

Title	ジャン・ドマ(一六二五-一六九六)の私法理論：法理論の基本的構造
Sub Title	Die Privatrechtstheorie von Jean Domat (1625-1696) : Die grundlegende Struktur seiner Theorie
Author	中野, 万葉子(Nakano, Mayoko)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内 『法学政治学論究』 刊行会
Publication year	2014
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.101, (2014. 6) ,p.135- 164
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20140615-0135">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20140615-0135</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

ジャン・ドマ（一六二五—一六九六）の私法理論  
——法理論の基本的構造——

中野万葉子

- 一 はじめに
- 二 ドマにおける私法体系
  - (一) ローマ法批判と体系の構築
  - (二) 『自然的秩序における市民法』における体系配列
    - (三) 合意 (convention) 概念
      - 1 合意 (convention) の定義
      - 2 合意から発生する義務
    - (四) 義務中心の私法体系
  - (二) ブーフエンドルフの義務の体系
    - (一) 人間論と義務 (officium)
      - 1 エンティア・モラリア (entia moralia)
      - 2 obligatio 概念
    - (二) obligatio 概念
  - (三) 人間の本性
- 三
- 四 ドマにおける義務の体系
  - (一) 人間論と義務 (engagement)
    - 1 法の諸原理
    - 2 二種の義務
  - (二) 義務 (engagement) 概念
  - (三) 人間の本性
    - 1 知性 (entendement) と意思 (volonté)
    - 2 理性 (raison)
  - (四) 義務 (engagement) と義務適合的行為 (devoir)
  - (五) 小括
- 五 おわりに

## 一 はじめに

本稿で取り上げるジャン・ドマ (Jean Domat, 1625-1696)<sup>(1)</sup> は、その名著『自然的秩序における市民法 (Les lois civiles dans leur ordre naturel, 1689-1694)』を通じて、フランス民法典に多大な影響を与えたとされ、ポティエと並んでフランス民法典の祖として位置づけられている。<sup>(3)</sup> ドマの生きた時代には、フランス北部では慣習法が、そして南部では成文法が適用されていた。<sup>(4)</sup> そこで、統一的法原則の樹立に尽力したのが一七世紀のドマであり、その顕著な成果が『自然的秩序における市民法』である。この著作は、その名の通り、ローマ法を自然的秩序に従って再構築したものである。そこに示されている私法理論を明らかにすることが本稿の課題である。

合意のみによる契約の成立や当事者の意思に基づく合意の拘束力は、ローマ法においてはまだ確立されておらず、<sup>(5)</sup> 神学と近世自然法論によって完成されたとされている。<sup>(6)</sup> 近世自然法論者、グロチウス (Hugo Grotius, 1583-1645) を先駆者として、プーフENDORF (Samuel von Pufendorf, 1632-1694) の義務論において、合意のみによる契約の成立が基礎づけられ、契約が法体系の中心におかれることになる。<sup>(7)</sup>

ドマは、『自然的秩序における市民法』において、単にローマ法を解釈し分類しただけでなく、ローマ法の基盤である訴権の体系そのものを清算し、人間の意思を重視した契約理論を確立することによって、統一的な法体系構築に成功した。この体系および契約理論を基礎づけるためには、ローマ法外部で展開された法思考が必要とされるのではないか。

日本におけるドマ研究は、未だに数少なく、ドマ自身をテーマとする代表的な研究として、野田良之の「ジャン・ドマとフランス民法典」、小川浩三の「ジャン・ドマの lois de la religion と lois de la police (一)・(二)・(完)」がある。

このほかに、フランス民法典の具体的事例を説明するためにドマに注目したものと<sup>8)</sup>やドマの著作の一部翻訳や紹介などが挙げられるのみである。

従来の研究により、ドマの私法理論における近世自然法論の影響が指摘されている。例えば、ドマとプーフエンドルフの法体系や法思想の類似性を指摘するもの<sup>9)</sup>、ドマの契約理論における自然法論の影響を指摘するもの<sup>10)</sup>、そして、プーフエンドルフの実定法学への影響を指摘するものなどである。<sup>11)</sup>しかし、この影響関係については十分に明らかにされていない。実際のところ、自然法論はヨーロッパの多くの国々に影響を与えたとされ、その影響力は、グロチウスの『戦争と平和の法 (De iure belli ac pacis, 1625)』やプーフエンドルフの『自然法と万民法について (De iure naturae et gentium, 1672)』(以下「自然法と万民法」)および『自然法に基づく人間および市民の義務 (De officio hominis et civis iuxta legem naturalem, 1673)』(以下「義務論」)がジャン・バルベイラック (Jean Barbeyrac, 1674-1744) によってフランス語へ訳されたことから窺える。<sup>12)</sup>また、プーフエンドルフに関して、「一六七二年以降、半世紀以上の間、法および道徳について書く者は、誰も彼を無視することができなかったということである。そして、実際には、今日この時代に代りて書く者は誰もそうなのである」という指摘もある。<sup>13)</sup>さらに、近世自然法論がまず最初に現実的機能を発揮したのは、法典編纂前のフランスであるといわれていることから、近世自然法論の法典編纂前のフランス法への影響はより探究されるべきであるといえよう。

したがって、本稿では、ドマは、近世自然論者、とりわけプーフエンドルフに依拠しながら、素材をローマ法に求めることによって、合意を中心とした統一的な法体系を確立したのではないかというテーゼのもと考察を進めていく。

## 二 ドマにおける私法体系

### (一) ローマ法批判と体系の構築

ドマの私法理論は、ローマ法に依拠しており、それは、彼が『自然的秩序における市民法』において、ローマ法の準則を引用していることから容易に窺える。ところが、その一方で、ドマは『自然的秩序における市民法』の序論のなかで、ローマ法の非体系性を批判している<sup>(15)</sup>。ローマ法の準則は統一されておらず、至る所に同様の内容を持つ準則が散在しているが、ドマによれば、重複を含む準則は、一つの項目にまとめられるべきである。そして、ユステイニアヌスによる法の集大成を評価している一方で、『学説彙纂』や『勅法彙纂』について、各準則間を結びつけている自然的秩序が欠如していることを批判している<sup>(16)</sup>。それでは、ドマは、彼の著作において何を目指していたのだろうか。ドマによれば、民法のあらゆる問題は、その相互間にこれをひとつの体系に構成する単純で自然な秩序をもっており、その秩序に立てばあらゆる問題は見易くなり、各々の問題がいかなる部分としてその地位を占めるかを一目で見渡すことができる<sup>(17)</sup>。ドマは、法学教育のためにこれを著したこともあり、民法の研究をより容易にし (facile)、より有用にし (utile)、そしてより快適な (agréable) ものにするために、民法を秩序づけようとしている。具体的に、市民法をその自然的な秩序におき、法の諸事項を識別し、それらの法律が全体のなかで部分として持つ順序に従ってこれを配列し、各部分にその定義や原理や規則の細目を配分することを目的とする<sup>(18)</sup>。ドマは体系化にあたり、無用なものおよび無駄なものを切り捨てることによる簡潔性 (la brièveté par le retranchement de l'inutile et du superflu) と整序の単純な効果である明晰性 (la clarté par le simple effet de l'arrangement) を重要視している<sup>(19)</sup>。ドマは、ローマ法の準則に依拠し

ながら、統一的な体系構築を目指しているといえる。

## (二) 『自然的秩序における市民法』における体系配列

『自然的秩序における市民法』は、前加編、第一部、第二部の三部に分けられる。前加編として、第一章「法規一般」、第二章「人」、第三章「物」、それに続き、第一部「義務 (engagement)<sup>(26)</sup>」とその効果」、第一編「合意による意思的・双方的義務」、第二編「合意なくして成立する義務」、第三編「義務に付け加えられ又はこれを強化する効果」、第四編「義務を消滅又は減少させる効果」を規定している。そして最後に、第二部「相続」、第一編「相続総論」、第二編「無遺言相続」、第三編「遺言相続」、第四編「遺贈その他の死因」、第五編「相続の補充指定」が説明される<sup>(27)</sup>。前加編、第一部を見る限りにおいて、「人 (persona)」、「物 (res)」、「訴権 (actiones)」とこう『法学提要』の体系に依拠しているが、訴権を義務に置き換えている。

第一部では義務が合意の有無を基準として分類されている。「合意に基づく意思的・双方的義務」(第一部第一編)には、売買、交換、賃貸借、和解、仲裁等、合意によって発生する双方的かつ意思的な義務が属する。次いで「合意なくして成立する義務」(第一部第二編)として、双方的合意によらず発生する義務、あるいは一方のみの意思により、あるいはいずれの意思にもよらずして発生する義務が説明される。例えば、後見人はその未成年者に対して双方のいずれの意思にもよらずして義務を負わされる、事務管理において、不在の友人の事務を管理するものは、この不在者の意思によらず自分の意思によって義務を負うといった内容である。さらに、不法行為に基づく義務も合意なくして成立する義務に含まれる。「義務に付け加えられ又はこれを強化する効果」(第一部第三編)には、義務が生じた後、義務の効果として、この義務に付加したり、またこれを強化する関係、「義務を消滅又は減少させる効果」(第四編)には、その消滅・減少・変化の関係が規定されている。前者には、抵当権、債権者の先取特権、連帯債務、保証債務

等が、後者には弁済、更改、取消、原状回復等が属する。このようにして、ドマは、義務を体系の中心におき、合意の有無を基準として義務を分類している。

### (三) 合意 (convention) 概念

本節では、義務の発生原因である合意を考察する。ドマは、ローマ法の準則に修正を加えることによって、合意を定義している。

#### 1 合意 (convention) の定義

ドマは、第一部の序文において、「合意 (convention) とは、自分たちが約束したことを実行する法を自分たちの間で、自分たちのものとする二人あるいはそれ以上の人々の双方の同意 (consentement mutuel) によって形成される義務 (engagement) のことである<sup>(24)</sup>」と定義している。合意は、締結されるや否や当事者たちにとっての義務となり、それに拘束されることになる。さらに、第一章第一節において、合意を詳細に規定している。「この合意という言葉は、一般的名称であつて、性質の如何にかかわらず、あらゆる種類の契約、取引、および約定を含むものである<sup>(25)</sup>」として、合意を上位概念に位置づけている。次いで、ウルピニアヌスの定義を出発点として、「合意とは二人ないし複数人が、彼らの間に義務 (engagement) を形成し、あるいは既存の義務を消滅ないし変更させるために行う同意 (consentement) である<sup>(27)</sup>」。ドマは、ウルピニアヌスの定義に、「既存の義務を消滅ないし変更させる」という文言を付け加えていることから、合意とは、義務を生じさせ、また既存の義務を消滅ないし変更させる同意であることがわかる。そして、ドマは合意の諸成主義を認めており、「合意は、相互に表示され決定された双方の同意によって成立する<sup>(28)</sup>」としている。合意は意思の行為であり、「合意は、同意によって形成される意思的な義務であり、それは認識と自由を伴ってなされなければならない。いずれか一方が欠ける場合、例えば錯誤や強制によって

合意がなされたときは合意は無効である<sup>(29)</sup>。以上のことから、ドマにおける合意は意思的な行為であり、合意は同意のみによって成立し、合意を為したものはそれに拘束されると理解することができる。

ドマは、明示的にローマ法における契約概念を克服しようとしており、例えば、不要であるという理由から、ローマ法における有名契約と無名契約の区別を放棄し、すべての契約の拘束力を認めている<sup>(31)</sup>。ドマは、有名契約と無名契約の区別の撤廃を認めたくて、『学説叢纂』の無名要物契約に関する準則に変更を加えることによって、合意を次の四種に分類している。すなわち「両当事者が相互に与え合うもの」、「両当事者が相互に為すもの」、「一方が与え、他方が為すもの」、および、「一方のみが与えないし為すもの」である<sup>(33)</sup>。この四種の合意のうち、前三者（双務契約）においては、「一方当事者の義務が他方当事者が負う義務の基礎（fondement）になっている<sup>(34)</sup>」。このようにして、ドマは、ローマ法における類型強制を清算し、無名要物契約の類型から契約を引き出している。

このようにして、ドマは、ローマ法における類型強制を清算し、無名要物契約から契約を引き出すことによって、すべての契約に拘束力を認めようとしている。

## 2 合意から発生する義務

ドマは、第一編「合意による意思的相互的義務について」、第一章「一般的な合意」の第三節「説明されていないが、合意から自然的に生じる義務について」において、合意から発生する義務について詳細に説明している。「諸合意は、そこに明示されていることだけでなく、合意の本性が要求することすべてに対して、そして引き受けられた債務に対して衡平、諸法律、および慣行が与えるすべての結果に対しても義務を生じせしめる<sup>(35)</sup>」。その結果として、合意における義務は、三種類に区別され、その内容が説明される。第一に、明示された合意の決定事項、第二に、合意の自然的諸結果（suites naturelles）、第三に、法律又は慣習によって債務に付与される結果に義務づけられる<sup>(36)</sup>。例えば、売買契約において、両当事者は、第一に契約の決定事項に義務づけられる<sup>(38)</sup>。第二に、売買契約の自然的諸結果で



あり、この義務は、具体的に、売主の買主に対する義務、買主の売主に対する義務であり、例えば、売主の買主に対する義務<sup>(39)</sup>として、引渡し、引渡しまでの売買物の保管、担保責任などが挙げられる。そして、買主の義務として、代金支払、買主に関わる出費、損害に対する責任等を挙げている。第三に、法律、慣習法や慣行が債務に与える効果に義務づけられる。例えば、不動産売買において、買主が正当価格の半分以下で購入する場合、買主はその不動産を返還するか、不足分を支払わなければならない。

以上のことから、合意について、次のことが確認できる。すなわち、合意が一度形成されると、合意は当事者たちにとっての義務となり、彼らは合意の決定事項のみならず、合意から発生する義務に対して法律や慣習が債務に与える効果にも義務づけられることになる。

#### (四) 義務中心の私法体系

ドマは、合意概念を基礎として、義務中心の法理論を構築した。<sup>(43)</sup> 訴訟に一次的な意義を与えるローマ法<sup>(44)</sup>と異なり、ドマの義務の体系においては、あらかじめ義務が設定され、義務を履行しない者の責任が問題となる。

前述したように、ドマは、義務を発生原因に従って、合意に基づく意思的・双方的義務(第一部第一編)および合意なくして成立する義務(第一部第二編)に分類し、個々の義務を詳細に説明している。合意に関して、合意に基づく義務を履行しない者は、その責任が問われることになる。その前提として、例えば、引渡ししが売主の義務としてあらかじめ規定され、売った物を引き渡さない売主の責任が論じられる。合意なくして成立する義務に関しては、不法行為が合意と並ぶ義務の発生原因の一つとされ、不法行為責任が論じられる。<sup>(45)</sup>

以上のように、ドマにおいては、あらかじめ義務が設定され、義務に違反した場合の帰責が問題となる。ドマの法理論においては、合意に基づく義務および「義務づけ」といった義務中心の思考を、次章で考察するように、プー

フエンドルフの義務論に依拠することによって基礎づけている。

### 三 プーフエンドルフの義務の体系

#### (一) 人間論と義務 (officium)

プーフエンドルフは、主著『自然法と万民法』<sup>(46)</sup>および『自然法に基づく人間および市民の義務』<sup>(47)</sup>において、自然法を道徳神学から分離し、経験的な理性に基づいて、新たな体系である義務の体系を構築した。<sup>(48)</sup>

プーフエンドルフは、『義務論』において、まず人間の行為および責任論（第一卷第一章）からはじめ、人間の行為を規制する法の必要性（第二章）、そして自然法は何かという問題を説明する（第三章）。次いで、人間が準拠すべき義務を、神に対する義務（第四章）、自分自身に対する義務（第五章）、他人に対する義務（第六章）に分類し、他人に対する義務の枠内で私法理論を展開している。

プーフエンドルフは、義務 (officium) の必要性を次のように人間の本性、すなわち自己愛 (amor sui) と脆弱性 (imbecillitas) から導き出す。人間は、自分自身の保存に努めるが、人間は無力な存在であり、他人の助力なくして自己保存を達成することは不可能である。<sup>(49)</sup>そこから人間の社会性 (socialitas) が導き出される。<sup>(50)</sup>人間は、自己保存のために他人との共同生活を必要とし、プーフエンドルフによれば、この共同生活のルールが自然法であり、この自然法が人間に神に対する義務、自分自身に対する義務、他人に対する義務を命ずる。<sup>(51)</sup>共同生活のためには、他人に対する義務が最も重要であるが、神に対する義務は、宗教を通して人間を共同生活に適した存在とするため、また自分自身に対する義務は、神を崇拜するため、そして人間の共同体における有益な構成員であるために必要である。<sup>(52)</sup>

他人に対する義務は、さらに絶対的義務と条件的義務に分類される<sup>(56)</sup>。絶対的義務は、創造者がすべての人間を前提なしに相互に結合しようとするところの万人に共通の義務である<sup>(57)</sup>。この義務に属するのは、他人を害しない義務<sup>(58)</sup>、すべての人間を等しく扱う義務<sup>(59)</sup>、各人が損失がない限りにおいて他人を援助する義務である<sup>(60)</sup>。プーフエンドルフによれば、絶対的條件のみでは共同生活にとって不十分であることから、人間同士をより密接に結びつけるため、絶対的義務に加えて条件的義務が規定される。条件的義務は、人間によって導入された制度等の結果として発生する義務であり、特定の人によって履行されるべき義務である。これらの義務は、明示的なあるいは暗黙の合意を前提とする<sup>(61)</sup>。例えば、言語、所有 (dominium et proprietatis)、貨幣等がこれに属する。

## (二) obligatio の意義

義務 (officium) 概念は、『義務論』の冒頭において次のように定義されている。「我々の officium とは、ここでは、obligatio に従って法律の命令に正しく準拠した人間の行為のことをいう<sup>(62)</sup>」。この人間の行為は、知性によって認識され意思によって決定された行為のことを意味している<sup>(63)</sup>。

### 1 エンティア・モラリア (entia moralia)

プーフエンドルフは、『自然法と万民法』の第一巻において、自然法論を説明する前提として、人間の行動を規制する道徳規範とは何かという議論を展開する。道徳的存在であるエンティア・モラリア (entia moralia)<sup>(64)</sup> は、神によって創造されたエンティア・フィシカ (entia physica) から区別され、知的存在 (entia intelligentia) によって人間の意思的行為の無拘束 (libertas) を方向づけ、制御し、それによって人間の生活における秩序と礼節を確保するために、物理的な事象あるいは運動に付け加えられたある様態 (modus)<sup>(65)</sup> である。エンティア・モラリアは、エンティア・フィシカと生成の仕方においても区別され、創造 (creatio) されるのではなく、物理的なものに付加される

(impositio) ことによって生成される<sup>(66)</sup>。

前述した条件の義務である言語、所有、貨幣は、合意によって付加されるエンティア・モラリアである。所有権は、代表的なエンティア・モラリアであり、プーフェンドルフは次のように定義している。「所有権 (Proprietas) と共有 (communio) は、道徳的性質 (qualitas moralis) のものであり、物それ自体に物理的そして内在的な効果を及ぼさず、他の人々との関係において道徳的な効果 (effectus moralis) を生み出すにすぎない。これらの性質は、他の同種のものと同じく、その起源を付加 (impositio) に負っている<sup>(67)</sup>」。所有権は、その性質から物体に付加されようが排除されようが、その物体自体には何の影響も及ぼさず、人間相互間の関係を規制する。人に付加されるエンティア・モラリアとして、前述した義務 (obligatio) が説明される。「obligatio とは、ある人がそれによって一定のことを為すか、あるいは受忍するように拘束される道徳的性質であり、そのとき、義務づけられている人に〈義務〉が帰属している<sup>(68)</sup>とわれわれは考えるのである」。obligatio は、人間の身体自身に何の影響も及ぼすことなく、人間の内面、すなわち精神に働きかける。

このようなエンティア・モラリアは、人間の生活に秩序をもたらすために設立され、人間の行為のみならず、行為する人間自身、物にまで付加される。これにより人間には、お互いを一定の仕方で扱うこと、自らの行為を一定の仕方で規制すること、そして物に関して、一定の仕方で振る舞うことが要求されることになる<sup>(69)</sup>。以上のように、エンティア・モラリアとは、人間が従うべき道徳的行為規範であり、その目的は、合意によって事物をめぐる人間相互間の関係を確定することである。

## 2 obligatio 概念

エンティア・モラリアの一つである obligatio の性質は、次のように説明される。「obligatio 以外の多くのものは、意思が相手方に向かうように、意思を動機づけるが、obligatio はそれらと違う特殊な性質を持っている。というのは、

obligatio 以外のものは自然の重荷のようなものによって意思に圧力を加えるので、その重荷がなくなれば意思は再び元へと戻るからである。それに対して obligatio は、精神的に意思に働きかけ、意思を内側からいわば特殊な感覚で満たす<sup>(70)</sup>として、obligatio は、その性質上、他のものから区別される。

obligatio は意思を制限するが、プーフエンドルフは強制との違いを次のように説明している。強制は、外部からのみ意思を刺激し、それは不利益が切迫しているという感覚に基づいてのみ意に反する事柄の選択をさせる。その一方で、「obligatio は、定められた法律に反する者に対して向けられた害悪が正当に生ずる、他方で、法律に従えば害悪避けられていただろうと誰も認識せざるを得ないように働きかけるのである」<sup>(71)</sup>。

obligatio は、外部から圧迫する強制と異なり、人間の意思に内面から働きかけることによって意思を制御する。したがって、obligatio は、債務という狭い概念でなく、意思に作用する義務と訳すことができる。

### (三) 人間の本性

#### 1 知性 (intellectus)

人間には、神によって知性 (intellectus) と意思 (voluntas) という二つの能力が与えられている<sup>(72)</sup>。知性は、事柄を理解し判断する能力であり、精神的に健全な成人に備わっている<sup>(73)</sup>。この能力によって、平和な生活へと導く一般的な命令および原則を把握することができるだけでなく、これらの命令および原則が人間の本性と一致しているかどうかも判断することができる。すなわち、人間は、知性を用いて神の命令である自然法のルールを認識し判断することが可能である。知性は、神が人間に与えた能力であるから、人間はこの能力を適切に使用するように義務づけられている。

#### 2 意思 (voluntas)

意思 (voluntas) は、実践的な判断と選択の能力である<sup>(74)</sup>。意思は、「人間を行為させる内的動因である」と定義され

ている。人間は、気に入ったことを選び、自分にとって役立たないことを退ける。この選択は、内的動因に基づいて行われることから、意思は自分の行為の創造者 (auctor) であり、それゆえ意思が人間の自由な振る舞いを可能にする。したがって、人間は行為の適否の実践的な判断を意思を用いて自由に形成することができる。このようにして、人間には行為について正しい知識を獲得する能力、正しい知識に基づいて自発的な行為を選択して遂行する能力が備わっている。

#### (四) 義務 (obligatio) と義務適合的行為 (officium)

officium は、obligatio と同様、一般的に「義務」と訳されるが、プーフェンドルフにおけるこの二つの義務概念は異なる意味を有している。前述したように「我々の officium とは、ここでは、obligatio に従って法律の命令に正しく準拠した人間の行為のことをいう<sup>(76)</sup>」としていることから、officium 概念は、法律の命令に正しく準拠して行為する義務であり、obligatio とは区別され、義務に適合すべき義務と訳すことができよう<sup>(76)</sup>。この義務は、人間が知性を用いて事柄を理解し、意思に従って決定した後に行うべき義務を意味している<sup>(77)</sup>。つまり、共同生活のルールであり、人間の外面的行為を律する自然法に基づいて、人間は、obligatio を理由として、規範に準拠して行為しなければならない義務 (officium) を負っている。意思には選択する自由は与えられているが、obligatio に支配され、規範に従って行為するよう拘束されている。

例えば、人間は、「他人を害していけない」という自然法の命令に義務づけられている。人間は意思の選択によって行為に至るわけであるから、この義務に反して行為することも可能である。しかし、義務に従って法律の命令に準拠した行為が義務適合的であると評価されることから、自然法の命令に反して行為した場合、その行為は、義務違反としてみなされる。このようにして、意思は常に外的に存在する義務 (obligatio) に支配され、規範に従うことを義

務 (officium) づけられている。

## 四 ドマにおける義務の体系

### (一) 人間論と義務 (engagement)

ドマは、『法論 (Traité des lois)<sup>(79)</sup>』において、『自然的秩序における市民法』の前提となる義務 (engagement) を扱っている。本項では、ドマの『法論』の記述に基づいて義務概念の意味を考察していく。義務は、人間の本性および人間社会の基本構造から導き出される。

#### 1 法の諸原理

ドマは、人間の本性から二つに義務を導き出す。法の第一の諸原理でもあるこれらの二つの義務は次のように説明される。

ドマは、法の諸原理を導き出すため、まず二つの真理を想定する。一つは、人の法とは人間の行為の規則であり、もう一つは、この行為とは人間の目的 (目) へと向かう歩みであるというものである。この想定に基づくと、人間の法の第一の諸原理を導き出すためには、人間の目的がどのようなものであるかを知らなければならぬ。なぜなら、人間がこの目的へと向かうことが、人間をこの目的へと導く道、および歩みの第一の規則となるからである。そして、これが人間の最上位の法であり、他のすべての法の基礎となる。<sup>(80)</sup>

ドマによれば、人間は神を認識し、愛するために作られたのであるから、人間の目的は、最高善である神を認識し愛することである。したがって、目的へと向かうこと、すなわち人間の最上位の法は、神を認識し、愛することであ

るといえる。さらに、この第一の最上位の法は、人間たちに、相互に結合し、相互に愛し合うことを義務づける第二の最上位の法を含んでいる。なぜなら、人間に最高善を尋ね、愛することを命ずる第一の最上位の法は、すべての人間に共通であり、人間は共通の目的を持つことで結合するからである。<sup>(81)</sup>したがって、第二の最上位の法は、相互に結合し、愛し合うこと、すなわち隣人愛を命じている。

以上のことから、法の諸原理は、神への愛と隣人愛であり、これらの二つの法が人間の行為規範、および評価基準であるといえる。このようにして、人間の行為規範である義務が導き出される。

## 2 二種の義務

ドマによれば、人間は、神によって最高善を目指すようにだけでなく、社会を人間たちの本性にとって本質的なものとし、社会を目指すように創造された。<sup>(82)</sup> 墮罪後の社会は、神への愛の不服従と自己愛から起因するもめごとのある社会であり、人間は、墮罪後欲望から解かれるどころか、かえって彼らの欲望は増大した。この結果生ずる欲求を満たすため、労働 (Havaii) と商業 (commerce) が必要であり、また、人間は単独では生活できないことから、他人と結合しなければならぬ。<sup>(83)</sup> このようにして、人間は自己愛から他人との結合へ導かれることになる。

まず、他人との結合のため、神によって万人が互いに義務づけられる一般的な絆 (les liaisons générales) が付与される。<sup>(84)</sup> これは、どちらかがより義務づけられるというような特殊な関係を形成しない。次いで、この一般的な絆よりも人間同士をより近くに結びつける個別的な義務が付与される。<sup>(85)</sup> ドマは、この個別的な義務を二種に分類している。<sup>(86)</sup> 一つは婚姻や出生によって形成される義務であり、もう一つはそれ以外の義務である。前者は、家族社会を形成するために与えられ、婚姻と出生によって生じる義務である。<sup>(87)</sup> この義務は家族社会に限られるため、神は、あらゆる人を相互愛によってさらに結びつけるために、第二の義務を与える。この義務は、さらに意思的な義務と意思的でない義務に分類される。<sup>(88)</sup> 意思的な義務に含まれるのは、二人あるいはそれ以上の人たちの間でそれぞれの意思によって形成



される義務、および一方のみの意思によって形成される義務である。『自然的秩序における市民法』で詳細に説明されるように、それぞれの意思によって形成される義務には、組合、賃貸借、売買、交換等の合意等、一方のみに意思によって形成される義務には、事務管理から生ずる義務等が属する<sup>(89)</sup>。意思的でない義務には、神がその者の選択なしにその関係におくもの、例えば、参事会員のような地方公共体の役職や後見人のように裁判所により任命されるものが属する<sup>(90)</sup>。このようにして、義務は人間同士の結合を密接にするために神によって与えられた。

## (二) 義務 (engagement) 概念

engagement は、一般的に約束、合意、約務、義務、債務関係、人間など様々な訳語が存在する<sup>(91)</sup>が、これまでその意味は十分に明らかにされていない。

ドマは、『法論』の第五章において、engagement から導き出される一般的準則を説明しており、この準則は、『自然的秩序における市民法』における engagement にも適用される。まず、「engagement は法律に代わる」と第一の準則を挙げる。ドマによれば、すべての人間は社会の一員であるから、各人はそれぞれの義務的行為 (devoir) と任務 (fonction) を、地位 (rang) や engagement によって定められていることに従って果たさなければならない<sup>(92)</sup>。また、この準則から、各々の engagement は、「各人にとって法律のようなものである (les engagements de chacun lui sont comme ses lois propres)」という準則が導き出される。さらに、社会の一員である人間は、社会の秩序を乱してはならず、神が秩序を保つために確立した権力に従わなければならないとしている。

『自然的秩序における市民法』でも規定される意思的なおよび意思的でない engagement においては、人間は「他人に損害を与えてはならない」、「各人に各人のものを与えよ」という準則に義務づけられる<sup>(93)</sup>。意思的・双務的 engagement に関して、約束することを知らせるのに誠実でなければならず、履行に対して忠実でなければならない

としている<sup>(94)</sup>。例えば、売主は目的物の性質を誠実に説明しなければならず、引渡しまで目的物を保管し、引渡し後も保証しなければならぬ。さらに engagement の一つである合意に関しては、人間はあらゆる合意を自由に締結できるが<sup>(95)</sup>、その合意は社会秩序に適合していなければならず、合意が法律や善良の風俗に反する場合、その合意はいかなる義務をも生じせしめないと規定している。

このようにして、ドマによれば、engagement は法律と同様の効力を有する準則であり、すべての人が engagement に従って行為しなければならない。また、engagement は社会の秩序に適合している必要がある<sup>(96)</sup>。以上のことから、engagement は、債務といった狭い概念ではなく、社会において人が行為する際に準拠すべき規範の内容であるといえる。したがって、engagement は「義務」と訳すことができよう。人間には、社会で生活するにあたり、その社会の一員としてこれらの義務に準拠することが求められている。

### (三) 人間の本性

次に、義務に準拠しなければならない人間の本性が問題となる。ここでは、人間に備わる知性 (entendement) と意思 (volonté)、そして理性 (ratio) の意味を考察していく。

#### 1 知性 (entendement) と意思 (volonté)

人間の魂には、認識するために適した知性 (entendement) と愛するために適した意思 (volonté) が備わっている<sup>(97)</sup>。ドマによれば、神は、神を愛するために人間を創造し、神を認識し愛するために知性と意思を人間に与えた。すなわち人間には、神の命令である自然法、社会を支配する実定法、さらに第二の最上位の法 (隣人愛) の要求であるあらゆる義務 (engagement) を認識し愛するために知性と意思が与えられた。この記述から、知性が認識する能力であることがわかるが、愛するために与えられた意思とはいかなる能力であるのか。ドマは次のように説明している。人間

には、最上位の法を認識する能力があるにもかかわらず、最上位の法を犯し、ただ神においてのみ見出し得る至上の善から外れ、可感的な善を求める傾向がある。そこで人間が見出すのは、至上の善における「すべての者が持つことができ」、また「各人を完全に幸福にできる」という二つの性格に對置される欠如である。可感的善には、「すべての者が持つことができず」、「誰をも幸福にできない」という二つの欠如があり、そのような可感的な善を愛し、求めることの自然の結果として、人々の間に分裂がもたらされる。<sup>(98)</sup> すべての人間は至高の善をもつことができるにもかかわらず、人間には可感的な善を選択する傾向がある。すなわち、知性で至高の善を認識した場合であっても、人間はそれを愛するとは限らないのである。以上のことから、意思とは、好ましいことを選択する能力であると理解することができる。知性による認識と意思による選択が一致するとは限らず、意思には愛するか愛さないかを選択する自由が与えられている。

ドマの知性と意思概念は、法廷における開廷の辞がまとめられた『演説 (Les Harangues, 1697)』<sup>(99)</sup> においても論じられている。ドマによれば、人間の心に備わっている意思は、人間を行為させる原理である。人間は自由な存在であるから、意思は人間の行為における支配者 (maître) となる。<sup>(100)</sup> 意思は常に知性と協働しており、人間は知性を用いて認識し、意思によって行為する。この二つの能力は人間の行為の原則であり、人間はこれらの能力を用いることによって目的に到達することができる。<sup>(101)</sup> ドマは知性と意思の違いを明確にしており、知性は行為の目的や行為へ導く手段を認識し、それに対して意思は常に行為の支配者であり、その手柄 (maître) は意思の判断そのものにまで及ぶ。<sup>(102)</sup> つまり、知性は認識する能力、意思は実践的な判断能力および選択する能力であり、意思は行為の支配者であるから、知性の認識に反した行為を選択する場合もあと理解できよう。このようにして、意思は行為するかしないかを自由に選択することはできるが、知性の認識に反して行為を選択した場合、その行為は悪や不正へと導かれることになる。<sup>(103)</sup>

## 2 理性 (raison)

社会を維持するために神によって与えられた一つの原因が理性の光 (lumière de raison) である。理性の光は、人間たちに自分自身で社会を維持させるために与えられた原因である。<sup>(10)</sup> 理性の光は、「人間の衡平の自然的なルールを知らせる」。また「正義と衡平の共通のルールをすべての人間に感じさせ」、そして「法に代わる」。すべての人間の精神には理性の光が刻み込まれていることから、人間は自然法のルールを知ることができる。「これらのルールの認識は、理性と分かちがたい。より正確に言えば、理性はそれ自身これらのあらゆるルールを認識し使用することにはほかならない」と規定していることから、理性は知性や意思などの能力概念ではなく、ルールを認識し使用することそのものであるといえる。したがって、知性との関係で考えると、知性という能力を用いて認識し使用することが理性である。

「第一の諸原理を知らない人たちにも、これらの真理についての理解を与える理性の光は、各人が理性の光を各人の行為のルールにするというように、各人を支配するのではないとはいえ、理性の光はすべての人たちを次のように支配する。すなわち、最も不正なものであっても、他者の不正を非難し憎むのに十分なほど正義を愛する。各人は他者がこれらのルールを守ることで利益を有するので、多くの者は、これらのルールに抵抗し、他者に害を与える者をこれらのルールに従わせるように決心する」<sup>(11)</sup>。理性は、人間の行為のルールとはならないことから、人間は必然的に理性に支配されることはないが、理性に従って行為することは自分の利益につながるということを判断することができる。以上のように、人間には、知性を正しく用いて認識し判断することができる理性が備わっている。

### (四) 義務 (engagement) と義務適合的行為 (devoir)

プーフエンドルフが人間の社会的本性を生得的なものとして捉えていない一方で、ドマは、人間の社会性を神の創

造によるものとしているが、プーフエンドルフと同様に自己愛と自己保存から他人との結合および社会の必要性を導き出し、社会における人間の行為を規律するため、人間の共同生活におけるルールを規定する。プーフエンドルフは、obligatioの意味を明確にし、人間が準拠すべきルールを提示することによって、義務適合的に行為する義務(officium)を基礎づけている。その一方で、ドマは実務家として、規範の内容、すなわち人間が準拠すべき義務(engagement)を『自然的秩序における市民法』の中心においている。

プーフエンドルフの行為概念として定義されているofficiumは、バルベイラックによってdevoirと訳されている<sup>(16)</sup>。それでは、ドマはdevoirをいかなる意味で用いているのだろうか。『法論』において、ドマはdevoir概念を次のようにengagementと関連づけて論じている。すなわち、「義務(engagement)は、各人にとって諸法律のようなものであり、第二の法が要求することを各人に示す。その結果、義務は各人のdevoirを規定する。というのも、人間たちの間のdevoirは、存在する義務(engagement)に従った、すべての人がすべての他人に負っている誠実な愛の効果(effect)にはかならないからである」<sup>(17)</sup>、また上述したように、「すべての人間は社会の一員であるから、各人はそれぞれのdevoirと任務(fonction)を、地位(rang)や義務(engagement)によって定められていることに従って果たさなければならぬ<sup>(18)</sup>」としていることから、devoirは義務(engagement)に従って行為する義務と理解することができる。したがって、プーフエンドルフのofficiumとobligatio、ドマのdevoirとengagementは対応関係にあるといえよう。

## (五) 小括

人間論から演繹される義務中心の思考は、ドマにおける『自然的秩序における市民法』に次のように応用されている。まず、体系配列に関して、ドマは、上述したように第一部に「義務とその効果」、次いで第二部に「相続」を規定している。この配列は、人間社会のあり方と結びつけて基礎づけられている。ドマによれば、義務は人間における

関係 (ties) の本性に不可欠であり、相続はその継続を可能にする<sup>(10)</sup>。社会の秩序は、あらゆる場所において義務によって保たれ、相続によってあらゆる時代において維持される<sup>(11)</sup>。つまり、義務は人間社会の保持のために存在し、相続は世代を超えて社会を保持することに役立つことから、義務と相続は、人間社会継続のために必要不可欠であるといえる<sup>(12)</sup>。

次に、合意に関して、合意は社会生活にとって必要不可欠な行為であると同時に、一つの義務 (engagement) であり、合意を為した者たちはそれに義務づけられる。合意から発生する義務として、合意において説明された事項以外に、合意の自然的結果、債務に対して法律や慣習によって与えられる効果に義務づけられる。例えば、売買契約において、売主には目的物引渡義務が発生する。売主がその義務を履行した場合、その行為は義務適合的行為とみなされる。その一方で、売主の行為は、意思の自由な選択によって決定されるので、この義務に反して引き渡さないということも可能である。しかし、その場合、引き渡さないことを意思によって決定したのであるから、その行為は帰責の対象となる。また、不動産売買において、買主は正当価格の半分以上で購入してはならない（莫大損害の制度）と義務づけられていることから、買主が正当価格の半分以上の価格で購入した場合、義務適合的行為とみなされる。買主は、意思の自由な選択に基づいて、この義務に反して正当価格の半分以上で購入することも可能であるが、その場合には、買主は行為の責めを負わなければならない。この不動産を返還するか、不足分を支払わなければならない。社会秩序に適合していなければならない合意は、個人の意思に還元し得ない法的性格を有している。ドマによれば、当事者の意思が明らかでない場合でも、合意の内容は解釈のルールを用いて確定され、それと同時に効果が確定される。ドマは、解釈のルールとして契約締結時における義務等を設定している<sup>(13)</sup>。個々人の意思は、合意の内容を確定するための一つの手段にすぎず、合意の効果が意思表示の効果として論じられることはない。

このようにして、ドマは、知性と意思という二つの能力を備えた人間を前提として、あらかじめ与えられている義務

概念を用いることによって、合意の義務づけおよび合意から発生する義務を根拠づけている。

## 五 おわりに

ドマは、ローマ法の基盤である訴権の体系を清算し、人間の本性論から演繹される義務を中心とした私法理論を構築した。そこでは、訴訟による救済以前に従うべき義務を設定し、義務違反を問題とする。ドマは、プーフェンドルフの *obligatio* と *officium* の義務の体系を継承することによって、ローマ法の訴権的關係を義務の關係へと焼き直したと捉えることができよう。

本稿における考察は、ドマの法理論の基本的構造におけるプーフェンドルフの影響という観点から進めたため、具体的な私法理論の解明には踏み込むことができなかった。したがって、次の課題として、今後はドマの契約理論について、ドマがプーフェンドルフの義務の体系をいかに応用しているかを具体的に考察していきたい。

- (1) ドマは、クレルモン上座裁判所検事であり、その職を三〇年間務めた。彼の育ったクレルモン・フェランは、慣習法地域に属するオーヴェルニュ州にあり、ローマ法が援用される飛地であった。野田良之「ジャン・ドマとフランス民法典——特に民事責任の規定を中心として」比較法雑誌三卷二号（一九五六）と René-Frédéric Voelzel, Jean Domat (1625-1696), Paris 1936 が詳しい。
- (2) 本稿執筆にあたり、Les lois civiles dans leur ordre naturel: le droit public, et legum delectus nouv. éd., Paris 1735 を用いた。
- (3) ドマについての主な邦語論文に、野田、前掲注（一）、小川浩三「ジャン・ドマの lois de la religion と lois de la police (一)・(二)・完」北大法学論集三八卷三号・四号（一九八八年）一頁以下、四一頁以下、石崎政一郎「ヴェルツェル著『ジャン・ドマ』」法学六卷一・二号（一九三七年）、和田敏明「ジャン・ドマ（一六二五—一六九六）の契約観——物権変動

- における意思主義の萌芽」早稲田法学会誌四三卷(一九九三年)四三七頁以下、前田美千代「Jean Domat (ジャン・ドマ) における債権譲渡——法律行為論序説に代えて——」法学政治学論究二九号(二〇〇一年)一三七頁以下。主な仏語論文に Henry Loubers, Domat philosophe et magistrat, Paris 1873, Voelkel, op. cit., Bernard Baudelot, Un grand juriconsulte du 17<sup>e</sup> siècle: Jean Domat, Paris 1938, Paul Nourrisson, Un ami de Pascal: Jean Domat, Paris 1939, Jean-Louis Gazzaniga, Domat et Pothier: Le contrat a la fin de l'ancien régime, in: Droits, 1990, n° 12, 37-46, David Gilles, La pensée juridique de Jean Domat (1625-1696), Du Grand Siècle au Code civil, thèse, Aix-en-Provence 2004, Jean-François Brégy, Contrat et idéologie chez Jean Domat, in: L'idée contractuelle dans l'histoire de pensée politique, Actes du colloque organisé par l'AFHIP (Sep. 2007), Aix-en-Provence 2008, 147-161。
- (4) 一七世紀のフランスにおける法の状態につき、野田良之『フランス法概論(上)』有斐閣、一九五四年、二七二頁、同、前掲注(1)、五六頁。
- (5) Helmut Coing, Europäisches Privatrecht Band I, München 1985, 182, Gerald Hartung, Gesetz und Obligation. Die spätscholastische Gesetzesstheologie und ihr Einfluß auf die Naturrechtsdebatte der Frühen Neuzeit, in: Grunert/Sehmann (Hrsg.), Die Ordnung der Praxis, Tübingen 2001, 381-402, 382, Axel Hägerström, Recht, Pflicht und bindende Kraft des Vertrages nach römischer und naturrechtlicher Anschauung, in: Oliverona (Hrsg.), Acta Societatis Litterarum Humaniorum Regiae Upsalensis 44: 3, Uppsala, 1965, 22f., 41。
- (6) 北村一郎「契約の解釈に対するフランス破産院のコントロール(一)」法学協会雑誌九三卷一二号(一九七六年)三八頁以下。
- (7) ①後津安恕、「失われた契約理論」昭和堂、一九九八年、②同「私法理論のパラダイム転換と契約理論の再編」昭和堂、二〇〇一年、③同「私法の一般理論の成立条件——意思自由論か行為自由論か——」法学六九卷六号(二〇〇六年)、④同「義務の体系もとの私法の一般理論の誕生」昭和堂、二〇一〇年、Yasuhiko Ikadansu, Der Paradigmawechsel der Privatrechtstheorie und die Neukonstruktion der Vertragstheorie in seinem Rahmen: Pufendorf, Wolff, Kant und Savigny, Ebelbach 2002, Franz Wieacker, Die vertragliche Obligation bei den Klassikern des Vernunftrechts, in: Stratenwerth (Hrsg.) Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, Berlin/New York 1974, 7-22, 11。
- (8) 鎌田薫「フランス不動産譲渡法の史的考察(四・完)」民商法雑誌六六卷六号(一九七二年)、滝沢幸代「物権変動の理



- 論』有斐閣、一九七八年、九五頁以下、和田、前掲注(3)、北村、前掲注(6)、石川博康『契約の本性』の法理論』有斐閣、二〇一〇年、二四三頁以下、小林公「ジャン・ドマ解説」『久保正幡先生選歴記念・西洋法制史料選III近世・近代』創文社、一九七九年、一二八頁以下など。
- (9) André-Jean Arnaud, *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris, LGDJ, 1969, 144. Jacques Ghestin, Jean Domat et le Code civil français, in: Cendon (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano 1994, 540f.
- (10) Klaus-Peter Nanz, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, München 1985, 187f., Gazzaniga, op. cit., 38 et s.
- (11) Erik Wolf, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen 1963, 365, Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen 1967, 312, Reinhard Voppel, *Der Einfluß des Naturrechts auf den Usus modernus*, Köln/Berlin/Bonn/München 1996, 125f. たろたろたろ。
- (12) 例えば、大川四郎「近世自然法論の十八世紀フランス債権法論に対する影響——ジャン・バルハイラック版グロチウス、プーフェンドルフの十八世紀フランス法曹への普及を手がかりとして——」比較法史学会編『文明装置としての国家』未来社、一九九六年、一七〇頁以下。
- (13) Michael Seidler, *Introductory Essay in Samuel Pufendorf's On The Natural State of Men*, The Edwin Mellen Presse 1990, 16.
- (14) 松尾弘「民法学の発展における自然法学の意義」姫路法学二二号(一九九七年)九八頁、大川四郎「アンシャン・レジームの法伝統」『コード・シヴィルの200年』創文社、二〇〇七年、四五頁以下。
- (15) Domat, *Les lois civiles*, préface. 一七世紀には、ローマ法に対する批判な潮流が見られる(David Gilles, Jean Domat et l'esprit de la codification, du Grand Siècle au Code civil, in: Deroussin/Garnier (dir.), *Passé et présent du droit*, n° 5, Éditions Le Manuscrit 2008, 109-122, Helmut Coing, *Zur Vorgeschichte der Kodifikation: Die Diskussion um die Kodifikation im 17. und 18. Jahrhundert*, in: *La formation storica del diritto moderno in Europa 2*, Firenze 1977, 797-817, 799ff.)。
- (16) Domat, *Les lois civiles*, préface.
- (17) Domat, *Les lois civiles*, préface.
- (18) Domat, *Les lois civiles*, préface.

- (19) Domat, *Les lois civiles*, préface.
- (20) engagement な<sup>レ</sup> 因<sup>レ</sup>に説明するやうに義務と訳す。
- (21) Gilles, op. cit. (3), 261 et s. *id.*, op. cit. (15), 127 et s.
- (22) コナンは「人」「物」「訴権」という『法学提要』の体系を「人（主体）」「物（客体）」「行為（actones）」と作りかえた。基本的には、この体系が維持されて、ドマの「人」「物」「債務関係（engagements）」になり、さらにフランス民法典の体系となったのである（小川浩三「F・コナンの契約理論（一）」北大法学論集三五巻六号（一九八五年）七〇頁、注（28））。
- (23) engagement の分類に<sup>レ</sup> 著<sup>レ</sup> Jean-Marie Augustin, *Les classifications des sources des obligations de Domat au Code civil*, in: *Acte des 3èmes Journées d'Études Pothiers-Roma tre*, LGDJ 2007, 119–129, Teixeira Cédric, *La classification des sources du droit romain à nos jours*, thèse, Lyon 2011, 85 et s., Gilles, op. cit. (3), 257 et s.
- (24) Domat, *Les lois civiles*, Liv. I, préambule.
- (25) *レ* *レ* の合意に<sup>レ</sup> 著<sup>レ</sup> Arnaud, op. cit., 204, Nanz, a. a. O., 187ff.
- (26) Domat, *Les lois civiles*, Liv. I, Tit. I, Sec. I, a. 1.
- (27) D. 2, 14, 1, 2: Est pactio diuorum plurimum in idem placitum consensus. Domat, *Les lois civiles*, Liv. I, Tit. I, Sec. I, a. 2.
- (28) Domat, *Les lois civiles*, Liv. I, Tit. I, Sec. I, a. 8.
- (29) Domat, *Les lois civiles*, Liv. I, Tit. I, Sec. II, a. 2.
- (30) Domat, *Les lois civiles*, Liv. I, Tit. I, Sec. I, a. 7, remarque.
- (31) Domat, *Les lois civiles*, Liv. I, Tit. I, Sec. I, a. 7.
- (32) Paul. D. 19, 5, 5: do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias (Domat, *Les lois civiles*, Liv. I, Tit. I, Sec. I, a. 4, remarque).
- (33) 小川、前掲注（3）四二頁、四七頁。
- (34) Domat, *Les lois civiles*, Liv. I, Tit. I, Sec. I, a. 5.
- (35) Domat, *Les lois civiles*, Liv. I, Tit. I, Sec. III, a. 1.
- (36) Domat, *Les lois civiles*, Liv. I, Tit. I, Sec. III, a. 1.

- (37) Donat, *Les lois civiles*, Liv. I, Tit. II, Sec. I, a. 5.
- (38) Donat, *Les lois civiles*, Liv. I, Tit. II, Sec. I, a. 6.
- (39) Donat, *Les lois civiles*, Liv. I, Tit. II, Sec. I, a. 7.
- (40) Donat, *Les lois civiles*, Liv. I, Tit. II, Sec. II.
- (41) Donat, *Les lois civiles*, Liv. I, Tit. II, Sec. III.
- (42) Donat, *Les lois civiles*, Liv. I, Tit. II, Sec. I, a. 8.
- (43) Gilles, op. cit. (3), 288, Uwe Jahn, Die "subtilité du droit romain" bei Jean Donat und Robert-Joseph Pothier, Diss. iur. Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt a. M. 1971, 47ff., Nanz, a. a. O., 189.
- (44) ロー法においては、実体法と訴訟法の分化が明確にやれておらず、個別的な訴訟による救済が一次的な重要性を有し、そもそも抽象的な権利概念は存在しなかったとやれる。訴権 (actio) および訴権の体系については、Max Kaser, *Das römische Privatrecht* I, 2. Aufl., München 1971, 483ff., Max Kaser/Rolf Knütel, *Kurz-Lehrbücher für das juristische Studium Römischer Recht*, 20. Aufl., München 2014, 44f., 189ff., Alfons Bürger, *Römisches Privatrecht. Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung*, Darmstadt 1999 等を参照。
- (45) Donat, *Les lois civiles*, Liv. II, Tit. VIII.
- (46) Samuel Pufendorf, *De jure naturae et gentium libri octo* (Lund 1672) (JNG), ed. G. Mascovius, Frankfurt-Leipzig 1744, auch *De jure naturae et gentium libri octo*, Amsterdam 1688, mit einer Übersetzung von C. W. und W. A. Oldfather, 2 Bd., Oxford 1934.
- (47) Samuel Pufendorf, *De officio hominis et civis* (Off.), in: Samuel Pufendorf *Gesammelte Werke* Bd.2, Berlin 1997, *ders.*, *Über die Pflichten des Menschen und des Bürgers nach der Natur*, übersetzt von Klaus Luig, Frankfurt a. M., 1994.
- (48) プーフエンデルフは『義務論』における『Lectori benevolo saluem』の中で、自然法と道徳神学の違いを説明している (Pufendorf, *Lectori benevolo saluem*, in: Samuel Pufendorf *Gesammelte Werke* Bd. 2, Berlin 1997, 5-9)。
- (49) 『点字』篠津、前掲注(7)④二二頁以下、Ikadatsu, a. a. O., 4ff., 48f., Hannes Unberath, *Die Vertragsverletzung*, Tübingen 2007, 56. プーフエンデルフに関する主な邦語論文は、前掲注(7)、前田俊文『プーフエンデルフの政治思想』成文堂、二〇〇四年、松尾弘「プーフエンデルフの所有権論と法理論の展開——『義務論』を中心にして——」『歴史と社

- 会の中の法』未來社、一九九三年、三四七頁以下。主な独語論文は、Hans Welzel, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, Berlin 1958, Geyer/Goetlich (Hrsg.), Samuel Pufendorf und seine Wirkungen bis auf die heutige Zeit, Baden-Baden 1996, Horst Denzer, Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf, München 1972。
- (50) Pufendorf, Off. I, III, 2.  
 (51) Pufendorf, JNG II, III, 14.  
 (52) Pufendorf, JNG II, I, 8.  
 (53) Pufendorf, Off. I, III, 7, *ders.*, JNG II, III, 14.  
 (54) Pufendorf, Off. I, III, 13.  
 (55) Pufendorf, Off. I, III, 13.  
 (56) Pufendorf, Off. I, VI, 1, *ders.*, JNG III.  
 (57) Pufendorf, Off. I, VI, 2.  
 (58) Pufendorf, Off. I, VI.  
 (59) Pufendorf, Off. I, VII.  
 (60) Pufendorf, Off. I, VIII.  
 (61) Pufendorf, Off. I, IX, 1.  
 (62) Pufendorf, Off. I, I, 1.  
 (63) Pufendorf, Off. I, I, 2.  
 (64) entia moralia 徳令<sup>レ</sup>の<sup>レ</sup>物<sup>レ</sup> Welzel, a. a. O., 19ff., Denzer, a. a. O., 67f., Behme, a. a. O., 50ff., Kalus-Gert Lutterbeck, Pufendorfs Unterscheidung von physischem und moralischem Sein und seine politische Theorie, in: Hünning (Hrsg.), Naturrecht und Staatstheorie bei Samuel Pufendorf, Baden-Baden 2009, 19ff., Theo Kobusch, Pufendorfs Lehre vom moralischen Sein, in: Palladini/Hartung (Hrsg.), Samuel Pufendorf und die europäische Frühaufklärung, Berlin 1996, 63f., 前田、前掲注(49) 一六八頁以下、桜井徹「プーフエントルフのエンティア・モローリア理論」日本法哲学学会編『現代所有論』有斐閣、一九九二年、一七〇頁以下。  
 (65) Pufendorf, JNG I, I, 3.

- (66) Pufendorf, JNG I, I, 4.
- (67) Pufendorf, JNG IV, IV, 1.
- (68) Pufendorf, JNG IV, VI, 5.
- (69) Pufendorf, JNG I, I, 5.
- (70) Pufendorf, JNG I, VI, 5.
- (71) Pufendorf, JNG I, VI, 5.
- (72) 細野之豊『論』の註釋 Weizel, a. a. O., 21ff.; Denzer, a. a. O., 74ff. 以下。
- (73) Pufendorf, Off. I, I, 4.
- (74) Pufendorf, Off. I, I, 9.
- (75) Pufendorf, Off. I, I, 1.
- (76) ベーコン・ヘルムホルツの義務論の註釋 Winiger. Das rationale Pflichtenrecht Christian Wolffs, Berlin 1992, 54ff., Denzer, a. a. O., 143ff., obligatio 及び 例 Gerald Hartung. Die Naturrechtsdebatte. Geschichte der Obligatio vom 17. bis 20. Jahrhundert, München 1998, 50ff.。
- (77) Pufendorf, Off. I, I, 2.
- (78) Pufendorf, Lectori benevolo salutem, 6.
- (79) 『自然の秩序における市民法』の序文として書かれた。Traité des lois, in: Les lois civiles dans leur ordre naturel; le droit public, et legum delectus nouv. éd., Paris 1735 を用いた。
- (80) Donat, Traité des lois, Ch. I, 3.
- (81) Donat, Traité des lois, Ch. I, 7.
- (82) Donat, Traité des lois, Ch. I, 8.
- (83) Donat, Traité des lois, Ch. IX, 3.
- (84) Donat, Traité des lois, Ch. II, 3.
- (85) Donat, Traité des lois, Ch. II, 3.
- (86) Donat, Traité des lois, Ch. III et Ch. IV. engagement の分類及び 例 Voelzel, op. cit., pp. 107-135. Baudelot, op.

cit., pp. 72-83°.

- (87) Donat, Traité des lois, Ch. III, 1.
- (88) Donat, Traité des lois, Ch. IV, 2.
- (89) Donat, Traité des lois, Ch. IV, 3.
- (90) Donat, Traité des lois, Ch. IV, 4.
- (91) 小川は engagement の概念を檢註の恣意性を指摘しつつは (小川、前掲注 (87) (1) 111頁、注 (14))°.
- (92) Donat, Traité des lois, Ch. V, 1, 1<sup>re</sup> Règle : Les engagements tiennent lieu de lois.
- (93) Donat, Traité des lois, Ch. V, 4, 4<sup>me</sup> Règle : Ne fait tort à personne, et rendre à chacun ce qui lui appartient.
- (94) Donat, Traité des lois, Ch. V, 5, 5<sup>me</sup> Règle : Sincérité et bonne foi dans les engagements volontaires et mutuels.
- (95) Donat, Traité des lois, Ch. V, 9, 9<sup>me</sup> Règle : Liberté de toutes sortes de conventions.
- (96) Donat, Traité des lois, Ch. V, 10, 10<sup>me</sup> Règle : Tous engagements qui blessent les lois et les bonnes moeurs sont illicites.
- (97) Donat, Traité des lois, Ch. I, 3.
- (98) Donat, Traité des lois, Ch. IX, 1 et 2.
- (99) Donat, Les Harangues, Les lois civiles dans leur ordre naturel; le droit public, et legum delectus, nouv. éd., Paris 1735, 『要説』の如く例へば Marie-France Renoux-Zagamé, La figure du juge chez Donat, in: Droits, 2004, n° 39, 35-51°.
- (100) Donat, Harangues, Harangue prononcée aux assises de l'année 1672, p. 266.
- (101) Donat, Harangues, Harangue prononcée aux assises de l'année 1675, p. 273.
- (102) Donat, Harangues, Harangue prononcée aux assises de l'année 1675, p. 274.
- (103) Donat, Harangues, Harangue prononcée aux assises de l'année 1675, p. 274.
- (104) Donat, Traité des lois, Ch. IX, 5.
- (105) Donat, Traité des lois, Ch. IX, 5.
- (106) 『義務論』は “Devoirs de l'homme et du citoyen” として著作のなかをなす。officium は devoir、obligatio は engagement として用いられる°.
- (107) Donat, Traité des lois, Ch. II, 3.

- (108) Domat, *Traité des lois*, Ch. V, 1, 1<sup>re</sup> Règle: Les engagements tiennent lieu de lois.
- (109) Domat, *Les lois civiles*, *Seconde partie*, préface, I. 40. 9 17 Gilles, op. cit. (3), 265 et s. を参照。
- (110) Domat, *Les lois civiles*, *Seconde partie*, préface, I.
- (111) Domat, *Traité des lois*, Ch. VII, 1, *id.*, *Les lois civiles*, *Seconde partie*, préface, 2.
- (112) Domat, *Les lois civiles*, Liv. I, Tit. I, Sec. II, a. 8-22.
- (113) Domat, *Les lois civiles*, Liv. I, Tit. I, Sec. II, a. 8.

中野 万葉子 (なかの まよこ)

所属・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

ミュンヘン大学大学院法学研究科後期博士課程留学中

最終学歴 名古屋大学大学院環境学研究所前期博士課程

所属学会 日本法哲学会、法文化学会

専攻領域 法思想史