

ジャン・ドマの義務の体系

—損害賠償論を中心に

中野 万葉子

はじめに

- 1 プーフェンドルフの損害賠償論
 - (1) 義務の体系
 - (2) 義務の体系のもとでの合意
 - (3) 損害賠償論
- 2 ドマの義務の体系
 - (1) 義務の体系
 - (2) engagement の多義性
 - (3) 『市民法』における義務の分類
- 3 義務の体系における合意
 - (1) 合意の特徴
 - (2) 合意の解釈のルール
 - (3) 小括
- 4 損害賠償論
 - (1) faute をめぐる議論
 - (2) ドマにおける faute 概念
 - (3) 小括

おわりに

はじめに

本稿は、フランスのジャン・ドマ（Jean Domat, 1625-1696）の不法行為に基づく損害賠償論の解明を目的とする。

従来の研究によれば、ドマは、その主著『自然的秩序における市民法（Les lois civiles dans leur ordre naturel, 1689-1694）』¹⁾（以下『市民法』という）がフランス民法典（1804年）に多大な影響を与えたといわれるように、の

ちのポティエ (Robert Joseph Pothier, 1699-1772) 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²⁾。

ドマは、『市民法』のなかで義務 (engagement)³⁾ を中心とした私法体系を構築した。その体系配列を見てみると、前加編・第1部は、「人」、「物」、「訴権」という『法学提要』の配列に依拠しているが、「訴権」の部分を「義務」に置き換えている。第1部「義務とその効果」は、第1編「合意による意思的・双方向的義務」、第2編「合意なくして成立する義務」、第3編「義務に付け加えられ又はこれを強化する効果」、第4編「義務を消滅又は減少させる効果」から成る。ドマは、『市民法』のなかで、義務を中心とした義務の体系を基礎づけた⁴⁾。

本稿では、従来の研究によってその影響が指摘されている近世自然法論者の一人、プーフェンドルフ (Samuel Pufendorf, 1632-1694) の義務の体系との比較をとおして、ドマの損害賠償論を考察する。筆者はこれまで、

-
- 1) 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。
 - 2) ドマについての主な邦語論文に野田良之「ジャン・ドマとフランス民法典一特に民事責任の規定を中心として」比較法雑誌 3 巻 2 号 (1965 年) 1 頁以下、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 38 巻 3 号 (1988 年) 1 頁以下・4 号 (1988 年) 41 頁以下、石崎政一郎「ヴェルツェル著『ジャン・ドマ』」法学 6 巻 12 号 (1937 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 43 巻 (2001 年) 437 頁以下、菊池肇哉「ジャン・ドマの三つの序文的章と法準則、プランシブ、レーグル及びロワ:ポティエ「法準則論」との対比において」日本法学 82 巻 1 号 (2016 年) 157 頁以下、拙稿「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—」法学政治学論究 101 号 (2014 年) 135 頁以下などがある。主な仏語文献に Henry Loubers, Domat philosophe et magistrat, Paris 1873, René-Frédéric Voelzel, Jean Domat (1625-1696), Paris 1936, Bernard Baudelot, Un grand juriste du 17^e siècle: Jean Domat, Paris 1938, Paul Nourrisson, Un ami de Pascal: Jean Domat, Paris 1939, Jean-Louis Gazzaniga, Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'ancien régime, in: Droits, 1990, no 12, pp.37ets., David Gilles, La pensée juridique de Jean Domat (1625-1696). Du Grand Siècle au Code civil, thèse, Aix-en-Provence 2004, Jean-François Brégi, 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, pp.147ets. などがある。
 - 3) engagement は拙稿で考察したように「義務」と訳す (前掲注 2) 150 頁以下)。
 - 4) 拙稿・前掲注 2) 136 頁以下。

実務家であるドマは、プーフェンドルフの義務の体系に依拠しながら、素材を実定法に求めることによって、自然的秩序に基づく統一的な体系を確立したのではないかという仮説をもとに考察を進めてきた。本稿においても、プーフェンドルフの義務の体系との比較をとおして、ドマの損害賠償論の考察を進めていく。

近世自然法の時代以降、契約と不法行為に対して共通に適用される損害賠償法の一般原則を発展させようという努力がみられ⁴⁾、その結果、近世自然法論者によって、約束や契約の一般理論ならびに不法行為法の一般的条項が確立され⁶⁾、債務の発生原因が契約、不法行為、不当利得という3つに分類されたといわれている。不法行為についてみると、それ自体から損害賠償という債務が発生するという基本原則が確立された。

近世自然法論者であるグロチウス (Hugo Grotius, 1583-1645) やプーフェンドルフは、合意を私法理論の中心に置き、債務発生原因を合意とその他に大別する。彼ら以降は、債務の発生根拠を合意とその他に大別することが主流であった⁷⁾。グロチウスによれば、債権は約束と不均衡の2つの原因から発生し、前者には契約や準契約などが属し、後者には不当利得および不法行為がある⁸⁾。グロチウスは、まず保護されるべき権利を観念することによって、それが侵害された場合の返還義務や損害賠償義務を説明

5) Nils Jansen, §§ 249-253, 255. Schadensrecht, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II, Rn. 31f.

6) Helmut Coing, Europäisches Privatrecht Band I, München 1985, S. 506. グロチウスについては、Robert Feenstra, Das Deliktsrecht bei Grotius, insbesondere der Schadenersatz bei Tötung und Körperverletzung, in: Feenstra/Zimmermann (Hrsg.), Das römisch-holländische Recht, Berlin 1992, S. 429-454, 原田慶吉「民法七〇九條の成立する迄」『日本民法典の史的素描』(創文社、1954年) 374頁以下、西村隆彦「不法行為責任概念の形成—法人文主義と法学の近代—」(成文堂、2013年) 1頁など。

7) 拙稿「レッシウスの私法体系—原状回復から契約へ—」法学政治学論究 103号 (2014年) 104頁以下。

8) Hugo Grotius, Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheit; The Jurisprudence of Holland, with the translation by R.W. Lee, 1926, III, 1, §§ 8-18. グロチウスの不法行為に関しては、①松尾弘「グロチウスの所有権論 (二・完)」一橋研究 14巻4号 (1990年) 150頁以下、②同「民法学の発展における自然法論の意義」姫路法学 21号 (1997年)、Feenstra, a. a. O. (Fn.6)などを参照。

する。不当利得は所有権に基づく返還義務を基礎に据え、不法行為は権利侵害を成立要件とする⁹⁾。それに対して、プーフェンドルフは、人間の本性である自己保存と脆弱性から人間の共同生活の必要性を導き出し、共同生活のルールである自然法が人間に命ずる義務として、神に対する義務、自分自身に対する義務、他人に対する義務という3つの義務を列挙したうえで、義務違反があった場合の損害賠償を規定する。他人に対する義務のなかで展開される私法理論では、他人に対する義務を絶対的義務と条件的義務の2つに分類する。前者では不法行為や不当利得から発生する原状回復や損害賠償義務が説明され、後者では合意を前提とする義務が扱われる。プーフェンドルフは、権利を前提とするグロチウスと異なり、あらかじめ人間が従うべき義務を指定し、それに違反した場合の返還義務や賠償義務を観念する。債務発生原因を合意とその他に大別し、この2つの発生原因について義務概念を用いて一元的に説明したのがプーフェンドルフである。

フランスにおいては、ドマが不法行為に関する統一的な規定を定めたとされている¹⁰⁾。ドマは、『市民法』の中で、義務の発生原因を合意とそれ以外に分類している。すなわち、「合意による意思的・双方向的義務」および「合意なくして成立する義務」である。不法行為に基づく損害賠償義務は、後者の「合意なくして成立する義務」のなかで説明される。ドマにおける合意の有無を基準とした義務の分類がフランス民法典にも採用されたと指摘されているが、ドマの義務を基礎とした損害賠償論は、これまで十分に説明されてきたとはいえない。

本稿では、まずプーフェンドルフの義務の体系を概観し、続いてドマの義務の体系およびその枠組みで説明される不法行為に基づく損害賠償義務を考察していく。

9) Nils Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, Tübingen 2003, S. 328ff., *ders.*, Die Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen als Restitution, in: SZ Rom. Abt. 120 (2003) S. 137ff., 松尾・前掲注8) ② 112頁、同・前掲注8) ① 150頁以下。

10) 野田・前掲注2) 91頁など。

1 プーフェンドルフの損害賠償論

(1) 義務の体系

プーフェンドルフは、その主著『自然法に基づく人間と市民の義務適合的行為¹¹⁾』について (De officio hominis et civis iuxta naturalem, 1673)』¹²⁾ (以下『義務論』という) のなかで、人間の本性から導き出される義務とその義務の根拠である合意を中心とする私法理論を展開している。プーフェンドルフの不法行為に基づく損害賠償について考察する前に、まず、義務を中心とした彼の思考枠組みを概観していく。

前述したように、プーフェンドルフは、人間の本性である自己愛 (amor sui) と脆弱性 (imbecillitas) から人間の社会性 (socialitas) を導き出す。人間は自己保存のために他人との共同生活を必要とし、共同生活のルールである自然法が神に対する義務、自分自身に対する義務、他人に対する義務という3つの義務を命ずる¹³⁾。他人に対する義務は、さらに絶対的義務と条件的義務に大別される。絶対的義務は、何の前提もなしに万人が万人に対して義務づけられるものであり、この義務に属するのは、他人に損害を与えてはならない義務、す

11) 『義務論』の冒頭からもわかるように、プーフェンドルフは義務に従った行為を基礎に置いている。それは人間が社会生活を送るうえで正しいとされる行為の枠組みといえる (Jansen, a. a. O. (Fn.9), S. 337ff.)。

12) Samuel Pufendorf, De officio hominis et civis (Off.), in: Samuel Pufendorf Gesammelte Werke Bd.2, Berlin 1997. Über die Pflichten des Menschen und des Bürgers nach der Natur, übersetzt von Klaus Luig, Frankfurt a. M., 1994, プーフェンドルフ (前田俊文訳) 『自然法にもとづく人間と市民の義務』 (京都大学学術出版会、2016年)。プーフェンドルフの主な邦語文献に、前田俊文『プーフェンドルフの政治思想』 (成文堂、2004年)、① 筏津安恕『失われた契約理論』 (昭和堂、1998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、2001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 69 卷 6 号 (2006年)、④ 同『義務の体系のもとでの私法の一般理論の誕生』 (昭和堂、2010年)。主な独語文献に、Yasuhiro Ikadatsu, Der Pradigmawechsel der Privatrechtstheorie und die Neukonstruktion der Vertragstheorie in seinem Rahmen; Pufendorf, Wolff, Kant und Savigny, Ebelbach 2002, Hans Welzel, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, Berlin 1958, Geyer/Goerlich (Hrsg.), Samuel Pufendorf und seine Wirkungen bis auf die heutige Zeit, Baden-Baden 1996, Horst Denzer, Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf, München 1972, Thomas Behme, Samuel von Pufendorf: Naturrecht und Staat, Göttingen 1995 など。

13) Pufendorf, Off. I, III, 13.

すべての人間を等しく扱う義務、各人が損失のない限りにおいて他人を援助する義務である。条件的義務は、絶対的義務のみでは共同生活にとって不十分であるため、人間同士をより密接に結び付けることを目的として、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、ある付加的な状況か状態の下で、特定の人に対して義務づけられるものである¹⁴⁾。本稿で考察する不法行為に基づく損害賠償義務は、絶対的義務の中で論じられ¹⁵⁾、絶対的義務以外はすべて明示または黙示の合意を前提とする。

プーフェンドルフは、『義務論』の冒頭で、「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」¹⁶⁾と規定しているように、officium を行為概念としてとらえている。社会生活のために、あらかじめエンティア・モラリアの一つである義務 (obligatio) を指定し、人間はそれに従った行為をすることに義務づけられている¹⁷⁾。obligatio の内容は、自然法と実定法によって定められる。『義務論』では、社会において他の人々と共同して生活するための人間の行為が中心に置かれる¹⁸⁾。たとえば、後述するように、「他人に損害を与えてはならない」という自然法の命令に義務づけられている人間は、この命令に反して行為した場合、その行為は義務違反とみなされ、その責任を問われることになる。人間の意思は、外的に存在する義務 (obligatio) に支配され、規範に従うこと (officium) を義務づけられている。

14) Pufendorf, Off. I, VI, 1.

15) Pufendorf, Off. I, VI, 1.

16) Pufendorf, Off. I, I, 1.

17) entia moralia 概念につき、Welzel, a. a. O.(Fn.12), S. 19ff., Denzer, a. a. O.(Fn.12), S. 67f., Behme, a. a. O.(Fn.12), 50ff., Klaus-Gert Lutterbeck, Pufendorfs Unterscheidung von physischem und moralischem Sein und seine politische Theoriem in: Hüning (Hrsg.), Naturrecht und Staatstheorie bei Samuel Pufendorf, Baden-Baden 2009, S. 19ff, Theo Kobusch, Pufendorfs Lehre vom moralischen Sein, in: Palladini/Hartung (Hrsg.), Samuel Pufendorf und die europäische Frühaufklärung, Berlin 1996, S. 63f., 前田・前掲注 11) 168 頁以下、桜井徹「プーフェンドルフのエンティア・モラリア理論」日本法哲学学会編『現代所有論』(有斐閣、1992 年) 170 頁以下、拙稿・前掲注 2) 144 頁以下。

18) プーフェンドルフの義務概念につき、Bénédict Winiger, Das rationale Pflichtenrecht Christian Wolfs, Berlin 1992, 54ff., Denzer, a. a. O.(Fn.12), S. 143ff., obligatio につき、Gerald Hartung, Die Naturrechtsdebatte. Geschichte der Obligatio vom 17. Bis 20. Jahrhundert, München 1998, S. 50ff. などを参照。

(2) 義務の体系のもとでの合意

義務の体系のもとでの合意は、当事者の意思で締結されるという意味で意思主義ということはできるが、当事者の意思に還元され得ない法的性格が合意に与えられているという意味でいわゆる意思主義とは区別されるべきだと考えられる¹⁹⁾。

ここで想定される合意は、当事者の意思が明らかになれば、合意の内容が明らかになるというものではなく、当事者それぞれの意思がたとえ曖昧なものであっても合意の内容が確定されるという特徴を有するものである。このような合意は、取引保護という法益の観点から、個人の表示された意思を尊重する表示主義とも、意思表示者の内面的意思に優越を与え、法的効果を意思に拠って導き出す意思主義とも異なり、当事者の意図が不明確な場合でも、個人的意思ばかりでなく、社会的評価を含む客観的基準を用いて解釈される。この場合、合意の効果それ自身を扱い、意思表示の効果というような説明はされない。

まず、プーフェンドルフが想定している合意の特徴を考察していく。プーフェンドルフは、人間に意思の自由を認めているが、それは完全な自由ではなく、義務に従う限りにおいての自由である。個人の意思は、客観的に設定されている義務に準拠しなければならず、その結果、契約も義務論的な制約のもとにあるといえよう。

この合意の特徴は、後述する合意の解釈のルールからも確認できる。プーフェンドルフは、合意を契約当事者の意思のみではなく、客観的基準に基づいて解釈しようと試みている。そのために合意の解釈のルールを規定する。合意の解釈については、『義務論』第1巻の最終章で扱われているが、その前に第10章で「言葉の使用における義務」が説明される。そこでは、合意の解釈の前提として、一般的な用語法にしたがった言葉の使用を義務づけている²⁰⁾。

合意の解釈の際には、プーフェンドルフによれば、人間は、言葉を客観

19) 筏津・前掲注12) ① 135頁以下。

20) Pufendorf, Off. I, X.

的な意味で用いるように義務づけられているため、内的意思と発せられた言葉に齟齬がある場合には、自然法の義務に対する違反を犯したと評価され、その結果として、責任を引き受ける、すなわち、不利益を甘受しなければならないことになる²¹⁾。

プーフェンドルフは、『義務論』第17章の「解釈について」のなかで、まず、「人間の意思に関しては、感覚に対して生じる行為や表示されたことにしたがってのみ他人の意思を判断することができるから、各人は人間の法廷においては表示されたことの正しい解釈が明らかにすることに対して義務づけられるとみなされる」と述べている²²⁾。解釈のルールをなかでまず重要なものは、一般に通用している言葉に関して、言葉の意味は国民が一般的に使用している用語法にしたがって理解されるべきだということである。プーフェンドルフによれば、言葉の意味は、固有性あるいは文法上の類推あるいは派生的な類似性よりも、むしろ一般的に通用している有用性によって定められる²³⁾。その前提として、言葉を通常の意味で使用すべき義務を強調する²⁴⁾。

第2に挙げられる解釈のルールは「推測」である²⁵⁾。個人の意思や表示の意味は、行為の状況から客観的に推論される。それゆえ、合意の内容は当事者の意思のみならず、社会的評価によって確定される。たとえ合意の内容が個人の意思に基づいて確定される場合であっても、たとえば、それが等価性の原則を侵害する場合には、個人の意思とは無関係に客観的な基準にしたがって当事者の義務は決められる。

義務の体系のもとでは、契約締結の段階で、契約当事者には義務が課されている。たとえば、情報を隠さず伝える義務、等価で取引する義務、言葉を通常の用語法で相手に伝達する義務などである。したがって、意思は、契約を締結するかしないかを決定できるという点では自由であるが、契約を締結する際、義務に準拠しなくてはならないという点においては自由は制限されているといえる。

21) Pufendorf, Off. I, X, 10. 筏津・前掲注 12) ① 141, 144 頁。

22) Pufendorf, Off. I, XVII, 1.

23) Pufendorf, Off. I, XVII, 2.

24) Pufendorf, Off. I, X.

25) Pufendorf, Off. I, XVII, 4.

以上のことから、プーフェンドルフの想定している合意について、一見すると表示された意思を重視する表示主義に拠っているようであるが、実際にはそれとは異なり、意思を表示した人に自然法上の義務違反があったかどうかの問題となる。義務違反があった場合には、その責任が問われることになる。

(3) 損害賠償論

本節では、義務の体系の枠組みで展開されるプーフェンドルフの不法行為に基づく損害賠償論について考察していく²⁶⁾。

プーフェンドルフによれば、人間に課される3つの義務(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)のなかで、共同生活を送るうえで必要不可欠な義務は、他人に対する義務である。不法行為に基づく損害賠償義務は、他人に対する義務のうち絶対的義務のなかで説明される。絶対的義務は、万人に共通の義務であり²⁷⁾、その中で最も重要な義務は、「他人に損害を与えてはならない」義務である²⁸⁾。というのも、「他人に損害を与えてはならない」という義務がなければ、人間の社会生活が全く成り立たないからである。侵害がない場合にのみ、人間は他人と平穏に暮らすことができるのである。²⁸⁾

「他人に損害を与えてはならない」という義務は、生命、身体、健康、自由、名誉、人倫のように、自然それ自体によって与えられているものの保護のみならず、なんらかの制度に基づいて、あるいは、合意によって取得されたものが、奪われたり、壊されたり、使用を妨げられたりすることに対する保護をも内容としている³⁰⁾。それゆえ、「他人に損害を与えてはならない」とい

26) プーフェンドルフの損害賠償論についての邦語論文は数少ない、たとえば石本優男『無過失損害賠償責任原因論第三卷』(法律文化社、1989年)266頁以下など。主な独語文献は、Jansen, a. a. O.(Fn.9), S. 337ff. 契約責任との関係で考察するものとして、Martin Immenhauser, *Das Dogma von Vertrag und Delikt: Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der Zweigelten Haftungsordnung*, Köln/Weimar/Wien, 2006 など。

27) Pufendorf, Off. I, VI, 1.

28) Pufendorf, Off. I, VI, 2.

29) Pufendorf, Off. I, VI, 2.

30) Pufendorf, Off. I, VI, 3, *ders.*, *De iure naturae et gentium libri octo* (Lund 1672)(JNG), ed. G. Mascovius, Frankfurt-Leipzig 1744, III, 1, 3.

う義務によって、他人を殺したり、傷害したり、打撃したり、強盗、窃盗、詐欺などを行うことによって他人に損害を与えるようなすべての犯罪が禁止される³¹⁾。合意に基づいて取得されたものを保護するという点においては、所有権に基づく義務を想起させるが、プーフェンドルフはここではむしろ、そうしたものに対する剥奪、破壊、妨害といった行為そのものの義務違反、つまり「他人に損害を与えてはならない」という義務違反を問題にしている³²⁾。

他人に正当に帰属するものを傷つけたりした者は、その損害を賠償しなければならない。損害賠償が義務づけられなければ、人間はその邪悪さから、互いに傷つけ合うことをやめないであろうとプーフェンドルフは説明する。さらに、損害を被った者に対して、損害賠償がなされない間は、他人との和平交渉は難しいであろうとしている。言い換えれば、プーフェンドルフは、他人との社会生活において、人間に「他人に損害を与えてはならない」という義務にしたがって行為させるため、すなわち、義務適合的行為 (officium) に向かわせるため、制裁として損害賠償を義務づけていると理解することができる。

損害の賠償責任を負うのは、悪意によって相手に害悪を加えた者ばかりでなく、怠慢 (neglegentia)、あるいは避けることが容易であった過失 (culpa) によって直接的な意図がなくそうした者も該当する。というのは、われわれの生活態度が他者にとって恐ろしくもなく耐えがたいものでもないように慎重に行動することは、社会性 (socialitas) の重要な一部であるからである。また、人間はしばしば特別な義務 (obligatio) から細心の注意を払わなければならない。プーフェンドルフによれば、小さな過失でさえ損害の賠償をしなければならない理由として十分である³³⁾。しかし、偶然の出来事によって自らに過失なく侵害を行ったものは、賠償の義務は負わないとして、偶発事故による損害に関しては責任を排除する。³⁴⁾

「他人に損害を与えてはならない」という義務に違反して他人に害悪を与

31) Pufendorf, Off. I, VI, 3.

32) 松尾弘「プーフェンドルフの所有権論と法理論の展開—『義務論』を中心にして」『比較法史研究②歴史と社会のなかの法』(未来社、1993年) 347頁以下、Jansen, a. a. O. (Fn. 9), S. 337ff..

33) Pufendorf, Off. I, VI, 9.

34) Pufendorf, Off. I, VI, 10.

えた人間は損害賠償義務を負う。過失はもちろんのこと、あらかじめ定められている義務 (obligatio) 違反の場合にも損害賠償の義務を負うことになる。プーフェンドルフは、義務に違反した行為を未然に防ぐための策を講じることによって、人間を義務に従った行為 (officium) に向かわせようとしている。というのも、規則に従わなかったり、禁止されていることをなしたとしても、いかなる害も蒙らないといった場合、人間が規則に従うことは稀だからである。プーフェンドルフは、損害賠償に関して、「他人に損害を与えてはならない」という義務に従った行為から外れた場合の制裁として損害賠償を規定している。

以上のように、プーフェンドルフは、損害賠償についても、obligatio と officium を基礎とする義務の体系のなかで説明している。

2 ドマの義務の体系

(1) 義務の体系

ドマは、『市民法』において、義務を中心とした私法体系を構築した。彼の義務の体系においては、engagement のみならず、devoir の意味に注目する必要がある³⁵⁾。

ドマは、『市民法』の序論である『法論』³⁶⁾の第3章において、「義務 (engagement) は、各人にとって諸法律のようなものであり、第2の法³⁷⁾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に他ならないからである」³⁸⁾と規定し、engagement と devoir を明確に区別して用いている。また「す

35) 拙稿・前掲注2) 153頁以下。

36) Domant, *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。

37) ここでの第2の法は、相互に結合し、愛すること、すなわち隣人愛である。人間の第1の最上位の法は、神を認識し愛することである。人間に最高善を尋ね、愛することを命ずる第1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もつことで結合することができるため、第1の法には相互に結合し愛し合うという第2の法を含んでいる (Domat, *Traité des lois*, Ch. I, 7)。

38) Domat, *Traité des lois*, Ch. II, 3.

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* と任務を地位や *engagement* によって定められていることにしたがって果たさなければならぬ³⁹⁾ という定義から、*devoir* は何らかの義務にしたがった行為と理解することができよう。*engagement* と *devoir* 概念を用いて展開されたドマの体系を以下でみていこう。

ドマによれば、*engagement* は法と同様の効力を有する準則であり⁴⁰⁾、すべての人間は *engagement* にしたがって行為しなければならない。ドマは、人間の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 *engagement* を規定する。人間には、社会で生活するため、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。義務にしたがった行為は、義務適合的行為 (*devoir*) と評価されるが、義務にしたがわなかった場合には、その責任をとらなければならない。

(2) *engagement* の多義性

ここまで義務と訳してきた *engagement* は、一般的に約束、合意、義務、債務関係、人間関係などと訳されてきたが、これまでその意味は十分に明らかにされていない。拙稿で検討したように、ドマは *engagement* を明確に定義していないが、『法論』の第5章において説明される「義務から導き出される一般的原則」を読み解くことによって、*engagement* 概念の意味を理解することができ、その結果、「義務」と訳すことにした⁴¹⁾。本節では、後述する *faute* を理解するうえで必要だと考えられる範囲で *engagement* について再度確認していきたい。

ドマが想定している *engagement* は以下でみるように多義的である。すなわち、まず、万人が義務づけられる一般的な義務という意味で用いられる。ドマは、『法論』のなかで、一般的な義務として「人に損害を与えてはなら

39) Domat, *Traité des lois*, Ch. V.1, 1^{re} Règle: Les engagements tiennent lieu de lois.

40) 「諸合意が形成されると、合意されたあらゆることは、それらをなした者たちによって、法律に代わり、そして、それら（諸合意）は彼らの共通の同意によってのみ取り消しうる」(Domat, *Les lois civiles*, Liv. I, Tit. I, Sec. II, a. 7.)

41) 拙稿・前掲注2) 150頁以下。

ない」や「各人に各人のものを与えよ」を挙げ、万人が万人に対してこの義務に拘束されるとしている⁴²⁾。

次いで、ドマは、『市民法』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2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) である」⁴³⁾と定義していることから、合意自体も合意をなした当事者たちにとって1つの義務であることがわかる。

さらに、ドマによれば、一度形成された合意から engagement が発生する。次章で詳述するように、合意がひとたび成立すると、3種類の engagement が発生する。すなわち、①合意の決定事項、②合意の本性が要求すること、③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である⁴⁴⁾。当事者たちはこれらの engagement に拘束される、すなわち、ドマは今日でいうところの契約から発生する債務についても engagement という言葉で表現している。本稿の第4章で検討する faute に関して、ドマは合意に基づく engagement を履行しないことを1つの faute ととらえている。そこで前提となっている engagement は、この意味での engagement にあたる。たとえば、売買契約が締結されると、その合意は契約当事者たちにとって義務となる。それと同時に売主には目的物引渡義務⁴⁵⁾が、買主には代金支払義務が発生する⁴⁶⁾。売主がその義務を履行した場合、すなわち目的物を引き渡した場合、その行為は義務適合的行為とみなされるが、履行しなかった場合にはその行為は faute とみなされることになる。

以上のように、ドマによれば、engagement は万人が義務づけられる一般的な義務、合意それ自体および合意から発生する義務を包含する。すべて

42) Domat, *Traité des lois*, Ch. V. 4, 4^{me} Règle: Ne faire tort à personne, et rendre à chacun ce qui appartient. ドマは、「他人に損害を与えてはならない」を個別的な義務と比較して一般的な義務としている (Domat, *Les lois civiles*, Liv. III, Tit. V, pré)。

43) Domat, *Les lois civiles*, Liv. I, pré.

44) Domat, *Les lois civiles*, Liv. I, Tit. I, Sec. I, a. 6-8.

45) Domat, *Les lois civiles*, Liv. I, Tit. I, Sec. I, a. 1.

46) Domat, *Les lois civiles*, Liv. I, Tit. I, Sec. III, a. 1.

の engagement に『法論』で規定されている「engagement から導き出される一般原則」が適用されるため⁴⁷⁾、「各々の engagement は、各人にとって法のようなもの」であるといえよう。したがって、他人と社会生活を送る人間は、engagement に従って行為しなければならない。

(3) 『市民法』における義務の分類

不法行為責任を考察する前に、『市民法』のなかで説明される義務および義務の分類を確認していきたい。ドマは、『市民法』を次のように配列している。すなわち、第1編「合意による意思的・双方向的義務」、第2編「合意なくして成立する義務」、第3編「義務に付け加えられ又はこれを強化する効果」、第4編「義務を消滅又は減少させる効果」である⁴⁸⁾。

まず、第1編「合意による意思的・双方向的義務」では、売買、交換、賃貸借など、合意によって発生する双方向的かつ意思的な義務が説明される。次に、第2編「合意なくして成立する義務」では、双方向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。そこでは、たとえば、後見人の義務、事務管理における義務、不法行為に基づく損害賠償義務などが挙げられる。続いて、第3編では「義務に付け加えられ又はこれを強化する効果」として、質・抵当権、先取特権、連帯債務、保証、損害賠償などが説明され、最後に第4編では「義務を消滅又は減少させる効果」として弁済、更改、取消し、原状回復などが規定される。

『市民法』の配列からわかるように、ドマは、第1編および第2編で合意の有無を基準として義務を分類したうえで、第3編以降で義務を確実に履行させるような制度および履行されなかった場合の制度を説明する。

47) Domat, *Traité des lois*, Ch. V.

48) engagement の分類につき、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, pp.119 et s. Teixeira Cédric, *La classification des sources du droit romain à nos jours*, Diss. Lyon 2011, 85 et s., Gilles, op. cit. (2), pp.257 et s.

3 義務の体系における合意

(1) 合意の特徴

本節では、義務の体系の下での合意の特徴について考察する。ドマによれば、拙稿で考察したように、人間は単独で生活できないため、他人との結合が必要であり、他人との社会生活にとって必要なものが合意である。ドマは、合意を次のように定義している⁴⁹⁾。すなわち、「合意とは、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2人あるいはそれ以上の人々の双方の同意によって形成される義務である」⁵⁰⁾。また「合意とは2人ないし複数人が、彼らの間に義務を形成し、あるいは既存の義務を消滅ないし変更させるためにおこなう同意である」⁵¹⁾と定義していることから、合意は成立すると同時に当事者たちにとって義務となり、その結果、当事者たちは合意に拘束されることになる。

従来の研究によれば、意思主義的な契約理論を最初に定型化し、完成させたのがドマである⁵²⁾。その根拠とされるのがドマの合意に関する次の定義である。すなわち「諸合意は、2人またはそれ以上の人々の双方の同意で形成される諸義務であり、それらは、彼らの間で、彼らが約束することを履行すべき法律をなす」⁵³⁾、「諸合意が形成されると、合意されたあらゆることは、それらをなした者たちによって、法律に代わり、そして、それら（諸合意）は彼らの共通の同意によってのみ取り消しうる」⁵⁴⁾。これらの表現は、意思尊重の原理ないし法的意思主義の準則と考えられているフランス民法典1134条（現行1103条）⁵⁵⁾

49) 拙稿・前掲注2) 140頁以下。

50) Domat, *Les lois civiles*, Liv. I, pré. この定義は、ウルピアナスの定義に変更を加えたものである（拙稿・前掲注2) 140頁）。

51) Domat, *Les lois civiles*, Liv. I, Tit. I, Sec. I, a. 2.

52) 北村一郎「私法上の契約と『意思自律の原理』」『岩波講座基本法学4 契約』（岩波書店、1983年）174頁以下など。

53) Domat, *Les lois civiles*, Liv. I, pré.

54) Domat, *Les lois civiles*, Liv. I, Tit. I, Sec. II, a. 7.

55) 2016年2月10日のOrdonnance (n°2016-131) による民法典中の債務法改正により、その体系が変更される（2016年10月1日施行）。旧1134条は1103条と改められ、それは「適法に形成された契約 (contrats) はそれらをなした者たちにとって法律に代わる (Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites)」と規定する。「合意 (convention)」概念はより一般的な「契約 (contrat)」に置き換えられる。

の趣旨の定式化であると評されてきた⁵⁶⁾。

さらに、ドマは、別の箇所です「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」⁵⁷⁾と定義しており、諾成主義を認めていることがわかる。合意が締結されると義務が発生し、その義務をドマは詳細に論じている。合意から発生する義務は、次の3つに大別される⁵⁸⁾。すなわち、①明示された合意の決定事項、②合意の本性が要求すること、つまり、これは売主の買主に対する義務や買主の売主に対する義務であり、たとえば、引渡し、引渡しまでの売買目的物の保管、代金の支払い等があげられる。最後に、③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、これは、たとえば、不動産売買において、買主が売買目的物を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といういわゆるレジオンを指している。

以上のことから、合意が一度形成されると、当事者は明示された決定事項のみならず、合意の本性が要求することや債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ということがわかる。したがって、契約当事者たちは、彼らの意思で決定されたことであっても、たとえばレジオンである場合には、個人の意思とは無関係に当事者の義務を確定することができる。つまり、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といえよう。この合意の特徴は、次節で考察する合意の解釈のルールからも理解することができる。

56) フランス民法典旧1134条第1項「適法に形成された約定 (convention) は、それをなした者たちにとって法律に代わる (Les conventions légalement formées tiennent lieu de la loi à ceux qui les ont faites)」]。近時の学説の理解によれば、民法典の起草者は、当時者の合意を法律と同視することにより、自律的な意思の絶対性を認めていたわけではないとされる。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、1983年)3頁以下、北村・前掲注52) 165頁以下、森田宏樹「契約」北村一郎編『フランス民法典の200年』(有斐閣、2006年)303頁以下、石川博康『「契約の本性」の法理論』(有斐閣、2010年)244頁以下などを参照。

57) Domat, Les lois civiles, Liv. I, Tit. I, Sec. I, a. 8.

58) 石川・前掲注56) 244頁以下も参照されたい。

(2) 合意の解釈のルール

ドマは、契約当事者が遵守すべき義務や合意の解釈のルールをあらかじめ設定することによって、合意がなされた後、意思表示の内容が不明確であるというような問題が起こった際に合意の内容や効果を確定しようとしている。フランス民法典は、「約定の解釈について」規定する1156条（現行1188条）以下では、ポティエの解釈原則を採用する一方で、債務の効果に関する総則規定については、ドマを採用し1135条（現行1194条）を置いたと評されている⁵⁹⁾。以下で示すように、合意において両当事者の共通の意図が見いだせない場合には、慣習、法律等を基準とするいわゆる客観的な解釈を説くドマの見解をフランス民法典は取り入れている。

ドマは、前述したように、契約から発生する義務を①明示された合意の決定事項、②合意の本性が要求すること、③衡平、法律、慣習によって付与されるもの、の3つに分類し、①明示された合意の決定事項についての内容を確定するため、15の解釈のルールを置いている⁶⁰⁾。

ドマは、『市民法』の前加編、第1章「法規一般」、第2節「ルールの使用と解釈について」において、法解釈のルールを規定し、のちの第2節で合意の解釈のルールを規定している。まず、解釈のルールは、合意において約束することや要求することを誠実にかつ明晰に説明しなければならないという合意の締結上のルールから始まる⁶¹⁾。

続いて、合意の内容が曖昧な場合は、当事者の共通の意図を探究することによって、合意が説明されるとしている⁶²⁾。共通の意図が当事者の表現からわからない場合、当事者の慣行あるいはその他の方法によって、最も真実に近いものに拠ることが必要であるとしていることから⁶³⁾、共通の意図が明確でない場合にも客観的な基準を用いることで合意の内容が確定で

59) 沖野眞己「フランス法における契約の解釈」私法54巻（1992年）278頁以下など。

60) Domat, Les lois civiles, Liv. I, Tit. I, Sec. II, a. 8-22. ドマの契約の解釈についての邦語文献は、長谷川光一「『契約の解釈』—フランスにおける理論的展開—早稲田大学大学院法研論集9号（1973年）86頁以下、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93巻12号（1976年）1737頁以下など。フランスの契約の解釈については、沖野・前掲注59）276頁以下など。

きるとしている。その際、合意は、前文および合意全体をみて相互に矛盾がないよう解釈される⁶⁴⁾。

価格の決められていない売買契約では、当事者の愛着や必要性は顧慮せず、真実の価格、通常使用され、正当に売買される価格で取引される（第10のルール）として、当事者の意思が明確でない場合にも、客観的な基準を用いることによって、合意の内容が確定できるとしている。

以上の解釈のルールから、ドマは、共通の意図や当事者の意思が明確でない場合でも、合意の内容が確定できるとしている。合意に個人の意思に還元し得ない法的性格を与えていると理解することができよう。当事者個人の意思が明確でない場合にも、当事者の意思に定位することなく、合意の内容や効果は解釈のルールや客観的基準を用いて確定されることになる。表現に不明確さなどがある場合、その表現をした者の不利に解釈されることになる。つまり、義務違反を根拠として、違反した者は不利益を甘受しなければならない。

ドマは、契約の本質を当事者の意思ではなく、合意とみていることがわかる。合意の内容や効果は、客観的な基準に基づいて確定することが可能である。当事者には契約を締結するかしないかの自由は与えられているが、意思は常に客観的基準および義務にしたがって正しいものを選択するよう義務づけられているといえよう。

61) Domat, Les lois civiles, Liv. I, Tit. I, Sec. II, a. 8. 「諸合意は、ともに取引する者たちの相互の同意によって締結されなければならないので、それぞれの者は、彼が約すことと彼が主張することとを、誠実にしかも明晰に、そこに説明しなければならない。そして合意が持ちうる曖昧なものと同義あるものとして、人が説明するのは、彼らの共通の意図 (intention commune) によってである」。また、「表示における難解なこと、曖昧さ、他のすべての瑕疵が悪意、あるいは意図を説明しなければならない者の過失の結果である場合には、解釈は彼に反してなされる、なぜなら、彼は言おうとしたことを明瞭に発しなればならなかったからである。したがって、売主が売買目的物の性質について曖昧な表現を用いるとき、解釈は彼に反してなされる」(Domat, Les lois civiles, Liv. I, Tit. I, Sec. II, a. 14)。

62) Domat, Les lois civiles, Liv. I, Tit. I, Sec. II, a. 8.

63) Domat, Les lois civiles, Liv. I, Tit. I, Sec. II, a. 9.

64) Domat, Les lois civiles, Liv. I, Tit. I, Sec. II, a. 10.

(3) 小括

これまでの考察を踏まえると、「諸合意は、2人またはそれ以上の人々の双方の同意によって形成される諸義務であり、それらは、彼らの間で彼らが約束することを履行すべき法律をなす」⁶⁵⁾や「諸合意が形成されると、合意されたあらゆることは、それら（諸合意）をなした者たちにとって、法律に代わり、そして、それら（諸合意）はかれらの共通の同意によってのみ取り消しうる」⁶⁶⁾といった規定は、意思の自律を定式化しているのではなく、合意の効力を確定するものであり、合意に法律と同じ地位が与えられ、合意が個人の意味には還元されえない独自の法的性格を持つものであることを示しているといえよう。

プーフェンドルフの合意と比較すると、ドマの義務論的な合意はプーフェンドルフの合意の特徴と共通している。義務論的な特徴を有する合意は、当事者の意思に還元し得ない法的性格を有し、あらかじめ義務が指定され、当事者はそれに従って行為することに義務づけられる。

4 損害賠償論

(1) *faute* をめぐる議論

不法行為に関する一般的規定であるフランス民法典1382条(現行1240条)は、「他人に損害を生じさせる人の所為はいかなるものであっても、フォートによってそれをもたらしした者に、それを賠償する義務を負わせる」と定める⁶⁷⁾。ここから導き出される成立要件は、①フォートの存在、②損害の発生、③フォートと損害の因果関係である⁶⁸⁾。

一般に法学上の *faute* は、プラニオル (Marcel Planiol, 1853-1931) 以降

65) Domat, Les lois civiles, Liv. I, pré.

66) Domat, Les lois civiles, Liv. I, Tit. I, Sec. II, a. 7.

67) 債務法改正後の改正民法典は、「不法行為責任」に関する諸規定を第2編に置き、旧1382条ないし旧1386条を1240条ないし1244条でその内容を省略しないで再規定している。このたびの改正は契約法の改正であるが、射程が民法典第3編第1章から第4章の2までであり、そこには現行不法行為法に該当する条文も含まれている。不法行為法の改正については、たとえば、廣峰正子「フランス不法行為法改革の最前線」法時89巻2号(2017年)94頁以下。

議論されるようになったといわれているが、今日においてもなお *faute* は明確に定義されず、複雑な概念内容を持っていると評されている⁶⁹⁾。

(2) ドマにおける *faute* 概念

従来の研究によれば、現代フランス私法学における *faute*⁷⁰⁾ 概念は、ドマに由来し、ドマ以降、民事責任は *faute* に基づくものと理解されている。*faute* 概念は、広い意味を持ち、また日常用語と連続的であると指摘されている⁷¹⁾。ドマにおいては、一般的な不法行為に関する責任は *faute* に基づくものであるが、ドマは、『市民法』のなかで *faute* を明確には定義していない。したがって、本節では、*faute* に関するドマの記述から *faute* の意味を解明していく。

ドマは、*faute* から発生する損害の賠償について、第2編「合意なくして成立する義務」で説明する。具体的に、第2編第8章「重罪にも軽罪にも至らぬ *fautes* によって惹起された損害」のなかで、不法行為に基づく損害賠償義務について論じている⁷²⁾。ドマにおける *faute* は、ローマ法の *culpa* に由来するものである⁷³⁾。「合意なくして成立する義務」の基礎には、『法論』で説明されるとおり、「他人に損害を与えてはならない」および「各人に各人のものを与えよ」⁷⁴⁾ という2つの準則がある。

ドマによれば、損害発生の原因となる *fautes* は3種類に大別することができる⁷⁵⁾。すなわち、①重罪又は軽罪に至る *fautes*、②合意に基づく債務を欠く（履行しない）者の *fautes*、たとえば、売買目的物を引き渡さない売主やなすべき修理をしない賃借人、それから③重罪にも軽罪にも至らぬ *fautes*、たとえば、不注意で窓から物を投げて衣服を損なった場合、動物の保管が悪かったために何らかの損害を惹起した場合、無思慮で火災を生

68) ①山口俊夫『フランス債権法』（東京大学出版会、1986年）91頁以下、②同『概説フランス法 下』（東京大学出版会、2004年）157頁以下。その他、日本におけるフランス民法研究を展望するには、たとえば大村敦志『フランス民法—日本における研究状況—』（信山社、2010年）がある。

69) 野田良之「フランス民法における *faute* の概念」川島武宜編『我妻先生還暦記念 損害賠償責任の研究 上』（有斐閣、1957年）126頁。Faute 概念の史的研究については、他日に期したい。

ぜしめた場合、崩壊に瀕している建物が修理していなかったため、他の建物に倒れ掛かってこれに損害を与えた場合などが挙げられる⁷⁶⁾。これらの faute によって生じた損害は faute のある者によって賠償されなければならないが、この損害賠償義務は第2編の「合意なくして成立する義務」という表題の下で説明されることから理解できるように、合意なくして成立する

70) フランス民法典は、第4章「合意なしに形成される engagements」第2節「不法行為および準不法行為」に不法行為責任に関する規定を置いていた。

1382条（現行1240条）「他人に損害を生じさせる人の所為はいかなるものであっても、faute によってそれを生じさせた者に対して、それを賠償する義務を負わせる。ただし、いかなる名義であれ、火災が発生した不動産又は動産の全部もしくは一部を保有する者は、その火災がその者のフォート又はその者が責任を負う者のフォートに帰せられるべきことが証明される場合でなければ、この火災によって生じた損害について第三者に対して責任を負わない。前項の規定は、所有者と賃借人との間の関係には適用されない。それは民法典1733条および1734条によって規律される。」

1383条（現行1241条）「各人は、自己の行為によってばかりでなく、その懈怠もしくは注意によって生じさせた損害についても責任を負う。」

1384条（現行1242条）「人は、自己の行為により引き起こした損害ばかりでなく、自己が責任を負うべき者たちの行為、もしくは自己がその保管のもとにおく物の所為により生じる損害についてもなお責任を負うものとする。

父および母は、親権を行使する限りにおいて、共に居住する未成年の子により引き起こされた損害についても責任を負う。

主人および使用者は、それらの者が雇用される職務において家事使用人および被用者により引き起こされた損害についても責任を負う。

教師および職人は、生徒および見習者がその監督のもとにある期間において、それらの者により引き起こされた損害について責任を負う。

右の責任は、父母、教師および職人がこの責任を発生させた行為を防ぐことができなかったことを証明できない限り、成立するものとする。教師に関しては、侵害を生じさせたものとして援用されるフォート、不注意、又は懈怠は、訴訟上普通法にしたがって、原告が証明しなければならない。」

1385条（現行1243条）「動物の所有者または利用者は、その使用の間にあつては、動物がその保管の下にある時と、迷いまたは逃げていた時とを問わず、その動物が生じさせた損害について責任を負う。」

1386条（現行1244条）「建物の所有者は、その崩壊により引き起こされた損害について、その崩壊が建築物の保存の不十分もしくは建築物の瑕疵により引き起こされたときには責任を負う。」

山口・前掲注68) ① 91頁以下、同・前掲注68) ② 157頁以下。

なお、1804年の原始規定については、関口晃「ナポレオン法典」久保正幡先生還暦記念『西洋法制史史料選III 近世・近代』（創文社、1979年）206頁以下。

1つの engagement と位置づけられている。

ドマは、3種類の fautes のうち、第8章「重罪にも軽罪にも至らぬ fautes によって惹起された損害」で扱うのは最後の種類のみ、すなわち「重罪にも軽罪にも至らぬ fautes」であるとしている。というのも、重罪や軽罪は民事事件と混同されるべきでなく、また合意についてのすべてのことは第1編で扱うべき問題であるからと理由を述べている⁷⁷⁾。

第8章ではまず、第1節は、「家から投げられたもの、又は家から落下して損害を生ぜしめるおそれのあるものについて」と題され、これはローマ法の流出投下物訴権 (actio de effusis et deiectis) に該当する⁷⁸⁾。

次に第2節では、動物によって惹起された損害が取り上げられ、ここでは、たとえば、動物によって惹起された損害については、まず、人間は自分の所有するすべてのものを、何人もそれから害悪や損失を受けないよう

71) 野田・前掲注2) 94頁以下、同・前掲注69) 116頁。

72) Domat, Les lois civiles, Liv. II, Tit. VIII.

73) ドマは第2編第8章において、ローマ法の culpa を引用している。野田・前掲注2) 93頁、飛世昭裕「フランス私法学史における「フォート」概念の成立(一)」北大法学論集41巻5・6号(1991年)545頁。

74) Domat, Traité des lois, Ch. V, 4^{me} Règle: Ne faire tort à personne, et rendre à chacun ce qui lui appartient.

75) 一般的にフランス私法学における「フォート」はドマに由来し、ドマ以降、民事責任は「フォート」に基づくものと理解されている。フォートについての主な邦語文献には、野田・前掲注68) 109頁以下、アンドレ・タンク(星野英一訳)「不法行為責任におけるフォート (faute) の地位」法学協会雑誌82巻6号(1966年)1頁以下、飛世・前掲注72) 531頁以下、新関輝夫『フランス不法行為責任の研究』(法律文化社、1991年)、廣峰正子「フランス民事責任におけるフォート概念の存在意義」立命館法学323号(2009年)、18頁以下、今野正規「フランス契約責任論の形成(1)」北大法学論集54巻4号(2003年)1351頁以下などがある。ドマのフォート概念については、とりわけ野田・前掲注2) 82頁以下、西村隆誉志「一七世紀法学における「フランス人の法」の構築—法整序にたいする一七世紀以降の対応—」愛媛法学会雑誌30巻3・4号(2004年)62頁以下を参照されたい。

76) Domat, Liv. II, Tit. VIII, pré.

77) Domat, Liv. II, Tit. VIII, pré. 重罪や軽罪については、ドマの『公法』(1670年)の第一章「重罪と軽罪 (crimes et délits)」で説明される。

78) Domat, Liv. II, Tit. VIII, Sec. I. ドマは、ローマ法大全学説彙纂第9巻第3章「[家外へものを] 流出させ、また投下した者について」を引用する。

な状態に保たなければならないという保管義務 (devoir) を説明する⁷⁹⁾。そして、確実な保管を欠く (faute de bonne garde) 場合、すなわち、義務違反があった場合には、惹起された損害を賠償する義務を負うことになる。社会の秩序を保つという要請から、各人は自分の持ち物によって他人に損害を与えないように安全に保管する devoir が導き出される。つまり確実な保管という devoir を欠く場合は、faute と評価され、そこから生じる損害の責任を負わねばならない⁸⁰⁾。

続いて第3節は、「建物の崩壊又はなんらかの新工事から生じうべき損害について」と題され、隣家の建物の崩壊によって生じた損害の賠償のみならず、妨害の予防や妨害の排除の問題も論じる⁸¹⁾。

以上のように第8章の第1節から第3節では、①一般的な準非行の faute、②動物責任における保管・監護の faute、③建造物責任における保管・監護の faute が説明される。

「一般的な不法行為責任」と評される規定である第4節では、「重罪にも軽罪にもよらず、fautes によって惹起されたその他の種類の損害について」が扱われる。ドマは、まず、「何らかの所為 (fait)、たとえば無思慮 (imprudence)、軽率さ (légèreté)、知っているべきことについての無知 (ignorance de ce qu'on doit savoir)、あるいはその他の同様の faute によるもので、それがいかに軽いものであろうともその所為によって発生しうる全ての損失 (pertes) および全ての損害 (dommage) は、その無思慮あるいはその他の faute によって生ぜしめた者によって賠償されなければならない

79) 「人間を社会的に結び付けている秩序は、人間を自分の行為によって何人であれ全くこれを害してはならないということのみならず、各人を自分の所有しているすべてのものを、何人もそれから害悪や損害をうけないような状態に保つよう義務づける。このことは、自身が所有する動物を、それが人間を害したりその財産に何らかの損失や損害を引き起こさないように制禦する義務 (devoir) を含んでいる」(Domat, Liv. II, Tit. VIII, Sec. II, pré.)。

80) 「たとえば、馬又は他の動物に過度に荷を積みすぎたり、危険な道を避けさせなかったり、何かその他のフォートによって損害を引き起こした者は、その行為の責任を負う」(Domat, Liv. II, Tit. III, Sec. II, a. 5)。

81) Domat, Liv. II, Tit. VIII, Sec. III.

い」⁸²⁾と説明する。「何らかの所為 (fait)、たとえば無思慮 (imprudence)、軽率さ (legereté)、知っているべきことについての無知 (ignorance de ce qu'on doit savoir)、あるいはその他の同様の faute によるもの」という第4節第1項の文言からわかるように、faute と同格にあるのは「所為 (fait)」であり、ドマは faute を行爲 (fait) の一態様としている⁸³⁾。

次いで、学説彙纂第9巻第2章第5法文第1項を引用し、なぜならば、「たとえ彼が他人に損害を与えるという意図 (intention) を有していなくても、彼のなしたことは損害 (tort) だからである。こうして、通行人にとって危険をはらむ場所で軽はずみにもペルメル遊びをする者が他人を負傷させたなら、生じた損害に拘束されるだろう」⁸⁴⁾としている。

さらに、ドマによれば、合意から発生した義務を履行しないことも faute の一態様であるとしている⁸⁵⁾。ドマは、本稿2(2)で考察した合意から発生する義務の不履行も損害を惹起する1つの faute として、次のように説明する。すなわち、売買目的物の引渡しを拒否する売主や寄託物の返還を遅滞する受託者は、遅滞によって生じた損害のみならず、遅滞している間に目的物が滅失してしまった場合には、目的物そのものの価値を賠償す

82) 原文は、Toutes les pertes, & tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence légèreté, ignorance de ce qu'on doit sçavoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu. Car c'est un tort qu'il a fait, quand même il n'aurait par eu intention de nuire. Ainsi celui qui jouant imprudemment au mail dans un lieu où il pouvait y avoir du péril pour les passans, vient à blesser quelqu'un, sera tenu du mal qu'il aura causé (Domat, Les lois civiles, Liv. II, Tit. VIII, Sec. IV, a. 1)。ここでは、ウルピアヌス：D.47,10,1 pr. およびウルピアヌス：D.9,2,5,1 が引用される。

83) 飛世・前掲注73) 545頁も参照。

84) Domat, Les lois civiles, Liv. II, Tit. VIII, Sec. IV, a. 1.

85) Domat, Les lois civiles, Liv. II, Tit. VIII, Sec. IV, a. 2.

86) 「義務の弁済を果たさないのは、損害賠償に拘束される機会をもたらしうる faute である。こうして、売却物を引き渡すのに遅滞がある売主、寄託物を返却するのが遅れた受寄者、遺贈の対象物をとどめておく相続人、また引き渡さなければならない物を自分の占有に置く者のすべては、拒否しまたは遅れたなら、遅滞が生じせうる損害賠償についてだけでなく、偶発事故でそうなったにしても、遅れて物を失ったら、物の価値そのものについても拘束される。というのは、この事態は所有者の手もとにまで届きえないし、または物を失う前にそれを渡すことができたからである」(Domat, Les lois civiles, Liv. II, Tit. VIII, Sec. IV, a. 2)。ここでは、ポンポニウス：D.12,1,5 が引用される。

る義務を負うことになる⁽⁸⁶⁾。また、ドマは、『市民法』の第1巻第2章「売買契約」第2節17項「損害賠償が成り立つ事例」、第7節3項「売主が引渡しの遅滞に陥った後に生じた変化は売主の危険負担」、および第1巻第7章「寄託」第3節10項「受寄者が返却に遅滞がある場合」を参照させている。つまり、具体的な engagement 違反 = faute であるといえよう。

faute に関する記述をさらにみてみよう。ドマは、faute の責任を問わない場合も説明している。「罪のない行為からは予見しえない結果によりなんらかの損害が生じた場合、その行為をする者に faute の責任を問わず、このような結果について責任を負わないだろう。というのは、この事態はその行為に付随するなにか別の原因、損害を被った側の軽率さ (imprudence) とかあるいはなんらかの偶発事故を有するからである」⁽⁸⁷⁾として、罪のない行為によって生じた損害については、責任を負わなくてよいとしている。

「なんらかの損害をまねきうる工事や作業での予防」では、他人になんらかの損害をさせ得る場所で工事や作業をする者のなすべき予防について⁽⁸⁸⁾、次いで「知るべきことを知らないこと」では、知るべきことの不知によってまねかれる faute についての責任を説明する⁽⁸⁹⁾。また、火災について、火災はなんらかの faute によって、少なくとも軽率が不注意でしか発生

87) Domat, Les lois civiles, Liv. II, Tit. VIII, Sec. IV, a. 3. ここでは、ウルピアヌス : D. 9, 2, 9, 4 およびメラ / プロクルス / ウルピアヌス : D. 9, 2, 11 pr. が引用される。

88) 「他人になんらかの損害を生じさせよう場所でなにか工事や作業をする者は、それを防ぐために必要な予防をしなければ拘束されるだろう。石工、大工その他器具を使って材料を持ち上げる者、木の高いところから枝を切り落とす者は、工事が危険な状況にあることを人に知らせなければならない。そうしなかったら、まねいた損害につき拘束され、状況に応じて他の刑罰にも拘束されるだろう。こうして道路または権利をもたずに他人の土地に罫を仕掛ける獵師その他は、そこで生じた損害に責任があるだろう」(Domat, Les lois civiles, Liv. II, Tit. VIII, Sec. IV, a. 4)。ここでは、ウルピアヌス : D. 43, 24, 7, 8 およびパウルス : D. 9, 2, 28 pr. が引用される。

89) 「faute によって生じた損害の多くには知るべきことがらについての不知によってまねかれるものがある。こうして、技師が専門に属することを知らなかったために、なんらかの損害を生じさせる faute をなした場合それに拘束される。また荷馬車の御者が荷台に意思をふぞろいに積んで意思の一撃がなんらかの損害を生じさせた場合責任が問われる」(Domat, Les lois civiles, Liv. II, Tit. VIII, Sec. IV, a. 5)。ここでは、ウルピアヌス : D. 19, 2, 9, 5 ; 1. 4, 3, 7. およびウルピアヌス : D. 9, 2, 27, 33 が引用される。

しないとして、fauteによって火災を起こした者の責任を規定する⁹⁰⁾。さらに、防止しなければならない損害を防止しうるにもかかわらず、その義務 (devoir) を欠いた者は、状況に応じて責任を負わされることがありうるとしている⁹¹⁾。このようにして、ドマは、人間のなすべき行為を示しながら、fauteを列挙する。

ドマは、fauteを行為 (fait) の一態様にとらえ、非難性を伴う行為を総称してfauteとしているといえよう。正確に言えば、fauteを反devoirと捉えている。ドマは、『市民法』の第8章第4節でいわゆる「一般的な不法行為責任」を論じる前に、今日にいう動物責任や建造物責任などの特殊不法行為責任を論じている。そこでは、動物を安全に保管する義務 (devoir) などが説明されていることからわかるように、それに違反した場合をfauteとしている。また同様に、防止しなければならない損害を防止しうるにも

90) 「火災はなんらかの過失 (faute) によって、少なくとも軽率か不注意でしか決して発生しない。あったとするには過失 (faute) が軽すぎても、その過失 (faute) から火災を起こした者はそれに拘束されるだろう」(Domat, Les lois civiles, Liv. II, Tit. VIII, Sec. IV, a. 6)。ここでは、パウルス : D. 1, 15, 3, 1 およびガイウス : D 47, 9, 9 が引用される。

91) Domat, Les lois civiles, Liv. II, Tit. VIII, Sec. IV, a. 8. ウルピアヌス : D. 9, 2, 44, 1. パウルス : D. 9, 2, 45 pr. ; C. 3, 41, 4. さらに、第9項「なんらかの行為が行われるより前に、偶発事故によって生じた損害」では、「損害を惹起した行為のなかに害する意図も悪意もない場合にも、その損害が何らかの不注意又は何らかのfauteによって、あるいはその損害について責任ありといわれる者に何ら責むべきところなくして、生じたかどうかを考察しなければならない。そこで、たとえば、一頭の馬を賃借した者が、暗夜、石の多い難所にみちた場所でこれを使用し、馬が不具になったり、注意を欠いたため、盗まれたといった場合、この者に対してこの種のfauteを帰すことができよう。しかし、この者のfauteなくして、馬が不具になり、または真昼間大道で盗まれた場合は、馬の所有者がその損失を負担すべきである。なぜなら、これは所有者の負担すべき不可抗力だからである」(Domat, Les lois civiles, Liv. II, Tit. VIII, Sec. IV, a. 9.)。ここでは、パウルス : D. 3, 5, 12 (13) およびパウルス : D. 9, 2, 30, 3 が引用される。

第10項「偶発事故が不法な行為の結果であって、なんらかの損害が生じた場合、第4項「なんらかの損害を招きうる工事や作業での予防」の事例と同じように、偶発事故が何らかの軽率さの結果としかいえない場合よりも強い理由により、行為を起こした者が拘束されるだろう。こうしてたとえば、債権者が裁判を経ずに同意していない債務者から抵当をとって、この抵当が債権者の手中にあるうちに偶発事故で滅失した場合、かれは拘束されるだろう」(Domat, Les lois civiles, Liv. II, Tit. VIII, Sec. IV, a. 10)。ここでは、パウルス : D. 13, 7, 30 が引用される。

かかわらず、devoir を欠いた者は責任を負わされる。つまり、devoir 違反を faute としていることがわかる。

あらかじめ当事者間の合意があるわけではなく、個別的な義務を措定することが困難な不法行為では、その要件である faute に関して、「他人に損害を与えてはならない」という一般的な義務に違反した行為は、faute すなわち反 devoir とみなされることになる。その一方で、個別的な義務があらかじめ存在する場合には、その義務を履行しなければ faute、つまり反 devoir とみなされる。ここでは前述した合意から発生する義務が前提となる。faute については、合意から発生する engagement と異なり、あらかじめ個別的な義務を措定することは難しいため、ドマは「他人に損害を与えてはならない」という一般的な義務違反と評価される行為を一括して faute として捉え、列挙したと理解することができる。

以上のように、ドマにおいては、faute は反 devoir という行為の態様を指しており、それは合意から発生する義務違反であるか、「他人に損害を与えてはならない」という一般的な義務違反であるかどうかにより判断されるということになる。

(3) 小括

ドマは、『市民法』の第8章「重罪にも軽罪にも至らぬ fautes によって惹起された損害」において、ローマ法の「学説彙纂」を論拠としつつ、ローマ法では散在する法文を faute という新しい概念を用いることによって不法行為論について統一的な規定を確立したと評価することができよう⁹²⁾。fautes によって惹起された損害は、fautes により損害を生ぜしめた者によって賠償されなければならない。

合意に関しては、当事者間であらかじめ義務が定められるため、その義務が履行されない場合には faute と評価されることになる。それに対して、

92) ドマは、『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。ドマによれば、ローマ法の準則は統一されておらず、至るところに同様の内容をもつ準則が散在しているが、重複を含む準則は、1つの項目にまとめるべきである (Domat, Les lois civiles, préface)。

不法行為に基づく損害については、合意から発生する義務とは異なり、人間が準拠すべき個々の義務をあらかじめ列挙することは困難であるため、faute という概念を用いることによって、義務違反行為を一括して説明しようとしていると理解できる。すなわち、不法行為責任は、先在義務違反から生じるのではなく、faute 自体から生じるといえよう⁹³⁾。では、faute は、何を基準に faute と評価されるのであろうか。ドマが『法論』で述べているように、意思的でない義務には、「他人に損害を与えてはならない」という原則が含まれるため、その原則に反する行為を faute として『市民法』に列挙したと捉えることができる。

従来の研究には、faute = 先在義務違反と理解するものもあるが、不法行為に関しては、ドマの記述からもわかるように、あらかじめ「他人に損害を与えてはならない」という義務が想定されていたにすぎず、個別具体的な義務が想定されていたのは、合意に関してだけであるといえよう。このことは、ドマが不法行為に関する規定において engagement ではなく devoir を用いていることから理解できる。

ドマは、『市民法』第3編「義務に付け加えられ又はこれを強化する効果」のなかで、損害賠償について「何らかの義務に違反、またはこれを懈怠したため、何らかの損害を惹起した者はその不法を賠償しなければならない」⁹⁴⁾としており、これはあらゆる個別的な義務および何人にも不法を加えてはならないという一般的義務の自然の効果であると規定している⁹⁵⁾。この記述からも損害の賠償義務の基礎には、個別的な義務と「他人に損害を与えてはならない」という一般的な義務があることがわかる。

ドマの義務の体系においては、faute に基づく損害賠償義務も1つの engagement である。これは「合意なくして成立する義務」のなかで規定されることから理解できよう。

93) のちにはこのような理解も存在する（たとえば Louis Josserand, Cours de droit civil positif français, t. 2, Sirey 1938, p.240）

94) Domat, Les lois civiles, Liv. III, Tit. V, pré.

95) Domat, Les lois civiles, Liv. III, Tit. V, pré.

おわりに

ドマは、『市民法』のなかで、人間の本性から演繹される義務＝engagementを中心とした私法理論を確立した。そこでは、社会生活を必要とする人間には、あらかじめ従うべき義務が付与され、義務に従った行為(devoir)が求められる。

不法行為に基づく損害賠償義務についてみると、プーフェンドルフは、人間が準拠すべき義務を万人が義務づけられる絶対的義務と特定の者が合意に基づいて義務づけられる条件的義務に大別し、「他人に損害を与えてはならない」という絶対的義務のもとで、剥奪、破壊、妨害といった行為そのものの義務違反を問題とし、義務に違反した者に対してその損害の賠償を義務づける。ドマは、「合意による意思的・双方的義務」と「合意なくして成立する義務」とを合意の有無を基準として大別し、後者の義務のなかで不法行為に基づく損害賠償義務を説明する。不法行為の場合には、あらかじめ個別的な義務を指定することができず、万人が万人に対して義務づけられる「他人に損害を与えてはならない」という義務に照らして、反devoirとみなされる行為をfauteとしている。fauteがある場合には、fauteを犯した者は損害賠償という新たな義務に拘束されることになる。この点にドマの特徴があるといえよう。このことは、損害賠償義務が第2編の「合意なくして成立する義務」の中で説明されていることから理解できる。ドマは、プーフェンドルフの義務の体系を継承することによって、義務中心の私法理論を確立したと捉えることが可能であるが、ドマとプーフェンドルフの損害賠償論の比較からわかるように、ドマは、プーフェンドルフの義務(obligatio)と義務適合的行為(officium)の行為枠組みを原則的に採用しつつ、変更を加えている⁹⁶⁾。両者は、人間が社会生活を送るために、人間の行為を中心とした私法理論を展開しているが、その損害賠償義務をみると、プーフェンドルフは、人間を義務に従った行為(officium)へ向かわせるため、損害賠償義務を制裁と位置づけているのに対して、ドマは損害賠償義務を新たな義務ととらえている。プーフェンドルフはofficiumを中心に論じているのに対して、ドマはfaute概念を用いて

反 *devoir* を中心に論じている。これは、裁判官であったドマがプーフェンドルフの思考を応用したと捉えられるのではないだろうか。

ドマは、損害賠償を説明する際、プーフェンドルフの義務と義務適合的行為を基調とした行為の枠組みを継承しつつ、ローマ法の *culpa* を *faute* という新たな概念に置き換えた。ドマが *faute* 概念を採用することによって、ローマ法の個別具体的な事例をまとめ、統一的な規定を定めることができたといえよう。この成果は、ドマが『序文』でも言及しているように、散在するローマ法を統一した一例であると評価できるのではないか。

ドマは、プーフェンドルフの義務の体系に依拠しながら、素材を実定法に求めることによって、自然的秩序における統一的な体系を確立したといえよう。

不法行為責任に関する統一的な規定は、近世自然法論以降に誕生したとされ、フランスにおいては、ドマによって統一的な規定が確立されたとされている。この成果の一因には義務概念の採用とそれにも基づく義務の体系の確立があるのではないだろうか。

本稿における考察は、ドマの不法行為に基づく損害賠償論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、*faute* をめぐる議論および不法行為に関する統一的な規定の生成過程には詳しく踏み込むことができなかった。したがって、今後の課題として、不法行為責任を具体的に考察していきたい。

96) のちの時代になるが、プーフェンドルフが使用している行為概念 *officium* は、バルベイラック (Jean Barbeyrac, 1674-1744) によって *devoir* と訳されていることから *devoir* は行為概念であると推測できる。『義務論』は “*Devoirs de l’homme et du citoyen*” と訳され、本文でも *officium* は *devoir*、*obligatio* は *engagement* に置き換えられている。

【資料】国際海洋法裁判所「ジョホール海峡埋め立て事件」2003年10月3日暫定措置命令

佐古田 彰

はしがき

【翻訳】「ジョホール海峡及びその周辺海域におけるシンガポールによる土地埋め立てに関する事件」（マレーシア対シンガポール）国際海洋法裁判所暫定措置命令
暫定措置命令
Hossain特任裁判官及びOxman特任裁判官の共同宣言

はしがき

以下に訳出するのは、2003年10月3日に国際海洋法裁判所（ITLOS）が指示した「ジョホール海峡及びその周辺海域におけるシンガポールによる土地埋め立てに関する事件」（マレーシア対シンガポール）（第12号事件）に関する暫定措置命令である¹⁾。

ジョホール海峡（Straits of Johor）は、マレーシアとシンガポールの国境を形成する海峡である。特にシンガポールが行っている、同海峡東側海口のTekong島周辺海域と西側のシンガポール本島と陸続きのTuas地区の埋め立て工事に関して、マレーシアが、シンガポールの行為が国連海洋法条約違反であるとして

1) 本資料は、国際海洋法裁判所判決・勧告的意見の全訳作業のうち、2011年深海底活動責任事件、2015年西アフリカ地域漁業委員会事件に続き、3件目に当たる。同裁判所の判決・意見の全訳作業の意義、訳出の方針などについては、佐古田彰「【資料】国際海洋法裁判所『深海底活動責任事件』2011年2月1日勧告的意見(一)」『商学討究（小樽商科大学）』66巻1号（2015年）367－370頁参照。

2003年7月4日に同条約附属書Ⅶの仲裁裁判所に提訴し、その2か月後の2003年9月5日にマレーシアがITLOSに暫定措置を要請した。本資料は、このITLOSの暫定措置命令を訳出したものである。

この事件の暫定措置命令に関して、2点ほど簡単に解説しておきたい。

国連海洋法条約は、本案が付託された裁判所と別の裁判所が暫定措置を指示する制度を設けている。通常は、国際司法裁判所（ICJ）の制度がそうであるように、本案を扱う裁判所と暫定措置を指示する裁判所は同一である。国連海洋法条約も、そのような場合を原則としている（290条1項）。しかし、海洋法条約附属書Ⅶに基づき設立される仲裁裁判所に本案が付託される場合、手続は仲裁人の選定から始まることから、裁判所の設立に時間がかかることが多い。暫定措置は、緊急性の故に必要とされるものであるから（ICJ規則74条2項・海洋法条約290条5項参照）、緊急に対応できる裁判所が存在しないとすると、この制度の意味がなくなる。そのため、海洋法条約は、このような場合、暫定措置は紛争当事国の間で別段の合意がない限り常設の裁判所であるITLOSが指示することとした（290条5項）。これは、ICJにはない制度である。ITLOSでは、この290条5項に基づく暫定措置が要請されたのは、1999年みなみまぐろ事件、2001年MOX工場事件に続き、本件のジョホール海峡埋め立て事件が3件目である。

もう1つであるが、本件暫定措置の裁判では、口頭弁論の際に両国の歩み寄りが示され、暫定措置命令はその歩み寄りを命令として具体化させた。その後、両国はこのITLOS暫定措置命令に従い互いに協力し、2005年4月に両国の間で紛争解決協定が締結された。つまり、本案の仲裁裁判所の判決を待つことなく本件紛争が解決したという珍しい事案である（2005年9月の附属書Ⅶ仲裁裁判所判決参照）。その意味で、本件暫定措置命令が実質的に紛争を解決したといえる。実際のところ、本件暫定措置命令は両国が選定した2人の特任裁判官を含む全員一致で採択されただけでなく、普通は意見が対立する立場であるはずの両特任裁判官が共同して宣言を付しており、その点でも異例の裁判であったといえよう。本資料では、参考までに、この両特任裁判官の共同宣言も訳出した。なお、両特任裁判官は、本件事件の本案を審理した附属書Ⅶ仲裁裁判所の仲裁人でも

【資料】国際海洋法裁判所「ジョホール海峡埋め立て事件」2003年10月3日暫定措置命令

あった。

最後に、この暫定措置命令文の訳出の仕方について1点付言しておきたい。国際海洋法裁判所の暫定措置命令の本文は、各項の冒頭に、“Whereas”（命令文の前半の各項）と“Considering”（後半の各項）の2語（仏文では“Considérant que”の1語のみ）が用いられており、そのため訳出する際には、正確には各項の末尾に「……であるので、」「……であることを考慮し、」の文言を付することになる。しかし、本資料では、これらの語は訳さなかった。その理由は、同じ表現が繰り返されることの煩雑さはともかく、特に、項によっては複雑な構造を持つものや理由の説明が含まれることがあり、その場合は「……であるので、」の表現がどの部分に対応するものか分かりにくくなることがあることと、命令文原文では各項の冒頭にある語が日本語の訳では末尾に置かれることになるため訳が奇妙になることがあるためである。本資料の訳出は読みやすさを優先して、これらの語を訳出しなかった²⁾。

2) なお、ICJの暫定措置命令文は、従前は“Whereas”の語（仏文では“Considérant que”の語）が同じく各項の冒頭で用いられていたが、2013年以降は、命令本文の冒頭1ヵ所に“Whereas”（“Considérant que”）の語を置き、各項にこれらの語を用いることはなくなった。結果的に、本資料はこのICJの新たな方式に沿った訳出の仕方になっている。