慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	ローマ法由来の指図(delegatio)のドイツ法への継受：原因関係上の既存債務からの独立を中心に
Sub Title	Die Rezeption der römischen Anweisung("delegatio") im deutschen BGB
Author	隅谷, 史人(Sumitani, Fumito)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2013
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.96, (2013. 3) ,p.71- 105
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20130315-0071

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

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

ローマ法由来の指図（delegatio）のドイツ法への継受

——原因関係上の既存債務からの独立を中心に——

隅谷史人

一　はじめに
二　近世における指図
(一)　議論の出発点——Ulp.（27 ad ed.）D. 46, 2, 11 pr.
(二)　一六世紀のデレガチオに関する学説
(三)　デレガチオ（delegatio）とアシグナチオ（assignatio）
三　一九世紀中葉までのドイツ普通法学説
(一)　ケラー（Friedrich Ludwig Keller）の少数説
(二)　一九世紀中葉までの通説的見解
(三)　マイアーフェルド（Franz Wilhelm Ludwig von Meyerfeld）の見解
　1　狭義のデレガチオ
　2　広義のデレガチオ
(四)　小　括
四　一九世紀中葉以降のドイツ普通法学説
(一)　ウンターホルツナー（Karl August Dominikus Unterholzner）
(二)　テール（Heinrich Thöl）
(三)　ファンゲロウ（Karl Adolph von Vangerow）
(四)　ヴィントシャイト（Bernhard Windscheid）
(五)　ザルピウス（Botho von Salpius）の影響
(六)　小　括
五　BGB成立以後のドイツ法学説におけるデレガチオの理解
(一)　「デレガチオ」という用語の多義性
(二)　義務設定指図（delegatio obligandi）と支払指図（delegatio solvendi）
(三)　受動指図（Passivdelegation）と能動指図（Aktivdelegation）
(四)　無因指図（abstrakte Delegation）と指名指図（titulierte Delegation）
(五)　学説彙纂四六巻二章一一法文序項の解釈
六　むすびに

一　はじめに

ドイツ法における指図（Anweisung）（以下、「アンヴァイズング」）は、商業信用状や為替手形、小切手などの取引の法的性質としてわが国で古くから研究されており、[1] 近年の振込取引やクレジットカードをはじめとした第三者を介する金融取引の基礎理論[2]としても注目を集めつつある。[3]

ドイツ法においてアンヴァイズングは、一般的に、指図人の計算で第三者に対して給付をなす他者への要請と授権（Ermächtigung）であると理解されている。すなわち、関係当事者の三角関係（Dreiecksverhältnis）によって形成され、ある者（指図人（Anweisender））が、他の者（被指図人（Angewiesener））に、第三者（受取人（Anweisungsempfänger））を通じて、第三者に対して出捐するよう要請するのである。[4]

それゆえ、アンヴァイズングには必然的に二つの原因関係が存在する。指図人と被指図人との間の資金関係（Deckungsverhältnis）と呼ばれる原因関係と、指図人と受取人との間の対価関係または出捐関係（Valuta- oder Zuwendungsverhältnis）と呼ばれる原因関係である。[5] 被指図人が指図人の要請にしたがう場合、被指図人の受取人に対する一つの出捐によって、原因関係上の二つの給付、すなわち、対価関係上の指図人の受取人に対する給付、および資金関係上の被指図人の指図人に対する給付が実現される。

この意味におけるアンヴァイズングは、ドイツ民法典（BGB）七八三条[6]以下に規定されているが、ここでは金銭、有価証券、その他の代替物を給付する、証書（Urkunde）によるアンヴァイズングという特殊な場合しか規定されていない。しかし、契約自由の原則にしたがえば、口頭のアンヴァイズングや、上記以外を目的とするアンヴァイズングもなしうると解されている。[7]

アンヴァイズングの特徴は、指図人の二重授権（doppelte Ermächtigung）である。すなわち、ドイツ民法典七八三条によれば、証書の交付もしくはアンヴァイズングの付与によって、受取人は、自己の名で被指図人による給付を取り立てるよう授権され、被指図人は、指図人の計算で受取人に対して給付するよう授権される。

この授権は、自己の名で他人の権利を自由に利用できるという法的意義しか与えない。つまり、授権はそのほかのいかなる義務も生み出さない。それゆえ、受取人はアンヴァイズングによる授権を利用することを義務付けられないし、被指図人も受取人に対して給付をなすよう義務付けられることはない。被指図人が受取人に対して給付すべき義務は、ドイツ民法典七八四条[8]によれば、アンヴァイズングの引受によってはじめて発生する[9]。

本稿は、アンヴァイズングがドイツ法に集成される過程を解明するための第一歩として、ヨーロッパ各国指図法の濫觴となった、ローマ法上の指図（delegatio）（以下、「デレガチオ」[10]）のドイツ法における解釈の変遷をたどることをその目的とする[11]。なお、本稿では、デレガチオと原因関係上の既存債務との牽連性を中心に概観する。

なぜなら、ヨーロッパ指図法を理解するための重要概念として、後述するように、デレガチオとならんでassignatio（以下、「アシグナチオ」[12]）という概念が存在するが、アシグナチオが誕生したのは、デレガチオのかかる部分の解釈に端を発しているからである[13]。

二　近世における指図

㈠　議論の出発点――Ulp.（27 ad ed.）D. 46, 2, 11 pr.

学説彙纂四六巻二章は「更改および指図について（De novationibus et delegationibus）」という章題を掲げており、そ

の一一法文序項（ウルピアヌス　告示註解第二七巻）は、「デレガチオは、自己の代わりに他の債務者を債権者あるいは彼が命令した者に与えることである（Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui jusserit）」と規定している（Ulp. (27 ad ed.) D. 46, 2, 11 pr.）。[14] 本法文は、一見するとデレガチオについての一般的定義であるかのごとく作用しているため、デレガチオの法的性質を論ずるにあたり、多くの学説の出発点となっているのである。

本法文の解釈についてとくに学説上対立の激しい箇所は、最後の jusserit の主語が誰であるのかについてであるが、ここではさしあたり指図人（Delegant）、被指図人（Delegat）、受取人（Delegatar）の三者関係を押さえておく必要があるだろう。[15] すなわち、指図人は彼の債権者（creditor）である受取人に、他の債務者（alius reus）である被指図人を与えるというのである。

一九世紀に至るまで、デレガチオが当事者の既存債務を前提としており、更改の一種であると考えられてきたのは、中世においてローマのような大規模かつ組織化された銀行取引が存在していなかったという経済状況に加えて、[16] 本章題ならびに本法文の存在が大きい。

以下では、現代のドイツ指図理論の端緒として後代でも引用のある[17]一六世紀のデレガチオに関する代表的学説を見てゆこう。

㈡　一六世紀のデレガチオに関する学説

一六世紀の学説は、デレガチオを当事者が交替する更改であると考え、資金関係においても対価関係においても既存債務を必要とする。

ミュンシンゲルス（Joachimus Mynsingerus）は、更改の説明のなかで、「デレガチオとは何か？（Delegatio quod?）」という表題のもと、デレガチオが、資金関係上の被指図人の指図人に対する関係でも、対価関係上の指図人の受取人

に対する関係でも、既存の債務関係を必要とすると主張する。すなわち、デレガチオは、ある者（指図人）が彼の債務者を彼の債権者（受取人）に指図して、この債務者（被指図人）が問答契約（stipulatio）を通して債権者に債務を約束するときに存在するという。

文脈から見れば、ミュンシンゲルスはデレガチオを更改の一種であると考えているようである。それは、二当事者間でなされる更改ではなく、当事者が交替する更改である。そして、最初の要求を指図人の委任（mandatum）であるとし、その後になされる債務者の約束は問答契約を通じてなされるという。[18]

ホトマヌス（Franciscus Hotomanus）は、デレガチオを更改（novatio）の一種であると明言する。そして、デレガチオが生じるための前提として、資金関係上の被指図人の指図人に対する関係においても、対価関係上の指図人の受取人に対する関係においても、既存債務を必要とする。すなわち、更改は人が交替する場合でもおこなうことができる。このような目的で用いられるのがデレガチオであり、これにより債務者と債権者とが同時に交替するのである。なぜなら、デレガチオは債務者の更改と同時に債権者の更改でもあると定義されるからであるという。これはあたかも、債権者が債務者に委任し、第三者（Titius）に約束するよう義務付けられる場合と同じように見えるが、ここからは支払の効果は生じない。この場合は更改ではないからである。[19]

このように一六世紀の学説[20]は、指図人が被指図人の債権者であり、同時に受取人の債務者でなければならないという。そして、被指図人が受取人に、問答契約を通して義務付けられることにより、債務者の交替と債権者の交替という二重の更改が生ずる。このような解釈から、近世初頭において「指図はつねに更改をともなう（In delegatione semper inest novatio）」という、ローマの法学者が想定しておらず、一九世紀に至るまでヨーロッパ指図学説を支配した規範が打ち立てられた。[21]

ただし、これらの学説も、デレガチオを完全に更改であると考えていたわけではなかったようである。というのも、

ここでの更改（novatio）とは、被指図人の指図人に対する債務と、指図人の受取人に対する債務とが消滅することを意味していたからである。先の規範は、更改の要件ではなく効果に関してのみデレガチオを同列に扱っている。それゆえ、とりわけ更改意思（animus novandi）は、デレガチオの要件とはなっていない。[22][23] このことから、「指図はつねに更改をともなう」という規範は、古来承認されてきた「デレガチオは支払である（solvit, qui reum delegat）」[24]という規範[25]とほぼ同一のものであると考えられるのである。

以下では、この解釈を原因として、中世から近世にかけてヨーロッパにおいて誕生・発展した指図的制度について見てゆくことにしよう。

㈡　デレガチオ（delegatio）とアシグナチオ（assignatio）

ヨーロッパ指図法を考察するうえで、デレガチオと双璧をなす極めて重要な概念がある。それがアシグナチオである。

デレガチオがローマ法に淵源を有するのに対し、アシグナチオは一五世紀から一六世紀にかけて、フランドル地方の都市の商慣習として目覚ましい発展を遂げた概念であるという。[26] なぜ、同じく「指図」と称される取引につき、二つの起源の異なる概念が登場したのか。それは実務上の要請があったからである。デレガチオが更改（免責）の効力をともなうという上述の伝統的な規範は、必然的に旧債務者の債務の免責という結論を導いたため、当時の実務家にとっては不便でしかなかった。

そのような状況のなか、現金輸送にかかる危険や費用などの事情と相俟って、これを克服するために考え出されたのがアシグナチオである。[27][28] アシグナチオはそれ自体によってはいかなる債務負担の効果も弁済的効果もなく、少なくとも一五八二年のアントワープの慣習法[29]には「債務者は支払まで義務を負い続ける……アシグナチオ（bewijsinghe）

は支払ではないからである」という表現があったという。[30]

その後、アシグナチオは、一七・八世紀以降ドイツで支配的となり、ドイツ民法典のなかでアンヴァイズングの重要な理論的基礎となった。[31] 一方、フランス法では、デレガチオが、指図（délégation）（以下、「デレガシオン」）の理論的基礎となっているのに対し、アシグナチオは、ポチエ（Robert-Joseph Pothier）が割りあてた非常に制限された役割を法典のなかに有するのみであった。[32][33][34] 両者は、現在のドイツ法では同一のものと考えられているが、[35] アシグナチオ誕生以後、長きに亘って峻別されていた。

たとえば、一七世紀の法学者であるグロチウス（Hugo Grotius）は、オランダ法の紹介のなかで、oversetting（デレガチオ）と aenwiizing（アシグナチオ、現代的綴りでは aanwijzing）を明確に対立させている。すなわち、デレガチオは、ある債務者が、同意した他の債務者と交替し、解放される場合を指し、アシグナチオは、ある債務者が、彼の債務者に自己のために支払うよう要求する場合になされる。したがって、アシグナチオがなされただけではデレガチオは生じないというのである。[36]

この叙述の当否は別稿で論じられるべきであるが、少なくとも両概念が区別されていたことは明らかである。それゆえ、アシグナチオの誕生からデレガチオとの連続性が認識されるまで、両者は学説上別個のものとして取り扱われることになるのである。[37]

以下では、現代のドイツ指図理論に直接的なつながりを有する一九世紀のドイツ普通法学説を概観する。一九世紀は、時代的制約のもとで通用法として解釈されていたローマ法の指図理論が、法解釈学への奉仕から解放され、ローマ法の真の指図理論を究明するローマ法学へと向かう学説上の姿勢が示される時代だからである。

三　一九世紀中葉までのドイツ普通法学説

(一)　ケラー（Friedrich Ludwig Keller）の少数説

ケラー（Friedrich Ludwig Keller）は、デレガチオには資金関係上の被指図人の指図人に対する債務関係が必要であると主張する。すなわち、デレガチオは債権者（creditor）が彼の債務者（debitor）を紹介し、更改行為を通じて、以後は受取人が債権者になるべき行為だというのである。このことから、ケラーはデレガチオを債権者の交替による更改であると解していたことがわかる。

通常、指図人も受取人に何らかの義務を負っており、自己の債務者のデレガチオを通して受取人に満足を与えようとする。しかし、それは必然ではない。指図人が義務付けられていない者（受取人）に対して、たとえば贈与するために、指図人の債務者（被指図人）を与えることもできる。それゆえ、ケラーにとって、前章で確認した法文（D. 46, 2, 11, pr.）の定義は、通常の場合には合致するが、必ずしも明確で過不足のないものではない。

彼によれば、デレガチオの真の概念は勅法彙纂四巻一〇章二法文（二六〇年）によってもたらされる（C.4, 10, 2 (Valer./Gallien. a.260)）。この法文では、妻が夫に、婚資として、妻が第三者に有している債権が与えられる場合を規定しており、先行するデレガチオも争点決定もないにもかかわらず夫が訴権を有することを定めている。[38] ケラーは、本法文からデレガチオが対価関係において既存債務を前提としていないと結論しているようである。[39]

ケラーによれば、対価関係上に既存債務がある通常の場合は、指図人のデレガチオに、被指図人の除約（Expromissio）[40] が結合しており、その効果によって対価関係上の債務を消滅させるという。デレガチオの成立ならび

に実行のためには、被指図人は受取人に対し問答契約によって、指図人に対して義務付けられていたものを義務付けられる必要がある。実行されたデレガチオは、法の力によって、被指図人の受取人に対する義務と指図人の免責とを同時に生じさせるという。[41]

(二) 一九世紀中葉までの通説的見解

一九世紀中葉までの通説的見解[42]は、デレガチオが生じるためには、被指図人が指図人の債務者であるか、指図人が受取人の債務者であるかのどちらかでなければならないと解している。

たとえば、ティボー（Anton Friedrich Justus Thibaut）は、ローマ法についての基本書のなかで、更改が当事者を変更することによってなされる場合もありうるとして、除約とデレガチオについて説明する。デレガチオは、最初の債務者（指図人）が他者（被指図人）を、他者と債権者の承諾を得て、自己の代わりに据える場合、あるいは、旧債権者（指図人）が新債権者（受取人）を、債務者の承諾を得て、自己の代わりに据える場合に存在するという。ティボーは、デレガチオが対価関係上の既存債務を必要とすることの例として、先の学説彙纂四六巻二章一一法文を挙げる。また、資金関係上の既存債務が必要とされる例として、ケラーも言及していた勅法彙纂四巻一〇章二法文を挙げている。[43]

ホフマン（Emile Hoffmann）によると、デレガチオは、資金関係上または対価関係上の既存債務、あるいはその双方を消滅させるために指図された両当事者（被指図人と受取人）の間でなされる債務負担がその本質であるという。[44]ここでホフマンは、指図人が両当事者に対してなす二重委任（doppelte Auftrag）に言及している。ホフマンにとって、デレガチオは更改の特殊な場合であるが、受取人が指図人の債権者であるのと同時に、被指図人が指図人の債務者であることが前提とされているわけではない。ホフマンもティボーと同様、被指図人が指図人の債務者であるか、あるいは受取人が指図人の債権者であるかのどちらかでなければならないという。また、被指図人が指図人に、指図人が

受取人に、それぞれ贈与をなしたり、既存債務を負っているがその支払のためではなく贈与したりするなどの二重贈与の場合はデレガチオではない。それゆえ、デレガチオは前章で確認したように、更改と同一の章で論じられるものであるという。[45]

(三) マイアーフェルド（Franz Wilhelm Ludwig von Meyerfeld）の見解

これらの諸説とは対照的に、ローマ法文の詳細な検討を通じて、デレガチオが既存債務から独立しうるという見解を打ち立てたのがマイアーフェルド（Franz Wilhelm Ludwig von Meyerfeld）である。[46]

彼はまず、デレガチオとは二つの委任（mandatum）であると指摘する。すなわち、指図人によって他者（受取人）は、第三者（被指図人）によって何らかの約束をされうると委任される。くわえて、指図人は被指図人に、受取人に対して約束するよう委任するというのである（後述する狭義のデレガチオの説明）。[47] さらに、「委任する（mandare）」という言葉の代わりに、「命令する（jubere）」という言葉も存在する。彼によれば「委任（mandatum）」と「命令（jussus）」[48]との差異は、たんに人間関係の問題であるという。[49] これらをもとに、マイアーフェルドはデレガチオを広狭に分類する。

第一に、被指図人の受取人に対する約束（promissio）を通じてなされるデレガチオが挙げられる。彼はこれを「狭義のデレガチオ」と呼び、「約束および問答契約の委任」によって特徴づけられるという。被指図人が受取人に債務負担するデレガチオである。[50]

第二に、上述の狭義のデレガチオとしての委任とならんで、「与える委任」が挙げられている。これが支払ないしは引渡し（numerare vel tradere）に向けられたデレガチオであり、彼は「広義のデレガチオ」と呼んでいる。広義のデレガチオは、被指図人の受取人に対する約束も問答契約も必要としないため、更改と関係することはありえない。[51]

マイアーフェルドは、この広狭二種ともにデレガチオと呼ばれるという。[52] つぎに、これら二つのデレガチオと既存債務の存否について具体的に見てゆこう。

1　狭義のデレガチオ

狭義のデレガチオとは、被指図人の受取人に対する約束を通じてなされるデレガチオである。マイアーフェルドは、ローマ法文を随所に引用しながら、さらにこれをいくつかの類型に細分類している。

①二つの既存債務関係の代わりに、被指図人と受取人との間に一つの新たな債務関係が生じる場合である。これは最狭義におけるデレガチオである。

②一つの既存債務関係のみを解消させる場合である。第一に、資金関係において、被指図人が弁済目的（solvendi causa）を果たすとき、対価関係においては、与信目的（credendi causa）または贈与目的（donandi causa）が存在しうる。第二に、対価関係上の既存債務を消滅させるとき、[53] 資金関係には与信目的または贈与目的が存在している。

③以上は更改が生じる場合であるが、狭義のデレガチオは、原因関係上の既存債務がなくても存在しうる。一方では、指図人が受取人に与信し、被指図人が指図人に与信または贈与をする場合であり、他方では、指図人が受取人に贈与し、被指図人が指図人に与信または贈与をなす場合である。[54]

2　広義のデレガチオ

広義のデレガチオとは、支払ないしは引渡しのためのデレガチオである。マイアーフェルドは、ローマ法文を随所で引用しつつ、[55] これもいくつかの類型に細分類している。

①被指図人の受取人に対する支払によって、資金関係および対価関係上の二つの債務関係が消滅する場合である。ここでは学説彙纂四六巻三章六四法文（パウルス　プラティウス註解第一四巻）（Paul.（14 ad plaut.）D. 46, 3, 64.）[56] などが例示されている。

②被指図人の受取人に対する支払によって、資金関係および対価関係上の二つの贈与がなされる場合である。

③さらに、以下のような場合がありうるという。すなわち、被指図人の受取人に対する支払によって、第一に、指図人が受取人に弁済する一方で、被指図人が指図人に贈与や与信する場合、第二に、指図人が受取人に贈与する一方で、被指図人が指図人に弁済や与信する場合、第三に、指図人が受取人に与信する一方で、被指図人が指図人に弁済や与信、贈与する場合である。[57]

㈣　小　括

以上、一九世紀中葉までのドイツ普通法学説について概観してきた。デレガチオが資金関係上および対価関係上の二つの債務関係を前提とするという見方は、一九世紀にはもはや採られていない。

一九世紀のドイツ普通法学説においては、デレガチオは、かならずしも二つの既存債務を必要とするものではないとの理解が一般的である。資金関係における既存債務を必要とする学説もあるが、一九世紀中葉までの通説的見解は、資金関係か対価関係のいずれか一方において既存債務を必要とすると主張している。これらの学説はあくまで被指図人の受取人に対する債務負担を前提に、デレガチオを更改の一種と捉えている。

これに対し、デレガチオの現代的理論への起端となったのがマイアーフェルドである。マイアーフェルドの功績はつぎの二点に求められる。すなわち、デレガチオの法的性質を委任と解し、被指図人が受取人に対して債務を負担しないデレガチオの存在を認めたこと、そして、デレガチオがその原因関係において既存債務をまったく前提としていない場合を見出したことである。マイアーフェルドの著作以降、デレガチオの既存債務からの独立性を唱える学説があらわれ、徐々に通説が変化してゆくことになる。

四　一九世紀中葉以降のドイツ普通法学説

㈠　ウンターホルツナー（Karl August Dominikus Unterholzner）

ウンターホルツナー（Karl August Dominikus Unterholzner）は、デレガチオが原因関係上の既存債務なく生じうることを明らかにした。[58] 彼によれば、通常、デレガチオは債権者に対して債務者の交替として生じるが、デレガチオは、ある者が何らかの債権をはじめて取得するときにもまた生じうるのであって、債務者の交替が必須なのではない。つまり、受取人が指図人に対して債権を有していなくてもよいというのである。

彼はその根拠づけとして、学説彙纂四二巻一章四一法文序項（パウルス　質疑録第一四巻）を挙げている。[59] 彼はこの法文から、デレガチオが資金関係においても対価関係においても既存債務を前提としていないことを導き出しているようである。まず、本法文の第一文は、資金関係上、指図人（ego）が被指図人（tu）に贈与目的のために指図することを明示している。つぎに、法文の第二文は、デレガチオによって対価関係上、債務者ではない者にも指図されうることを明らかにしている。[60] ここでウンターホルツナーが念頭においているのは、被指図人が受取人に義務付けられるデレガチオであるように見受けられる。

㈡　テール（Heinrich Thöl）

テールは（Heinrich Thöl）、デレガチオによって、ある者（指図人）が他者（被指図人）に、第三者あるいはその代わりの者（受取人）に対して約束をなすよう委任（Auftrag）し、多くの場合、指図人が受取人にこの約束を引き受ける

よう委任するという。そして、既存の債務関係はデレガチオの要素ではなく、デレガチオによって新債務者が旧債務者と交替する、あるいは新債権者が旧債権者と交替する関係と見るのは不適切であるという。[61] テールは、デレガチオが生じる場合を以下のように分類する。

①指図人が受取人の債務者であり、デレガチオによって新債務者が旧債務者と交替する場合である。これがデレガチオの主要形式であるという。一例として、第二章で確認した、学説彙纂四六巻二章一一法文が挙げられている。

②指図人が被指図人の債権者であり、デレガチオによって新債権者と交替する場合である。学説彙纂四六巻二章一七法文（ウルピアヌス　告示註解第八巻）[62] などが示されている。

③指図人が受取人の債務者であり、かつ被指図人の債権者であり、新債務者が旧債務者と交替し、かつ、新債権者が旧債権者と交替する場合である。学説彙纂二一巻二章六八法文一項（パピニアヌス　解答録第一一巻）[63] などが例示されている。

④さらに、つぎのような場合にもデレガチオが生じる。第一に、指図人が受取人の債務者ではなく、たとえば、受取人に贈与しようとするとき、婚資を与えようとするとき、貸借を与えようとするとき、あるいは受取人を指図人の手足として自己の目的に用いるとき、第二に、指図人が被指図人の債権者ではなく、たとえば、受贈者であるとき、貸借の借主であるとき、第三に、指図人が受取人の債務者でもなければ被指図人の債権者でもなく、たとえば、被指図人は指図人に、指図人は受取人に贈与しようとするときである。テールはその証拠として、ウンターホルツナーが挙げていた学説彙纂四二巻一章四一法文序項をはじめ、さまざまな法文を引用している。[64][65]

このように、テールはデレガチオから原因関係上の既存債務を独立させているが、その一方で以下のように述べている。デレガチオは、指図人と被指図人との間の約束をするための委任、指図人と受取人との間の約束を受けさせる委任、被指図人と受取人との間の約束という関係三者の同意によって形成されるというのである。[66] このことから、

テールは、ウンターホルツナーと同様に被指図人が受取人に債務負担する場合のみをデレガチオだと考えているようである。

㈢　ファンゲロウ（Karl Adolph von Vangerow）

ファンゲロウ（Karl Adolph von Vangerow）もまた、デレガチオが二つの原因関係上いかなる債務も前提としていないという見解を支持している。彼によると、真なる意味のデレガチオとは、ある者が他者に、第三者に対して給付をなす委任（Auftrag）を与えるデレガチオであるという。デレガチオに関係する三当事者は、委任者（指図人）、給付をなす者（被指図人）、給付を受ける者（受取人）である。委任される給付には二つの種類があり、被指図人が受取人に対して、与えること、支払うことを委任された場合は支払指図（Zahlungsanweisung）が、義務付けられること、約束することを委任された場合は信用指図（Kreditanweisung）が存する。[67]

支払指図の場合は、被指図人の指図人に対する債務、または指図人の受取人に対する債務を消滅させる場合でも更改が生じることはない。新債務が発生しないからである。また、被指図人と受取人との間にいかなる法律関係も創設されないだけでなく、指図人と被指図人、または指図人と受取人の個別の法律関係はデレガチオにいかなる影響も与えないという。

信用指図の場合も、被指図人と指図人との間の、そして指図人と受取人との間の債務関係が存在する場合に、デレガチオを通じて両債務を消滅させることがありうる。しかし、二つの債務関係はデレガチオにとって不可欠ではない。ファンゲロウは、テールと同様の法文を挙げつつ、被指図人が指図人へ贈与または与信をなすために指図されうるし、指図人が受取人の債務者である必要はなく、与信や贈与をなしうる場合について言及する。[68]

㈣　ヴィントシャイト（Bernhard Windscheid）

ヴィントシャイト（Bernhard Windscheid）も、これらの見解と同様に、デレガチオが原因関係上いかなる債務関係も必要としていないことを明らかにしている。[69]

彼によると、デレガチオの目的は既存債務の消滅が一般的であるが、その他にもたとえば、贈与、婚資の持参など、他の目的であってもよい。その場合には、被指図人が指図人の債務者であるかどうかは問題とはならない。ヴィントシャイトはその証拠として、すでに触れた、学説彙纂四六巻二章一一法文序項（ウルピアヌス　告示註解第二七巻）や学説彙纂四二巻一章四一法文序項（パウルス　質疑録第一四巻）などを挙げている。[70]

また、ヴィントシャイトは、現在アンヴァイズングと呼んでいるものは、ローマにおいては命令（jussus）およびデレガチオと呼ばれていたという。[71] そして、とりわけ、現今のアンヴァイズングのような間接的な財産給付の場合も、その用途としてきわめて頻繁に用いられるのは、学説彙纂四六巻三章五六法文（パウルス　告示註解第六二巻）[72] にあるような債務の消滅の場合であるが、その他の用途、たとえば、贈与、婚資の持参、貸付などの用途でおこなうことも可能であるという。[73]

㈤　ザルピウス（Botho von Salpius）の影響

上掲の学説の共通項は、ローマ法文におけるデレガチオの使用例から、デレガチオに原因関係上の既存債務を必要としない場合があることを明らかにしている点である。ただし、ウンターホルツナーとテールは、被指図人が受取人に債務を負担する場合のみを念頭においているのに対し、ファンゲロウとヴィントシャイトはそれ以外の場合をも認めている。ファンゲロウとヴィントシャイトがかかる見解に至ったのは、先駆的意義を有するマイアーフェルドのほ

かに、ザルピウス（Botho von Salpius）の影響が大きい。[74] 以下では、本稿に必要な範囲で、ザルピウスの所説を概観してみよう。[75]

ザルピウスは、一八六四年に刊行された論文[76]のなかで、ローマ法のデレガチオを更改から完全に切り離した。さらに彼はデレガチオを、中世以降発展してきた概念であるアシグナチオも包含する独立の法的範疇であると定義する。すなわち、デレガチオと更改とは、ローマにおいて二つの相互に独立した法的範疇である。さらに、広義のデレガチオは、給付がアシグナチオ（jussus）にもとづいて任意の性質を生ぜしめるすべての場合を包摂する。そして、狭義のデレガチオは、信用指図（Creditanweisung）、すなわち、権利の創設を給付の本旨とする特殊な場合であるというのである。[77]

ザルピウスによると、デレガチオはいくつかの種類に分類される。たとえば、Delegare alicui aliquid は、ある者に何らかのものを譲渡することを意味し、日常用語でもあったという。Delegare aliquem は、給付するようある者を指図することを意味し、こちらは専門用語である。[78] 後者のデレガチオについては、さらに以下のように述べられている。Delegare aliquem は、給付するよう第三者に対してある者を指図することを意味する。その給付の目的は当事者の任意であるが、主要な適用場面としてはつぎの二つに区別される。すなわち、デレガチオ（Anweisung）が、与えること（dare）を目的としているか、約束すること（promittere）を目的としているか、である。

前者の主要な場面は、金銭の支払であり、後者は、通常問答契約を通じてなされる義務の引受である。支払指図（Zahlungsanweisung）に関してデレガチオという言葉が用いられるのは前者の主要事例であるとし、学説彙纂四六巻三章九六法文序項（パピアヌス　解答録第一一巻）[79] などの法文を挙げる。[80] このようにザルピウスは、アシグナチオが近代法の発明ではなく、ローマ法にその淵源を有することを証明している。

また、ザルピウスは、学説彙纂四六巻二章一一法文序項について（第二章第一節参照）、前半部分は（vice sua alium

reum dare creditori）、指図人が受取人の債務者であり、受取人に被指図人という新たな債務者を与える場合を説明していると解する。他方で、本法文の終わりの部分（vel cui jusserit）から、ウルピアヌスは、指図人が受取人にデレガチオを用いて贈与、与信、または彼に婚資の持参をしようとする場合も念頭においているという。vel cui jusserit の主語は、彼によれば、指図人であるというのである。

それゆえ、彼によれば、終わりの部分は「または、指図人が授権した（債権者ではない）者に約束される（vel cui（non creditori）delegans jusserit promitti）」と解されなければならない。本法文は、対価関係において、デレガチオが債務の消滅だけでなく、贈与や与信などの目的でも利用しうることを明示しているという[81]。このように、彼はできるだけ広範囲を射程におさめるデレガチオの定義を本法文のなかに見出そうとしている。

㈥　小　括

本章では、一九世紀中葉以降のドイツ普通法学説を概観してきた。

アシグナチオをデレガチオの下位分類とするザルピウスの見解は、種々の学説による批判を受けた後に承認され[82]、ドイツ民法典に採り入れられた。それゆえ、ドイツ民法典はデレガチオとアシグナチオとを法典のなかに包括的に継受し、また、指図人が受取人の債務者であることも、被指図人が指図人の債務者であることも必要としていない[83]。その立場はドイツ民法典草案にもあらわれている。

たとえば、ドイツ民法典第一草案六〇五条[84]には、ある者が他者に、彼が第三者に他者に対して給付をなすよう要求する証書を交付した場合（アンヴァイズング）、その他者（受取人）は、自己の名で第三者（被指図人）による給付を取り立てるよう授権されており、被指図人は、受取人に対する給付を要求者（指図人）の計算で生じさせるよう授権される。ただし、指図人の側からの被指図人へのさらなる通知を必要とすると規定されている。ここでは被指図人が受

取人に給付をなすことのみを規定しており、関係当事者の既存の債務関係にはなんら言及されていない。

同様に、ドイツ民法典第二草案六一九条[85]には、以下のように規定されている。すなわち、ある者が、彼が他者に金銭または一定量の代替物または有価証券を第三者に給付することを指図する証書を第三者に交付した場合、彼は自己の名で被指図人による給付を取り立てるよう授権され、被指図人は指図人の計算で受取人に給付するよう授権されている。ここでも、アンヴァイズングは被指図が受取人に何らかの給付をなすものであり、具体的な債務関係に関係づけることなく規定されている。

第一草案理由書（Motive）によると、アンヴァイズングの目的はさまざまであり、指図人が受取人に対して義務付けられており、アンヴァイズングを通じてその履行が仲介される場合や、アンヴァイズングとそれによる支払を通じて、受取人の指図人に対する義務が基礎づけられる場合、たとえば、アンヴァイズングを通じて受取人に信用取引が開始される場合などがありうる。そのうえ、アンヴァイズングは受取人に対する贈与目的で、または受取人がアンヴァイズングにもとづいて指図人のために取り立てをすることもできる。

被指図人が以前から指図人と債務関係にあったか否かもまた、些末なことである。アンヴァイズングは指図人の被指図人に対する債権を取り立てるためになしうるし（債務にもとづく指図（Anweisung auf Schuld））、被指図人が指図人の債務者でなくてもなすことができる（信用にもとづく指図（Anweisung auf Kredit））。さらに、アンヴァイズングはその原因となった各々の法律関係（資金関係および対価関係）から独立しているという[86]。

五　BGB成立以後のドイツ法学説におけるデレガチオの理解

本章では、BGB成立後のドイツ法学説が、一般的にデレガチオをどのように理解しているのかについて概観する[87]。

㈠　「デレガチオ」という用語の多義性

デレガチオの債務法上の意義を確認するため、上掲の諸学説の多くが研究の端緒としているのが、本稿でもたびたび抄出した学説彙纂四六巻二章一一法文序項（ウルピアヌス　告示註解第二七巻）である（本稿第二章第一節参照）。ここでは、デレガチオは指図人の被指図人に対する行為とそれにもとづく被指図人の受取人に対する約束を含んでいる。しかし、デレガチオは他の箇所で異なる意味として用いられることもある。たとえば、学説彙纂四六巻二章一七法文（ウルピアヌス　告示註解第八巻）[88]では、デレガチオは単に指図人の受取人に対する行為のみを指し示しているが、学説彙纂四六巻二章一一法文一項（ウルピアヌス　告示註解第二七巻）[89]では、被指図人と受取人との関係でデレガチオを用いている。

このように、法文は、デレガチオのさまざまな利用に関する確かな証拠にはなりえないため、個々の箇所のインテルポラチオによって、そのときどきの法学者がどのような法律関係を前提とし、デレガチオを適用していたのかを考慮しなければならないという[90]。

㈡　義務設定指図（delegatio obligandi）と支払指図（delegatio solvendi）

先の一一法文序項を論じる前に、義務設定指図（delegatio obligandi）と支払指図（delegatio solvendi）の差異を理解しなければならない。かつては、まさに上記法文でその適用場面が示されている、被指図人が受取人に約束する義務設定指図のみが論じられてきた（ザルピウスのいう信用指図とは義務設定指図のことである）[91]。

しかし、デレガチオは指図人の被指図人に対する受取人への支払に向けられたアンヴァイズングも包含している。この支払指図は、とりわけ弁済や免責に関する学説彙纂四六巻三章において見られるという（cf. D. 46, 3, 64[92]; D. 46, 3,

96; u.a.）[93]。この二つの原型とならんで、引渡すこと（tradere）を目的とするアンヴァイズングがなされるような場合に[94]、これをさらなる類型と見ることは不要である。この場合は、支払指図とその法的構造および効果において異ならないため、支払指図と同様に論じることができるという[95]。

㈢　受動指図（Passivdelegation）と能動指図（Aktivdelegation）

さらに、デレガチオは、部分的にではあるが、更改と結合せられることがある[96]。

一一法文序項は、デレガチオによる債務者の交替事例を紹介している。つまり、他の債務者（alius reus）は指図人の地位に立ち入っている。このような文脈で用いられる reus は、詳しい補足がない場合、たいていは「債務者」と解される。本法文から、間接的に指図人が受取人の reus（つまり債務者）であることが分かる。そして、被指図人が alius reus であるとき、彼が指図人の債務者である必要はない。彼は単に指図人の地位に立ち入るだけである。それゆえ、指図人と被指図人の法律関係については、法文からはなんら推論できない[97]。

対価関係上の既存債権はおそらく更改され、被指図人は指図人の債務を引き受ける。この債務引受（Schuldübernahme）は、受動指図（Passivdelegation）と呼ばれている[98]。反対に、資金関係上の既存債権が前提となっている場合、能動指図（Aktivdelegation）[99]、つまり、受取人への債権の譲渡がなされる[100]。この場合も、その都度の債権が更改される[101]。

二つの原因関係に債権が前提とされている場合は、能動指図かつ受動指図が生じうる。これに対して、なんらの債権も前提となっていない二重贈与などの場合は、更改はありえない。債権者が交替する能動指図の場合には、債権を失うことになる旧債権者の同意は必須である。これに対して、債務者が交替する受動指図は、旧債務者の意思とは無関係になされることがある。それゆえ、新債務者は旧債務者の同意なく更改をなしうる[102]。

以上の分類を前提にすると、学説彙纂四六巻二章一一法文序項の定義は、受動指図のみを説明しているようである。

では、最後の部分（vel cui jusserit）は何を意味しているのか。多数説は、債権者（creditor）が jusserit の主語であるという見解を支持している。つまり、「新たな債務者を、債権者（受取人）または債権者が債務者を与えたいと思った者に与える」と読むのである。これがもっとも自然な解釈であり、主語を指図人と解するザルピウスの見解は、無理に包括的定義を与えようとしたもので誤りである。[103] 第三者と債権者との原因関係は問題とはならず、場合によっては二つの受動指図が存在しうる。[104]

㈣　無因指図（abstrakte Delegation）と指名指図（titulierte Delegation）

学説彙纂四六巻二章一一法文序項の定義としての不完全性は、いわゆる無因指図と指名指図（abstrakte und titulierte Delegation）の区別を考慮していないことにもある。[105] より厳密には、デレガチオを履行する際の無因的問答契約と指名的問答契約の区別である。[106]

本法文は、被指図人による指図人の債務引受の事例を取り扱っている。おそらくは、対価関係の更改をともなう受動指図によって、被指図人は受取人に対して、指図人が義務付けられていたものを約束する。[107] 反対に、資金関係の更改をともなう能動指図では、多くの場合、被指図人は受取人に対して、被指図人が指図人に義務付けられていたものを約束する。これらの場合、指名的問答契約は、資金関係あるいは対価関係への依存によってのみ存在し、その際の決定的要素は、問答契約において表示した当事者の意思である。しかし、二重贈与のように原因関係にいかなる債務も存在していないときには、問答契約は無因的になされ、他の債務関係と関連づけられない。

一見すると、指名的問答契約に関する法文が支配的であり、無因的問答契約はその存在が疑われることもあったが、現在では承認されている。[108] しかし、個々の場面でデレガチオがどのような形式でなされているのかの確定は、多くの場合困難であるという。[109]

㈤　学説彙纂四六巻二章一一法文序項の解釈

現在ほぼ異論のない学説によれば、本法文はデレガチオをまったく定義づけていないという。ザルピウスは法文に大幅な補足を施し、広範囲な指図事例を採りこもうとしているが、支払指図（delegatio solvendi）はここから読み取ることができない。たしかに受動指図は法文のなかで頻繁に登場し、実務的に大きな役割を担っていたと考えられるが、それでも本法文は一般的に有効な定義とみることはできない[110]。本法文は、おそらく現代的な意味において体系的にデレガチオを論究していないという。これについては、デレガチオが他のさまざまな法文のなかで発見されていることが証左を示している[111]。

本法文の研究の結果をまとめると、第一に、デレガチオという用語の多義性が確認されなければならない。第二に、被指図人の受取人への約束をともなう義務設定指図と、被指図人の受取人への支払をともなう支払指図との区別が存在する。第三に、対価関係に既存債務が存在し、被指図人が指図人の立場に据えられる場合は受動指図が、資金関係上の指図人の被指図人に対する権利が受取人に移る場合は能動指図が存在する。第四に、しばしば、能動指図と受動指図は、資金関係あるいは対価関係上の債権の更改と結合されているが（指名的問答契約）、原因関係上の債権へなんらの関係づけもなく存在しうる（無因的問答契約）[112]。

六　むすびに

学説彙纂四六巻二章が「更改および指図について」という章題を掲げ、かつ一一法文序項が定義規定のごとく更改の生じる場合を規定していたことから、近世初頭の学説は、デレガチオに資金関係および対価関係上の既存債務を必

要としていた。その効果は二重更改であるといわれるが、それは効果だけを同列に扱うものであり、更改意思は必要とされていなかった。つまり、被指図人が受取人に対して義務付けられるやいなや、自動的に二つの既存債務が消滅するというのである。この時期に現在の支払指図に相当するアシグナチオが案出されたが、更改の桎梏を受けていたデレガチオとの連続性が意識されることはなかった。

一九世紀のいわゆるドイツ普通法学説では、資金関係か対価関係かのいずれかに既存債務を必要とする見解が初期の通説であった。これに対し、マイアーフェルドは、被指図人の受取人に対する義務負担の有無を基準としてデレガチオを広狭二種に分類し、どちらにも既存債務を前提としない事例が存在することを法文から証明した。これ以後、徐々に通説に変化が見られ、ザルピウス以降、デレガチオは完全に原因関係上の既存債務から独立しており、アシグナチオと連続性を有すると解する見解が通説となった。さらに現在では学説彙纂四六巻二章一一法文序項はデレガチオの定義規定ではないと解されている。

このようにデレガチオは、更改とは別個の法的範疇として既存債務から独立し、アシグナチオも包含したアンヴァイズングとしてドイツ民法典に継受された。しかし、更改から峻別された後に問題となるのは、その法的性質である。これを明らかにするためには、アシグナチオの解釈を中心とした研究が必要となるため、別稿を期したい。

（1）　商業信用状に関して、伊澤孝平『商業信用状論』（有斐閣・九版・一九六五）二一九頁以下、西原寛一『金融法・法律学全集（五三）』（有斐閣・一九六八）二二九頁以下、為替手形、小切手に関して、服部榮三「指図行為と為替手形の振出」磯村哲先生還暦記念論文集『市民法学の形成と展開・上』（有斐閣・一九七八）二七七頁以下など。

（2）　Juris von Staudinger/Peter Marburger, Kommentar zum B.G.B., Neubearbeitung, 2002, §783, Rdnr.46ff., S.161ff., Rdnr.51f., 166f.

（3）　たとえば、電信送金・振込に関して、木内宜彦『金融法・現代法律学全集（四一）』（青林書院・一九八九）三二八頁以下、

柴崎暁「振込取引と指図の法理」タートンヌマン一〇号（二〇〇八）五一頁以下など。

（4） Otto Palandt/Hartwig Sprau, Bürgerliches Gesetzbuch, 69. neubearbeitete Aufl., 2010, §783, Rdnr.1, S.1226.

（5） Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Bd.2, BT, 11. neubearbeitete Aufl., 1977, §67 I, S.457.

（6） BGB §783. Händigt jemand eine Urkunde, in der er einen anderen anweist, Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen an einen Dritten zu leisten, dem Dritten aus, so ist dieser ermächtigt, die Leistung bei dem Angewiesenen im eigenen Namen zu erheben; der Angewiesene ist ermächtigt, für Rechnung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zu leisten.

ドイツ民法典七八三条「金錢、有價證券又ハ其ノ他ノ代替物ヲ第三者ニ給付スベキコトヲ他人ニ指圖スル證書ヲ第三者ニ交付シタル者アルトキハ、其ノ第三者ハ被指圖人ヨリ自己ノ名ヲ以テ給付ヲ取立ツル權限ヲ有ス；被指圖人ハ指圖人ノ計算ニ於テ指圖證書受取人ニ給付ヲ爲ス權限ヲ有ス。」訳は、柚木馨・上村明廣『現代外国法典叢書（二）獨逸民法［Ⅱ］債務法』（有斐閣・一九五五）七七〇頁から引用。

（7） Palandt/Sprau, a. a. O.（Fn.4）§783, Rdnr.9ff., S.1227.

（8） BGB §784. Nimmt der Angewiesene die Anweisung an, so ist er dem Anweisungsempfänger gegenüber zur Leistung verpflichtet ; er kann ihm nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit der Annahme betreffen oder sich aus dem Inhalt der Anweisung oder dem Inhalt der Annahme ergeben oder dem Angewiesenen unmittelbar gegen den Anweisungsempfänger zustehen. Die Annahme erfolgt durch einen schriftlichen Vermerk auf der Anweisung. Ist der Vermerk auf die Anweisung vor der Aushändigung an den Anweisungsempfänger gesetzt worden, so wird die Annahme diesem gegenüber erst mit der Aushändigung wirksam.

ドイツ民法典七八四条「被指圖人ガ指圖ヲ引受ケタルトキハ、指圖證書受取人ニ對シテ給付ヲ爲ス義務ヲ負フ；被指圖人ハ受取人ニ對シ、引受ノ效力ニ關スル異議又ハ指圖ノ内容若ハ引受ノ内容ヨリ當然生ズル異議又ハ被指圖人ガ直接指圖證書受取人ニ對シテ有スル異議ノミヲ對抗セシムルコトヲ得。引受ハ指圖證書上ノ記載ヲ以テ之ヲ爲ス。證書上ノ記載ガ指圖證書受取人ニ對スル交付前ニ爲サレタルトキハ、引受ハ受取人ニ對シテハ交付ノ時ヨリ其ノ效力ヲ生ズ。」訳は、柚木ほか・前掲注（6）七七一頁から引用。

（9） Walter Erman/Rüdiger Wilhelmi, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Bd.2, 13. neubearbeitete Aufl., 2011, §783, Rdnr.2ff., S.3460f.

(10) より正確には「デーレーガーチオー」とすべきであろうが、本稿では単に「デレガチオ」と表記する。

(11) アンヴァイズングの学説史に関する先行研究としては、伊澤孝平「指圖（Anweisung）の本質（一）」法協四八巻一一号（一九三〇）一一頁以下、納富義光『手形法に於ける基本理論』（新青出版・復刻版・一九九六）三八三頁以下など。

(12) より正確には「アッシーグナーチオー」とすべきであろうが、本稿では単に「アシグナチオ」と表記する。

(13) この点に関するフランス法の学説史については、拙稿「フランス法における指図（délégation）の歴史的展開」奥島孝康先生古稀記念論文集第二巻『フランス企業法の理論と動態』（成文堂・二〇一一）二五頁以下。

(14) デレガチオ（delegatio）は名詞、デーレーガーレ（delegare）は動詞の不定法である。前者は多少なりとも厳密にイメージされた法的制度を指しているが、後者も同じ意味で用いられることがあり、両者に明確な違いはないと考えられているため（Ulrich Eisenried, Die bürgerlich-rechtliche Anweisung und ihre Entstehung, Diss. Passau, 2010, S.42）、本稿では「デレガチオ」と一括して表記する。

(15) 指図人（Delegant）、被指図人（Delegat）という用語は、ローマ法文中に使用例もあるが、通常は、指図する者（is qui delegat）、指図された者（is qui delegatus est）と表記される。受取人（Delegatar）という用語は、一八世紀の終わりごろから用いられている（Wolfgang Endemann, Der Begriff der Delegatio im Klassischen Römischen Recht, Marburg, 1959, S.6 Anm.1）。

(16) Günther Loewenfeld, Die Anweisung in Gesetz und Verkehr, Berlin, 1922, S.6.

(17) Carolus Bernstein, De Delegationis Natura, 1864, Berolini, p. 2.

(18) Joachimus Mynsingerus, Jureconsulti clarissimi apotelesma, Sive corpus perfectum scholiorum ad quatuor libros institutionum juris civilis, Basileae, 1563, Scholia in instit. lib. III, Quib. mod. tollitur obl. tit.XXX, p. 438.

(19) Franciscus Hotomanus, Vetus-renovatus commentarius in Quatuor libros Institutionum juris civilis, Lugdunum, ed.5, 1588, In III. lib. inst. com., Tit.XVII, Quib. mod. obl. tol., p. 386.

(20) そのほか、Franciscus Duarenus, ad tit. D. de nov. et deleg.; Barnabas Brissonius, de solutionibus et liberationibus. Lib. II. §. de deleg.; Andreas Fachineus, Controv. Lib. XI. cap.54 も同旨であるとふう（Bernstein, a. a. O.（Fn.17）p. 2）。

(21) ドの規範はイタリアの註釈学派に淵源を有する（Botho von Salpius, Novation und Delegation nach römischem Recht, Berlin, 1864, §2, S.8）。

（22） Salpius, a. a. O.（Fn.21）§2, S.6 ff, insbesondere S.8.

（23） この点、フランス民法典一二七五条は、指図（délégation）が更改をともなうためには、受取人の明示的な意思表示が必要であると規定している。このような規定が置かれたのはポチエの影響が大きい（Robert-Joseph POTHIER, Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français par M. Dupin, nouv. éd., t.1, Paris, 1827, n° 600, p. 354）。この点につき、拙稿・前掲注（13）二六八頁以下。

（24） 債務者を指図する者は支払をなす者である。Cf. Ulp.（29 ed.）D. 16, 1, 8, 3.

（25） Salpius, a. a. O.（Fn.21）§18, S.102f.

（26） Salpius, a. a. O.（Fn.21）§2, S.11.

（27） Eugène GAUDEMET, Étude sur le transport de dettes á titre particulier, Paris, 1898, p. 210.

（28） 拙稿「フランス法およびドイツ法における指図の理論的接続――Art.1277 C.civ. の比較法的考察を中心に――」タートンヌマン一三号（二〇一一）三八頁以下。

（29） Rechten en Costumen van Antwerpen（1582）: Tit.64. Van Betalinghe, bewijsinghe etc. Ziff. 2.

（30） Salpius, a. a. O.（Fn.21）§2, S.11f.

bewijsing とは、アシグナチオのオランダ国内における用語法のもっとも古い形である。一六世紀の終わりごろ、overwijsing とともに、その用語法は激しく揺れ動いたが、一七世紀の中ごろには、aenwijsing（Anweisung）という書式が支配的となった。そして、デレガチオを意味する専門用語としては、overstelling あるいは oversetting という用語が新たに誕生したという（ibid.）。

なお、「アシグナチオ」という表現は、指図取引に関する一七世紀頃の近代的な表現として、イタリアの商業用語から借用されたものである（id. S.14）。

（31） 「アンヴァイズング」はアシグナチオのドイツ語表記である（柴崎暁『手形法理と抽象債務』（新青出版・二〇〇二）一九七頁）。

（32） フランス民法典一二七七条に規定されている「単なる指示（simple indication）」のことである。この点については、拙稿・前掲注（28）二三頁以下。

（33） Horst Hahn, Die Institute der bürgerlichrechtlichen Anweisung der §§783ff BGB und der „Delegation“ der Art.1275f C.civ.

in rechtsvergleichender Darstellung, Diss. München, 1965, S.9ff.; Eugène GAUDEMET, op. cit., (note 27), p. 213.

(34) わが国の旧民法には、フランス法を継受した「嘱託」という名の指図規定が設けられていたが、起草者であるボアソナードは、アシグナチオに由来するフランス民法典一二七七条を採り入れなかった（拙稿「ボアソナードの指図論――わが国における指図（délégation）の継受」法学政治学論究九二号（二〇一二）二九七頁以下）。

(35) Otto Wendt, Das allgemeine Anweisungsrecht, Jena, 1895, S.149f.

(36) Hugo de Groot, Inleiding tot de Hollandsche Rechts-geleertheid, tweeden druk, 1631, cap.44 e.v., blz.95 e.v.

(37) 後述するように、両者の連続性はマイアーフェルドとザルピウスによって意識せられた。

(38) Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit nec litis contestatio subsecuta sit, utilem tamen marito actionem ad similitudinem eius qui nomen emerit dari oportere saepe rescriptum est.

(39) Friedrich Ludwig Keller, Pandekten, Leipzig, 1861, §279, S.540.

(40) 除約とは、債務者の交替による更改のうち、旧債務者の同意がない場合である。

(41) Keller, a. a. O. (Fn.39) §279, S.541.

(42) 本文中に挙げているもののほか、Christian Friedrich Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandekten-Rechts, T.2, 1838, §476ff., S.505ff. u.a.

(43) Anton Friedrich Justus Thibaut, System des Pandecten-Rechts, Bd.1, 9. Aufl., Jena, 1846, §526, S.436.

(44) Emil Hoffmann, Beiträge zur Lehre von der Delegation, Sells Jahrbücher für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts, Bd.3, Braunschweig, 1844, S.396.

(45) Hoffmann, a. a. O. (Fn.44) S.398f.

(46) Franz Wilhelm Ludwig von Meyerfeld, Die Lehre von den Schenkungen nach römischem Recht, Bd.1, Marburg, 1835, §15f., S.241ff.

(47) Meyerfeld, a. a. O. (Fn.46) §15, S.241.

(48) 一般的には、jussum という語が好まれるようである。jussus という語は、奪格（jussu）としての利用はあっても、主格（jussus）としての利用は非常に稀だからである。主格としては jussum が用いられる（Cf. Paul GIDE, Études sur la novation et le transport des créances en droit romain, 1879, Paris, p. 388）。

(49) Meyerfeld, a. a. O. (Fn.46) §15, S.243. Cf. Ulp. (29 ad ed.) D. 15, 4, 1, 3.

(50) Meyerfeld, a. a. O. (Fn.46) §15, S.242, 244.

(51) Meyerfeld, a. a. O. (Fn.46) §15, S.242, 246.

(52) Meyerfeld, a. a. O. (Fn.46) §15, S.242. マイアーフェルドは、ここでクヤキウス（Jacobus Cujacius）の著述を引用しており（Jacobus Cujacius, paratitl. in tit. Cod. de novat. et deleg.）、かかる言説がクヤキウスの影響によるものであることが見て取れる。

(53) Meyerfeld, a. a. O. (Fn.46) §15, S.244.

(54) Meyerfeld, a. a. O. (Fn.46) §15, S.244f.

(55) ただし、典拠として挙げられている法文のなかには、狭義のデレガチオと広義のデレガチオとを混同しているものもあると指摘されている（Eisenried, a. a. O. (Fn.14) S.28f.）。

(56) Cum jussu meo id, quod mihi debes, solvis creditori meo, et tu a me et ego a creditore meo liberor.
「私の命令に従い、あなたが私に対して負担している物を、私の債権者に支払ったならば、あなたは私から、私は私の債権者から解放される。」訳は、遠藤歩「学説彙纂第四六巻第三章の邦訳」都法四五巻一号（二〇〇四）五二五頁。

(57) Meyerfeld, a. a. O. (Fn.46) §15, S.246f.

(58) ウンターホルツナーはデレガチオの意味で Ueberweisung という語を用いている。

(59) Paul. (14 quaest.) D. 42, 1, 41, pr. Nesennius Apollinaris: si te donaturum mihi delegavero creditori meo, an in solidum conveniendus sis? et si in solidum conveniendus, an diversum putes, si non creditori meo, sed ei, cui donare volebam, te delegavero? et quid de eo, qui pro muliere, cui donare volebat, marito eius dotem promiserit? respondit: nulla creditor exceptione summoveretur, licet is, qui ei delegatus est, poterit uti adversus eum, cuius nomine promisit: cui similis est maritus, maxime si constante matrimonio petat. et sicut heres donatoris in solidum condemnatur et ipse fideiussor, quem in donando adhibuit, ita et ei, cui non donavit, in solidum condemnatur.
学説彙纂四二巻一章四一法文序項（パウルス 質疑録第一四巻）「ネセンニウス・アポリナリス：私に贈与しようとする君を私の債権者に私が指図したときには、君は全額に対して訴えられるべきか？全額に対して訴えられるときにも、私の債権者にではなく、却ってこの者に私が贈与することを望んだ者に私が君を指図したときには、君は異なると思うか？この女に

贈与することを望んだ婦人のためにその夫に婚資を確約した者についてはどうか？その者に指図された者は、この者の名義で確約した者に向かって（抗弁を）使用することができるとはいえ、債権者は如何なる抗弁によっても撃退されない。殊に婚姻の存立中に請求するときには、夫はこの者に類似していると同人は解答した。贈与者の相続人が全額に対して有責判決され、贈与することに於いて責を負う。保証人自身もそうであるように、このようにこの者にその者が贈与しなかった者にも全額に対して有責判決される。」訳は、江南義之『『学説彙纂』の日本語への翻訳（二）』（信山社・一九九二）三〇三頁。

（60）Karl August Dominikus Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung, Bd.1, Leipzig, 1840, Rdnr.291, S.630.

（61）Heinrich Thöl, Das Handelsrecht, Bd.1, 3 vermehrte Aufl., Götingen, 1854, §128, S.478.

（62）Ulp.（8 ad ed.）D. 46, 2, 17. Delegare scriptura vel nutu, ubi fari non potest, debitorem suum quis potest.
「話すことができない場合には、或者は自己の負債者を書面或は合図で指図することができる。」訳は、江南・前掲注（59）六四三頁。

（63）Pap.（11 resp.）D. 21, 2, 68, 1. Creditor, qui pro pecunia nomen debitoris per delegationem sequi maluit, evictis pignoribus quae prior creditor accepit nullam actionem cum eo qui liberatus est habebit.
「金銭の代りに債務者の債權を指圖によつて得ることを選んだ債權者は、第一の債權者が受領した質物が追奪せられるときには、その債務を免除せられた者に對してはなんらの訴權も有しないであろう。」訳は、京都大学西洋法史研究会「ユ帝學説彙纂第二一巻邦譯（六）」論叢六五巻三号（一九五九）四頁。

（64）たとえば、Ulp.（48 ad Sab.）D. 23, 3, 36; Iul.（60 dig.）D. 39, 5, 2, 2.

（65）Thöl, a. a. O.（Fn.61）§128, S.479f.

（66）Thöl, a. a. O.（Fn.61）§129, S.480.

（67）Karl Adolph von Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Bd.3, 7 vermehrte und verbesserte Aufl., Marburg und Leipzig, 1869, §619, S.375.

（68）Vangerow, a. a. O.（Fn.67）§619, S.376f.

（69）ヴィントシャイトは、デレガチオの意味で Überweisung という語を用いている。

（70）Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.2, 7 durchgesehene und vermehrte Aufl., Frankfurt, 1891, §353,

S.313.

(71) Windscheid, a. a. O. (Fn.70) §412, S.493.

(72) Paul. (62 ad ed.) D. 46, 3, 56. Qui mandat solvi, ipse videtur solvere.
「支払いを命じた者は、自己が支払ったとみなされる。」訳は、遠藤・前掲注（56）五二三頁。

(73) Windscheid, a. a. O. (Fn.70) §412, S.495.

(74) Vangerow, a. a. O. (Fn.67) §619, S.375; Windscheid, a. a. O. (Fn.70) §353, S.313.

(75) ザルピウスの理論がヨーロッパの現代的指図理論に多大なる影響を及ぼしていることは疑うべくもない。彼の理論的背景として、いわゆるパンデクテン法学の影響を受けていたことが一般的に推察されるが（Eisenried, a. a. O. (Fn.14) S.321）、その位置づけないし関係づけについてはなお研究の余地がある。

(76) Botho von Salpius, Novation und Delegation nach römischem Recht, Berlin, 1864.

(77) Salpius, a. a. O. (Fn.21) §4, S.25.

(78) Salpius, a. a. O. (Fn.21) §6, S.32f.

(79) Pap. (11 resp.) D. 46, 3, 96, pr. Pupilli debitor tutore delegante pecuniam creditori tutoris solvit: liberatio contigit, si non malo consilio cum tutore habito hoc factum esse probetur. sed et interdicto fraudatorio tutoris creditor pupillo tenetur, si eum consilium fraudis participasse constabit.
「未成熟子の債務者が後見人の指図に基づき、金銭を後見人の債権者に支払ったならば、解放が生じる。但し、それが後見人の悪意に基づいてなされた場合はこの限りではない。他方、後見人の債権者は、彼が後見人の悪意に加担した旨の証明がなされた場合は、［未成熟子に対して］悪意の特示命令に基づき責を負わされる。」遠藤・前掲注（56）五四一頁。

(80) Salpius, a. a. O. (Fn.21) §7, S.39.

(81) Salpius, a. a. O. (Fn.21) §8, S.47.

(82) z.B. Witte, Zur Lehre von der Stipulation, Novation, Delegation und Succession in obligatorischen Rechtsverhältnissen, in: Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd.8, 1866, S.321ff.; Karl Salkowski, Zur Lehre von der Novation nach Römischem Recht, Leipzig, 1866, S.109ff.; Vangerow, a. a. O. (Fn.67) §619, S.375ff.; Windscheid, a. a. O. (Fn.70) §353, S.313.

（83）事実、現在のアンヴァイズングに関する条文は、関係当事者のいかなる債務関係も前提としていない（前掲注・（6）（8）参照）。

（84）E. I §605. Wenn Jemand einem Anderen eine Urkunde behändigt, in welcher er einen Dritten auffordert, an den Anderen eine Leistung zu bewirken (Anweisung), so ist der Andere (Anweisungsempfänger) ermächtigt, die Leistung bei dem Dritten (Angewiesener) in eigenem Namen zu erheben, und der Angewiesene ermächtigt, die Leistung an den Anweisungsempfänger für Rechnung des Auffordernden (Anweisender) zu bewirken, ohne dass es einer weiteren Benachrichtigung des Angewiesenen von Seiten des Anweisenden bedarf.

（85）E. II §619. Hat Jemand eine Urkunde, in welcher er einen Anderen anweist, Geld oder eine bestimmte Menge vertretbarer Sachen oder Werthpapiere an einen Dritten zu leisten, dem Dritten ausgehändigt, so ist dieser ermächtigt, die Leistung bei dem Angewiesenen im eigenen Namen zu erheben; der Angewiesene ist ermächtigt, für Rechnung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zu leisten.

（86）Benno Mugdan, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, Bd.2, 1899, §605, S.311.

（87）ハハでは、Wolfgang Endemann, Der Begriff der Delegatio im Klassischen Römischen Recht, Marburg, 1959; Max Kaser/Rolf Knütel, Römisches Privatrecht, 19. überarbeitete und erweiterte Aufl., München, 2008; Ulrich Eisenried, Die bürgerlichrechtliche Anweisung und ihre Entstehung, Diss. Passau, 2010 を参照する。

（88）前掲注（62）参照。

（89）Ulp. (27 ad ed.) D. 46, 2, 11, 1. Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem.
「しかしながら、指図は或は問答契約或は争点決定を通じて為される。」訳は、江南・前掲注（59）六四二頁。

（90）Endemann, a. a. O. (Fn.15) S.7.

（91）フランス法における指図（デレガシオン）では、現在もこのような考え方が一般的であるように見受けられる。拙稿・前掲注（28）二三頁以下も参照。

（92）前掲注（56）参照。

（93）前掲注（79）参照。

（94）Cf. Paul. (5 ad sab.) D. 18, 1, 15, 2.

（95） Endemann, a. a. O.（Fn.15）S.7.
（96） Kaser/ Knütel, a. a. O.（Fn.87）§54, Rdnr.9, S.293.
（97） Endemann, a. a. O.（Fn.15）S.8.
（98） Kaser/ Knütel, a. a. O.（Fn.87）§54, Rdnr.13, S.294; Endemann, a. a. O.（Fn.15）S.8.
（99） Kaser/ Knütel, a. a. O.（Fn.87）§54, Rdnr.12, S.294.
（100） Endemann, a. a. O.（Fn.15）S.8f.
（101） 「譲渡（Abtretung, Zession）」も「債務引受（Schuldübernahme）」も、ローマ法では更改、すなわち能動指図と受動指図によっておこなわれる（Kaser/ Knütel, a. a. O.（Fn.87）§55, Rdnr.2 und 9, S.295f.）。それゆえ、ここでの「譲渡」や「引受」という語は、現今の制度よりも広い意味で用いられている（Eugène GAUDEMET, op. cit.,（note 27）, p. 50）。
（102） 以上から、「受動指図」と「能動指図」は、「債務者の交替による更改」と「債権者の交替による更改」に対応するようである。

フランス法では一般的に、前者は旧債務者の関与の有無にしたがい、更改が生じるデレガシオンと除約とに分けられ、後者はデレガシオンとは考えられていない（（Henri et Léon）MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS, Leçons de droit civil, obligations, théorie générale, 9e éd., t.2, 1998, n°s1218 et s., pp. 1246 et s.; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, 10e éd., 2009, n°s1422 et s., pp. 1400 et s.）。ただし、債務者の交替による更改と更改が生じるデレガシオンとを区別する見解もある（Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, Droit civil, les obligations, 3e éd., 2007, n°1374, p. 814）。

この点、わが国の旧民法では、債権者の交替による更改は、指図（嘱託）によるものと解されていた（拙稿・前掲注（34）二九九頁以下、とりわけ三一〇頁以下）。

（103） Witte, a. a. O.（Fn.82）S.342.
（104） Endemann, a. a. O.（Fn.15）S.9.
（105） 無因指図は、純粋指図（reine Delegation）と表記されることもある。なお、titulierte Delegation, reine Delegation に、「有因指図」、「無因指図」という訳語を宛てるものや（石坂音四郎『債權總論下巻』（有斐閣・一九一八）一六七八頁）、titulierte Delegation に「権原指図」の訳語を宛てるものもある（柴崎・前掲注（31）二一五頁）。

（106）本稿では取り扱っていないが、無因指図および指名指図という区別は、テール（a. a. O.（Fn.61）§131, S.483）、ザルピウス（a. a. O.（Fn.21）§14, S.75ff.）にみられる。

（107）Endemann, a. a. O.（Fn.15）S.11.

（108）フランス法の確実指図（délégation certaine）と不確実指図（délégation incertaine）という類型もこれと同様の区別であると考えられる（拙稿・前掲注（34）三一六頁以下）。

（109）Kaser/ Knütel, a. a. O.（Fn.87）§54, Rdnr.12ff., S.294; Endemann, a. a. O.（Fn.15）S.12.

（110）Endemann, a. a. O.（Fn.15）S.10.

（111）Endemann, a. a. O.（Fn.15）S.11.

（112）Endemann, a. a. O.（Fn.15）S.12f.

隅谷　史人（すみたに　ふみと）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
フェリス女学院大学国際交流学部国際交流学科非常勤講師
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程
所属学会　日本私法学会
専攻領域　商法、金融法
主要著作　「フランス法における指図（délégation）の歴史的展開」奥島孝康先生古稀記念論文集第二巻『フランス企業法の理論と動態』（成文堂、二〇一一年）
「フランス法およびドイツ法における指図の理論的接続――Art.1277 C.civ. の比較法的考察を中心に――」『法学雑誌タートンヌマン』第一三号（二〇一一年）
「ポアソナードの指図論――わが国における指図（délégation）の継受――」『法学政治学論究』第九二号（二〇一二年）