

【翻訳】

ポール・ジッド『指図論』(2)

『ローマ法における更改および債権移転の研究』第四部

柴崎 暁 訳

〔凡例〕

〔 〕 〓 訳者による補足。

傍線 〓 原文におけるイタリックによる強調。

〓 法学提要 Institutes 〓 重要な語彙の原語。

() 〓 原文の () 。

(p.000) 〓 原文改頁箇所

〔注について〕 原注は本章末尾に。注の文頭に置かれた note 39-1 とあるのは、原文三九〇頁の注番号一を意味

する。訳注は「」による割注とした。

(p.386)

II

我々は、この研究において、指図という語が拡張的に用いられるに過ぎず、学問的な語義以外の用いられ方をしている場合の総てを排除することからはじめなければならない。指図が固有の意味で一つの法律行為ではないのと同様に、『指図 *delegatio* の語も、その原始的な意味においては、法律的表現ではなかった。この語は、法律家が一般の言語から借用した用語であるが、ようやく次第次第に、法律家の筆によって、慣用的で俗な意味の外に、専門的かつ特殊の意味を帯びるようになる。古典期の作家においては、『指図する *delegare* の語の意味は、『派遣すること *envoyer*』誰かを『代理として遣わす *deputer*』と、誰かに『何らかの事務

を課すること *charger de quelque affaire*』⁽¹⁾ たり、あるいは、『誰かにある事務を許すこと *remettre*』『委ねること *confier*』⁽²⁾ というものであった。法律家たちが『裁判、管轄、仲裁、職務、後見、公金、收穫物等々を委ねる *delegare iudicem, jurisdictionem, arbitrium, munus, tutelam, pecuniam publicam, annonam, etc.*』⁽³⁾ と述べて、『指図する *delegare* の語を用いているのは、法学的ではなく、以上のような文学的な意味においてである。(p.387) これらすべては、いまその定義と分析とを問題にしている指図とは共通点を持たない。

その専門的意味において理解された『指図 *delegation* の語は、ローマ法学者によって、違った二つの語義においてかわるがわる用いられている。この語が『指図人 *delegant* から被指図人 *delegatus* に与えられた』⁽⁴⁾ 指示 *l'ordre* を意味する場合もあれば、この指示の実行、

言い換えれば被指図人と、指図受取人 *delegataire* との間に行われる行為を意味する場合もある⁽⁵⁾。指図の語の、このような二重の意味は、学説彙纂の二つの法文のなかに登場しているが、この二つの法文は同じ表題のもとに収められていて、同じ法学者によって書かれており、そしてなによりも、相矛盾しているかのように思われるのである。これら法文のなかの一方において、ウルピアヌスは、指図は、いかなる方式もなく、すなわち、単なる首肯で行われうるものだと、我々に言っている⁽⁶⁾。ウルピアヌスは、他の法文では、指図は、両者が両者とも厳正な方式の伴う二つの行為、すなわち、問答契約 stipulatio および 争点決定 in iudicio datio によって達成される *sacramplir* ことが可能であると述べている。(p.388)⁽⁷⁾

第一のくだりでウルピアヌスが我々に教えるところは、いかにして、指図人 *delegant* がその指示を与えるものでなければならぬか、第二のくだりでは、いかにして、被指図人 *delegue* がこれを実行するものでない

ればならないかである。

かかる語法の曖昧さのなかに、ローマ法学者の間に分裂が顕れていると解するべきではない。ここに見るべきなのは、指図が、複合的行為 *acte complexe*、二重の行為 *acte double*、あるいは、いわば、二つの別々の行為からなる合成物、であることの証である。即ち、第一は、「指示 ordre」、即ち 「与えることまたは約束することの命令 *jussum dandi vel promittendi*」⁽⁸⁾、第二は、かかる指示の実行すなわち 「与えることまたは約束すること *datio vel promissio*」である。この二つの行為の何れであれ、分離して把握する限り、ひとつの指図を構成することができない。すなわち、命令が実行されるままであれば指図にはならない、なぜならば、いかなる法律効果も生じていないからである⁽⁹⁾。また、与えること *datio* または 「約束すること *promissio*」 が自発的に行われていたのであれば、これも指図ではない、なぜならば、ここには通常の「与えること *datio* または「約束すること *promissio*」の効果しか存在していない

からである。⁽¹⁰⁾したがって、これら二つの行為の結合こそが、ちようど申込と承諾とが契約を形成するのと同じように、指図を形成するために不可欠である。一見すると、二つの行為はまったく互いに独立したもののように見えるのは確かである。(p.389)それらは期日にもとづいて隔てられる。指示とその実行との間には、つねに、一定の間隔が経過している。両者は方式にもとづいて隔てられる。第一のものにとっては、単なる首肯でも足りるが、これに対して第二のものは契約または所有権移転行為の方式を具備しなければならぬ。両者はこれを発する人の違いによつて隔てられる。第一のものは指図人の単独行為であり、他方、第二のものとは指図人の不在のまま、指図受取人 *délegataire* と被指図人との間で遂行される。しかし、外見上いかに分離されようとも、これら二つの行為は、不可視なる紐帯によつて結合されている。即ち、これら二つの行為は、それらの「外的方式 *forme extérieure*」においてではなく、それらの「原因 *cause* および「効果 *effets*」にお

いてこれらを熟慮するならば一個の行為でしかない。指図とは、かくのごとく複合的な一個の存在であるが、それは以上のような意味において一個の行為に該るのである。

我々は、なお我々の問題の一部分しか解決していない。すでに述べたように、指図は、それを続けて実行がなされる「指示 *ordre*」である。この指示とは何に該当するのであるうか?——ここで、我々はローマ法学者が二種の指示を、従つて、二種の指図を明白に區別していることを視野に入れる。即ち、「与えることの命令 *jussum promittendi*」と「約束することの命令 *jussum promittendi*」とをである。

指図は物を「与える指示 *ordre de donner*」に、即ち物の所有権を移転する指示、「与えることの命令 *jussum dandi*」に存することもある。例えば「金額を借入れた家族の男子が、彼に貸付をした者に対し、自らの娘のために嫁資としてこれを与えるべく任せしめると *est...*」⁽¹¹⁾「..... filius familias mutuatus pecuniam

delegavit creditorem ut daret pro filia dotem.》

[HUILOT 版 ⁽¹⁴⁾ ...filius familias mutatus, creditorem delegavit, ut daret pro filia dotem の語順になつてゐる] (p.390)。我々が学説彙纂に見出す大部分の場合には、与えるべき物は一定の金額である。しかし、これは、土地であることも、または、その他の財貨のこともあり得たであろう。『ティティウスと婚姻する女が、嫁資として有する不動産を、マエヴィウスに与へるときは…』《*Si nuptura Titio voluntate eius fundum dotis nomine Maevio tradit...*》『私〔継伝処分受益者〕の指図にもとづき、相続人が財産を個品で彼の者に引渡し、右の者に対して私が右個品を売却してゐるときは…』《*Si singulae res traditae sint [sunt の誤ひ] jussu meo ei cui eas vendiderim...*》。これらの様々な場合に、指図は、『引渡 tradition』、『握手行為 mancipation』またはその他の所有権移転行為によつて実行される。

指図は、『与へること de donner の指示ではなくて、

もつぱら、『約束すること de promettre の指示でもありうる。』『私が指図した私の債権者に対して汝が約束する』《*Creditori meo delegante me promissit*》と云ふうちに、ここでもまた、法文が我々に提供する例の大部分において、約束は、一定金額を『目的物 objet』とする。

しかし、約束は、他のすべてをも目的物となし得る。『〔奴隷である〕ステイクウスを女に供与するべき債務者が、〔この女から〕奴隷をもつて嫁資を設定する』『指図を云ひなると云ふ…』《*Si is qui Stichum mulieri debet in dotem delagatus sit...*》『私に用益を負担する者が私が汝に指図すると云ふ…』《*Si usufructus debitorum em meum delegavero tibi...*》。これらの様々な事例において、それによつて指図が達成されることになる行為は、『債務を発生させる行為 acte productif d'obligation』である。すなわち、例えば、問答契約であり、(p.391) 『指図はあるいは問答契約により、…行われる』《*Fit delegatio, vel per stipulationem...*》⁽¹⁵⁾ あるいはまた、『嫁資設定の言明 *dictio dotis* ともなし得、』『嫁

資設定の言明 *dictio dotis* ともなし得、』『嫁資設定の言明 *dictio dotis* ともなし得、』

資は、妻の債務者が妻の命令によりこれを宣言するときは…設定できる」《*Dotem dicere potest... debitor mulieris si iussu ejus dicat*》⁽²¹⁾」——あるいは「移転記入 *nomen transcriptitium*: 「人から人への移転記入は「*テイテウス*が私に負担するものを、君の支出として記帳する場合、すなわち、*テイテウス*が自分の代わりに君に宛てて「私を受益者として指図した場合に」行われる」《*A persona in personam transcriptio fit*》⁽²²⁾であり、「*弁済約束* *constitut* でもあつた。なぜなら「指図とは、所定の方式を有するものではなく、「狭義の法律行為 *acte juridique proprement dit*」ではないのであるから、ひとが指図を、市民法上の手段によって達成することにも、法務官法上の手続によって達成することにも、何等妨げはない。「*汝の債務者からの指図を受けて、ユーカリプスが、汝への金銭の支払を、問答契約により諾約し、または、弁済約束により約束するとき、汝は対人的に訴権を有する*」《*Si solveret tibi pecuniam delegatus Eucarpus dare spopondit*

vel debitum constituit, suo nomine conveniri potest》⁽²³⁾——最後に「それは「*争点決定* *hiscontestatio*」によることもできたであろう、というのも、*争点決定* もまた、「*拘束 des engagements*」を約束する一つの方式だからである。⁽²⁴⁾「指図はあるいは問答契約により、あるいは争点決定によって行われる。」「*Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem*。》⁽²⁵⁾——「*じつじつ*」我々は「*与えぬじつじつ datio*」ではなくて「*約束 promesse*」における「指図に該当する事例の列举を止めて置こう。(p.392)

ローマ法においては「約束することおよび債務を負うこと」これらの他の方法が、なお存在しているのは真実である、例えば、消費貸借または寄託のような「*要物契約* *contrats reals*」、*売買*または*質貸借*のような「*諾成契約*」である。しかし、このような契約は、指図には決して該当しない。ローマ法学者も、第三者との間で貸しまたは借り、売りまたは買いを締約する指示もしくは委任に「指図の名を与えておらず、これらを指図と

して取扱うこともしていない。⁽²³⁾ここにこそ、特徴的な事実がある。さしあたり、我々はこれを確認しておくにとどめよう、我々はさらに先で、その理由を探究し、かつ、その帰結を導き出すことにする。

III

いま、我々は、法文が我々に紹介する指図の様々な場合を列挙したのであるから、「(今度は)これを類型化し、共通の定義のもとに集合させようと試みなければならぬ。我々は、指図の様々な場合が二つの変種に帰着することを見てきた。すなわち、「与える命令」*jussum dandi*と「約束する命令」*jussum promittendi*、言替えば、「譲渡する指示」*ordre d'aliener*と「義務を負う指示」*ordre de s'engager*である。

(p.393)とところで、この二種の指図は、その方式において大きく隔たったものであっても、その本質においては異なるものではない。ふたつのいずれの場合

においても、譲渡しまたは債務を負う被指図人によって提供される、かつ、「これによって」所有者となりまたは債権者となる指図受取人によって取得される、*価値物 valeur* が存在している。ふたつのいずれの場合においても、被指図人によって実行されかつ指図受取人によって受領される、この給付は、第三番目の人物、すなわち指図人の指示に基づいて実行されかつ受領される。この二つの特徴は、我々が指図を定義するうえで十分なものである。即ち、「いかなるものであれ他人の指示に基づいて実行される給付 *toute prestation faite sur l'ordre d'autrui*」たること⁽²⁴⁾である。汝をして、かつ、私によって、直接に、所有権または債権といった何らかの価値物を取得せしむる代りに、かかる財貨を汝へ提供することを内容とする指示を他人に与えることによって、私は汝に、この価値物を間接的に取得させるのである。

しかし、かように他人の指示によって行われる、かかる給付は、どのような点で、通常の給付と異なるの

であろうか？何ゆえにかかる給付は、講学上、特殊な名称を与えられ、別段の研究対象となるのであろうか？その方式において、かかる給付は、何らこれを他から分かつ何かを有するわけでもない。私が、汝に一〇〇〇セステルスを与えるとき、または、与える約束をするとき、引渡または問答契約は、私が他人の指示に基づいて行為する場合であれ、自発的にかつ自己のために〔自己の計算〕であれ、確かに、同一の方式をもつて行われ⁽²⁵⁾。(p.394)かかる給付が別々の方式を持つものでないとしたら、それは特殊な効果を生じるであろうか？ここでもまた、我々はまず否定の解答を与えようと欲するであろう。第三者の指示に基づいて私が汝に引渡または約束をなすとき、この行為は汝と私との間に通常の引渡または約束の効果しか生じ得ないであろうし、かつ、この指示を与えた第三者との間では、いかなる効果も生じ得ないようにも思われる。なぜならば、受任者によって締結された契約は、委任者に対して直接の効果を持たないのが原則だからである⁽²⁶⁾。

しかし、我々は、(もつぱら)行為の外的方式に、または、その直接の効果に、留まるのではなくて、行為の「原因」*cause*にまで及ぶことにしよう。他人の指示に基づく給付が、我々に、それを他から分かつ特殊性を以って顕れてくるのは、まさしく、ここにおいてである。我々が、指図の眞の性格を発見することになるのは、まさしく、ここにおいてである。

すべての給付は原因を持ち、原因は、給付を「説明」し *expliquer* かつ「正当化する」*legitimer* ために不可欠であり、(p.395) 給付を提供する側において、これを受領する側においても等しく不可欠である。

「原因なき財産の減少」*s'appauvrir sans cause* は、正気ならざる行為であり、他人の損失における原因なき財産上の利得 *enrichir sans cause aux dépens d'autrui* は、「不当」*illegitime* である。私が、汝に私の財産を譲渡すること、または、汝に対して債務を負担することに同意するとき、明らかに、私は何らかの原因によつてこの「犠牲」*sacrifice* を決意させられているこ

とが必要である。即ち、おそらくは、私は汝の債務者であつたので、私は汝に対する關係で債務を、履行し *m'acquitter* ようと欲したのであろう。あるいはまた、それについて汝が私の名を勘定に書き込むべきことにならう。貸付 *avance* を行なおうと欲したのであろう。最後に、あるいは、私は汝に何も負担しておらず私は汝に何ら見返となるべきものを要求しないということも可能である。この場合には、私が汝に対して行なうとしてゐるのは、*惠与行為* *une libéralité* である。反対に、汝は私が汝に提供する給付を受け取る時、それは、支払として、貸付として、または、*惠与行為* として行なう以外にはありえない。民事生活の複雑な關係のなかでは、人が譲渡し、「同時に他方がこれを」取得し、あるいは、人が債務を負い「同時に他方がこれにより」債権を取得する *stipule* ことの諸原因は、如何に多様でありえようとも、*弁済すること* *solvere*、*与信すること* *credere*、*惠与すること* *donare* のこれら三つの觀念^(註)に帰着する。他方、それが通常の給付である

のか、指図、言い換えれば他人の指示に基づく給付であるのかは、どちらでも構わない。何れの場合においても、給付が原因を有することが必要なのであり、(p. 396) かつ、この原因は我々が(いま)示した三つのうちの一つ以外には存在し得ないのである。何れの場合においても、給付は、あるいは「弁済のために *solvendi causa*」、あるいは「与信のために *credendi causa*」、あるいは「惠与のために *donandi causa*」行われかつ受領されるものでしかありえない。従つて「問題になるのは」、指図の原因と通常の給付の原因との間にはいかなる違いがあるのだろうか？以下がその違いである。

汝の指示に基づき、私がテイティウスを見つけに行き、彼の手中に汝が私に命じた給付を行なうとき、いかなる「目的 *fin*」が、いかなる原因が私をして行動せしめていたのであるか？私はテイティウスに対して、弁済をするのか、貸付をするのか、*惠与*をするのか？私は彼の債務者であるのか、彼の「取引先 *correspondant*」であるのか、彼の友人であるのか？いかなるかたちで

も、私はそれまでティティウスをいささかも知ら⁽²⁸⁾ず、

私は汝に指示されるのでなければティティウスを発見するに至らず、私がティティウスの手中に行なった給付、これを私が予定するのは、汝のためである。私の債権者、私の取引先、私の友人であるのは、汝に他ならない。汝の指示を実行することにより、私が弁済を、貸借を、贈与を行なおうと意欲したのは、汝に対してである。——反対に、ティティウスは何ゆえに、私を見知らぬのに、私に対して一〇〇〇セステルスの債権を取得し、あるいは、一〇〇〇セステルスをその手に受領するのであろうか？それは、ティティウスが汝を知っているからである。それは、かかる給付がその原因を有するからである、ただし、ティティウスと私との間にはなく、(p.397)汝との間の関係においてである。それは、かかる給付が、私の仲立ちによるものであるとはいえ、汝より発したものとみなされ、かかる給付が、私の側ではなくて汝の側から見て、あるいは弁済に、あるいは貸付に、あるいは惠与に、該当

するからである。

指図と通常の給付との、この事実上の相違点から、法律上の相違点が帰結され、私は、つぎにこれを理解してもらおうと試みる。

第一の相違。——まず私は、すべての給付は分析によつて二つの「取引 operation」、全く違つた二つの「合意 conventions」に分解され得るということを描いておこう。私が汝の手中に一〇〇〇セステルスを支払つたとき、我々の間に形成される合意は、二つの違つた点に及んでいる。第一に、給付それ自体にである。我々は欲した。私は「譲渡し aliéner」、汝は「取得する acquérir」。——第二に、給付の原因についてである。我々は「目的もなく原因もなく sans but et sans cause」譲渡し取得したのではない。我々は、かかる給付が、あるいは債務を消滅させることに、あるいは貸借または交換を約定することに、あるいは贈与を設定することに、役立つことを欲したのである。一言で言えば、我々は、第一に「権利付与 dation」を、第二に「弁済 paiement」ま

たは「要物契約 *contrat réel* または「贈与 *donation* を行なおうとしたのである。我々が二つの事柄を欲している以上、我々の行為は二つの効果を生じる。第一に、すべての権利付与に共通の効果である、所有権の移転を、次いで、権利付与が彼是の原因を有するのに対応して変化し得る効果を、権利付与があるいは弁済として、あるいは貸付として、あるいは贈与として行われるのに対応した効果を、生じるのである。⁽²⁹⁾

(p.398) 今、通常の給付が問題になる場合に、汝と私との我々が、取得し譲渡するのが、我々の名において行われ、我々のために行われるとするならば、私が分析により抽出した二つの行為は一体となつて結合し、混合されている。現実には、我々は二つの違つた事柄を意欲していたに他ならない。第一に、抽象的な権利付与 *datiōn abstraite*。第二が弁済、貸借、または、贈与である。なぜならば、抽象的な権利付与は、権原も原因も持たない *sans titre sans cause* ならば、理解されるわけにはゆかないであろう。我々が意欲し実行し

たのは、複合的であるとはいへ単一の行為であつて、弁済のためにする権利付与、貸付のためにする権利付与、または、贈与のためにする権利付与なのである。⁽³⁰⁾

反対に、指図が問題になる限り、後に見るように、給付は分解され、その二つの要素は引き離されることになる。私が汝に一〇〇〇セステルスを払渡すのがテイウスの指示によるものであるとき、(p.399) 行為の二つの要素——第一が権利付与、——第二が弁済、貸借、または、贈与(原文には *datiōn* とあるが、コンテキストから考えて *donatiōn* の誤記であると考えべきであろう——訳者)である——は、明瞭に分離されるに至る。私と汝との間では、権利付与、しかも抽象的な権利付与しか存在していない。テイウスと私との間では、弁済、貸借、または、贈与が存在することになろう。

実際、被指図人および指図受取人は互いに互いを知らず、双方とも、指図人 *delegant* のことしか知らないであろう。私が汝に一〇〇〇セステルスを与え、かつ、

汝がこれを受領するとき、汝指図受取人と、私被指図人との間には、いかなる既存の關係も存在せず、給付の原因も存在していない。我々の二つの意思は、それぞれ二つの違った原因に服している。従つて、いふなれば、二つの隔たった点は、一つの点でしか出会うことがない。我々は、私が讓渡し、汝が取得することしか、欲していない。これがすべてである。したがつて、汝と私との間には、單なる所有權の移転、一つの抽象的にして無原因の權利付与しか存在していない。

かかる給付の原因、それは、繰り返しているように、我々の指図人ティティウスとの關係において探し求めなければならない。私の給付が汝の手中に収められることによつて、私は汝をして所有者たらしめようと思つたとしても、ティティウスの指示に従つてこの給付をすることによつて、私が履行しようと思つたのはティティウスに対してであつて、私が〔要物〕契約をしようと思つたのはティティウスとの間にであつて、私が惠しようと思つた相手はティティウスなのであ

る。(p.400)したがつて、弁済、〔要物〕契約、贈与が存在するのはティティウスと私との間においてである。他方、私が行なつた給付において、ティティウスがそこに立ち会わず、彼自身でもつて関与しなかつたとしても、それはどちらでも構わないのである。實際、弁済を結了し、要物契約を締結し、贈与契約を締結するためには、二当事者が居合せて、嚴正な¹⁾式詞 *formule* を取り交わす必要はない。何らかの形で、彼らが自らの意思を表示すれば十分である。ところで、我々、即ちティティウスと私とは、ティティウスにおいては指示を与え、私においてはこれを実行して、我々の意思を表示している。従つて、眞実ティティウスと私との間には、成立した合意が存在しており、従つて、それぞれ實現された弁済、〔要物〕契約、贈与が存在しているのである。要するに、給付は、言ふなれば、分解されているのである。その二つの効果は別々の二つの財産關係 *patrimoines* の中に實現されるのである。權利付与として、所有權の移転として、給付は指図受取人

の財産関係の中に実現される。弁済として、「要物」契約として、または、贈与として、給付は指図人の財産関係の中に実現される。

第二の相違。——通常の給付の中では、給付を提供する者と、給付を受領する者との、二人の当事者を行為させるのは、唯一のかつ同一の原因である。その理由はきわめて簡単である。この原因は、二当事者の「共通の同意 *commun accord* と、意思表示 *consentement* とがなければ存在し得ないであろうからである。譲渡人と取得者との共通の了解がなければ、ありうべき弁済、貸借または交換、贈与のいづれもありえない。反対に、指図においては、指図受取人と被指図人とは、もはや同一の原因にはなく、互いに独立的な二つの原因 *deux causes indépendantes l'une et l'autre* に服している。^(註) (p.401)じっさい、当事者が弁済、貸借または贈与の合意を締結しているのは、いささかも全員においてではない。当事者の各々は、指図人との間で合意を締結しているのである。したがって、二つの合

意が存在し、違った二つの原因が存在し、従って、二つの発生した効果が存在することになるであろう。我々は、被指図人の給付が二重化されるのを見たばかりである。今度は、給付が三つの違った取引に分解されるのを見ることにしよう。第一に、被指図人と指図受取人との間では、抽象的な一つの給付、単なる所有権の移転または単なる約束(が行われる)。第二に、被指図人と指図人との間では、特定された、具体的な一つの取引、即ち弁済、貸借または交換、贈与(が行われる)。第三に、指図受取人と指図人との間では、これと同じ性質の第二の取引、即ち、第二の弁済、第二の要物契約、第二の贈与(が行われる)。このようにして、被指図人の給付は、その抽象的な給付という性格によって、同時に、二つの役割を演じ、一度に二つの違った取引を、二つの弁済、二つの要物契約、二つの贈与を、実現することができるのである。

以上が、指図を他から分け隔てる、互いに不可分な二つの性格であり、これらの二つの性格は本質的であ

るがゆえに、これらを欠く場合のすべての給付は、仮令他人の指示に基づいて行われたとしても、固有の意味で指図に該当しないのである。私は、このことを示し、指図を、ひとがこれと混同しようとしがちであるかもしれない二つの類似の取引から分け隔てることによって、より正確に定義しようと試みることにしたい。(p.402)

第一。私が汝に、私のために pour mon compte かつ 私の計算で a mes frais 給付を行なうよう委任したとき、即ち、例えば、汝が私の名において an non ティティウスに貸付けるべく、私が、汝の手に金 deniers を持たせるとき、指図は存在しない。實際、指図においては常に、三当事者が関与し ny a trois parties en cause ているが、ここではその二当事者、即ちティティウスと私しか存在していない。汝についていえば、汝は、金銭を運搬した者であるが、汝が参加したことは、事実上の行為 fait matériel であつて法的な行為ではない。私の家からティティウスの家へ、

目的物を運搬するためには、法的な能力を有する人は必要ではなく、よく調教された動物でもこれを同じ程度に為し得る。この金銭が私の財産より出たものである以上、法律行為、給付は、もっぱら私のみに由来し、かかる給付の効果は、分裂するのではなくて、まったく、私の人格において実現されている。譲渡人でありかつ貸主になるのは私である。

第二。私が汝に、汝の計算で a mes frais かつ 汝のために pour votre compte 給付を行なうよう委任したとき、即ち、例えば、ティティウスに汝の金銭を貸しつけるように委任する場合にも、指図は存在しない。ここでもまた、給付においては、関与する二当事者しか存在していない。譲渡人でありかつ貸主になるのは汝である。私についていえば、私は給付にはまったく無縁であり、まさに、あたかも私の委任に基づいて貸付を行なう代りに汝が自発的に貸付をしたのと同じように移転する。給付は分解されず、すべての効果は汝とティティウスとの間に集中している。(p.402) 確か

に、同時に、汝は、私に対して補足的な訴権、すなわち、『反対委任訴権 *l'actio mandati contraria*』を取得する。しかし、これは、いささかも給付の本質的な効果ではなく、偶発的かつ附随的效果であつて、給付はもはや、何らかの契約關係に保証人が加わつた場合に受ける以上の変更を加えられたものとなるわけではない。その上、私が今例として挙げた委任は、ローマ法学において十分承認されてきた。すなわち、『信用委任 *le mandatum pecuniae credendae*』がこれである。ところで、私が既に指摘してきたところであるが、決してこれに言及している多数の法文がこれに指図の名を与えているわけではない。

要するに、今描いた二つの場合には、何れの場合においても、ここには、関与する三つの法的取引のかわりに、一つの法的取引しか存在していないので、指図は存在していない。給付の二つの要素、即ち、権利付与と貸借は、分離されるかわりに。結合しており、一体のものでしかない。このようにして、三つの辺と三

つの角とを持たない三角形を理解することができないのと同じように、三当事者が関与し三つの違った法律關係が存在しない指図を理解することはできない。

我々は指図を定義した。しかし、この行為をよく理解してもらうためには、抽象的な定義を与えるのではなく、十分に作用し、次に我々は、この行為が実際においてどのように作用し、様々な適用例にはどのようなものがあるかを探究しなければならない。(続く)

(一) note 386-1 *Columella*, III, 6, 10 (「ルメラ・農業論」) : 「…この仕事を何人かに宛づる」(「…delegare aliquem huic negotio.」) — *Plautus, Amphitruo*, prol., v. 67, 83 (「プラウトス・アンフィトルオ、鈴木一郎・岩倉具忠・古代ローマ喜劇全集」) (一九七五年・東大出版会) 二二二、二二三頁) : 「ひいきのために送られたさくらを発見した時は…喝采をするためさくらをたのんだり…」(「*Si cui fautores delegatos viderit... Delegati ut plauderent...*」)。

(二) note 386-2 *Cicero, Epistulae ad familiares*, VIII, 1 (「ケロ・家族」) の書簡集 *Cicero, Correspondance tome III, texte établi et traduit par Constans (L. -A.), Belles lettres. Collection des universités de France, 1936, M. Caesii Rufi. / De M.*

Cellus rufus. à Cicéron] : "「あゝ私なりの仕事に他人を宛つて
 するより」[Hunc laborem alteri delegavi]. - Quintilianus,
 Institutionis oratoriae, IV, 6. 1 (「トランス・トランス・井論家
 の教育(引用箇所不明)」)。「職務を他人に委ねる」[«...officium
 alicui». Tacitus, Dialogus de oratoribus, 29 (「タキウス・井
 論家」) 関する対話 Tacite, Dialogue des orateurs, texte établi
 par GOELZER et BORNECOUE, 3 éd., Belles lettres. Collection
 des universités de France, 1947, p.56] : "「誰ひあれ使用した
 子を(委ねる)」[«...infantem ancillae». - Tacitus, Agricola,
 2 (「タキウス・アグリコラ」) Tacitus, in five volumes, I,
 Translated by Hutton, Harvard University Press, 1970, p.26] :"
 「三頭官の職務を(委ねる)」[«...ministerium triumviris». -
 Suetonius, Claudia, 23 (「スエトニウス・クラウディウス(「国原
 吉之助訳・ローマ皇帝伝(下)(若波文庫・一九八六年)」)「裁判
 官」…「法務官(に委ねられ)」[«...jurisdictionem magistratibus»].
 (7) note 386-3 L. 1 pr. D. des officio eius, cui mandata, I,
 21 (「オ・一二二(裁判権を委ねられた者の職能について)」・一(「
 ビアヌス」・前文) : "「法律または元老院議決をめぐり委ねられ
 た公の判決の執行を…」[«...publici iudicii executionem lege vel
 senatus consulto delegatam». -L. 32 § 16, D. de receptis qui
 arbitrium receperunt, ut sententiam dicant, IV, 8 (「オ・四・
 八(仲裁人を指名して和解に応じた者がその裁定を強うられぬ)
 七)・三二(「パウルス」・一六) : "「(この当事者は他の仲裁人を)
 委任するよりほびきなす…」[«...idque [arbitrium] delegarin

non posse) . -L. 12 § 4, D. de religiosis, et sumptibus funerum,
 et ut funus ducere liceat, XI, 7 (「オ・一一・七(埋葬に預けら
 れた土地・葬儀費用をめぐり埋葬の自由について)」・一一(「ウル
 ナヌス」・四) . -L. 3 § 3, D. de administratione et
 periculotutorum, et curatorum qui gesserint, vel non .. et de
 agentibus, vel convenientis uno cel pluribus, XXVI, 7 (「オ・
 二六・七(後見人または保佐人の管理) 彼らが冒した管理した
 あるいは管理しなかつた危険をめぐり「すべての後見人に対しつ
 または後見人間におつたのみ提起できる訴について)」・三(「ウ
 ルヌス」・三) : "「遺言者が選任した後見人を…」[«...tutelan
 testator delagavit». -L. 1, D. de damno infecto et de
 suggrundis, et protectionibus, XXXIX, 2 (「オ・三九・二(家
 家の欠損「突出」前に置かれた物にめぐり生じたる虞のある損害に
 ついて)」・一(「ウルヌス」) . -L. 2, D. ad legem Julianam
 peclatus, et de sacrilegiis, et de residuis, XLVIII, 13 (「オ・四
 八・一三(「公金横領」冒瀆および残存物に関する「ペニル」)・二
 (「パウルク)」 : "「公金を委ねられた…」[«...publicam pecniam
 delegatam». -L. 5, C, III, 1 (勅)・三・一(判決について)」・
 五(「トクトユヌス帝)」 : "「(他の) 判事から授けられた判事は
 …《A iudice iudex delegatus…》. -L. 35, C. Theodisianus, de
 erogatione militaris annonae, VII, 4 (「トクティヌス」法典・中・
 四(年々の軍事費について)」・五) .
 (4) note 387-1 L. 33, D. de novationibus et
 delegationibus, XLVI, 2 (「オ・四六・二(更改をめぐり指図につ

ト)・三三(アリノキトス)：「ティタイウスが私に贈与したところ、かつ私によつて指図を私を債権者として問答契約を作る場合は…」《Si Titius, donare mihi volens, delegatus a me, creditor meo stipulanti spondit...》。-L. 5 § 8, D. de jure dotium, XXIII, 3 [第・三三・三(嫁資に附随する権利に關する)・五(ナルトス)・八]：「金額を借入れた家族の男子が彼に貸付をした者や面々の娘が嫁資として与えられたものゝ返り金…」《Si filius familias mutatus creditorem delegavit ut daret pro filia dotem...》。-L. 2, C. de conditione indebiti, IV, 5 (勅・四・五(非債弁済に關する)・三(ナルトス)・二(ナルトス))：「汝が指図せる者より債権者に譲渡をすべし…」《...alieno creditor promettere delegata es...》。-

(5) note 387-2 Fragmenta vaticana (パチカノの断片), 263 [ナルトス]：「…汝が指図を介在せしめ、訴権を更迭せしむ」《...nec interpositis delegationibus...actiones novit...》。-L. 20, D. de in diem addictione, XVII, 2 [第・一七・二(高價申込の留保付買取に關する)・一〇(ナルトス)]：「問答契約によつて指図をなせしめしむ」《...citra delegationem jure stipulationis interpositam...》。-L. 11, C. de donationibus, VIII, 54 (勅・八・五四(贈与に關する)・一(テオウノチヤヌス帝おひびキシリアヌス帝))：「責を免れしむる効果を生じせしむるはなる債務の指図は完全な贈与を表現する」《Delegationes nominum in emancipatum collatae perfectam donationem efficiunt》

(6) note 387-3 L. 17, D. de novationibus et delegationibus, XLVI, 2 [第・四六・二(更迭せしむる指図に關する)・一四(ナルトス)]：「言語を用いるもの」*verbis* なるは、自分の債務者を書面または署名によつて指図するものなるに對し《Delegare scriptura vel nutu, ubi dari non potest, debitorem suum quis potest》

(7) note 388-1 L. 11, D. de novationibus et delegationibus, XLVI, 2 [第・四六・二(更迭せしむる指図に關する)・一四(ナルトス)]：「また、指図は問答契約または争訟決定によつてせしめらるべきなり」《Frit autem delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem...》

(8) note 388-2 現代の注釈者たちは、*jussus* といふは *jussum* といふ。拉丁中の語は曰く「尊格(命令に基く) *jussu*」の形で見られるが、*jussus* といふは、*jussum* の形と見られる。その主格は第 2 命令 *jussum* の形とす。GAIUS, III, 167 (大提・三・一六七)：-L. 25 § 4, L. 36, L. 62 § 1, D. de adquirenda, vel omnittenda hereditate, XXIX, 2 [第・二九・二(相続を承認する) またはそれを放棄する] 方法に關する)・二四(ナルトス)・四(三六(米ンネ)・二(ナルトス)・一)：-L. 7, D. de annuis legatis et fideicommissis, XXXIII, 1 [第・三三・一(遺贈及び年次継任に關する)・一(米ンネ)]:-pr., J. de nuptiis, I, 10 (大提・一・一〇(婚姻に關する) 前文)。

(9) note 388-3 LL. 1, 7, C. de novationibus et

- 三・三(嫁資に附随する諸権利に)・五六(パウルス)。
 (16) note 390-5 L. 4, D. de novationibus et delegationibus, XLVI, 2 (特・四六・二(更だせち指図に)・四(ハナハナク))
 (17) note 391-1 L. 11 § 1, D. de novationibus et delegationibus, XLVI, 2 (特・四六・二(更だせち指図に)・一(ハナハナク)・一); -L. 20, D. de in diem additio, XVIII, 2 (特・一八・二(高価申込の留保付売買に)・二〇(ハナハナク))。『(債權のための)法律上行われた問答契約を伴う(売主に)指図を受益するのべなければ、(売主に代金を払った第一買主は第二の取得者に対して代金返還を求め)訴を提起するべからず』[..: *citra delegationem iure stipulationis interpositam agere non potest*]; -L. 1, C. de novationibus et delegationibus, VIII, 42 (特・八・四二(更だせち指図に)・一(ハナハナク推))。『債務の指図は、債務者の問答契約による同意及び約束によるのみ適法なものである』[Delegatio debiti, nisi consentiente et stipulante debitore, prefici non potest]。
 (22) note 391-2 Ulpianus, VI, 2 (ハナハナク法範・四・二)・嫁資設定の言明 *dictio dotis* による指図の事例は、半認棄棄おぼろし頻繁に¹⁾が、²⁾Justinien が *dictio, dicere* の語を *promissio, promittere* により置き換えた例は³⁾同じ難³⁾。特³⁾ L. 31 § 1, D. de novationibus et delegationibus XLVI, 2 (特・四六・二(更だせち指図に)・三(ハ

- エヌレイウス)・一)。(妻が嫁資のために自らの夫に対してその財産を約束する(指図する))⁴⁾『...aut mulier fundum iusserit doti *promittere viro...*』を見⁴⁾ また⁵⁾の法文は(391)特⁵⁾『嫁資に関する諸法文』Pellat, Textes sur la dot, p. 394.⁶⁾ 特⁶⁾ LL. 44, 45, 56, 57, 80, 83, D. de Jure Dotium, XXIII, 3 (特・二二・三(嫁資に附随する諸権利に)・四(トリマク))⁷⁾ 四(トリマク)・四(トリマク)・五六(ハナハナク)・五(ハナハナク)・八〇(同前)・八三(同前)各法文も見⁷⁾。
 (21) note 391-3 Gaius, III, 130 (カ提・三・一三〇)・往目すべきであるが、この箇所はガイウスの法学提要中、指図が言及されている唯一の箇所である。
 (20) note 391-4 L. 7, C. de novationibus et delegationibus, VIII, 42 (特・八・四二(更だせち指図に)・四(ハナハナク推)・一(ハナハナク推)・一(ハナハナク推))。

- (25) note 391-5 『問答契約を締結するのと同様だ』判決に(391)も同意⁸⁾する。『...』[*Sicut stipulatione contrahitur, ita iudicio contrahitur*.] L. 3 § 11, D. de pucilio, XV, 1 (特・一五・一(特有財産に)・三(ハナハナク)・一)。⁹⁾ 特⁹⁾ HOULOT 版⁹⁾『Sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahitur』。
 (23) note 391-6 L. 11 § 1, D. de novationibus et delegationibus XLVI, 2 (特・四六・二(更だせち指図に)・一(ハナハナク)・一); -L. 51, D. de peculio, XV, 1 (特・一五・一(特有財産に)・五(スルホナク))。『(親

合員によつて)準備されてゐるのが、(他の組合員に対する)訴権を移転することであるときには同様に解される。總じてこのような理由で義務を負わされることを我々が語るべきにはつねに「この者に対する」正当な給付によつて、右訴権によつて、指図がもたらはるべきである。《...Idem rebidit, si actiones paratus sit prestare, et in omnibus quos idcirco teneri dicimus quia habent actionem, delegatio pro justa praestatione est.》-L. 1, C. de contrahit. iudicio tutelae, V. 58 (勅・五・五八(後見人の反対訴権によつて)・一(マントニウス峻敵帝))。『…免責された者に対する訴権によつて被後見人が汝に指図をすることを求めるいかなる被後見人に対する訴も応訴せられぬ』《...Nullum iudicium adversus pupillum competit, ut delegatur tibi adversus libertatum actio》。—指図がしほはし問答契約や更改と対立せられてゐるのはこの意味におらうである。本書前掲 p.242, note 2 参照。

(23) *ote 392-1* *かへつて* 'mandatum pecuniae credendae' は決して指図として扱われることはなかつた。L. 7, C. de mandati, IV. 35 (勅・四・三五(委任によつて)・七(マントニウス峻敵帝)) 参照、また、本論文前出 p.402, 403 も参照。

(24) *note 393-1* *すべての給付* *habe prestation* である。即ち、私が例示した二種の給付が最も頻繁に見られるが、それに限られないことである。何故ならば、私は汝に所有権を移転しあるいは債務を負つて汝の財産を増加させることを得るのみでなく、例えば汝が私に負う債務を免除することでも、よく之を為

し得るからである。かかる免除は他人の指示により行われるならば指図になりうる。私の指示により債権者が自らの債務者に、収入記帳 *acceptation* または免除をするならば、指図が成立する。債権者は、被指図人に、債務者は指図受取人となるのである。L. 36-38, D. de iure dotium, XXXIII, 3 (誓・二三・三(嫁資に附随する権利によつて)・三六(ウルヌス)・三三(ハウルス)・三八(ウルヌス))。

(25) *note 394-1* 私が汝に対して指図によつて約束するとき、問答契約は次のような文言によることができるであらう。即ち、「汝が N (指図人) に対して負担するものを、私に約するか?」《Me promettez-vous ce que vous devez à N (le délégant) ?》または「N (指図人) が私に負担する物を約束するか?」《Me promettez-vous ce que N (le délégant) me doit?》。こゝに、このような公式はいさゝか必要ではなく、すでに述べたように、指図人が被指図人の債権者であることなく、指図受取人の債務者であることもないままに指図が存在することもできる。

指図が、支出記帳 *expensilatio* または争点決定によつて行われるとき、指図人の名はこれらの公式中に必要に含まれることになることにならう。しかし、これは支出記帳または争点決定の性質によるものであつて、いさゝか指図の性質によるものではない。

(26) *note 394-2* 私は、もう少し後にこの原則および指図と委任との間の関係について再度述べなければならぬ。

(27) *note 395-1* これら三つの原因は、L. 65 § 4, D. ad

Senatusconsultum Trebellianum, XXXVI, 1 (註・三六・一) (4
 ン・ビリアヌム元老院議決に(5)つ)・六五(マニキアヌス)・四) ;
 44-49 § 4, D. de solutionibus et libertationibus, XLVI, 3
 (註・四六・三) (并済及び免除に(5)つ)・四九(マルキアヌス)・
 四) のなかで非難されている。これらの二つの法文は、給付
 prestation が、権利付与 dation にあたるとを前提に(5)つ。
 しかし、約束は、まさに、権利付与とありると同時に、并済
 solutio によら(5)つ得 (L. 31, § 1, D. de novationibus et
 delegacionibus, XLVI, 2 (註・四六・二) (更改44-45) 指図に(5)つ
 つ)・三) (ウルクローヌ) 1) : “「これにより、我々は問答
 契約を并済に類似するものと看做す」(Eam stipulationem
 similem esse solutioni existimamus) ; “与信 *credium* によら
 る得 (L. 2 § 5, D. de Rebus creditis, si certum petetur, et de
 condicione XII, 1 (註・一二・一) (負担された物の払渡を求め
 る一般の訴、貸借の場合に行われる特殊な訴に(5)つ)・二) (ハ
 ウルス)・五) ” 「人は、対になる債務を伴う何らかの行為、た
 とえば、介入する問答契約などにより、言葉に信をおく」(Verbis
 quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparan-
 dam interposito, veluti stipulatione) ; “贈与ともあり得る。
 (28) note 396-1 ローマの法学者は、指図のこの特徴を浮き彫
 りにしようとおおいに配慮している。彼らに依れば、指図受取
 人 delegataire と、被指図人 délégué とはいささかも互いに、取
 引内容 les affaires を知る必要がなく、知らうと努めるべきで
 ない(5)つ。 L. 19, D. de novetibus et delegacionibus, XLVI,

2 (註・四六・二) (更改44-45) 指図に(5)つ)・一九(パウルス) ;
 「私法上の契約および合意においては、原告は、被指図人たる者
 と、行為の債務者との間に起きたことを容易に知り得ないが、な
 おまたこれを知りたるときでも、他人のことをせんざくする者と
 看做されないように、このことを隠さざるを得ないであろう」(…
 quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire
 petitor potest quid inter eum qui delegatus est et debitorem
 actum est; aut etiam si sciat, dissimulare debet, ne cursus
 videatur) ;

(29) note 397-1 給付が一つの権利付与ではなくて、約束
 promesse である場合にも、まさしく同様の効果が生じよう。汝
 に対して私が一〇〇〇セステルスの約束をなす場合には、我々は
 二重の行為を行なう(5)つて、二重の効果を生じるのである。――
 第一に、すべての問答契約に本質的な効果、即ち、汝は相違なく
 私の債権者となり、私は汝の債務者となる。――第二に、問答契
 約の原因によって変化し得る効果、かかる問答契約が更改となる
 か、与信 *credium* (L. 2 § 5, D. de Rebus creditis, si certum
 petetur, et de condicione XII, 1 (註・一二・一) (負担された
 物の払渡を求め一般の訴、貸借の場合に行われる特殊な訴に(5)つ
 つ)・一) (ウルピアヌス)・二) (パウルス)・五)) となるか、贈
 与となるかによって変化し得る効果である。

(30) note 398-1 しかしながら、無原因の給付が存在するとき
 (錯誤の場合に行われることがありうる) / ローマの法学者は、
 取引を分解して(5)つまじ、給付は抽象的権利付与あるいは抽象的約

束として有効であり、それは弁済、貸借、または、贈与としては無効であるにもかかわらず有効だというのであり(L. 36. D. de *adquirendo rerum domino*, XLI, 1 (学・四一・一) (物の所有を取得する諸方法)・三六(ユリアヌス))、譲渡人または諾約者は、無原因によって財産減少を被り、無原因利得 *condictio sine causa* 以外の救済方法を持たず、(約束の場合には)抗弁以外の救済方法を持たないのである。しかし、ア・プリオリに推論するならば、かかる区別はおそらく、正当であるというよりも微細に過ぎるように思われようし、ローマの法学者自身も何らかの躊躇をもってしかこれを認めていないように思われるのである。L. 18. D. de *Rebus creditis*, si certum petetur, et de *condictione* XII, 1 (学・一一・一 (負担された物の払渡を求める訴、貸借の場合に行われる特殊な訴について)・一八(ウルピアヌス))。 (31) note 399-1 被指図人の給付が一つの権利付与ではなくて「約束 promise」である場合にも、同様の効果が生じよう。この場合には、単なる一個の言語契約、抽象的にして無原因の問答契約が存在しているだけである。

(32) note 401-1 これら二つの原因の間に存在している唯一の牽連性、それは、指図人という同一の人物に結び付けられているという点である。