



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ジャン・ドマの lois de la religion と lois de la police (2・完)
Author(s)	小川, 浩三; OGAWA, Kozo
Citation	北大法学論集, 38(4), 41-70
Issue Date	1988-03-30
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16584">https://hdl.handle.net/2115/16584</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	38(4)_p41-70.pdf



シヤン・ゾウの lois de la religion et lois de la police (11・完)

小川 浩 三

法の知恵 (civilis sapientia) はきわめて神聖であつて、金錢を  
もつて評価せらるべきものでも、また汚されるべきものでもない  
(ウルゴアヌス D. 50. 13. 1. 5)

## 目次

はじめに

一 両法の分別(以上前号)

二 一つの具体例——契約関係

補論 ポティエの「良心の法廷」と「外面の法廷」

おわりに

## 二、一つの具体例——契約関係

ドマによれば、合意<sup>(51)</sup> (convention) には四種類ある。すなわち、両当事者が相互に与えあうもの、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>(52)</sup>。このうち、前三者の合意においては、一方当事者の債務関係 (engagement) は、他方当事者の債務関係の基礎 (fondement) である。また、一方のみが債務 (obligation) を負うように見える、金銭消費貸借のような合意でも、借主の債務には貸主の先給付がなければならず、このようにして、一方のみに債務が生ずる合意でも、この債務のコース (cause) は相手方であり、これがなければ債務は無効となる<sup>(53)</sup>。このように、贈与などの一方のみが与え、為す合意を除けば、合意が有効に成立するためには、給付ないし債務関係の「対価関係 (equivalence)」<sup>(54)</sup> がなければならぬ。相手方を考慮した上で、合意した者の義務<sup>(55)</sup> 債務が生ずるのである。

贈与などの、一方のみが与えあるいは為す合意においては、給付する者の債務負担の基礎は、贈与者のもつともで正

「正当な動機 (motif raisonnable et juste)」、たとえば、受贈者が行った奉仕 (service rendu) に報いるためとか、慈善の喜び (plaisir de faire du bien) 等である。この動機は、受贈者の側のコースとなるものである<sup>(55)</sup>。もつとも、生前贈与が訴求可能であるためには、贈与証書の登録 (insinuation) がなされなければならないが、そこに表示されたコース<sup>(56)</sup>動機が真実でないとしても贈与は無効とならない<sup>(57)</sup>。なお、コースの表示そのものが必要であるかどうか、ドマは明示的に述べていない<sup>(58)</sup>。

双務契約の履行についても、両債務の「均り合い」が問題になる。一方の債務の基礎が他方の債務である合意の第一の効果は、各契約当事者が相手方にその債務を履行するように義務づけることができるのは、合意により相互に負う債務に応じて、自己の側から自己の債務を履行することによってだ、ということである<sup>(59)</sup>。合意により同時履行が定められている場合、たとえば、売買契約で、目的物の引渡と代金の支払が同時に履行されると定められている場合<sup>(60)</sup>には、自己の履行をしなければ、相手方を強制できない<sup>(61)</sup>。

偶発事故 (cas fortuit) による損失は、所有者が負担するが、合意の結果、同じものが事変により利益になつたり、損失になつたりする場合には、利益を受ける者が損失をも負わねばならない。たとえば、売買契約締結後は、買主が目的物をよりよきものにする事変から利益を受けるのだから、より悪いものにする事変から生ずる損失も負担しなければならない<sup>(62)</sup>。ただし、損失の責が売主にある、たとえば目的物の引渡を遅滞していた場合には、売主が損失を負担する<sup>(63)</sup>。

契約当事者の一方の側から合意が履行されない場合、解除が認められることがある。不履行の理由が、履行しない者が履行できないからでも、履行する意思がないからでも、どちらでもよく、また、解除条項が合意に含まれていない場合でも、このことに変わりはない<sup>(64)</sup>。合意を解除するためには、裁判所に訴えなければならず、この場合裁判所は、状況に応じて、即座に解除を認めたり、あるいは、一定の猶予を債務者に認めたりする<sup>(65)</sup>。

以上、ごく簡単に見てきたように、契約に関するドマの国法 (lois civiles) 論は、忘恩による贈与の撤回<sup>(67)</sup>も含めれば、契約相手の態度とは無関係に一方的に義務を負う関係というよりは、自己の利害を第一として行動する人間たちの相互の関係を問題にする。<sup>(68)</sup> いささか象徴的でない方をすれば、契約法論から見た国法は、第二の法原理の精神に貫かれた、隣人愛の法ではなく、自愛の法である。<sup>(69)</sup> 国法、したがってその上位概念である国制の法 (lois de la police) は、自己の利害打算を第一にする人間たちの外面的社会秩序を維持するものであり、その限りで隣人愛の精神に貫かれた宗教の法 (lois de la religion) と区別されるわけである。

### 補論 ポティエの「良心の法廷」と「外面の法廷」

最近いくつかの論稿で、ポティエの「良心の法廷 (for de la conscience)」ないし「内面の法廷 (for intérieur)」と「外面の法廷 (for extérieur)」との区別が言及され、その重要性が再認識されつつある。<sup>(70)</sup> ここでは、合意、契約の成立問題を中心にして、両法廷の分別を見てゆくことにする。

(一) 詐欺について 内面の法廷では、信義 (bonne foi) を守ることが最高度に要求されるのに対して、外面の法廷ではかかる厳格な信義は要求されない。<sup>(71)</sup>

(二) 損害 (lesion) について 内面の法廷では正当価格 (juste prix) による売買が要求されるが、外面の法廷では、正当価格の半分を超える莫大損害 (lesion enorme) の場合にのみ解除が認められる。<sup>(72)</sup>

以上の二つの法制度では、内面の法廷の義務と外面の法廷の義務には程度の差があり、この程度の差の根拠は、取引の安全、つまり人間の相互関係の安定である。

(三) コーズについて 合意によるすべての債務関係 (engagement) には、まづとうなコース (cause honnête) がなければならぬ。相方的な契約 (contrat intéressé) <sup>(73)</sup> では、契約の一方当事者の債務関係のコースは、相手方が彼に与えるもの、与える義務を負っているもの、あるいは、相手方が負担する危険である。慈善契約 (contrat de bienfaisance) では、一方当事者の寛厚 (libéralité) の意思、いわゆる寛厚の意図 (intention libérale) がコースになる <sup>(74)</sup>。この中で贈与契約では、受贈者の承諾 (acceptation) には一定の方式——贈与証書 (acte de donation) とその登録 (insinuation)——が必要であり、これがなければ、純粹な自然法 (pur droit naturel) 上はともかく、国法 (droit civil) 上は贈与契約に効力がない <sup>(75)</sup>。しかし、受贈者が行った特定の奉仕 (service rendu) に報いるための贈与——いわゆる報酬のための贈与 (donatio remuneratoria)——の場合、この奉仕が、金銭に評価できる利益 (intérêt appréciable à prix d'argent) をもち、しかも、贈与と等価である場合には、この行為はもはや贈与と性質決定する (qualifier) ことはできず、したがって、証書が登録されなくとも、国法上も有効である <sup>(76)</sup>。これからすれば、相手方の為す行為に対して債務を負う合意——do ut facias ならし facio ut facias——において相手方の為す奉仕が金銭に評価できるもので、しかもその価額が債務の目的物の価額と均り合うものであれば、この行為は相方的な契約と性質決定されるものと考えられる。相手方の与える行為に対して債務を負う合意では、相手方の与える目的物は、通常金銭に評価できるものであり、また、相手方が危険を負担するのに対し債務を負う場合にも、この負担は金銭に評価できる利益である <sup>(77)</sup>。以上からすれば、相方的な契約のコースは、金銭に評価できる利益とすることができる <sup>(78)</sup>。したがって、合意が国法上効力をもつのは、金銭に評価できる利益をコースとしてもつ場合、ないし、特別の方式を備えた場合と考えられ、それ以外の場合は、合意は単に純粹な自然法上の効力をもつにすぎない。次の、第三者のためにする契約における金銭に評価できる利益の機能を考慮し、また、国法と純粹な自然法上の対比が外面の法廷と内面の法廷との対比と重なるものと考えられるとすれば、<sup>(79)</sup>

相方的な契約のコースないし方式を備えた合意だけが外面の法廷においても効力をもつと考えられる。

(四) 第三者のためにする約定 外面の法廷では、過怠約款が付されない限り、要約者は、諸約者がこの約定を履行することにつき、金銭に評価できる利益をもたないのであるから、この約定は効力がない。しかし、内面の法廷では拘束する。<sup>(80)</sup>

(五) 無能力について 未成年者が後見人の承認 (aucto-rité) なしに契約を締結した場合、彼が理性を行使できるほどに十分に成熟していたとしても、その契約に単純な損害 (simple lesion) があれば、外面の法廷ではこの契約の取消しが可能であるが、内面の法廷では、受領した金銭をたとえ浪費したとしても返還する義務を負う。<sup>(81)</sup> 無能力者たる妻についてもほぼ同様。<sup>(82)</sup> 内面の法廷では、国法による年齢の定めとは無関係に、理性を行使できる者が契約を締結すればそこから自然債務が生ずる。

(六) 宣誓について 宣誓は、外面の法廷ではほとんど全く効果をもたない。債務に宣誓が付された場合、宣誓の効力は、債務の効力に完全に依存する。<sup>(83)</sup> これに対して、良心の法廷では、神に対する義務との関係で、微妙な問題が生じて来る。<sup>(84)</sup> 以上、契約の成立過程に関するポティエの説明において、内面の法廷と外面の法廷の分別がどのようなものであったかを具体的に見てきた。ここに見られるのは、この分別が彼の説明全体を貫いているということであり、法、つまり裁判の世界と道徳の混同ではなく、その峻別の営みである。

### おわりに

近世自然法論において法と道徳の混同を見るヴィレイの見解は、以上から、法と道徳の定義の仕方の問題を別にすれ

ば、少なくともドマとポティエについてはあてはまらない、これが本稿の結論である。残された問題は、二つあり、一つは、内面の法廷と自然法の関連性の問題であり、もう一つは、内面の法廷、したがって、神に対する義務から、さしあたり切り離された自然法の問題である。ドマにも、この意味の自然法——国制の法における自然法——は見出されたが、これは結局、科学学派なもちろんで、中世の学識法(droit savant, gelehrtes Recht)としての普通法(ius commune)としてサヴィニーやエルリッヒの法曹法(Juristenrecht)に連なるものと考えられる、学問的に見て正しい、真であることを根拠として妥当する法である<sup>(55)</sup>。この二つの学説史的検討を今後の課題としたい。

(51)「この合意という語は、一般的名辞であって、あらゆる種類の契約、条約、あらゆる性質の約定を含むものである。」(Les lois civiles dans leur ordre naturel, Part. 1, Liv.1, Tit.1, Sect. 1, art.1——以下、P.1, L.1, T.1, S.1, a.1と略す)「合意とは、二人ないし複数人の主体が、彼らの間に債務関係(engagement)を生成させ、あるいは既存の債務関係を消滅ないし変更させるために行う同意(consentement)である。」(loc. cit., a.2)

中世ローマ法学では、「合意」の一般概念としては、pactumの語を用いられることが多かったが、ドマは「D. 2. 14. 1. 3に從つて、conventioを一般概念として用いている。

(52)前三者は、ドマ自身が注で引いているように、D.19.5.5でパウルスによつて示された、いわゆる無名契約の四類型に由来するものである。すなわち、「余が与え、汝が与える(do ut des)」、「余が与え、汝が為す(do ut facias)」、「余が為し、汝が与える(facio ut des)」、「余が為し、汝が為す(facio ut facias)」という合意の四類型が挙げられたが、このうち、第二と第三がいっしょにされて、全体で三類型になっているわけである。合意を説明する際に、ローマ法文は、まず有名契約から説き起している(たとえば、D. 2. 14. 7)。また、中世ローマ法学も、まず、訴求可能なpactum vestitum<sup>(56)</sup>と、いわけ有名契約から説き起している。これに対して、ドマが、まず、無名契約の類型を抽象的に提示しているというところは、契約法の体系的叙述という点から見ると、大きな違いがあるように思われる。簡単にいえば、ローマ法文、あるいは、中世ローマ法学が訴権の体系を立てようとしているのに対して、ドマが社会的に存する行為の体系として契約を描き出そうとし

ているところから見て、この点は、*マ*がアリストテレスの *synallagma* を *マ*の *commutatio* に連なると考えられる *engagement* を体系全体の要としたことと無縁でないように思われる。そして、この意味で *マ* のコナンの影響を想定する *H. CAPITANT, infra not. 53, n. 77* は評価できる。なお、本稿(本誌三八卷三三三頁注(14)参照)。

(85) P. I. L. I. T. I. S. I. a. 5. 合意とロースをめぐる理論は、なによりも、中世学識法の成果である。A. SÖLLNER, Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten, ZRG RA, Bd. 77 (1960), p. 182 et s. によれば、契約の *causa* の問題は、D. 2. 14. 7. 2-5 (有名契約に入らない合意では *causa* が基礎となければ *obligatio* は生じない—— *nudum pactum*)、D. 4. 4. 2. 3 (*causa* なしに問答契約が結ばれた場合) ないし *causa* が後に続かなかつた *non secuta* 場合に債務者は債権者に悪意の抗弁を対抗できる)、C. 4. 5. 3 (債務がないのに問答契約證書 *cautio* が作成された場合には、證書上の債務者は原告として非債弁済の不当利得返還訴権、被告として悪意の抗弁をもつ)、D. 22. 3. 25. 4 (非債弁済の不当利得返還請求訴訟において *cautio* に *causa* の記載がない *indiscretia* 場合には、原告が *causa* の存在について証明責任を負い、*causa* の記載がある場合には、被告が *causa* の不存在について証明責任を負い、しかも証拠方法が文書に限定される)、C. 4. 30. 13 (金銭不払「不貸与」の争い *querella non numeratae pecuniae* ないし抗弁における、右と同様の証明責任の分配) といった諸法文の調和の作業(Harmonisierung)の産物である。詳細は、ゼルナーの右論文に譲るとして、注釈学派からオルレアン大学のレヴィニエールを経て、注解学派で完成した *causa* 論の姿をバルドゥスに見ると、大略次のようになる。

(1) 合意の効力に影響を与えるのは、不当利得返還請求における同じ *causa*、つまり *causa finalis* である——たとえば、反対給付 (*condictio causa data causa non secuta*) あるいは既存の債務 (*condictio indebiti*) など。現代の用語法を用いれば「動機」とする *causa impulsiva* は影響を与えず (op. cit., p. 235 et s.)。

(2) 問答契約したがってその証書 *cautio* に *causa* が記載されていなければならない場合だ、バルトルスは贈与を推定できるとするが、バルドゥスはこれに反対で、*causa* の記載を要求する。ただし、この場合の *causa* は *causa finalis* である必要はなく、*causa impulsiva* したがって「必然性をめしものびなく、説得力のある (*non cogens sed persuadens*)」*causa* であらねばなる (op. cit., p. 231 et s.)。

(3) 有名契約は、それ自体のうちに *causa* を有する。ちなみに、これについて、ゼルナーは G. CHEVRIER, Essai sur

l'histoire de la cause dans les obligations (Paris, 1929) p. 139 が、有名契約については causa finalis の理論が及ばないと述べていることを批判している。その根拠に「ゼルナーは、バルドゥスの C. 4. 30. 13 に対する注解 (n. 23) 「問答契約は、他に causa をもつ契約であるが、このことは、賣約とか売買といった他の有名契約にはあてはまらない。これらの契約は自身のもつ causa によって存在している (stipulatio est contractus aliunda tamen causandus, quod non est in aliis contractibus specificatis, ut in locatione, emptione et venditione etc. qui sunt causa sui ipsius)」を引いている。このから、ゼルナーは、有名契約も causa をもつたから、causa 論は有名契約に及ばないとするシュウリエの考え方は誤りだという (op. cit., p. 236)。しかし、シュウリエは、causa finalis の理論が及ばないと述べており、その意味は、売買契約において売主の目的物引渡債務が買主の代金支払債務の causa となるといった、causa 論はバルドゥスにないということであろう。この点についてゼルナーの引く注解は、批判の論拠としては、十分でないように思われる。有名契約それ自体がもつ causa が具体的に何なのかはわからない。かえって、この注解は、C. 4. 30. 13 に付されているのであるから、証書中に有名契約が記載されていればそれで causa としては十分だという意味のようには思われる。また、E.M. MEIJERS, Les théories médiévales concernant la cause de la stipulation et la cause de la donation, *Études d'histoire du droit*, Tom. 4 (Leide 1966), p. 125 が、「双務契約から生ずる債務の causa finalis は相手方の反対給付である」と述べて引用する、「買主については causa finalis は目的物であり、売主については代金である (respectu emptoris causa finalis est res; respectu venditoris et pretium)」というバルドゥスの C. 8. 40. 7 に関する注解も、そこでいう causa finalis は、売主の債務の causa finalis が買主の代金支払(債務)だというよりも、売主の目的は代金だという程度の意味になるのではなからうか。そうだとすれば、これは、フランス民法典一〇八条の文言を用いれば、コーズというより目的物 (objet) ということができよう。このように考えれば、causa finalis の理論は、バルドゥスの場合、無名契約にまだ及ばなかったというシュウリエの仮説は、十分に反駁されてはいないと考えられる。逆にいえば、バルドゥスにおいては、causa は、無名契約ならびに問答契約およびその証書である cautio について、とりわけ、後者について問題にされたように思われる。そして、この仮説は、メイヤースの前掲論文の結論とも軌を一にすると思われる。

(4) X. 1. 35. 1 に付した注解によれば、この法文によって、方式を欠く nudum pactum も、問答契約の causa となりうる causa が基礎にあれば訴求可能であり——訴権 *condictio ex canone*——したがって、causa impulsiva があれば十分

である——例、寛厚 (liberitas)、平和、協調 (concordia) (SÖLLNER, op. cit., p. 247 et s.)。causa からも、また許権 (condictio) からも、教会法上は nudum pactum も問答契約と同じ扱ひを受けるといふことが出来る。

以上のバルドゥスと同じような思考様式は、ハルトリストであり、慣習法の研究でも名高いデュ・ムーランにも見てとることが出来る。彼は、次のように述べている。「しかし、今日実際には、問答契約の方式に関するこれらすべての法文および理論が余計なものになっている。なぜなら、公的な私的な書面の他にも、当事者の自由や証人などによって、真剣に約定・締結された合意について適法に明らかに出来るのであるから、目的物が禁止されず、許されたものであり、当事者が当該合意を禁止されおらず、能力をもつなら、この合意は問答契約とみなされ、有効な訴権が生ずるからである。X. 1. 35. 1 に対する注釈による。したがって、このように解されるべきであるし、また拘束されるべきであり、また、世俗および教会の画法廷べりのように遵守されるべきである。(Sed hodie in praxi haec et omnes leges, et theoriae de formulis stipulationum superuacuae sunt : quia etiam extra scripturam publicam vel privatam, sive confessione patris, sive testibus, aut alias legitime appareat de conventiono serio pacta et conclusa, in re licita, nec prohibita, nec inter prohibitos, aut inhabiles pro stipulatione habetur, et oritur efficax actio. iuxta no. in c. 1. extra de pact. quod ita debet intelligi, et restringi, et ita in vitroque foro seculari et ecclesiastico observatur :)」(C. Molinaeus, Nova et analytica explicati rubr. et leg. 1. et 2. ff. de verb. oblig. Rubrica n. 42, Molinaei Opera, Tom. 2, Paris 1612) この場合、問答契約が有効であるためには causa が必要である (op. cit. s. si quis ita. (2) n. 9)。その理由は、Rubrica n. 42 の議論が一般的に述べているように見えるが、基本的には、nudum pactum だけを対象としておると考えられる。このことは、pactum を有名契約以外の契約 (contractus) の名辞として、その効力が問答契約と同じことを教会法から基礎づけ、Commentarius in Codicem sac. imp. Just. lib. 2 tit. 3, Molinaei Opera Tom 3, Paris 1612 から明かされるであろう。このことも、有名契約をも対象とする causa 論はなない。また、nudum pactum が問答契約と同視されるため、無名契約したがってその causa の問題は消滅している。

グローテウスも「オランダ法入門 (Inleiding tot de Hollandse Rechtsgeleertheyd)」——Jurisprudence of Holland by Hugo GROTIUS tr. by R. W. LEEF (London 1926, 1953), vol. 1 を用いた——の中で、問答契約は、ローマ法の厳格な方式を必要とせず、もっともな causa (redelijke oorzaak, reasonable cause) によりなされたのであればすべて有効と述べている (III, 1, 52)。もっともな causa は、問答契約が贈与のため、あるいは他の取引 (handeling, transaction) に付随



は、贈与の合意が書面によつて為されることをも考えあわせると、*causa impulsiva* かつ *causa persuadens* と読むことができる。合意の当初から *cause* が無い場合も、途中から *cause* がなくなつた場合も *obligation* は無効だと述べられているが (P. I. L. I. T. I. S. 2. a. 13)、「ここは合意がいかなるものかははつきりしない。逆にいえば、この合意を問答契約に限定して読むことも可能である。また、事実の錯誤について、それが合意の唯一の基礎 (*fondement*) である場合には、この錯誤により合意を無効にできるが、その理由として、この合意には *cause* が無い、あるいは誤つた (*fausse*) *cause* を *fondement* とすると述べている。これからすると *fondement* = *cause* と読めそうである。しかし、例として挙げられている事案は、被相続人が生存中に弁済したのに、相続人が債務を負担した場合、あるいは、相続財産の分割で、遺言付属書によりある財産を一方に配すことにしたが、この付属書が偽だつたという場合である (P. I. L. I. T. I. S. I. a. 7)。これらは、いずれも、一方のみが債務を負うように見える合意であり、したがつて、問答契約によつてなされるものである。さらに、法についての錯誤が合意の唯一の *cause* であり、この *cause* だけが債務を基礎づけ (*fonder*) する唯一の *cause* である場合、これが誤っているのだから合意は無効となる。この場合も例として挙げられている事案は、封地 (*field*) の買主が、慣習法によれば取得に際しいかなる貢納もする必要がないのに、交代料 (*droit de relief*) を支払う義務があると信じて、これについて領主と合意したという場合である (P. I. L. I. T. I. S. I. a. 14)。これも、一方のみが債務を負担する合意である。以上、*cause* という語が出て来る箇所ですべて具体的に念頭にあるのは、管見の限りでは、贈与等の場合も含めて一方のみが債務を負う合意であり、これは、方式を緩和された問答契約といふことができる。こう考えれば、ドマの *cause* 論も全く伝統的だといふことができる。しかし、P. I. L. I. T. I. S. I. n. 5 の *cause* に付せられた注に、いわゆる無名契約に関する D. 2. 14. 7. 4 「合意のためにいかなる *causa* も基礎にない場合には、債権債務関係が設定されないのは確かである (Cum nulla subest causa, propter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem)」が引かれており、前注で見たように、ドマが有名契約をも無名契約の枠組みで捉えようとしてゐることを、*subest* と *fondement* の意味上の関連を考えると、*fondement* = *cause* という解釈にもそれなりの根拠がある。少なくとも、後世の学者が *fondement* = *cause* と讀んだとしても十分な理由がある。いずれにせよ、Chevriér, op. cit., p. 246 とともに、「ローズ概念を最初に体系化したという功績をドマに帰すのが伝統的である。実際には、明晰かつ完全な体系といえるものの提示は、われらの著者には遠く及ばぬことである。多くの点で、彼は彼の先達のためらいを繰り返している」といふことができる。

筆者は、あえていえば、ドマのコーズ概念はおそらく伝統的なもの、つまり方式を緩和された問答契約の *causa* だったと考える。ドマにおいて重要なことは、双務契約において、一方の債務が他方の債務の基礎であるという点であり、問答契約の *causa* もいわばその一現象形態だといえることができる。その意味では、コーズという語を用いるかどうかにかかわらず、双務契約から生ずる両債務の牽連関係に注目したことに意味があるといえる。この点についても、前注と同様、本稿(一)本誌前号四三五頁注(14)参照。これが、実質的には後のコーズ論に受継がれてゆくのである。

(54) こゝでいう *equivalence* は、厳密な意味での等価を意味するのではない。負担ないし利得が相互的であるといった程度のことである。J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français* (thèse Toulouse 1920), Tom. I, p. 1. et s. 参照。なお、モーリーは、*equivalence* によって、契約の双務関係、そこにおける *cause*、不当利得返還請求権の問題を扱っている。

(55) P. I. L. I. T. I. S. I. a. 6 すでに、注の (53) で見たように、このコーズは、*causa impulsiva* なじ、*causa persuadens* と考えられる。

(56) *insinuation* は、実定法によって要求されるものがある (L. pré. T. I. S. I. a. 2)。その目的をドマは、「この〔贈与による〕債務関係を公衆 (public) に知らしめ、彼らがこれを知らないで、種々の欺罔行為の被害を受けることのないようにするためと述べている (P. I. L. I. T. I. S. I. a. 15)。この公衆の中でとりわけ重要なのは、贈与者の相続人である。ドマも、法の錯誤に関連して、登録されていない贈与は無効だという法を知らないで贈与者の相続人が贈与を履行ないし承認した場合に、それが有効だという例をもちだしている (P. I. L. I. T. I. S. I. a. 17)。ポティエも、「この法〔登録を定める王令〕の立法理由は、贈与以後に贈与者と契約を結ぶ者あるいは贈与者の相続財産が十分にあると思つて相続を承認した者が、この財産が贈与されたことを知らないで錯誤に陥ることのないようにするためである」と述べている。Traité des donations *entre-vifs*, n.° 85 ——ポティエの作品は、M. BUGNET 編集の *Oeuvres de Pothier* 9. vol. (Paris 1845—1848) を用いた。これが、フランス民法典(九三一条)あるいはドイツ民法典(五一八条)が、贈与契約について公正証書を要求する趣旨と考えられる。なお、末川博「贈与と書面」『民商法雑誌』二卷(一九三五年)一七三頁、大島俊之「贈与契約の要式性」『経済研究(大阪府立大学)』三二卷二号(一九八七年)四八頁参照。ちなみに、被相続人が主要財産につき私証書で生前贈与契約を締結し、相続人が相続開始を知つてから贈与契約につき知らないままに三箇月が経過したという場合を考えると、わが

国の民法典は、承認の錯誤無効を認めないこと（九一九条二項）をもあわせ考えると、遺留分による保護はあるにせよ、相続人に著しく不利な利益衡量を行っていると考えられる。

(57) P. I. L. I. T. 18. S. 1. a. 13 「贈与では、贈与者が自己の寛厚 (liberalité) のコースであるとして表示する動機と、贈与に付加する条件とをよく分別しなければならぬ。というのは、条件の不成就は条件付き贈与を無効にするのに対し、表示された動機が本当でないとしても、贈与はそれにもかかわらず有効だからである。たとえば、贈与に、受贈者の行った奉仕に報いるためだとか、受贈者が買入れをしようと思つているのでそれを助けるためだとかと述べられている場合に、受贈者が奉仕をしていなかったり、買入れが行われなかったとしても、贈与は無効とならない。というのは、贈与した者の絶対的意思は不変であり、彼は表示した動機とは別の動機をもつていたかもしれないからである。これに対して、贈与が買入れのために使う、たとえば官職を買うために使うという条件つきでなされたことが述べられている場合には、官職が買われなければ、贈与は無効となる。」

なお、*causa impulsiva* が合意の効力に影響を与えないことについては、注 (53) も参照。

(58) いわゆる *cautio indiscreta, billet non cause* に基づいて訴えることができたかどう問題である。Chevriér, op. cit., p. 231 et s. によれば、一七世紀後半以降、とりわけ手形を中心にして *cautio indiscreta* による訴求が次第に可能になってきた。これは、証書に *cause* が記載されていない場合に、そのことだけで証書上の債権者が敗訴することはなく、他の文書等により *cause* を証明できれば勝訴する可能性があるということである。ドマの時代は、まさに移り変わりの時期であり、この問題に彼が明示的に言及していないということは、それ自体意味あることであろう。おそらくは、伝統説に与するのではないかと思われる。なお、この問題は、フランスでは一八世紀中に決着がつき、民法典一一三二条に結実した。ドイツでは、一九世紀中葉にようやく決着したことについては、拙稿「普通法学における *causa* 論の一考察」『法学協会雑誌』九六卷（一九七九年）七二一頁以下参照。

なお、贈与証書については、「贈与のため」と表示されていれば、*causa* として十分なのか、それとも、「奉仕に報いるため」とか「慈善のため」とか表示される必要があるのか、この点もドマにおいては明瞭でない。注 (53) で見たように、グロートゥイスは、贈与のためと表示していれば十分なようである。ドマは、前注で見たように、ある動機が誤つていても、他の動機がありえたのだから、贈与者の絶対的意思は不変だと述べている。CAPITANT, op. cit., n. 79 は、この意思 *animus*

donandi が cause で、それは動機とは違ふと考えているようだが、これには賛成しがたい。動機が cause だと明示的に述べているのだから、この点もおおまいであるように思われる。

(59) P. I. L. I. T. I. S. 3. a. 2

(60) P. I. L. I. T. 2. S. 3. a. 2. 「売買契約により、代金支払の時、所について何も定めていない場合には、買主は目的物引渡の時、所で支払わなければならない。」これによつて、売買契約では同時履行が原則とされていることがわかる。

(61) いわゆる契約不履行の抗弁 (exceptio non adimpleti contractus) の問題であるが、この言葉は出て来ない。しかし、本文引用部分は、内容的には、双務契約一般における同時履行の問題を論じていると考えられる。売買については、次のような説明がなされている。「引渡の不履行によつて、売買契約の効果を免がれることは、売主の一存でできることではない。引渡が可能であれば、売主にはいつでもその履行を強制される可能性がある。ただし、買主が自己の側で自己の債務を履行することを条件として。」(P. I. L. I. T. 2. S. 2. a. 20) 「代金支払の不履行によつて、売買契約の効果を免がれることは、買主の一存でできることではない。売主には、自己の側から自己の債務を履行して、買主に履行を強制させる選択権が常にある。」(P. I. L. I. T. 2. S. 3. a. 9) 「買主が履行期に代金を支払わず、売主がまだ引渡を行っていない場合には、売主は、売買の目的物を、代金支払があるまで質として (par forme de gage) 留置することができる。」(loc. cit., a. 3) 「引渡の第一の効果は、売主が売買の目的物の所有者である場合、買主が、代金を支払つたり、担保となるものを売主に与えることによつて、引渡と同時に当然にその目的物の所有者となり、その目的物を収益、使用、処分する権利をも得ることである。ただし、売主が、買主の債務ないし支払約束で満足する場合は別であるが。」(P. I. L. I. T. 2. S. 2. a. 10) なお、いわゆる「不安の抗弁」にあたるものについても、ドマは、売主側からのそれによつて、「質として」売主は目的物を留置できると述べている (P. I. L. I. T. 2. S. 2. a. 22)。買主によつては、P. I. L. I. T. 2. S. 3. a. 11 び、「買主は代金支払の義務を負うことではない」と述べている。

なお、CAPITANT, op. cit., n° 121 び、R. CASSIN, L'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (these Paris, 1914) —— 筆者は未見、清水元「留置権」概念の再構成 (一)、「東北学院大学論集法律学」一七号 (一九八一年) —— 頁以下に紹介がある —— に依拠しながら、exceptio non adimpleti contractus の理論が中世末、一五世紀には確立したが、フランスではクジャスラウエマニストの中世法学に対する批判により、この理論は受継がれず、フ

ランス民法典でも、プロイセン一般ラント法 (I, 6, §. 271) とは違つて、一般的ではなく、売買 (art. 1612, 1613, 1651, 1653) と交換 (art. 1704) についてののみ定められた」と述べている。この考え方には、さしあたり、二つの点で疑問がある。一つは、中世法学がはたして双務契約一般について *exceptio non adimpleti contractus* の理論を確立したかという点であり、もう一つは、ユマニスム法学が実務上大きな意義をもつ法律制度について、そんなに大きな影響力をもつたかという点である。後者についていえば、ユマニストは、たとえば、問答契約と *nudum pactum* の違いを堅持しようとしたが、実務上はほとんど影響を与へることはできなかった事態と比較すると、*exceptio non adimpleti contractus* の一般理論が真実バルトリストにおいて確立していたなら、それを覆すことはユマニストには不可能だったと推測される。前者の点については、一五世紀末の資料にあたることはできなかった。カピタンが引用しているバルトルスの *I. Iulianus §. offeri de act emp. vend. (D. 19. 1. 13. 8)* (買主訴権を行使するには買主は代金を提供しなければならず、代金の一部を提供しても訴へることはできない。売主はあたかも質のごとくに *quasi pignus* 売却物を留置できるから) に付した注解は、たしかに、「相互に債務を負う契約に基づき有効に訴へることができるのは、自己の側から契約全部を履行した者だけである (*Ex contractu vltro citroque obligatorio non potest effectualiter agi, nisi ab eo qui totum contractum ex parte sua impleverit*)」と一般的に述べている。しかし、「売却物は、代金に代わる質として留置される (*res vendita retinetur pro pignore loco pretii*)」と述べられており、全体として見ればドマのいっていることと違ひはない。いずれにせよ、より本格的な *Dogmengeschichte* が必要である。

なお、カピタンは、ここでも、一方の債務の基礎が他方の債務であるという表現において、債務の基礎 = *cause* と解している。このような解釈の問題性については、注 (53) 参照。

(62) P. I. L. I. T. I. S. 3. a. 9.

(63) Loc. cit. a. 10: P. I. L. I. T. 2. S. 7. a. 2. 「売買契約締結後に生ずる事変は、すべて、買主に帰する。引渡前であつても目的物が滅失すれば、買主はその損失を負担しなければならず、代金支払義務を依然として負う。彼は、また、目的物をよりよきものとする事変すべてからも利益を受ける。なぜなら、売買契約締結後は、目的物は買主に属するとみなされ、売主がそれを所持し続けるのは買主が同意があるからであり、この目的物を買主に引渡すためだからである。」注 (61) で見たように、買主は、代金を支払つて引渡を受けるまでは、所有者ではない——つまり、物取戻訴訟で敗訴する。他方で、危険の

所有者負担主義の原則とローマ法以来の特定物売買における危険の買主負担主義とがある。この辺の矛盾はドマも気づいていたが、注では、売買契約を締結していれば履行を強制できるのだから、所有者と同視してよいと述べているだけである。いづれにせよ、所有権移転の時期について、注(65)で見る解除の問題が中心にあることは、注意されるべきである。フランス民法典は、周知のように、売買契約締結と同時に所有権が移転するとすることによって、危険の所有者負担主義を貫いた(art.1138)。さしあたり、星野英一『民法概論IV(第一分冊)』(良書普及会・一九七五年)五三頁参照。なお、これとの関連で解除の直接効果も見落としてはならない。

(64) P. I. L. I. T. I. S. 3. a. 10. P. I. L. I. T. 2. S. 7. a. 3 「引渡が行われていれば、買主としては、目的物を転売したり、あるいは他の予防措置をとりえたからである。」

(65) P. I. L. I. T. I. S. 6. a. 11. なお、S. 6では合意の解除がまとめて論ぜられ、事後は合意解除(a. 5)、解除条件の成就(a. 5)、解除条項(clause résolutoire)に基づく解除(a. 6)、再売買の予約等の事前の合意に基づく解除(a. 7)、詐欺による解除(rescission)(a. 8)、莫大損害や目的物の瑕疵による解除(a. 9)、家屋の賃貸契約で隣人が日照妨害をしたとか、賃貸人が崩れかけている家屋を修補しないと、家屋が公共事業のために取り壊されるといった場合、あるいは売買契約で追奪されるといった、事象が生じた場合の解除(a. 10)などの後に、不履行による解除(resolution par l'inexécution)が論ぜられている。売買契約については、売主が目的物を引渡した後に、買主が代金を支払わない場合に解除が認められることが論ぜられており、買主側からの解除はP. I. L. I. T. 2. S. 2. a. 19で言及されている。

ところで、不履行による解除の学説の中世以降の歴史を、これについての最も重要な研究と思われるG. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats* (Paris, 1924), p. 212 et s. によつて、筆者なりにきわめて簡単に要約すると——本書は本格的検討に値するものであるが、それは後日に譲り、今はドマ理解に必要な限りで示すことにする——以下のようになる。教会法字では、デクレティストの最高権威であるフグッキオによつて、「信義を破る者に対しては信義は破られる(Fidem frangentis fides frangitur. Non servanti fidem fides non servatur eidem)」という原則が確立された。しかし、この原則は、当初必ずしも契約にのみ関するものではなかった。たとえば、第一コリント書七章一五節の不信者と信者との離婚を正当化するものとしても、fidesが信仰をも意味することから、この原則がもちいられた(D. 228 et s.)。しかし、この原則が拡張されれば、たとえば、司教が司祭や助祭に不当な扱ひをした場合に司祭や助祭は忠実(fides)義務を守

らなくてもよいといった、不当な解釈を導くものとなるため、この原則の適用は、デクレタリストになると契約關係に限られていった。そして、この原則の根拠は、反対給付等をえるために債務を負うという債務者の意思に求められ、それとともに、すべての合意には、「もし信義が守られるなら (si fides servatur)」という黙示の条件が付されていると考えられるようになった (p. 240 et s., p. 253 et s.)。もともと、現行フランス民法典の黙示の条件は、解除条件であるのに対して、教会法学の黙示条件は停止条件であつて、その意味では、純粹に解除というよりは、むしろ契約不履行の抗弁との混合物といえるものであつた (p. 255 et s.)。さらに、この原則の適用には重要な例外があつた。売買契約である。買主が目的物の引渡を受けたが代金を支払っていない場合に、売主は契約を解除できないという、勅法彙纂中の諸法文 (C. 3. 32. 12, C. 4. 38. 8 et 9, C. 4. 41. 12 et 14, C. 4. 49. 1 et 6 など、p. 67 et s. 参照) に反する結果は認められなかつた。代金の支払があるまでは、引渡があつても所有権は移転せず、したがつて所有物取戻訴権 (rei vindicatio) が売主に認められると、I. 2. 4. 41 に依拠する構成も、次に述べるローマ法学におけるのと同様、受け入れられなかつた (p. 282 et s.)。

ローマ法学では、解除の問題は、主として「目的不到達による不当利得返還請求訴権 (condictio ob causam, condictio causa data causa non secuta)」の問題であつた。注釈学派における諸議論を経て注釈学派バルトルスにおいて確立を見た考え方によれば、*condictio ob causam* が認められるのは、無名契約に限られ、有名契約にはこれは認められなかつた (p. 309 et s.)。賃貸借契約で認められる賃料不払の賃借人の明渡請求は賃貸借契約上の訴権と觀念された (教会法学者は *fides frangenti* 原則の適用と見たが)。売買契約については解除は認められなかつた。たしかに、I. 2. 1. 4 に依拠して、代金支払があるまではたとえ引渡しがあつても買主に所有権が移転しないのだから、売主には所有物取戻訴権が認められる、と主張する者もいた。しかし、これも、この法文の但書にある、売主が「買主を信頼した (*fidem emptoris sequi*)」場合には所有権が引渡しと同時に移転する、を広く解することによつて限定された。すなわち、代金支払について期日が定められた場合には、一般的に、売主が買主を信頼したと解され、所有権が移転するものと考えられた。したがつて、代金支払期日が定められず、代金支払が売買目的物の引渡と同時に行為されると推定される場合には、所有権が移転しないと解された (p. 300 et s.)。この問題が、信用売買の買主が破産し、売買目的物が買主のもとにある場合には、売主は他の債権者と同じ地位にあるのか、それとも特別の保護を受けるのかという、後にパリ・バルルマンで論議される問題に関連することは、十分に意識されていた。すなわち、アックルスイウスは、I. 2. 1. 41 の注釈 (*glossa ad fidem emptoris*) 中に、家子ないし奴隷などの家

父権服従者が特有財産をもって商店を営んだが、債務超過になった場合に行われる特有財産の分配 (*tributio*) に関する D. 14. 4. 5. 18 (家父権服従者に販売するための商品を納入した者は、この商品が商店にある場合、信用を与えた *in creditum abire* のであれば分配に加えられ、信用を与えていなければ、所有物取戻ができる) を引用しているからである。このように、中世の法学は、信用売買の売主に不利な解釈をしたのであるが、それでも、当時は信用売買がそれほど重要な意味をもたなかったで、それほど深刻な問題は生じなかった、というのがボワイエの見方である (p. 285)。

ところで、一六世紀になって信用売買が次第に活発になってくると、伝統的な考え方では不十分になってくる。この経済活動の要請に法学者たちは一般的には十分応ずることができなかつた。この点では、解除を広く認める傾向にあったコナンやデュ・ムーランでも同様であつた。解除一般については、*condictio ob causam* を「ナン」は、*synallagma* (牽連性) の共通性から、売買と賃約を除く有名契約にも認め (*Commentarii iuris civilis*, V, ii, 3) —— *naq' CAPITANT*, op. cit., not. 53, n. 77 参照 ——、売買についても、一般的には代金の支払があるまでは目的物の所有権が移転しないと述べ、それが「契約の本性から (*ex natura contractus*)」当然に認められるとしているが、代金支払期日を定めて目的物を先に引渡した場合は、買主を信頼した場合で、所有権は買主に移転すると解した (*Connanus*, op. cit., VII, vi, 10; *BOYER*, op. cit., p. 343)。また、デュ・ムーランは、売買において引渡し後は所有物取戻はできず、代金請求しかできないと定める (C. 3. 32. 12 を、有名契約一般に拡張して、賃借人が賃借物を不正利用したり賃料不払いの場合にも、所有物取戻したがって賃借人の追出しはできず、損害賠償しか請求できないという考え方を否定し、したがって、解除の可能性を広げたとも見れるが、信用売買の場合については、所有物取戻を認めなかつた (*Molinaeus*, *Nova et analytica explicatio rubricae de verb. obi. n. 58*; *BOYER*, op. cit., p. 342 et s.)。

この経済生活の需要に法を適合させるうえで決定的な役割を果たしたのは、パリ・パルルマンであつた。問題は、信用売買の買主が支払不能になり、買主が占有する売買目的物が他の債権者に差押えられた場合の売主の代金債権の確保である。たとえば、解除しても売主の訴権が対人訴権——無名契約の場合の *condictio ob causam* など——であれば、売主は優先弁済権をもたない。一五八〇年の改正パリ慣習法第一七六条は、旧法 (一五二〇年) 一九六条と同様、動産の売買について、それに支払期日の定めがない場合には、代金弁済のために、その動産がどこにあろうと売主が追求権をもつと定めた。改正法一七七条では、さらに、支払期日を定めた場合でも、目的物が元のままに買主のもとにあつて他の債権者により差押えら

れた場合に、売主は売買契約を妨げて (*empêcher*) この目的物から他の債権者に優先して弁済を受けられる、と定められた (p. 355)。もちろん、この改正に、一五七〇年以後のパリ・パルマンの実務が先行していた。パリ・パルマンは、一七七条をさらに不動産に拡張した。この優先弁済権—先取特権からさらに進んで売主の *rei vindicatio* という構成が取られるようになったのである (p. 365)。もちろん、これとバランスを取る形で、所有権のない買主からの譲受人たる第三者保護のための所有権のいわゆる即時取得制度も形成されていった (p. 363)。解除のこういった特殊な状況における特殊な効果 (第三者効) を考えれば、それが単なる牽連性からの帰結 (*condictio ob causam*) というだけでは不十分であって、黙示の合意、今流にいえばいわゆる権留保という効果をもつ黙示の合意という構成になじむものであった (p. 373 et s.)。

こうした過程は一六世紀後半から一七世紀前半にかけて進行した。ドマの解除論が、注の (61) で引用した P. I. L. I. T. 2. S. 2. a. 10 の所有権移転時期の問題も含めて、以上に見た発展の終局にあるということが理解できるであろう。

(66) P. I. L. I. T. I. S. 6. a. 14 裁判所による解除という構成も、黙示の解除条項という構成とならんでフランス解除法の特種性となるものである。ドマは、明示の解除条項についても、不履行によって当然に解除されるのではなく、裁判所の介入があると考えている。解除条項についての *loc. cit.*, a. 5 の注が a. 14 を指示している。ポワイエによれば、これはローマの解除条項 (*lex commissoria*) にも認められていたことで、その趣旨は、不履行から当然解除ということになると、債権者が自分自身の事柄について自分で裁判することになるからだとのことである (*op. cit.*, p. 400)。

(67) P. I. L. I. T. 10. S. 3. a. 2. など、*忘恩により贈与を撤回すべきこと*は、*ドマによれば*、*自然法上の準則である* (L. *pré. T. I. S. I. a. 2*)。隣人愛の精神からすれば、忘恩行為を行った者を許し、贈与を維持し、もってこの者を徳化することが望まれるように思われる。すでに (一) (四四九頁) で見たように、ドマは自然法と選択法 (実定法) との分別が、宗教の法と国制の法との分別と異なるレヴェルのものと捉えたが、贈与の撤回を認める自然法は、国制の法に属するものであろう。

(68) 自己の利害を第一として行動する人間の例としては、さらに、*合意の本性 (nature de la convention)* から要求される通常の義務を変更する合意があげられる。「たとえば、売主は自然的には、担保義務を負うが、自己の行為によるもの以外のすべての担保義務を免れることもできる。これらの合意が衡平であることの根拠は、契約当事者の特別な動機である。たとえば、この売主が担保義務を免れているのは、より安い価格で売るからである」というように。」(P. I. L. I. T. I. S. 4. a. 2) 同様のいわば経済的な考慮は、P. I. L. I. T. 2. S. 10. a. 7. にもなわけてある。

(69) 解除を例にとると、国法で問題にするのは、支払不能になって困難な状況にある買主から売主がいかにして安全に代金を回収するかということであり、これは隣人愛とは程遠いものである。

もう一つ例をいわゆる「正当価格」の問題から取ろう。P. I. L. I. T. 2. S. 3. で買主の義務を論ずるにあたって冒頭次のように述べている。「買主の売主に対する主要な義務 (principal engagement) は、人間性 (humanité) の義務、すなわち、売主の困窮を奇貨として安い値段で買ってはならないという自然法上の義務である〔レヴィ記二五一四〕。しかし、物の正当価格を確定することが難しく、また、物が正当価格で売られていない売買はすべて争うことができるということになると、あまりに頻繁に不都合が生ずることになるので、国法は、売買代金について、買主の不正に目をつぶり、ただ正当価格の半額より安い価格の不動産売買だけ別扱いとしている。』ここで筆者が注目したいのは、humanité の義務である。この語は、(一) 四二九頁注(8)で、家父の奴隷や子に対する関係で述べられていることからわかるように、力のある者の力の無い者に対するあるべき関係を意味すると考えられる。自己の代々の家産さえも売らなければならぬ、しかも早急に売らなければならぬほどに困窮した売主と買主の関係は、まさに力に差のある関係であり、買主に humanité が要求される。ところで、humanité は、トマス・アクィナスも指摘するように(『神学大全』第二二部第八〇問唯一項異論解答二)、交換的正義の支配しない領域で妥当する。これに対して、自己の利害を第一とする者の関係を律する国法、つまり訴訟の法を支配するのは、基本的に交換的正義である。トマスも、国法上の莫大損害とは区別された、「正当価格」の義務を、「高潔な人、君子 (honestus)」の義務としている。第二二部第七七問第一項異論解答一、稲垣良典訳『神学大全18』(創文社・一九八五年)三七〇頁参照。君子とは、行為から見返りに得られる利益のために行為する者ではなく、行為それ自体のうるわしさのゆえに行為する者である。エティエンヌ・ジルソン(服部英次郎訳『中世哲学の精神(下)』(筑摩書房・一九七五年)一五八頁参照。大村敦志『契約成立時における『給付の均衡』(二)』『法学協会雑誌』一〇四卷(一九八七年)二四五頁は、ポティエが良心の法廷における正当価格の問題と外面の法廷における莫大損害とを区別していることを伝えているが、このような考え方はポティエに限られたことではなく、ドマにもトマスにも認められるもの、キリスト教的自然法論の伝統と解することができよう。

(70) 時効について、金山直樹「フランス民法典制定前の時効理論(中)」、『判例タイムズ』五五一号(一九八五年)二〇〇頁、二〇六頁注(14)、正当価格につき、大村前掲箇所(注69)、その他、大川四郎「ロベール・ジョセフ・ポティエの邪利息論

についての「一試論(一)」、『名古屋大学法政論集』一一四号(一九八七年)七七頁。なお、金山前掲二〇六頁注(15)は、「ポティエは自然債務も『完全な債務』(une obligation parfaite)として、良心の裁きにおいてさえも権利・義務を生ぜしめず、もっぱら神に対する責任だけがある『不完全債務』(l'obligation imparfaite)——たとえば隣人愛や感謝の義務——との区別(法と法外の区別)をなし、後者を叙述の対象外においている」と述べている。しかし、ポティエは、「不完全債務は、人にわれわれに對するいかなる権利も与えない。良心の法廷においても」(Traité des obligations, n°197)と述べているのであって、良心の法廷でいかなる義務もないといっているわけではない。かえって、「この債務は、本物の義務(véritable obligation)であつて、金持ちがこの義務を果さないなら、非常に重い罪を犯すことになる(pechéer très grièvement)」と述べている。ここで用いられている pechéer は、ラテン語の peccare と同様だ。良心の法廷、贖罪の法廷で赦しをえなければならぬ罪について用いられる語である。ここからすれば、不完全債務は、良心の法廷において、権利を生むことはないが、義務を生じさせると考えるべきであろう。すでに見たように、良心の法廷における義務とは、何よりも、神に對する義務だということも、留意すべきであろう。

ところで、良心の法廷を、贖罪の告解の秘蹟の場だけと考えると、ポティエのいう良心の法廷における権利というのは、理解しがたいものとなる。神の代理人たる聴罪師と罪人とだけで行われる告解では、義務は考えられても権利は考えられないからである。これについては、さしあたり筆者は、「福音に基づく告発(denuntiatio evangelica)」ないし、その名残りではないかと想定する。さしあたり、H.COING, English equity and the denuntiatio evangelica of the Canon Law, in: idem, *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, vol. 2 (Frankfurt a. M., 1982), p. 158 et s.によつて、denuntiatio evangelica について説明すると、これは、マタイ福音書一八章一五——一七節「もしあなたの兄弟が罪を犯したならば、行つて二人だけの間で、彼をいさめなさい。もし彼があなたの言うことを聞けば、あなたの兄弟を得たことになる。もしあなたの言うことを聞かなければ、ほかに一人か二人を、いっしょに連れて行きなさい。『すべてのこととは二人または三人の証言によつて確実なものとなる』とあるからである。もし言うことも聞かなければ、教会に申し出なさい。もし教会の言うことも聞かないならば、彼を異邦人や懲税人と同様になしなさい」に由来するものである(p. 161)。これが制度化されたのは、一二世紀で、教会の矯正・懲戒権に属するもの、したがつて、贖罪の秘蹟と同じ権能に属するものである(p. 160 et s.)。罪あることが立証された場合——ただし、弁論主義は働かず、職権審理も可能(p. 164 et s.)

——には、破門をいわば脅しとして間接的に履行を強制させる。denuntiatio evangelica は、世俗の法廷あるいは教会の外面の法廷に対して補充的なもので、相手方の圧力等で法廷に訴えることができないう場合、あるいは自然債務の場合、あるいは、教会犯罪 (crimen ecclesiasticum) の場合に可能である (p. 168 et s.)。この準拠法は神の法および自然法である (p. 166)。本稿で扱う、causa のない合意、第三者のためにする契約、宣誓から生ずる自然債務は、denuntiatio evangelica によつて救済が得られるものであつた (p. 170)。また、未成年者の契約により生ずる自然債務もここで議論された (p. 176)。なお、教会法は、罪に差異をもうけて、すべての罪が denuntiatio evangelica を可能にするものではないとしていた (p. 176)。以上からすると、ポティエのいう、良心の法廷における権利とは、denuntiatio evangelica ができる権利と考えられる可能性がある。もつとも、コーイングは、denuntiatio evangelica が大陸では一六世紀中に消滅したと述べている (p. 177) ので、これが正しいとすれば、筆者の仮説は極めて解決困難な問題をかかえることになる。しかし、Ch. ルフェーヴルは、『カノン法辞典』(五巻五七欄以下) で、これが近世に道德の領域で存続したと述べている。今後の課題としたい。

ちなみに、コーイングの前掲論文は、P. ヴィノグラドフ、W. S. ホールズワース、W. T. バーバー、デルルカらの研究を受けて、denuntiatio evangelica と equity 裁判所の影響関係を論じたものである。極めて興味深い問題であるが、ここでは、こういった方向の研究が進展していることを指摘するだけに留めておく。

(71) *Traité des obligations*, n° 30 「内面の法廷においては、最も厳格で、最も細心綿密な誠実さ (sincérité la plus exacte et la plus scrupuleuse) から少しでも逸脱するものは、すべて、この「契約を支配する」信義に反するとみななければならない。取引の目的物に関することで、私の契約相手がそれを知ることにより利害関係をもっていることを、この契約相手に隠すだけで、この信義に反することになる。なんとすれば、われわれは、『われわれ自身と同じようにわれわれの隣人を愛せ』と命じられているのだから、われわれが相手の立場にあつたなら隠してはほしくないと思うことを、相手に対し隠すことは許されないからである。……」

外面の法廷においては、一方当事者は、自己の契約相手がこの程度に軽く信義に反したということを訴えても、聞き入れてもらえない。さもなければ、非常に多くの合意が取消されることになり、これにより過度に訴訟が起これ、そして取引に混乱が生ずるからである。外面の法廷において、本物の詐欺と認められ、契約の解除 (rescision) を許すに十分な詐欺は、信義を公然と損う (blesser ouvertement) のだけである。たとえば、一方当事者が相手方に契約を結ばせるために用いた、

すべての欺罔 (*mauvaise manoeuvre*)、偽装 (*mauvais artifice*) である。そして、これらの欺罔は十分に証明されるのでなければならぬ。」

(72) *Op. cit.*, n.º 34 「すべての損害は、それがどんなものであっても、契約を不衡平な (*inique*) ものにし、したがって、瑕疵があるものにし、また、内面の法廷は、正当価格まで補充するよう義務づける。これに対し、外面の法廷では、成年は、損害が莫大である場合を除いて、損害を理由にして合意の解除を訴えても、聞き入れてもらえない。このことは、取引の安全と自由 (*streté et liberté du commerce*) のために賢明にも設けられたものであった。取引の安全と自由とは、合意を容易に解除できないことを要求するからである。さもなければ、われわれは、われわれの契約相手が損害を受けたという想定のものにすぐに訴訟をするのではないかと危惧して、あえて契約しようとは思わなくなるだろう。」

なお、注 (69) 参照。

(73) *contrat interesse* の訳語を「双務契約」とすると、要物片務契約が入らなくなる。しかし、これらから生ずる債務関係は、与えるという先給付をコースとするもので、*contrat interesse* に入る。また、「有償契約」とすると、使用貸借、無利息消費貸借などの無償契約が入らなくなる。しかし、これらも要物片務契約で述べたと同様、*contrat interesse* に入る。結局、給付ないし危険の負担が相方的だという意味で、「相方的な契約」とさしあたり訳しておく。

(74) *Op. cit.*, n.º 42 ちなみに「ドマとの比較でいえば、*causa finalis* の考え方が有名(有償)契約一般についても貫徹されており、また、贈与について、抽象的に寛厚の意図をコースとしている点で、現代でも用いられているコースの定式がポティエに認められる。現代の定式については、さしあたり、山口俊夫『フランス債権法』(東京大学出版会一九八六年)四五頁参照。ポティエ以前に、かかる定式があったかどうかは、残念ながら確認していない。なお、注 (53) 参照。

(75) *Traité des donations entre-vifs*, n.º 47 「承諾と承諾の制式 (*solemnité de l'acceptation*) とを分別すべきである。

承諾は、受贈者が贈与に対し与える同意 (*consentement*) 以外のなものでもなく、贈与の有効要件として国法が要求するたんなる方式 (*forme*) ではない。承諾は、贈与それ自体の不可欠の要素となるものである。贈与は、贈与者と受贈者との合意であり、したがって、両当事者の同意を含むものでなければならぬ。『なぜなら(合意とは、同一の決定に対する二人の同意なのであるから (*Conventio enim est duorum in idem placitum consensus*))』

承諾の制式とは、受贈者の承諾の表示 (*expression*) であり、贈与証書によってなされねばならない。こういった表示は、

われわれの法律が要求する制式にすぎないのであって、純粹な自然法で贈与が問題になるのだとすれば、このような表示はなくともよい。なぜなら、純粹な自然法によれば、承諾は、明示されなくとも、黙示であれ、あるいは何らかの方法で示されていれば有効だからである。」

(76) Op. cit., n.º 88 「贈与がある特定の (certain) 奉仕に対する報酬 (récompense) としてなされ、しかも、この奉仕を贈与証書が指示している場合には、問題はより難しくなるように思われる。とはいえ、こういう贈与でも、登録されなければならぬのは、報酬の対象である奉仕が、特定しているとはいえ、金銭に評価できないものであり、その結果、受贈者が贈与者に対し、報酬を与えるようにと請求できるいかなる訴権もないという場合である。なぜなら、このような奉仕に報いるためになされた贈与は、単純な贈与ほど完全ではないにしても、やはり贈与にかわりはない。贈与者が与える必要がないに与えているからである。ここには、強制する権利がないのに為された寛厚 (liberalitas nullo jure cogente facta) がある。贈与による報酬の対象である奉仕が特定のもので、金銭に評価できる場合であつても、この奉仕の価額が贈与されたものより価値が低い場合には、これはなお贈与であり、登録がなければ無効である。ただし、受贈者には、彼がなした奉仕の正当価格の支払を請求する訴権の行使は認められる。」

奉仕の価額が贈与されたものの価値と同じ場合。この場合には、報酬のための贈与 (donation rémunératoire) はただ名前だけのことで、たとえ公証人が贈与と性質決定したとしても、その実は、報酬のための贈与ではなく、代物弁済 (dation en paiement) であり、贈与物を奉仕の価額として弁済すべき額を代価にして売却したのであり、したがって、このような行為は、登録する必要がないのである。」

なお、金銭に評価できない奉仕の報酬は、贈与でなければ訴えることができないという考え方は、ローマに遡る。これについては、原田慶吉『ローマ法の原理』(弘文堂・一九五〇年)一三頁以下参照。

(77) Traité des obligations, n.º 37 「すべての射倖契約 (contrat aleatoire) も同様である「損害を理由として回復請求 (restitution) ができない」。なぜなら、これらの契約によって契約の一方当事者が負担する危険が金銭に評価できるものであったとしても、しかし、何が正当価格であるかを決定することが非常に難しいということを認めなければならぬからである。したがって、終身定期金契約、保険契約等において、損害を理由とする解除は認められないのである。」

(78) コースと金銭に評価できる利益とを結びつける考え方は、今世紀のネオ・コーザリストの一方の旗頭である、ジャック・

モリーにも見て取ることが出来る。すなわち、モリーは、自然債務の履行と負担附贈との分析を通して、有償契約とは、各債務に経済的対価 (equivalent économique) すなわち金銭に評価できる対価 (equivalent pécuniairement appréciable) があるもの、無償契約とは、一方当事者が精神的利益 (intérêt moral)、金銭に評価できない利益しかもたないもの、と分別した (op. cit. supra not. 54, p. 72)。したがって、負担附贈との負担が金銭に評価できるものであれば、この負担は有償契約のコースと同じ扱いになり、負担が不能であれば、この贈与はコースのない合意となって無効となる。たとえば、宗教団体が学校設営のために地方公共団体に贈与したが、その後、法律がこのような学校を禁止した場合には、この負担附贈とはコースのないものとして無効になる。——ニーム控訴院一八九〇年一月二〇日判決 (D.P. 1891. 2. 112)。

さらに、モリーは、有償契約のコースを「意欲された対価 (equivalent voulu)」と定義するが、これは、相手方の反対給付あるいは負担する危険といった、ポティエにも見られる古典的あるいは契約の本性からくる定型的・客観的なものに留まらない。主観的・具体的なもの、たとえば売買の目的物の一定の性質も、対価の形態 (figure) を取れば、すなわち両当事者による代金の決定に反映されれば、条件として明示されなくとも、単なる動機からコースになり、この性質が無ければ、コースの不存在となって無効となる。これが、本質に関する錯誤 (erreur sur substance) とある (Op. cit. p. 105—116)。このように、本質に関する錯誤をコースと結びつけて説明する考え方は、多少の差異を含みながらも、ネオ・コーザリストのもう一方の旗頭である、アンリ・カピタンにも認められ、今日まで、あるいは、少なくともゲスタンが出るまで、錯誤論の通説となってきたのである (J.GHESTIN, La notion d'erreur dans le droit positif actuel, (Paris, 1971), P. 7)。なお、ネオ・コーザリストは、モリーにしろ、カピタンにしろ、コースを契約の本性から出て来る定型的なものに限らず、両当事者が個別的に定めるもの、あるいは共通に前提にしているものをもコース概念に取り込んだのであり、その点に彼らの意義がある。したがって、多少乱暴にいえば、コースとは当事者が債務負担によってめざした経済的目的のうち両当事者の合意の内容となっているものといつてよいと思われる。その点からすれば、野村豊弘「私法上の錯誤 (フランス)」、『比較法研究』四一号 (一九七九年) 三三—三三頁が、「共通の具体例」に関する考察において、錯誤者の相手方の問題などを全く考慮していないのは、理解できないことである。

(79) ポティエは、ドマと違って、自然法 (droit naturel) について、特に論じてはいない。本来ならば、droit naturel の用例すべてにあたって検討すべきであるが、ここではそれはできなかった。若干の用例から、あえて仮説を立てることにする。

売買契約の準則がすべて自然法に基づくという場合 (Traité du contrat de vente, n. 2) には、自然法は内面の法廷だけでなく外面の法廷でも妥当すると考えられる。この意味では、ドマの自然法と異ならない。他方、無効な債務関係に宣誓が付加された場合に、この宣誓の内面の法廷における効力を問題にする際には、自然法を主として内面の法廷において効力をもつものと考えているようにも思われる。すなわち、債務関係がその目的物 (objet) のゆえに無効になる場合には、宣誓が内面の法廷で無効だと断言した上で、次のように述べる。「この判断が妥当するのは、目的物が自然法によって不法となる場合に限りならず、国法によって不法となる場合にも妥当する。なぜなら、われわれは、国法に服従する良心の義務を負っており、宣誓といえどもわれわれをこの義務から免除することはできないからである。」 (Traité des obligations, n. 107) もちろん、ここから確実にいえることは、自然法が内面の法廷で妥当することであって、それ以上に、自然法がそれだけで外面の法廷では妥当しないという結論を導くことはできないのであるが、しかし、自然法と内面の法廷との密接な関係は十分に推測できる。

より一般的に近世自然法論を考えれば、周知のように、グロートイウスの自然法論に影響を与えたスペインのジェズイットの後期スコラ学は、倫理神学つまり主として内面の法廷における聴罪師の指針を考究したものであった。なお、本稿(一) 四四九頁注(45) 参照。また、最近の大沼保昭編『戦争と平和の法』(東信堂・一九八七年) 四四二頁等が明らかにしたように、「たとえ神なかりしとも」妥当する自然法を探究したグロートイウスも、結局は、「内面の裁き (iustitia interna)」をもちださざるをえなかった。——ちなみに、大沼編前掲書が iustitia interna の概念を発見したことは、間違いなく、グロートイウス研究にとって画期的なことである。残念ながら、著者らは、これを「内的正義」と訳して歴史の文脈を失わせてしまっているが。この点については、本書に対する筆者の書評「法制史研究」三七号所収予定) を参照されたい。なお、H. HOFMANN, Hugo Grutius, in M. STOLLEIS (ed.) *Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert* (Frankfurt a.M. 1977), p. 68 も iustitia interna を forum internum と解している。——ホップスもまた「自然法を内面の法廷において良心を義務づけるものと考えた。水田洋・田中浩訳『世界の大思想9 ホップス・リヴァイアサン(国家論)』(河出書房新社・一九七四年) 一〇六頁以下参照。なお、成瀬治『近代市民社会の成立』八六頁参照。ちなみに、ホップスにおいても、内面の法廷は、カトリックと同様、iustificatio (成義、義認) に関係する。しかし、ホップズでは、贖罪・悔い改めを完全に内面的に、つまり意思的に捉えていて、聴罪師への告白 (confessio) 罰の履行 (satisfactio) といった外面的行為は出てこない。いいかえ

ると、この点でも、秘蹟教会は必要ではない。水田・田中前掲訳書四〇八頁参照。

内面の法廷と自然法の問題は、いずれにせよ、今後なお十分な検討を加えなければならない問題である。たとえば、国法が自然法に矛盾する場合についての周知の問題も、まず、内面の法廷で考えらるべきであろう。稲垣良典訳『神学大全第13冊』一四頁以下参照。

(80) *Traité des obligations*, n° 55. 「この主題である原理の前半部分、すなわち、『当事者の一方が自己のために要約するものだけが、債務の目的物たりうる』という原理は、外面の法廷のみ、そして、国法上の「訴求可能な」債務 (*obligation civile*) に対してのみ、あてはまるものである。これに対して、良心の法廷においては、余が汝と、汝がある物を第三者に与える、もしくは、汝が第三者のためにあることを為す、と合意した場合に、この合意は有効である。この合意について余が有する利益が、金銭に評価できる利益でないとしても、それが本物の利益であることに変わりはない。『なぜなら、他人に善行が施されることに人は利益を有するから』である (*hominis enim interest alterum hominem beneficio affici*)。』第三者に対する純粹な愛情というこの利益も、余に十分な権利を与え、余はこの権利によつて、汝が第三者のために余にした約束を履行するようにと、汝に良心の法廷で要求し、また、汝がこの約束を履行するに十分な力をもつており、第三者も、自己のために余に約束されたものを喜んで受け取りたいと思つているのに、汝が履行を拒む場合には、汝を過ちある (*compabile*) 者とすることができる。たしかに、余の利益は、金銭に評価できないものであり、したがつて有責判決の対象にならないものであり、汝が余の約束を怠つたからといって、余は裁判所 (*tribunal*) において、いかなる損害賠償も請求できない。さらに、汝が外面の法廷において、責を負うことなく約束を怠ることができるというこの権能は、国法上の債務を認めるには障害となる。しかし、それは、自然債務 (*obligation naturelle*) を認める妨げとはならない。」

過怠約款については、n° 56 に述べられている。なお、旧民法典財産編第三二三条参照。

(81) *Op. cit.*, n° 52.

(82) 妻が夫権の下にあつた時に金銭を借受け、その後には算婦になつて能力者となつてから、この金銭の返還について支払の約定 (*pacte constitutæ pecuniæ*) を行つた場合。この場合、妻の負う債務は国法により効力が認められないが、内面の法廷においては効力がある自然債務であり、これを算婦になつて支払う旨の約定を結んだのであるから、この約定は贈与ではなく、独立の支払約定であつて、これは国法上効力をもつ (*Op. cit.*, n° 464)。

(83) Op. cit., n° 105

(84) 債務の目的物が不法であるがゆえに債務が無効な場合に、宣誓が無効になることについて(註107)は、すでに見た。注(79)参照。もっとも、これも少なくとも中世においては、これほどすっきりした解決が得られなかったことについては、利息の支払を宣誓した事案の解決におけるパリ・パルルマンの苦悩が物語っている。P.-C. TIMBAL, Les obligations contractuelles d'après la jurisprudence du parlement (XIII<sup>e</sup>-XIV<sup>e</sup> siècles), Tom. I (Paris, 1973), p. 34 et s. 参照。これに対して、強迫によつて約束させられ、さらに強迫によつて宣誓をさせられた場合の宣誓の効力の問題はもっと難しい。ポティエは、グロートゥウス、トマス・アクィナス、教皇令、プーフエンドルフを紹介しているが、トマスの考え方を批判する他は、特に論評していない。すなわち、グロートゥウスは、宣誓も強迫によつてなされた場合には、相手方に対する関係では、宣誓者は義務を負わないが、神に対する関係では良心の義務を負い、したがって宣誓を履行すべきという(註108)。トマスは、同じ理由から履行義務を負うとするが、履行後に給付したものの回復(restitutio)ができるという。グロートゥウスは、こういった履行は、見せかけの履行で、ここには履行の意図がないと批判し、ポティエも同調している(註109)。教皇令も、神に対する関係では宣誓は守らるべきであり、この場合の強迫は赦すことのできる軽い過ちだとしている(註110)。これに対して、プーフエンドルフは、神に対する関係でも宣誓を履行する義務がないという。すなわち、もし宣誓を履行すれば、相手方は、強迫をした上に、さらに履行も受けたということで罪を重ねることになる。宣誓をしたことによつて神に対し義務を負ったというなら、約束したものを敬虔な業(œuvre pie)のために使うべきだ、というのがプーフエンドルフの考えである(註111)。ポティエ自身は、どの考え方に与するか明示的に述べていない。彼の叙述のスタイルからすると、プーフエンドルフに賛成しているとも考えられるが、これとて決め手にならない。

ところで、A.-J. ARNAUD, Les origines doctrinales du code civil français (Paris, 1969), p. 207 et s. はこれに関連して次のように述べている。「ポティエは、意思自治の理論を、宣誓に関する議論において、確認している。彼の時代でもなお、宣誓が債務関係をより確固たるものにするために用いられることがあった。ポティエは、宣誓は約束の飾り(accessoire)にすぎないこと、債務関係はそれ自体として効力をもつことを主張している。この視点をみごとに特徴づけるのは、債務関係に現実のあるいは適法な基礎がなければ、債務者は宣誓からも解放されたものと認められるという帰結であり、これは、また、『同意のみが拘束する(Solus consensus obligat)』という格律が、世俗法にも見事に入ってきたことを感じ取ることの

できる歩みである。さらに、ポティエは、自説を支持するために、グローティウスとプーフエンドルフの言を引き、聖トマスと教皇たちの考えに反対している。「これでは、あまりに粗雑である。民法典の学説史的起源を論じたいなら、思想史に走る前に、もっと学説史に沈潜しなければならぬ」。

(85) ヴェルナー・フルーメが、「私的自治は、法秩序によつて規定された、限定された数 (numerus clausus) の行為類型と法律関係の枠内でのみ展開可能である」(W. FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 2. Bd. *Rechtsgeschäft*, 2. Aufl. (Berlin, Heidelberg, New York, 1975), p. 2) とどうとき、「法秩序」とは、「制定法に限らず、まさに本文で述べたような意味の自然法をも含むものと考えられる。したがって、星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」岩波講座基本法学4契約(岩波書店・一九八三年)三七頁が、「法律実証主義の匂いをかなり強く残しており」(傍点筆者)という批判をするのはあいまいな言い廻しではあるが、やはり、あたっていないように思われる。なお、七四頁注(167)も参照。なお、フルーメの私的自治と法秩序論についての確に紹介しているものとして、吉岡祥充「W・フルーメの法律行為論に関する一考察——ラレーンツ行為基礎論との比較を通して——」(二・完)『大阪市立大学法学雑誌』三二巻二号(一九八五年)二八六頁以下がある。そして、フルーメ自身が、こういった法観がサヴィニーを通じてローマ以来の法学の伝統に立脚するものだと自覚していることについては、「Gewohnheitsrecht und römisches Recht」(Opladen, 1975)を参照されたい。ローマ以来の法学(の討議)に基礎を置く法の伝統については、小菅芳太郎の定式「拙稿」『Azonis Summa in C. 2. 10』本誌三八巻二号三二四頁注(44)を参照されたい。

(完)

〔付記〕 本稿(一)注(26)四四一頁一五行目「法論」の意味の理性というのは、むしろ、*「心情」*ないし「意思」であろう」は不適切であった。「法論」の意味の理性というのは、*「心情ないし意思と結びついた理性であろう」*と改める。なお、「理性」と「意思」との関係は、中世哲学史上の難問であり、門外漢の筆者にとつて到底論じえぬことである。ただ、本稿に関連する認識論の問題を理解する上では、山田晶「アウグスティヌスの根本問題・中世哲学研究第一」(創文社・一九七七年)所収の第四論文「求める神の知り方」および第七論文「真理の光」が参考になると思われるので、ここに挙げておく。

## THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. XXXVIII No. 4

### SUMMARY OF CONTENTS

---

#### The Distinction between Lois de la Religion and Lois de la Police by Jean Domat (2)

Kozo OGAWA\*

#### Introduction

I. 'Lois de la Religion' and 'Lois de la Police' (Vol. 38 No. 3)

II. An Example — Law of Contract

Appendix 'For de la Conscience' and 'For Extérieur' by Pothier

Conclusion

#### II. An Example — Law of Contract

Domat divides agreements (conventions, *conventiones*) into four groups : both parties give mutually (*do ut des*), one gives and the other does (*do ut facias sive facio ut des*), both do mutually (*facio ut facias*), and lastly only one party gives or does. This division is derived from *contractus innominati*, which the jurists of the Middle Ages developed from D.2.14.7 and D.19.5.5. While they treated these contracts as special types set against the *contractus nominati*, Domat makes them general types of agreements containing even the *contractus nominati*. In this way he finds the foundation of contractual engagements in engagements of another party. His conception of 'engagements' is very broad, and contains even matrimony, kinship, municipal charges and so on, but contractual and delictual obligations are their most typical figures. Domat's system of civil laws consists of persons, things, 'engagements' and successions, and the 'engagements' take a central place in this system. The persons signify namely subjects of engagements,

---

\*Associate Professor of Law, Faculty of Law, Hokkaido University

the things their objects, and the successions mean changes of subjects. This idea seems to be derived from the system of the Humanistic Jurisprudence in the 16th century, particularly of François Connan or Jean Bodin, accordingly to whom legal materials are divided into *persones*, *res* and *actiones* or *facta*. These *actiones* or *facta* relate to Aristotle's *synnallagmata* or Thomas' *commutationes*, and are classified into volutary ones (*contractus*) and involuntary (*delicta*) as well as the concepts of Aristotle and Thomas. Domat also divides engagements into voluntary and involuntary. To put it shortly, his concept of engagements in the civil laws has a close connection with the idea of reciprocity or commutative justice. This idea penetrates the whole law of contract. The buyer generally gains the property of wares only by payment of price. The seller can refuse to deliver the wares till payment. The one party can rescind the contract, when the other does not perform his own obligation. The donor can rescind his agreement because of the ingratitude of the donee. All these rules do not suppose unilateral duties, but bilateral duties. As I have already shown, Domat attributes these rules to the political laws, in which the civil laws are naturally involved.

#### Appendix.

I consider here the function of the distinction between 'for de la conscience' and 'for extérieur' by Pothier in the law of contract, particularly in the problems of fraud, 'lésion', 'cause', 'stipulation pour autrui', 'impuissance' and oath. It is certain that the duties in the 'for de la conscience' are unilateral, and duties in the 'for extérieur' bilateral or multilateral (e.g. consideration of sureness and liberty of trades).

#### Conclusion.

I ascertain here that Domat and also Pothier do not confuse laws with morals as Villey criticizes. Here we can admit a strong influence of the canonistic distinction between *forum interum* and *forum externum*.