三年）参照。わが国における個別的研究としては、上山安敏「ゲルマン部族法時代に於ける債権関係の一考察—債務と責任を中心として」法叢六二巻四号（一九五六年）、若會根健治「レークス・バユワリオールムにおける『保障手続』—フランク時代動産不動産訴訟法の一考察」熊本法学三二号三四号（一九八一—八二年）などがある。

(8) 塙浩訳「ポーマノール」「ポーヴェジ慣習法書」神法一五巻三号—二〇巻三・四号（一九六五—七一年）。その他、『西洋法制史料選Ⅱ』二〇七頁以下参照。

(9) 久保正幡ほか訳「ザクセンシュピエーゲル・ラント法」（創文社、一九七七年）。なおザクセンシュピエーゲルについては、共訳者のひとり、石川武の近時の一連の研究により、その伝統的イメージが修正されつつある。ゲヴェーレに関する注（19）所掲

論文のほか、石川武「ザクセンシュピールゲルにおけるアイゲン」法制史研究三六号（一九八七年）、同「ザクセンシュピールにおける相続法の位置」北法三八卷五・六号（上）（一九八八年）、同「ザクセンシュピールにおけるラント法とレーン法」北法三九卷五・六号（下）（一九八九年）など参照。

(10) 中世都市法の詳細な研究として、林毅『ドイツ中世都市法の研究』（創文社、一九七二年）、同『ドイツ中世都市と都市法』（創文社、一九八〇年）がある。その他、『西洋法制史料選Ⅱ』二二三頁以下参照。

(11) 本書は、一九七〇年に有斐閣より増補版が出ている。本書に対する今日の学問水準に基づく批判として、村上・前掲一一頁以下がある（なお本書は、わが国のマルクス主義法学の建設者である平野の、マルクス主義を信奉する以前の業績である）。なおゲルマニストの側からドイツ私法の発展を概観するものとして、ギールケ「石尾賢二訳」『ドイツ私法概論』（三一書房、一九九〇年）、およびミッターイス「世良晃志郎ほか訳」『ドイツ私法概説』（創文社、一九六一年）がある。

(12) この問題についての、今日の批判的見解として、村上・前掲一頁以下、およびクレッシェル「和田卓朗訳」『ゲルマン的』所有権概念説について「前掲『ゲルマン法の虚像と実像』所収参照。

(13) わが国における法人本質論の学説史については、相本宏「法人論」『民法講座1』（有斐閣、一九八四年）所収が詳しい。そこにもふれているが（一四七頁）、戦前のわが国の法人論に対しては、ギールケの有機体説よりフランスの組織体説のほうが支持されたことが注目される。なお日本の民法学が、主としてフランスの文献を通じて独仏の法人理論を受容したことについては、海老原明夫「法人の本質論」ジュリ九五〇・九五二・九五四号（一九九〇年）参照。

(14) この問題に関するわが国の学説史については、山田誠一「団体、共同所有、および、共同債権関係」『民法講座別巻1』（有斐閣、一九九〇年）所収、とくに総有については、上谷均「共同体的所有の法的構成に関する一考察―我国の総有理論の批判的検討」民商九〇巻二号三号（一九八四年）参照。

(15) このテーマに関する詳細な研究として、上山安敏の一連の論稿がある。注（7）所掲につづき、「ゲルマン法における債務と責任の古典的理論について」法叢六四卷二号（一九五八年）、「ゲルマン中世における人的責任の規範的性格について」法叢六四卷三号（一九五八年）、「債務と責任」と自然債務―ドグマとその歴史性を中心にして」法叢六五卷三号五号、六六卷三号（一九五九年）がそれ。近時、「債務」と「責任」の区別に対し疑問を投ずるものとして、鈴木祿弥「債務なき責任」につ

いて」法学四七巻三号（一九八三年）が注目される。

(16) ドイツ民法典はゲルマニストの主張を入れ、使用者の保護義務を規定した（六一七―六一九条）。詳しくは、高橋真「ドイツ民法典における使用者の安全配慮義務規定の生成について」香川法学五巻一号、六巻二号、七巻二号、八巻一号（一九八七―一八八年）「とくに七巻二号」参照。わが国の判例でも、最判昭五〇・二・二五民集二九巻二号一四三頁以来、安全配慮義務がひろく認められていることは、周知の事実である。主な文献として、下森定編『安全配慮義務法理の形成と展開』（日本評論社、一九八八年）、シンポジウム「安全配慮義務の現状と課題」私法五二号（一九九〇年）などがある。

(17) ドイツ危険責任法の発展については、五十嵐清「ドイツにおける不法行為法の発展」鈴木祿弥ほか編『概観ドイツ法』（東大出版会、一九七二年）所収、浦川道太郎「ドイツにおける危険責任の発展」民商七〇巻三号四号五号（一九七四年）など参照。この分野では、ゲルマニストの批判は効を奏しなかった。わが民法学への影響も乏しかったというべきであろう。日本の学説史については、浦川「無過失損害賠償責任」『民法講座6』（有斐閣、一九八五年）所収参照。

(18) 簡単ながら、五十嵐清「継続的契約とその特色」『民法基本問題一五〇講Ⅱ債権』（二粒社、一九六九年）所収参照。

(19) 川島武宜『所有権法の理論』（岩波書店、一九四九年）一〇二頁以下参照。ゲヴェーレに関するその後の研究としては、石井紫郎「ゲヴェーレの学説史に関する一試論」石井良助選題『法制史論集』（創文社、一九七六年）、石川武「ザクセンシュピールゲルにおけるゲヴェーレ」北法三七巻二号（一九八六年）、同「人についてのゲヴェーレ・小考」北法三七巻四号（一九八七年）、同「Eigengewere考」北法三七巻五号（一九八七年）がある。石川は、ゲヴェーレ概念のゲルマン起源説を否定しようとしている。

(20) 世良『歴史学方法論の諸問題』（前掲）一八六頁以下。なお「債務」と「責任」については、上山・前掲論叢六六巻三号五頁以下参照。

(21) なお村上『ゲルマン法史における自由と誠実』（前掲）は、ゲルマン法（ゲルマン・イデオロギー）に対する最近のドイツにおける批判動向をよく伝えていいる。これに対しドイツ・スイスの学界では、ゲルマン法、とくにギールケの学説の今日的意義を評価する研究も多い。H. Krause, *Der deutschrechtliche Anteil an der heutigen Privatrechtsordnung, Jus* 1970, 313; P. Liver, *Die Bedeutung des Deutschen Privatrechts für die Wissenschaft vom geltenden Recht,*

Zeitschrift für Schweizerisches Recht 90 (1971), 369ff.; H. Schlosser, Das "wissenschaftliche Prinzip" der germanischen Privatrechtssysteme, in: Gedächtnisschrift für Conrad, Paderborn u. a. 1979; S. Pfeiffer-Munz, Soziales Recht ist deutsches Recht: Otto von Gierkes Theorie des sozialen Rechts, Bern 1979; H. Thieme, Was bedeutet uns Otto von Gierke? in: Festschrift für v. Lübtow, Berlin 1980; Karsten Schmidt, Einhundert Jahre Verbandstheorie im Privatrecht: aktuelle Betrachtungen zur Wirkungsgeschichte von Otto v. Gierkes Genossenschaftstheorie, Göttingen 1987. なす。

六 カノン法 (教会法)⁽¹⁾

1 歴史と法源

教会法は、キリスト教会の組織や活動を規律するために神または教会が定立した法であり、そのうちとくにカトリック教会法のことを、たんに教会法またはカノン法という。カノン法はローマ法とともに「両法 (utrumque ius)」と呼ばれ、一二世紀以来イタリア普通法を形成し、ドイツではローマ法とともに継受の対象となった。他のヨーロッパの諸国 (フランス、オランダ、スペイン、ポルトガル、イギリス、ポーランド、ボヘミア、ハンガリーなど) でも、カノン法はキリスト教世界の普遍的権威から発せられた法として受容され、大陸法の重要な要素となっている。

キリスト教は本来法的制度を作らない建前であったが、教会組織をもつようになると、少なくとも教会内部に対する規範が必要となった。かくして中世後半ともなると、教会関係の法規範は数も増え、その集成がなされるようになった。なかでも、一二世紀にグラチアヌス (Gratianus) によってなされた「教令集 (Decretum Gratiani)」

tiani)」（一一四〇年）の編纂が有名である。⁽²⁾この教令集はグラーチアヌス自身により「矛盾教会法令調和集（Concordia Discordantium Canonum）」と名付けられたことから知られるように、従来の教会法令集に存する矛盾の調和にとめており、方法的に同時代の注釈学派と共通の地盤に立つものであった。

その後、一三世紀から一四世紀にかけて、いくつかの法令集の編纂がなされたが、それらは一五・一六世紀中に「カノン法大全（Corpus Iuris Canonici）」と総称されるようになった（正式には一五八〇年）。そのなかには、以下の六編の法典および法令集が含まれている。⁽³⁾

- (1) グラーチアヌス教令集
- (2) グレゴリウス九世教皇令集（Liber Extra）（一二三四年） グラーチアヌス教令集以後の教皇令をグレゴリウス九世の命により編纂したもの。
- (3) 第六書（Liber Sextus）（一二九八年） ボニファチウス八世の命により編纂された法令集。(2)が五編からなっていたため、「第六書」と命名された。
- (4) クレメンス集（Clementinae） クレメンス五世により編纂された法典である。一三一四年にいったん公布されたが、つぎのヨハネス二二世により改訂されたものが、一三一七年に公布された。
- (5) ヨハネス二二世追加教皇令集
- (6) 普通追加教皇令集 以上の二つは、カノン法学者により、クレメンス集を補充するために追加されたものである。

このカノン法大全はカトリック教会の法として長年にわたり適用されてきたが、一九一七年に新たに「カノン法

典 (Codex Iuris Canonici)」が制定され、これに代わった。さらに、この法典は一九八三年に大改正された。⁽⁴⁾

2 中世カノン法の適用範囲

カノン法は本来キリスト教会の組織や活動を規律するものであり、私人間の法律関係には及ばないものであったが、若干の私法関係が、純粹の靈的な事件として、または靈的なものと結びつく事件として、カノン法の適用範囲に入った。そのなかでも、婚姻はサクラメントと解されたため、婚姻の成立と解消に関する事項がカノン法によって規律されたことが重要である。カノン法は婚姻締結にさいしローマ法的形式主義を排し、将来の婚姻予約 (sponsalia de futuro) および現在の婚姻予約 (sponsalia de presenti) の合意だけで足りるとした。婚姻障害については多くの事由を認めた。身分的効力については、男女同権と相互の忠実義務を強調した。婚姻不解消の原則を堅持し、離婚をいっさい認めなかった。⁽⁵⁾ これらの点、とくに婚姻不解消の原則は、近世から現代にかけてのキリスト教諸国が、そこから解放をめざしたものではあるけれども、中世においては、女性の地位の向上と安定に資するところ大であった。

婚姻法とならんでカノン法が適用された領域として、動産遺言法がある。ゲルマン法は遺言による財産処分を知らなかったが、キリスト教会は信者の教会への動産の寄進を促進し、ここに動産遺言法が発達した。⁽⁶⁾ その他、宣誓によって強められた契約についての紛争も、カノン法の管轄に入った。

3 カノン法の近世私法理論への影響

カノン法は直接の管轄事項のほかに、その倫理的な側面によって、ヨーロッパ大陸の世俗法の発達に対し大きな影響を与えた。以下、その代表例をあげたい。

(1) 時効取得　ローマ法では占有のはじめに正権原 (*iusus titulus*) と善意 (*bona fides*) があればよいとされたが、カノン法は占有の全期間の善意の存在を要求し、これが近世の世俗法に影響した。⁽⁸⁾ このような善意の強調は、カノン法の特徴の一つである。

(2) 諾成契約　ローマ法では「たんなる合意から訴権は発生せず (*ex nudo pacto actio non oritur*)」とされ、有効な契約の成立には原則として方式が必要とされたが、カノン法では約束違反は罪とされ、少なくとも宣誓によって強められた契約は、一四世紀以来無方式でも有効とされた。「たんなる合意から訴権は発生する (*ex nudo pacto actio oritur*)」。⁽⁹⁾ この法理は一六世紀末より一七世紀初めにかけて、世俗法のカウサ (*causa*) のある契約に適用され、今日にいたった。

(3) 利息の禁止　カノン法学者は聖書より利息の禁止を導き出したが、教皇クレメンス五世は、一三二一年に利息を徴収する世俗の立法を無効と宣言した。この点では、近世法は取引の発達のため利息禁止の緩和を試みることになる。⁽¹⁰⁾ しかし、現代法における暴利禁止の精神は、カノン法にさかのぼるのである。

(4) 売買における正当価格 (*iustum pretium*) 理論　前述のように、ローマ皇帝の勅法のなかに「莫大な損害」制度は見られたが、ローマ法では売買の価格の決定は当事者の自由に委ねられていた。これに対し、スコラ神学者（とくにトーマス・アクィナス Thomas Aquinas, 1224-74）は契約における正義を説き、売買において当事者は正当な価格以上のものをとってはいけないことを強調した。この考え方は、近世に入り、グロチウス (Hugo

Grotius, 1583—1645) やプーフェンドルフ (Samuel Pufendorf, 1632—94) など自然法学者に大きな影響を与えた。⁽¹¹⁾

(5) 事情変更の原則 第一次大戦後、大陸法に大きな影響を与えた事情変更の原則 (clausula rebus sic stantibus) もローマ法には法源はなく、カノン法に端を発している。⁽¹²⁾ これを注解学派が事情変更の原則に高め、近世に入ると、ひろく学説・立法により承認された。この原則も、契約における実質的正義の実現に外ならないが、取引の安全を害するため、近代法では否定され、第一次大戦後の社会変動にさいして、再び陽の目を見た。

以上のように、カノン法上の多くの制度が、近世法の発展の過程のなかで世俗法にとり入れられ、その倫理化に貢献した。より一般的にいえば、大陸法諸国の多くは今日でもキリスト教の影響下にあるので、そのことが今日の法的問題に対して他の法系(ただし英米法系を除く)には見られない反応を及ぼしている(たとえば、離婚法の改正や墮胎罪廃止問題など)。

(1) カノン法についての邦語文献としては、久保正幡「比較法における教会法の意義」比較法雑誌三卷一号(一九五五年)、阿南成一「教会法—その発展と法精神」尾高朝雄ほか編『法哲学講座第二卷』(有斐閣、一九五六年)所収、メッツ「久保正幡・桑原武夫訳」『教会法』(ドン・ボスコ社、一九六二年)(未見)、淵倫彦「教会法」『現代法学事典1』(日本評論社、一九七三年)二二—三頁、同「カノン法」『中世史講座4』(学生社、一九八五年)所収、小野秀誠「私法におけるカノン法の適用(一)」商論五六卷三号(一九八八年)などが一般的。本稿は、それらのほか、Wesenberg u. Wesener, a. a. O. S. 16ff. に負っている。

(2) この教令集についての本格的な研究として、淵倫彦「グラチエアーヌス教令集における法源論の構造—古典カノン法研究」法協八九卷一〇号—一二号(一九七二年)未完がある。

(3) そのうち、「グラチエアーヌス教令集」、「グレゴリウス九世教皇令集」、「普通追加教皇令集」からの抜粋が、『西洋法制史料選

Ⅱ』三〇五頁以下にある。

- (4) 松浦千誉「六六年ぶりに大改正された新カトリック教会法典」判タ四九八号五〇頁参照。
- (5) グレゴリウス九世教皇令集中の婚姻の規定につき、『西洋法制史料選Ⅱ』三二〇頁以下参照。なお婚姻の形式的有効要件として、一五六三年のトリエント公会議により「教会の面前での挙式」が義務づけられた。枝村茂「カトリック教会法における婚姻の形式的有効要件とその史的背景」宗教学三三号（一九八五年）、波多野敏「中世末期フランスにおける婚姻の成立」法叢二二巻二号、一二二巻二号（一九八七年）参照。後者はこの分野での本格的論文である。
- (6) 久保正幡「フランク時代の家産共同体と自由分権の発展」〔同『西洋法制史研究』〕〔岩波書店、一九五二年〕所収は、この問題に関する詳細な研究である。
- (7) 以下は、主として Wesenberg u. Wesener, a. a. O. S. 17ff. による。この問題についての詳細な研究として、U. Wolter, *Ius Canonium in iure civile; Studien zur Rechtsquellenlehre in der neueren Privatrechtsgeschichte*, Köln u. Wien 1975 がある。なお小野・前掲は主として本書に依拠した研究である。
- (8) たとえば、プロイセン一般ラント法典（一部九編五七九条）、ドイツ民法（九三七条二項）、スイス民法（六六一條）など。これに対し、フランス民法（二二六九条）はローマ主義をとる。わが民法（一六二条二項）も同様。なお最高裁判例は、占有の承継が主張された場合も、善意・無過失は最初の占有者の占有開始の時点で判定すれば足りるとするが（最判昭五三・三・六民集三二巻二号一三五頁）、学説の批判を浴びている。とくに藤原弘道・判批・民商八〇巻一号四九頁以下（同『時効と占有』〔日本評論社、一九八五年〕一四二頁以下）参照。
- (9) このテーマに関する最近の研究として、小野秀誠「契約の成立における方式と自由（一）」商論五五巻三号（一九八七年）、岸上晴志「諾成契約における拘束力の原因―歴史的沿革を中心として（一）」中京法学二四巻三・四号（一九九〇年）など参照。
- (10) 詳しくは、小野秀誠「利息制限法理の史的展開」行政社会論集一卷一・二号（一九八八年）参照。
- (11) Wolter, a. a. O. S. 113ff. 大村・前掲法協一〇四巻一号六六頁以下参照。
- (12) 勝本正晃『民法に於ける事情変更の原則』（有斐閣、復版一九七一年）一三九頁以下に法源の引用がある。なお事情変更の原則については、その他、五十嵐清『契約と事情変更』（有斐閣、一九六九年）参照。