



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ローマ法学の方法について ーいわゆる procurator unius rei をめぐるローマ人の論争ー
Author(s)	芹沢, 悟; SERIZAWA, Satoru
Citation	北大法学論集, 33(3), 325-354
Issue Date	1982-12-27
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16407
Type	departmental bulletin paper
File Information	33(3)_p325-354.pdf



ローマ法学の方法について

——いかに Procurator unius rei をめぐるローマ人の論争——

芹 沢 悟

目 次

- 一 ローマ人による一つの論争 (Ulp. D. 3, 3, 1, 1)
- 二 最近の学説
- 三 procurator unius rei 関連法文
- 四 若干の検討
- 五 (ローマ) 法学の方法

一 ローマ人による一つの論争 (Ulp. D. 3, 3, 1, 1)

古代ローマには他人の財産や事務を管理する *procurator* (「委託事務管理人」などと訳される⁽¹⁾) なる者が存在していた。カーザーの概説書によれば、それは以下のような者である。

『プラウトゥス (前二〇〇年頃) 以来確認されるプロクラートル⁽³⁾とは、「本人の」信任を受けた者であつて、比較的古い時代には保護者が自身の諸事務を委ねた被解放者であることが多かった。共和政の比較的早いときから、富裕な人々は―指導的な公職者やのちにはとりわけ皇帝も―全部についてであれ物的場所的に限定された一部についてであれ、自分たちの財産の管理のために一人またはそれ以上のプロクラートルを利用した (*procuratorum rerum* 「すべての財産のプロクラートル」⁽⁴⁾)。プロクラートルは、保護者の権力が広範な人法上の支配を含んでいた限りにおいて、本人 *dominus* の間接代理人として行動する能力を当初は保護者の単なる命令によつて得ていた。しかしながら被解放者が自立化し、人々が生来自由人をもプロクラートルに任命するようになると、本人は債権法上―当初は事務管理

negotiorum gestio にもとづいて、のきには委任 *mandatum* にもとづいて―拘束されるようになった。……これと並んで、共和政の比較的早くから個別的任務のためのプロクラートルも任命された。それらの者のうち、訴訟のためのプロクラートル⁽⁵⁾が古典期に属することはいずれにせよ確かであるが、おそらくその他の諸事例もすでに古典期のものであろう (いわゆる *procuratoris rei* 「一個の事務のためのプロクラートル」⁽⁶⁾)。』

右の記述でカーザーが最後に触れているいわゆる *procuratoris rei* については、古典期の法学者の間にこれをめぐる論争があつたとされる⁽⁷⁾。これを伝える史料はデュゲスタの次の一文である。

Ulp. D. 3, 3, 1, 1 (9. ad edictum) *Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus vel coram vel per nuntium vel per epistulam : quamvis quidam, ut Pomponius libro vicensimo quarto scribit, non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse : sicuti ne is quidem, qui rem perferendam vel epistulam vel nuntium perferendum suscepit, proprie procurator appellatur. sed verius est eum quoque procuratorem esse qui ad unam rem datus sit.* 「(8)プロクラートルはすべての

事務または一個の事務につき「本人の」前においてまたは使者もしくは書面によってこれを指定しうる。ただしポムポニウス⁽⁹⁾ (Pomp.)の書第二十四巻に見えるように、何人かの者は一個の事務のみの委任を引き受ける者はプロクラートルではないと考へ、例えばある物または書簡の送達または使命の伝達を引き受けた者は厳密な意味でのプロクラートルではないとした。しかしながら一個の事務について指定されるプロクラートルもあるとするのがより適当な「見解」である。⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾

本文文は *proc. uni. r.* の基本本文とされるものであるが、筆者は、(i)そこでの論争はそもそもいかなる背景を持つものであったのか、(ii)さらにそのような論争はローマ法学ひいては今日の法学にとっていかなる意味を有しうるのか、を考へてみることにした。そこで以下では、まず(i)の点に多少とも言及している比較的最近の学説を簡単に紹介し⁽¹²⁾、次に本文文以外の *proc. uni. r.* 関連法文を紹介して⁽¹³⁾、これらに若干の検討を加え⁽¹⁴⁾、最後に(ii)の点に簡単に触れてみることにする⁽¹⁵⁾。

二 最近の学説⁽¹³⁾

(1) ワトソン

諸法文の「修正」⁽¹⁴⁾を主張して *proc. uni. r.* の古典性(信憑性)を否定したアルベルタリオ⁽¹⁵⁾に対し、ワトソンは個々の法文の再検討を通じてこれに反論を加え、*proc. uni. r.* が古典期のものであると主張した⁽¹⁶⁾。彼によれば、*proc. uni. r.* はユリアヌス(Jul.)以前に認められていた *proc. ad lit.* からの類推によって成立したものであり、その時期はパウルス(Paul.)よりも前である⁽¹⁷⁾。そして *Ulp. D. 3. 3. 1. 1* における論争については、これを *proc. uni. r.* と本人の間の内部関係(事務管理か委任か)をめぐるものと解する可能性を示唆した。すなわち、論争を伝えるポムポニウス(Pomp.)の頃にはなお *procuratio* と「委任 *mandatum*」との融合は始まっていなかったことから、*proc.* と本人の間の訴訟に委任訴権 *actio mandati* を認めるべきか否かが争われたのかもしいれないとするのである⁽²⁰⁾。

(2) ベーレンツ

ベーレンツは、プロクラートルを専ら社会的実体として捉えたシュロスマン⁽²¹⁾に反対して⁽²²⁾、これを確固たる法制度として理解すべきことを主張する⁽²³⁾。彼はローマ法におけるプロクラートルには二つの法類型があったとし、*proc. uni. r.* もその一方の類型の中に

位置づけている。二つの類型とは (a) *proc. omnium rerum* (1) は「法律によるプロクラーートル」である) と (b) *Mandatsprokurator* (委任によるプロクラーートル) であるが、彼によれば、(a) は共和政後期以降種々の理由でローマを不在にする者のために法律によって導入された制度であつて、本人との訴訟は事務管理訴訟によつていた。(27) これに対し (b) は、共和政中頃までの経済発展により量的地理的に拡大した財産の管理のために、本人の委任によつて任命された者であつて、本人との訴訟は委任訴訟によつていた。この (b) は、当初認められていなかった事務処理権限を (a) からの類推によつて獲得したことで法形象 *Rechtsfigur* としての成立をみたといふ。(29)

ペーレンツによれば、*proc. uni. r.* は (b) の一種であるが、(b) の成立が (a) からの類推によつたという右の事情の結果、当初 (b) は一定の諸事務もしくは全部の事務 (*certa oder omnia negotia*) のためにしか任命されえなかつた。それゆゑ、*proc. uni. r.* すなわち一個の事務のプロクラーートルは、法学者の強い反対を受けざるをえなかつたのであり、これを伝えているのが *Ulp. D. 3. 3. 1. 1* であるとする。(31)(32)

(3) ザイラー

proc. omni. r. についてはワトソンと理解を同じくしながらも(33) ザイラーは *proc. uni. r.* について、それは単なる受任者が「プロクラーートル」の概念に含まれた結果として生じたものであるとする。彼によれば、*proc. omni. r.* や *proc. ad lit.* が一定の固有のメルクマールによつて特徴づけられるのに対し、受任者と区別しうる独立の機能を *proc. uni. r.* の中に見出すことはできない。(35) その理由は、*proc. uni. r.* とはプロクラーートルに関する告示を受任者にも適用しようとしたいくつかの事案の中からのちに形成された単なる総称に他ならないからである。(36) そして *Ulp. D. 3. 3. 1. 1* については、ポムポニウス (*Pomp.*) が告示の拡大適用をめぐる法学者の議論を伝え、これに対しウルピアヌス (*Ulp.*) はそのような議論を経たのち形成された *proc. uni. r.* と「使者」との区別を論じているものと理解する。(37)

(4) アンジェリーニ

アンジェリーニは、アルベルタリオとワトソンの見解(註16)の調和が可能であるとして *proc. uni. r.* の検討をすすめる。(38) 彼の

見解の特徴は、従来 *proc. uni. r.* に関するものとして一括して扱われてきた法文を、(i)「修正」された法文、(ii) *proc. uni. r.* ではなく *proc. ad lit.* に関する法文、(iii) 委任されたプロクラーートルについての法文、の三類型に再構成している点である。つまり彼によれば (ii) (iii) の法文は直接 *proc. uni. r.* を扱うものではなく、これを扱う *Ulp. D. 3. 3. 1. 1* は (i) の法文であって *proc. uni. r.* なるものはユースチニアヌス帝が創り出したものであるという。(40) として、*Ulp. D. 3. 3. 1. 1* は本来は *proc. ad lit.* に関するものであり、告示解釈に際してのさこの論争は、訴権消耗の効果との関連で、単なる「受任者」をもプロクラーートルと呼ぶべきか否かというものであったとする。(42)

三 *proc. uni. r.* 関連法文

次に諸学者によって *proc. uni. r.* 関連法文として引用される個々の法文を紹介する。法文①～⑨は、ワトソン（およびザイラー）が挙げているものである。(43)

- ① *Ulp. D. 3. 3. 1. 1* (本法文は(一)すでに紹介済み)
- ② *Ulp. D. 17. 1. 12. 7* (31. *ad edictum*) *Contrario iudicio*

experiantur qui mandatum susceperunt, ut puta qui rerum vel rei unius procuratorem susceperunt.「委任を引き受けた者は、反訴訟によって訴える。たとえは、諸事務のあるいは一個の事務の管理を引き受けた者である。」

ローネルによれば、*rei unius procuratio*「の」内容は「保証」であり、本法文では保証人の側からする求償のための訴訟が扱われているという。(44) アンジェリーニは、本法文が *proc. ad lit.* に関するものであるとする。(45)

③ *Ulp. D. 21. 1. 25. 3* (1. *ad edictum aedilium curulium*)
Procuratoris fit mentio in hac actione: sed Neratius procuratorem hic eum accipiendum ait, non quemlibet, sed cui universa negotia aut id ipsum, propter quod deterius factum sit, mandatum est.「この訴権においてプロクラーートルへの言及がなされていた。しかしネラチウス(Ner.)は、ここで「い」プロクラーートルとは、誰でもよいのではなく、全部の事務を委任された者あるいは「奴隷の状態の」悪化を招いたようなことを委任された者と理解されるべきであるという。」
 本法文中の「この訴権」とは、売主の瑕疵担保責任追及のために買主に与えられる「解除訴権 *actio redhibitoria*」のことであり、

これを規定する高等按察官告示は以下のように伝えられている。

Ulp. D. 21, 1, 1, 1 (1. ad edictum aedilium curulium)
 Aiunt aediles : Qui mancipia vendunt certos faciunt em-
 ptores, quid morbi viiive cuique sit : quis fugitivus errove
 sit noxae solutus non sit : si quid autem post vendi-
 tionem traditionemque deterius emptoris opera familiae
 procuratorisve eius factum erit : ut ea omnia restituat.

「按察官は言う：奴隷どもを売る者は、そのまじぎのこれに、か
 なる病気または欠陥があるのか、どれが逃亡者または浮浪者で
 あるのか、または加書の賠償が未済であるのかを買主に知らせ
 るべきである。……しかし、もし売却および引渡の後に買主
 「あるいは」買主の家族もしくはプロクラーートルの行為によっ
 て「奴隷の状態が」悪化したときは……「買主は」これらすべ
 てを原状に復すべきである。」⁽⁴⁷⁾

法文③の内容が右に伝えられる告示に含まれる “procurator”
 の解釈であることは、広く認められている。ザイラーは本法文を
 もって自説の主要な根拠とするが⁽⁴⁸⁾、そのような理解はすでにミッ
 タイスによっても示唆されていた。⁽⁴⁹⁾ ワトソンも、本法文はネラチ
 ウス (Ner.) がプロクラーートルの概念を例外的に拡大したことを

伝えているとする⁽⁵⁰⁾。ヘーレンツは non quemlibet⁽⁵¹⁾ 以下を修正され
 たものとし(彼は、奴隷を傷つけ、これに書を与えるようなことを
 委任するというのは実際的ではないという)、ネラチウス (Ner.)
 が本来はペーレンツのいう(β)型のプロクラーートルを扱っていたと
 考える。⁽⁵²⁾ フンジエリーニはこれを委任を受けたプロクラーートルに
 関する法文として理解してゐる。⁽⁵³⁾

④ Ulp. D. 46, 3, 12pr. (30. ad sabinum) Vero procuratori
 recte solvitur. verum autem accipere debemus eum, cui
 mandatum est vel specialiter vel cui omnium negotiorum
 administratio mandata est. 「真正なプロクラーートル⁽⁵⁴⁾に対して
 は正当に弁済がなされる。ところで我々は、特別に委任された
 者あるいは全部の事務の管理を委任された者をプロクラーートル
 として理解すべきである。」

債権者本人以外で弁済を受領する権限を持つ者として、債権者
 から受領のために授權された者、とりわけプロクラーートルが挙げ
 られる。⁽⁵⁶⁾ 本法文でなされているのは、そのプロクラーートルの概念
 の解釈である。⁽⁵⁷⁾

⑤ Ulp. D. 46, 7, 3, 2 (77. ad edictum) Procuratorem eum
 accipere debemus, cui mandatum est, sive huius rei tantum

mandatum susceperit sive etiam universorum bonorum. sed et si ratum fuerit habitum, procurator videtur.「単にそのことの委任を受けたのであれ全部の財産についての委任を受けたのであれ、我々は、委任を受けた者をプロクラートルとして理解すべきである。しかし、もし承認された場合にも、プロクラートルとされる。」

直前の法文 (D. 46, 7, 3, 1 Stipulationem iudicatum solvi et procurator et tutor et curator stipulari possunt.「プロクラートルも後見人も保佐人も判決債務履行の間答契約を要約しう⁽⁶⁸⁾。」)を受けて、本法文も「プロクラートル」の解釈を行うものである。ペーレンツは③④におけると同様の理由から「修正」を主張する⁽⁶⁹⁾。アンジエリーニは本法文を proc. ad lit. に関するものとする⁽⁷⁰⁾。ザイラーは proc. ad lit. 関連法文としてもこれを引用している⁽⁷¹⁾。

⑥ Ulp. D. 47, 10, 17, 16 (57. ad edictum) Procuratorem autem accipere debemus non utique eum, cui specialiter mandata est procuratio actionis iniuriarum, verum sufficit eum esse, cui omnium rerum administratio mandata est.「ここで、我々は人格権侵害訴訟の遂行を特に委任された者のみをプロクラートルとして理解すべきなのではなくて、全財産の

管理が委任された者でも十分なのである。」

本法文は、以下の告示の中に含まれる „procurator“ の解釈を内容としている⁽⁷²⁾。

Ulp. D. 47, 10, 17, 10 Ait praetor : 'Si ei, qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicitur et neque is, cuius in potestate est, praesens erit neque procurator quisquam existat, qui eo nomine agat : causa cognita ipsi, qui iniuriam accepisse dicitur, iudicium dabo. 「法務官は言う：もし他人の権力下におかれることになる者に対して人格権侵害がなされたといわれ、その者を権力下におく者が不在で、その者の名義で訴訟を行うプロクラートルも全く登場しない場合には、事情を調査した上で、人格権侵害をうけたといわれる者自身に訴訟を与えよう。」

ペーレンツ、アンジエリーニの理解は法文⑥におけると同様である⁽⁷³⁾。

⑦ Paul. D. 12, 2, 17, 3 (18. ad edictum) Procurator quoque quod detulit ratum habendum est, scilicet si autem universorum bonorum administrationem sustinet aut si id ipsum nominatim mandatum sit aut si in rem suam pro-

curator sit: 「プロクラーートルが請求した〔宣誓〕⁽⁶⁴⁾も有効とされるべきである。たとえばもし彼が、全部の財産の管理を行う場合、あるいは明示して委任された場合、あるいは自身の問題のためのプロクラーートル (procurator in rem suam)⁽⁶⁵⁾である場合である。」

アンジュリーニは本法文も *Proc. ad lit.* 関連法文であるとし、⁽⁶⁶⁾ ミッタイスは法文①③⑤とともこの法文がプロクラーートルの概念の拡大を示しているとする。⁽⁶⁷⁾

⑧ Paul. D. 17, 2, 65, 7 (32. ad edictum) *Renuntiare societati etiam per alios possumus: et ideo dictum est procuratorem quoque posse renuntiare societati. sed utrum de eo dictum sit, cui omnium bonorum administratio concessa est, an de eo, cui hoc ipsum nominatum mandatum est, Videmus, an vero per utrumque recte renuntietur? quod est verius nisi si prohibuerit eum dominus specialiter renuntiare.* 「我々は他人を通じても組合を解散するべきかである。そしてそれゆえプロクラーートルも組合を解散しうるといわれた。しかし、すべての財産の管理を認められた者についていわれたのか、それともそのこと自体を明示して委任された者についていわれた

のか、それともまたいずれの者によっても正当に解散がなされるのか、を考えてみよう。本人がとくにその者による解散を禁じている場合を除き、最後の場合がより適切である。」

アンジュリーニは、「そのこと自体を明示して委任された者」といっても、委任によって新たに「*Proc. uni. r.*として」任命されるのではなく、すでに任命されていたプロクラーートルにつき特別の委任の要不要が論じられたのだとする。⁽⁶⁸⁾

⑨ *PS. 1, 3, 2 Procurator aut ad rem aut ad omne negotium aut ad partem negotii aut ad res administrandas datur.* 「プロクラーートルは、あるいは訴訟のために、あるいはすべての事務もしくは一部の事務のために、あるいは財産の管理のために指定される。⁽⁶⁹⁾」

⑩ *Affl. D. 47, 2, 62, 5 (8. quaestionum)....., et quidem hoc amplius quam in superioribus causis servandum, ut, etiamsi ignoraverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihil minus tamen damnum decidere cogatur iustissime enim procuratorem allegare non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset:.....* 「...。実際また、ここでは先の場合における以上に次のことが

考慮されるべきである。それは、ある特定の奴隷の購入を委任した者は、たとえ「その奴隷が」盗人であることを知らなくとも、損害の填補を強制されることである。なぜなら、プロクラーートルは、もし自分が委任を引き受けなかったならば損害を被ることはなかったであろうということを全く正当にも主張しうるからである。……」

ワトソンは、ある者が特定の奴隷の購入を委任されていることと、その者がプロクラーートルと呼ばれていることとを組合わせて、⁽⁷²⁾ proc. uni. r. の存在を推測してゐる。

⑩ Marcell. D. 36, 1, 46, 1(15. digestorum)……sed cum hereditarios nummos faeneravit aut ex fundis fructus percepit, nihil eo nomine praestat ei, cui hereditas per fideicommissum relicta est, si non intercessit mora, scilicet quia suo periculo faeneravit colendove fundo vel in cogendis fructibus insumpsit operam: nec aequum erat alterius, ut sic dixerim, procuratorem constitui.……「……。しかしながら「相続人が」相続財産中の金銭を利子付きで貸し、あるいは土地から果実を得たときは、もし遅滞が生じていなければ、相続財産を遺贈された者に対してそのことのために何らかのもの

を給付する「必要は」ない。つまりその理由は、「相続人が」自己の危険において利子つきで金を貸し、土地を耕し、果実の取次に労力を費したからである。「相続人が」他の者のプロクラーートルに任命される——私は言ってみることにするが——のは公平に反するのである。……」

カーザーは、冒頭で紹介した一節(註6該本文)の註で法文①③とともに、本法文を挙げてゐる。⁽⁷¹⁾

⑫ Pap. D. 14, 3, 19pr. (3. responsorum) In eum, qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit, utilis ad exemplum institoriae dabitur actio: quod aeque faciendum erit et si procurator solvendo sit, qui stipulanti pecuniam promisit.「消費貸借の金銭を受け取るためにプロクラーートルを任命した者を相手方として、支配人訴権に倣った準訴権が与えられるべきである。要約者に対して金銭を諾約したプロクラーートルが支払能力ある場合であっても同様のことがなされるべきである。」

吉野教授は「特別な個別的行為へのプロクラーートル」の任命の一例としてこの法文を挙げる。⁽⁷²⁾ Ulp. D. 3, 3, 1, 1と明示的に関連させられてはいないが、おそらくは本法文を proc. uni. r. の一

例と解されるものと思われ⁽⁷³⁾る。

⑬ C. 2. 12. 10 (227 a. d.) Si procurator ad unam speciem constitutus officium mandati egressus est, id quod gessit nullum domino praeiudicium facere potuit. quod si plenam potestatem agendi habuit, rem iudicatam rescindi non oportet, cum, si quid fraude vel dolo egit, convenire eum more iudiciorum non prohiberis. 「もし一個の事件のために任命されたプロクラートルが委任事務〔の範圍〕を逸脱したときは、彼の行為は本人に何らの不利益も及ぼしえない。しかしもし彼が行為の完全な権限を有していたときは、判決は取り消されえない。というのは、もし誰かが「君を」欺いて悪意で行うときには、君は彼を通常の訴訟によって訴えることを妨げられないからである。」

本文を挙げるのは、⁽⁷⁴⁾ミッシェルである。

四 若干の検討

以上 Ulp. D. 3. 3. 1. 1 および proc. uni. r. について比較的最近のいくつかの学説と⁽⁷⁵⁾ proc. uni. r. 関連法文として挙げら

れる諸法文とを紹介してきた。本章でこれらに簡単な整理を加えておきたい。

法文①～⑩についてアルベルタリオが主張した「修正」の存在は、ワトソンによるローマの法学者別著作別の吟味(註16)や、procuratioと委任との関連についての考察(註20)の結果、今日ではもはや承認されていないといえよう。しかしながら、これらの法文の古典性(信憑性)が認められても、そこから直ちに明確な proc. uni. r. 像が浮かび上がってくるわけではない。というのは、(三)で挙げた諸法文は、(i)とくに告示中の "procurator" の解釈に関するもの(①(後述本文参照)、③、⑥)、(ii)プロクラートルの概念を問題としているもの(②(ただし註45対応本文)、④、⑧、⑨)、(iii) proc. ad lit. との区別が困難なもの(⑤、⑦、⑬)、(iv)実質的に一個の事務のために任命されたプロクラートルを扱っているもの(⑫)、(v) proc. uni. r. の存在を暗示するにとどまるもの(⑩、⑪)などに分類しうるほどに種々の内容を含んでいるからである。それゆえ「proc. ad lit. と並ぶ」統一的な proc. uni. r. 像を想定してこれとの関連から①における論争の意味を理解することの示唆(ワトソン)は、有益なものとは思われない。ペーレンツは、①における論争の意味を彼の考える二個のプロ

クラーートル類型の成立事情から理解しようとするのであるが、彼の理解の前提たる二個のプロクラーートル類型は他の学者の積極的承認を得ていないため、直ちにこれに賛成するわけにはいかない。

ザイラーは、*proc. uni. r.*なる概念の形成過程を法文③を例としてわかりやすく説明しているように思われる。しかし彼が自ら引用しているその他の法文(②、④、⑨)をどのように理解するのかは明らかにされていない。また①の論争の意味についても、ポムポニウス(Pomp.)は、まさに訴訟代理の告示の解釈における争いを伝えているのか、それともその他の告示の解釈における争いに言及しているだけなのか、いずれに解するのが必ずしも明らかではないように思われる(註37対応本文)。

アンジェリーニの理解は、法文①での論争を端的に *proc. ad lit.* に関するものと捉える点で他の見解にはみられない明確さを有しているといえよう。ただし、訴権消耗の効果をめぐって、「委任されたプロクラーートル」とプロクラーートルではない(単なる)「受任者」とが問題にされたとする際に(註42対応本文)、具体的に両者がどのように区別されるのが筆者には理解しえなかった。

前述のように *proc. uni. r.* 関連法文とされる諸法文から明確な *proc. uni. r.* 像を描きえない以上、法文①における論争について

もザイラーあるいはアンジェリーニのように法文①それ自体に即して理解することが適當であろう。⁽⁷⁸⁾ 両説のうちいずれがより適切であるのかは現在の筆者には判断できないが、ここで注目すべきことは両説ともこの論争を告示中のプロクラーートル概念の解釈をめぐるものとして理解していることである。

仮に論争の背景を右のように理解しようとするならば、それはローマ法学の方法(ひいては今日の法学の方法)にとつていかなる意味を有しうるのか。最後にこの点を筆者なりに考えてみたい。

五 (ローマ) 法学の方法

ローマ法学の方法を論じた基本的文献としてまず挙げられるのは、カーザーの『ローマ人の法発見の方法について』⁽⁸⁰⁾である。カーザーはフィヴエック、エッサラーの指摘をふまえてつ(*S. 50*) 古代ローマ法について概ね以下の趣旨のことを述べている。(i) 古代ローマにおける法発見は、帰納的経験的方法としてのいわばトピク的な「思考」方法⁽⁸³⁾によつていた(*S. 53*)。そのような方法の結果、法命題にもとづく法発見がなされる場合でもその法命題が無限定の通用力を持つというとはなく(*S. 66*)、今日の確固とした

法体系にはみられないような柔軟性を、法概念・法命題それ自体が有していた(S. 63f. 66)⁽⁸⁷⁾。しかしながら、いかに柔軟なものであったにせよ、それらは法学者たちによって慎重に相互に調整されたため(S. 66)、(ii)右のような法概念・法命題から導き出される法形象 Rechtsfigur は(フイヴエックのいう)⁽⁸⁸⁾トポイカタログをはるかに超えて全体としていっそう完全な法的装置を構成し(S. 73)、ローマ法は「内的体系 inneres System」⁽⁹⁰⁾を欠きながらも「内的体系性 innere Systematik」⁽⁹¹⁾(=諸概念・諸命題の間に矛盾欠陥がないこと)をすでに大体は実現していたのである(S. 66)。そして(i) (=法概念・法命題の柔軟性) にもかかわらず(ii) (=内的体系性の獲得) を可能にした調整作業の具体的局面が法学者の論争 (ius controversum)⁽⁹²⁾なのである(S. 66, 74f.)⁽⁹³⁾。

筆者は、前章までにみた Ulp. D. 3, 1, 1 における論争も、カーザーの右の脈絡における ius controversum の一例としての意義を持ちうるものと考ええる。というのは、訴訟代理に関する告示(註4142)の解釈に際して、法学者の論争が、プロクラーートル概念に一定の柔軟性をもたらす適切な類推(ここでは具体的内容は、プロクラーートル概念を「受任者」⁽⁹⁴⁾にまで拡大すること)を可能にし、そのような形で「調整」作業の中で「受任者」と「プ

ロクラーートル」概念の間の内的体系性が獲得されていたと考えられるからである。⁽⁹⁷⁾

では翻って、右のようなローマ法学の方法は今日の法学にとつてどのような意味を持ちうるのだろうか。カーザーは右の論文において、トピク的な(思考)方法の特徴とする点に古代ローマ法と英米法との共通性を認める一方、公理的(思考)方法の特徴とする大陸法も右の英米法と明白に区別される純粋な理念型としては現実存在していないこと、つまり大陸法と英米法の接近という現象も認めている(S. 50—51)。大陸法系の諸国における「開かれた体系」の主張も、右の現象の法学方法論上の認識として理解することができ、今日主張される「開かれた体系」の要点は、カーザーがまさに前述の「調整」作業を念頭に置いてローマ法を「開かれた体系」と呼んだ(S. 66)ように、諸概念・諸命題を「常にくりかえし問題にしうるもの」(S. 66)として扱いつつしかもそれらの間の内的連関を確保していくことであると筆者には思われる。そして、そのための作業を実に無数の論争を通して行った—本稿はその一例について具体的理解を試みたものである—のがローマ法学であったといえる(S. 66, 74)。したがって、その意味で、ローマ法学は今日の法学にとつても古典としての意義を有するも

のといえよう。

(1) 他にも「管理人」「執事」「訴訟代理人」(柴田光蔵『ローマ法ラテン語用語辞典』(一九七六年)一二二—一二三頁)等の訳語があてられる。委託の有無や事務の内容などの判断が困難な場合が多いことを考えて、本稿では単に「プロクラーートル」と表記するか(ラテン語の長短に従えば「プロクラーートル」となる)、そのまま原語を *proc.* と略して用いることにする。

(2) M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1. Abschn., 2. Aufl.; 1971 [以下 RPR I と略記], S. 265-266. 訳出した部分の圧縮した記述として Kaser, *Römisches Privatrecht*, Ein Studienbuch, 10. Aufl., 1977, S. 185-186 (柴田訳(註14)三六五—三六六頁)、原田慶吉『ローマ法』(改訂版、一九五五年)にはプロクラーートルについてのまとまった記述はみられず、船田享二『ローマ法』第三卷(一九七〇年)二二五頁は後に触れる *proc. omnium rerum* と *proc. unius rei* との区別がユスチニアヌス帝法でなされたとするが、それ以上の立ち入った説明はなされていない。いずれの著書においても、委任 *mandatum* や事務管理 *negotiorum gestio* などの法制度に沿って記述が進められているからであらう。これに対し、吉野教授は「支配人 *institor*」との対照を念頭に置かれた上で *proc.* について詳細な概観を与えている(川島武宜編『法社会学講座9—歴史・文化と法—』(一九七三年)第二章第四節「古代ロー

マ」(吉野悟執筆)一五九—一六五頁、とくに一五九—一六一頁)。本稿では、後にカーザーのその他の著作との対比を行う便宜上、カーザー自身の記述を利用することにした。

(3) 以下で説明されるのは私法上問題になるプロクラーートルであるが、帝政期にはいとと皇帝の公職者の肩書としてもプロクラーートルという言葉が用いられるようになる。それは騎士階層出身の上級官吏であって、皇帝の財務管理がとくにその権限に属し、またとくに属州では長官の代理、税の徴収、一定の裁判権の行使などの公的な職務を営んだとされる(Heumann-Seckel「略号について」Kaser, RPR I, XIX-XXX 参照。以下特に断わらないう限りカーザーの略号表による) *sv. procurator*, c)。皇帝の官吏としてのプロクラーートルについては、やはり E・マイヤー(鈴木一州訳)『ローマ人の国家と国家思想』(一九七八年)三一五、三一八、三二五、三四二頁および三八八頁以下、船田享二『ローマ法』第一卷(一九六八年)二六八—二八七頁参照。

(4) 法源上常に *procurator omnium rerum* [以下 *proc. omnia* と略記] として現われるわけではなく、*proc. rerum suarum* (Paul. D. 12, 6, 6pr.)、*proc. totorum bonorum* (Mod. D. 3, 3, 63)、“*proc. omnium bonorum*(Gai. D. 20, 6, 7, 1; Paul. D. 46, 2, 20, 1)”等の表現もみられる(H. H. Seiler, *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht*, 1968 [以下 *Neg. gest. と略記*], S. 105, Anm. 6)。単に

„procurator“ としか書かれていない場合も多く、その場合にそれが「すべての財産のための proc.」なのか「訴訟のための proc.」(註9 参照)なのか「一個の事務のための proc.」(註9 参照)なのか明らかなことが多く(後述(三)(四)参照)。(5)にわゆる „procurator ad litem“ のことであるが、この表現は古代ローマ法源上のものではな(Kaser, RPR I, S. 266, Anm. 48)。本稿では、いわゆる「訴訟のためのプロクurator」の意味でこれを proc. ad lit. と略記する。

(9) „procurator unius rei“ という表現も古代ローマ法源上のものではない。本稿では、いわゆる「一個の事務のためのプロクurator」の意味でこれを proc. uni. r. と略記する。

(7) Kaser, RPR I, S. 266, Anm. 49 及び Kaser, Stellvertretung und „notwendige Engeldlichkeit“, SZ 91 (1974) S. 187, Anm. 148; S. 191. なお、古代ローマ法史上の時代区分としての「古典期」については、原田前掲書(註9) 一八頁参照。及び F. Wieacker, Über das Klassische in der römischen Jurisprudenz, Vom römischen Recht (1960) S. 161 ff. 参照。

(8) ディゲスタ Digesta およびディゲスタからの法文の引用のしかたについては、久保正幡先生遺稿記念『西洋法制史料選1(古代)』(一九八一年)「ローマ法大全」(林信夫執筆)二五三—二六〇頁参照。

(9) ローマの法学者の人名の読み方は、船田前掲書(註9) 田

中周友「ローマ法学」(『法哲学講座』第二卷(一九五六年)八一—一三頁)にならう。また以下では、現代のローマ法研究者と古代ローマにおける法学者とを区別するため、古代ローマの法学者についてはカタカナ書きのあとにラテン語の略号をいれる(たとえば「ウルビヌマス(Ulp.)」などとする)。

(10) 訳文は、春木一郎『ユースターニアヌス帝学説彙纂プロータ』(一九三八年)三一—五頁に大部分よった(ただし現代表記に改めた)。本法文の翻訳は、船田前掲書(註9) 二二—五頁註二にもある。

(11) 本法文の前後の法文を紹介しておく。

Ulp. D. 3, 3, 1pr. Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat. 「プロクuratorとは本人の委任によつてその事務を管理する者である。」D. 3, 3, 1, 2 Usus autem procuratoris perquam necessarius est, ut qui rebus suis ipsi supresse vel nolunt vel non possunt, per alios possint vel agere vel conveniri. 「(プロクuratorの)事務を自己処理することを望まずもしくはこれを処理するなどのできない者が、他人を通じて訴えまたは訴えられうるためには、プロクuratorを用いることが、絶対に必要である。」D. 3, 3, 1, 3 Dari autem procurator et absens potest. 「(プロクurator)は不在者であってもプロクuratorに指定されうる。」(春木前掲書(註10)を参照した)

(12) たとえば、A. Watson, Contract of Mandate in Roman

Law, 1961 [以下 Mand. の略記], p. 51.

(12) *proc. uni. r.* を単独に扱った E. Albertario, *Procurator unius rei* (1921) (= *Studi di diritto romano* III (1936) p. 497 sq.) — *et cetera* S. Solazzi, II ≪ *procurator ad litem* ≫ e la *quella al mandato* (1937) (= *Scritti di diritto romano* III (1960) p. 601 sq.), V. Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano*, 1949 など (その他の文献については Seiler, *Neg. gest.* S. 112, Anm. 41 参照) — は、未見のため直接には紹介しえなかつた。

(14) これについては、船田前掲書第一巻 (註 3) 四六二—四六八頁、五三四頁、五五七頁、原田前掲書 (註 2) 三一一—三二二頁、カーザー (柴田光蔵訳) 『ローマ私法概説』 (一九七九年) 一三三頁 参照。

(15) アルベルタリオの論文 (註 2) についてはラーベルによる簡単な紹介がある (E. Rabel, *Übersicht über die italienische Literatur 1915 bis 1922*, SZ 46 (1926), S. 472-474)°。ラーベルは「アルベルタリオが「修正」を主張して古典期におけるプロクラートルの確固とした概念を推量することに反対し、プロクラートルは「日常」生活のレベルの概念であったとする (S. 473)°。またラーベルは「Ulp. D. 3. 3. 1. 1 で争われた問題は全く正しく伝えられており、そこでは、ある者が一個の事務を引き受けたがゆえに—にもかかわらず、ではなく—プロクラートルとみなされるのが問題になった」と述べているが (S. 473

—474)°、筆者には傍点部分 (傍点筆者) の真意が理解できなかつた。なお註 37 参照。

(16) ワトソンは「アルベルタリオの主張 (i) プロクラートルは社会的現象であつて通常は自分の主人の家に従属した被解放者であり、このことは彼が広範な職務を担当したことを推測させ [proc. uni. r. の概念はこれと調和しない]」、(ii) キケロからパウルス (Paul.) の時まで「プロクラートルは受任者から明確に区別されていた (のであるから委任による proc. uni. r. は認められない) に対し、(i) 権限の限定されたプロクラートルが古典期に存在した可能性は否定されておらず、(ii) 委任と procuratio の交錯という「歴史的発展」 (註 20 参照) も古典期にすでに始まっているとする (Mand. p. 52)°。さらにワトソンは「アルベルタリオに反対する理由として、(a) 彼が「修正」の文法的説明をしていないこと (p. 52)、(b) ウルピアヌス (Ulp.)、パウルス (Paul.)、アフリカヌス (Afr.) の法文のみ (註 19 参照) が「修正」されたとするのは奇妙であり、このような奇妙な事態が生じたのはエヌチニアヌス法典編纂委員のうちのほんの一人二人の者のみによる編纂作業の結果であると考えられること、(c) 法文が法学者の数種の著作から引用されていることから不可能であること (p. 56)° を挙げている。(a) のようなワトソンの推論方法は、「ミッシェル (J.-H. Michel, *Quelques observations sur l'évolution du procurator en droit romain*, *Études Macqueron*, 1970, p. 524-527) によって支持されてゐる。

(17) p.56-59. ワトソンは *proc. ad lit.* にいろいろも、ディゲスタの中でプロクラーートルが扱われている章の位置からその古典性を認める (D. 3, 3 のタイトル (*De procuratoribus et defensoribus*) がユリアヌス (Jul.) の永久告示録中の *De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus* に由来するとのローネルの見解をもとに、ワトソンは、ディゲスタや永久告示録の中では *proc.* に関する諸章が訴訟代理の文脈の中で一括されていることからすでに古典期に *proc. ad lit.* が承認されていたとするのである。なお永久告示録については吉原達也『永久告示録 *Edictum Perpetuum*』の再構成について (法学論叢 104 巻二、六号、一〇六巻一号)、谷口貴都「永久告示録」(西洋法制史料選 (註 8) 参照)。しかし個々の法文における「修正」の有無の確定は困難であるとし、その理由として (i) 古典期に *proc. ad lit.* と同様の機能を果たしていた *cognitor* (代訟人) がユスタニアヌス帝のときには消滅しており、その結果、当初の *cognitor* の言及が *procurator* へと「修正」されたのは疑いないこと (ii) ディゲスタ中で当初から *procurator* を扱っていたと思われる法文も、「たまたま」弁護人として行っていた *proc. om. r.* に言及していたにすぎない可能性があること、を挙げている。なおその後の著書 (Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, 1965 [以下 *Obl.* 文略記], p. 198-201) においてワトソンは、共和政期に *proc. ad lit.* が存在したことを否定するメッケの見解 (Mecke, *Die Entwicklung des*

procurator ad liem“ SD 28 (1962) p. 105-106. メッケは「キテロで言及される *proc.* がすべて広範な事務を行う者 (*Generalproc.*) であるとし、ガイウス (Gai.) より少し前の一二世紀初めころになつて *proc. ad lit.* が成立したとする) は疑わしいとして、キテロの史料 (*pro Quinctio* 5, 20—21; 6, 27, *Brutus* 4, 17; 5, 18) からその当時すでに *proc. ad lit.* が存在しえたかと推測している。

(18) Mand. p. 60. 「おそろへは、*proc. ad lit.* からの類推である」とする理由は、ワトソンの考えによればその成立の時期が *proc. uni. r.* (パウルス (Paul.) 以前) よりも *proc. ad lit.* (ユリアヌス (Jul.) 以前) のほうが早いからであろう。ちなみにカーザーは、ワトソンの本書に対する書評の中で *proc. uni. r.* を *proc. om. r.* と *proc. ad lit.* との中間類型として理解している (TR 30 (1962) p. 265)。

(19) Mand. p. 60. ワトソンが *proc. uni. r.* 関連法文として挙げるもの (個々の法文については後述 (三) 参照) はウルピヤヌス (Ulp.) のものが六個、パウルス (Paul.) のものが三個、フリカヌス (Afr.) のものが一個であり、パウルス法文が複数でていることから「パウルス以前に」という説明がなされたものと思われる。共和政期に *proc. uni. r.* が存在したかどうかに関する証拠はなすとす (Obl. p. 198)。

(20) Obl. p. 198. プロクラーートルと本人の間の法律関係が事務管理 *negotiorum gestio* として把握されたか委任 *mandatum*

として把握されたかは、以前から学者の関心を引いている問題である (cf. Kaser, SZ 91 (1974) S. 187)。マツケンが、この問題でいっている彼以前の学説 (i) *procuratio* と *mandatum* とは古典期を通じて全く別個の制度であり、両者の関連がみられる法文は「修正」を受けたものである (Prese, Donatui, Albertario, Serrao)、(ii) プロクラーートルに対する訴権は古典期を通じて委任訴権 *actio mandati* である (Solazzi)、(iii) 古典期においてはプロクラーートルに対して事務管理訴権 *actio negotiorum gestorum*、委任訴権がともに用いられていた (Arringio-Ruiz) が、いずれも *mandatum* をより *procuratio* の両制度の「歴史的発展」を考慮していらないとして (Mand. p. 36-37) ディゲスタの法文を再検討し、両制度の融合には以下のような「歴史的発展」があることを主張した。すなわち、古典期の初めの頃までは両制度は区別されていた (ケルヌス (Cels.) は *proc.* に委任訴権ではなく事務管理訴権を与える (D. 17, 1, 50 pr.) が、早い時 (ユリアヌス (Jul.) が *procuratio* に類似した広範な委任が与えられるようになった (Jul. D. 3, 3, 47; D. 46, 8, 22, 3)、アンリカヌス (Afr.) は *proc. omni. r.* にのみ事務管理訴権と委任訴権の選択を認めるに至った (D. 15, 3, 17 pr.; D. 21, 1, 51, 1))。その後次第に委任訴権が認められるようになり、パピニアヌス (Pap.) やウルピヤヌス (Ulp.) においては専ら委任訴権が用いられている (p. 37-51, 60)。

ところでポムポニウス (Pomp.) 自身 (ケルヌスやユリアヌ

スとはほぼ同時代) が *proc. nalis* *proc.* の相手方に対し事務管理訴権しか与えていなかった (p. 39, D. 27, 3, 3; D. 34, 3, 8, 6, カシー (TR 30 (1962) S. 264; RPR I, S. 587, Anm. 10; SZ 91 (1974) S. 187, Anm. 150) やサートナー (Neg. gest. S. 108) がこれを支持する。これに対しフンジヨリーニ (註 8) はプロクラーートルがすでに早くから委任の要件を満たしていたとするが、異論もあるとされる (Kaser, SZ 91, S. 188 u. Anm. 152) ため、この点からマツケンが、やはり *mandatum* と *procuratio* との融合が始まる直前のポムポニウス (Pomp.) の頃より *proc. uni. r.* にいっても委任訴権の成否が問題となり、Ulp. D. 3, 3, 1, 1 からポムポニウスの見解を直接導き出すことはできないがおそらく彼もこれに否定的であったらうとも推測するのである (p. 52)。

(21) S. Schlossmann, Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischen und heutigen Recht, 1881, S. 89, 104, 106.

(22) O. Behrends, Die Prokurator des klassischen römischen Zivilrecht [以下 Prokurator と略記], SZ 88 (1971) S. 216.

(23) ショロステンによる *proc.* の社会的解釈の影響により、ローマ私法が法形象 *Rechtsfigur* としてのプロクラーートルの事務処理権限をいかにして認めたのかといった問題設定は、今日なおなされていない (ibid. S. 219)。「しかし」ローマ私法のよ

うな法体系はとくに思考上の完結性と形式的統一性を特色としているがゆえに、右の問題に対しても厳格な答えを与えるに

違いない(S. 218)。このように述べてスレーレンツは、二つのプロクラートル類型の関連の発展史的解明(S. 216)を試みている。(24)領土拡大に伴う商業の発展やローマ市外で公務に携わる者の増加などが挙げられている(S. 229-231, S. 233 u. Ann. 74)。(25)その法律がいかなる名称のものかは触れられていない。プロクラートルが法律によって導入されたことを示唆する見解はすでに存する(S. 226, Ann. 48. 56-57, Düll [註37] S. 172)が、いかなる法律かを決定する試みはこれまでなされていなく(Watson, Obl. p. 195, n. 8)と警告される。

proc. omn. r. が法律によって導入されたものとあることについて、スレーレンツが挙げる(直接的)史料は、キケロ『カエキーナ弁護論』の一節(20, 57)である(S. 228)。

……non alia ratio iuris in hoc genere duntaxat, utrum me tuus procurator dececerit, is qui legitime procurator dicitur omnium rerum eius qui in Italia non sit assive re publicae causa, quasi quidam paene dominus hoc est, alieni iuris vicarius, an tuus colonus aut cliens aut liberus aut quisvis qui illam vim deiectionemque tuo rogatu aut tuo nomine fecerit. 「……ふたつにふたつの種の事柄において、公務でイタリアにおらずあるいは不在である者の全財産のプロクラートルと法律で呼ばれる者、つまりあたかもほとんど所有者ともいえるべき者で他人の権利の代理人たる者が私を追い出す場合と、君の小作人あるいは被護民あるいは被解放者ある

いはあなたの指図もしくはは名のもとであるような暴力および追出しを行った者がそれを行う場合とで、法の理念に差はないのである。」(柴田光蔵「ローマ法における特示命令訴訟の一考察——キケロ・Cicero の「カエキーナ弁護論 pro Caecina」をめぐる——」(法学論叢九四卷三・四号(一九七四年))一五〇—一五一頁参照。なお右の一節は、以下のような特示命令(推定)の解釈を問題としている部分である。Unde tu, Sexte Aebutii, aut familia tua aut procurator tuus Aulum Caecinae hominibus coactis armatisve vi deiecit, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas. 「セクストゥス・アエブティウスよ、君もしくは君の家の者(奴隷)もしくは君の委託事務管理人が、ノウルス・カエキーナを、集められもしくは「かく」の意味)武装した者によって暴力で追払ったところへ、この者がそのときそこにたもつていたすべてのものを回復するよう。」(柴田前掲一二〇頁))

「スレーレンツは右の一節中の „legitime“ を根拠で、proc. omn. r. の法律による導入を主張し、しかもそのよきな proc. omn. r. が古典期末のモダスチヌス (Mod.) のころまで存続したとみる(S. 235, Ann. 82)」。他方ワトソンはスレーレンツ同様 „legitime“ を「法律によって」の意味であるとしながらも(その理由につき Watson, Obl. p. 195. など、カーザーは「法的な意味で」と解する (TR 34 (1966) S. 418))、キケロは弁論の便宜のために「すでに拘束力を有していない古い法律を持ち出

したにすぎないと考えている (Obl. p. 195)。弁論全体の流れについては柴田前掲一三〇—一五一頁参照。

(26) ヌーレンツは、古典期後期にプロクラートルが従属的地位へと転落したことに伴い、ユ帝がこの *proc. omni. r.* を一般的受任者 (Generalmandatar) へと「修正」したとす (S. 274ff)。彼によれば「修正」の目的は、法定のプロクラートルとして当初から権限の限定されていた *proc. omni. r.* を一般的受任者へと「修正」することによって、古典期以来広範な権限を認められるようになった Mandatprocurator (B類型) の権限を「逆戻り」制限しようとした点にある (S. 274f)。ただし次註参照。

(27) S. 231 u. Anm. 65a. このことからニューレンツは、*proc. omni. r.* の „mandate“ との結びつきを示す法文はすべて「修正」されたものであるとした (Paul. D. 12, 6, 6pr.; Cel. D. 46, 3, 87 (S. 283, Anm. 276); Paul. D. 3, 3, 59 (S. 284, Anm. 276); Paul. D. 12, 6, 6, 1; Ulp. D. 21, 1, 25, 3 (S. 288, Anm. 304); Ulp. D. 47, 10, 17, 16 (S. 289, Anm. 306); Ulp. D. 2, 14, 12; D. 3, 3, 1pr.-1 (S. 291)。²⁷ 彼は、ローマの法学者たちの術語の厳密性・明晰性と、*proc. omni. r.* を扱う法文の „mandate“ の使用とは両立しない、²⁸ というのである (S. 283, Anm. 276)。
しかしカーザーはこの点を批判して次のように述べた。『比較的最近の研究は「右のニューレンツの主張とは」全く逆の結論を示している。つまり、ローマの法学者たちの術語は決して厳

密なものではなくて—現代の法律実証主義の見方とは対照的に—柔軟なものであった。それでもローマの法学者たちは、その時々々の意図された意味を正しく理解するのに十分な才能を有していた。彼らがまさに „mandate“ を多くの意味で一あるときは「委任する」として、²⁹ あるときは「(tribere のやうに) 授権する」として用いられたことを考えよ。』(Kaser, SZ 91 (註7) S. 190, Anm. 160)

ニューレンツは後にこの点に触れ、カーザーのいう「術語の柔軟性」という問題ではないとしながらも、個々の法文についての「修正」の主張を撤回した。しかし彼は、*proc. omni. r.* に対する „mandate“ は合意に基づく委任ではなく法律に基づく委任であるがゆえに、誠意訴訟としての委任訴訟は認められず、事務管理訴訟のみが認められるにすぎない、³⁰ とする (Behrends, Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht, SZ 95 (1978) S. 196, Anm. 18)。³¹ したがって、「修正」の主張を撤回してはならず、*proc. omni. r.* = 事務管理訴訟 (Mandatprocurator = 委任訴訟) という図式は維持していることになる。

(28) ヌーレンツによれば、これらの者は社会的地位は高いがしかし経済的には従属した地位にあり、「委任」契約によって Mandatprocurator として財産管理のために利用されたのである (S. 224)。³²

(29) 委任によるプロクラートルは、当初は単なる事務の執行者

にすぎず、事務処理権限も有していなかったもので、その意味ではシュロスマンのいうように「法形象 Rechtsfigur」としては捉えられていなかった (S. 226)。しかし体系的配慮にすぐれた法学者の行為 (proc. omni. r. の事務処理権限から類推して、「委任」に「(事務処理) 権限付与」の効果を与えたこと) によって帝政以前に「法形象として」成立したのである (S. 247)。

(30) S. 247. 同所では、いかなる史料によるのかが明示されてゐない。

(31) S. 247. なおメーレンツは、個別的授権という考え方がプロクラーートル像を不要なものにしてしまったとして、proc. uni. r. の承認に反対した保守的な者が Mandatsprokurator の起源と構造からみて正当であったという。つまり彼によれば、「proc. uni. r. が認められるようになった結果」法学者の思考は「プロクラーートル像を離れて」授権の有無と追認の有無しか問題にしなくなってしまったのである (S. 248 u. Anm. 132)。なお彼は「Ulp. D. 3. 3. 1. 1 が形の上では「修正」をなしてゐるとし (註 27)、「ウルピアヌス (Ulp.) の見解 (Sed verius ……) についても、使者のことをプロクラーートルと呼ぼうとしているようにみえることから「修正」であるとした (S. 232)」。さらに彼は、ウルピアヌスがポムポニウス (Pomp.) の著作からそこでの論争についてさらに何らかのことを知っていたとはせずだ」とも言う (S. 247, Anm. 131)。

(32) proc. ad lit. については以下のように述べてゐる。proc.

uni. r. の承認によってプロクラーートル像が不必要なものとなつていく中で (前註参照) 訴訟のための個別的授権の場合だけには、プロクラーートルに言及する告示を媒介として個別的委任とプロクラーートルとの術語上の結びつきが保たれた。proc. ad lit. の一種の特別な地位はこのことから説明されるのであつて、proc. ad lit. においてのみ個別的委任が認められたというようになつてから説明されるべきではない (S. 248)。

(33) Seiler, Neg. gest. S. 104-110.

(34) proc. ad lit. についてのザイラーの理解は、ワトソンとはほぼ同様である (S. 110, Anm. 31, 32; S. 111, Anm. 33)。ただし、ワトソンが共和政期における proc. ad lit. の存在を推測し、本人との訴訟は proc. omni. r. 同様事務管理訴訟によつたと考えるべきだとするのに対し、ザイラーは、proc. ad lit. に対する事務管理訴訟を認める史料はないとする (Seiler, S. 112, Anm. 40. ただし Mand. p. 60 ではワトソンも事務管理訴訟の成立に否定的である (註 17 参照))。

ザイラーによれば、proc. ad lit. という概念の形成は、後見人、保佐人以外で「他人の名義で訴訟を行う alieno nomine agere」事案を一個の総称のもとに包括するというメリットを持つ。しかしながら他方、「他人の名義で (Gai. 4. 82; 101)」訴訟を行う場合には委任による場合 (訴訟消耗の効力あり) とそうでない場合 (訴訟消耗の効力なし) とがあつた (Gai. 4. 84) ため、これらを区別しない proc. ad lit. の概念は生彩を欠く

あまり意味のないものであった (S. 111)。

- (35) サイラーは、ワトソンの挙げる法文をほぼそのまゝ挙げてくる (S. 112, Anm. 42)。これらのことは後述(三)参照。
- (36) S. 112。具体例として Ulp. D. 21, 1, 25, 3 を挙げるのみである。この法文については後述(三)③参照。なお、サイラー自身による引用はないが、同様の理解の可能性はすでにミッタイスによって示唆されていたといえよう。彼は次のように述べている。『個別的な授權を受けた者もまたプロクラーートルに含まれるとしよう。procurator 概念の拡張が次第に行われた。ネラチウス (Ner.) にかかると、この現象は、一部は、プロクラーートルに言及する規範の拡張解釈と関係している。』(L. Mitteis, Römische Privatrecht 1, 1908, S. 236)
- (37) S. 112; S. 113, Anm. 45。しかし、proc. uni. r. がサイラーの理解するような者 (実質は「受任者」) であるとするとするならば、ウルピウス (Ulp.) が「受任者」と「使者」との区別を問題にしたとは考えにくいように思われる。なお、サイラーが S. 113, Anm. 45 で参照させているラーベルは、単に「使者」と proc. uni. r. の区別が問題になったとしてゐるのではない。ある者たち (guidem) は使者がプロクラーートルと呼ばれないこと (sic uti) 以下) を当然の前提とし、そこから類推して「mandatum (契約上の委任ではなく職務の指図と「授權の」意思表示のこと) を受けた者」をプロクラーートルと呼ぶことを否定したのだ、とラーベルは理解するのである (Rabel (註15))

S. 474)。キルンは、ポムポニウス (Pomp.) が伝える論争が、サウリ「使者 nuntius」を proc. uni. r. の区別を問題にしたものである (R. Düll, Über Ansätze direkter Stellvertretung im Frührepublikanischen römischen Recht, SZ 69 (1950) S. 176)。本論文で扱われる告示 D. 19, 1, 14 註14 参照。

(38) P. Angelini, Il «procurator» 1971, [以下 Angelini と略記] p. 169。なお筆者が参照したのは p. 167-206 (主として proc. uni. r. の proc. ad lit. を扱った部分) のみであり、本書の全体的イメージを欠いてゐる。

(39) 彼の分類によれば、(甲)に属するものは Ulp. D. 17, 1, 12, 7 (後述法文②), Ulp. D. 46, 7, 3, 2 (法文⑨), Ulp. D. 47, 10, 17, 16 (法文⑩), Paul. D. 12, 2, 17, 3 (法文⑦) であり、(乙)に属するものは Ulp. D. 14, 3, 6 (アルメルタリオのみが挙げる法文のようである), Ulp. D. 21, 1, 25, 3 (法文⑥), Paul. D. 17, 2, 65, 7 (法文⑧), PS. 1, 3, 2 (法文⑤) である。

(40) p. 197-198。「委任を受けたプロクラーートル」をめぐって古典期に形成された原則を一般化し「プロクラーートル」を法概念として純化するためにユ帝が D. 3, 3, 1pr. (註11) を「修正」(プロクラーートルを「受任者」と定義 (註86 参照) したのをうけて、本論文では個別的受任者もプロクラーートルと呼ばれることを確認するために「修正」がなされたのだという。これに対しブルデーゼは「Ulp. D. 21, 1, 25, 3 (法文⑥)」、PS. 1, 3, 2

(法文⑨)などを根拠に *proc. ad lit.* 以外の *proc. uni. r.* の古典期における存在を主張してゐる (A. Burdese, *Sul 'procurator' (a proposito del volume di Piero Angelini)* SD 37(1971) p. 325)。

(41) ローネルは、本法文で扱われるのは「他人の名義で訴訟しうる者について」の告示であるとし、その告示では「卑族 *liberi*」「尊属 *parentes*」「兄弟 *fratres*」「姻族 *adfines*」「被解放者 *liberti*」(Ulp. D. 3. 3. 35 pr. 249)「夫 *vir*」(Ulp. D. 46. 7. 3. 3 249)その他「後見人 *tutor*」(Ulp. D. 46. 7. 3. 5 249)「プロクラーートル *procurator*」(本法文の他 Ulp. D. 3. 3. 1. 3; *Gai.* 4. 84; D. 3. 3. 46. 7; D. 3. 3. 48 249)が言及されてゐたこと (O. Lenel, *Das Edictum perpetuum*, 3. Aufl., 1927, S. 95-96)。⁹⁶ そして「法務官が「プロクラーートル」を定義を欠いたまま告示に掲げたことを考へることはよつてはじめて、本法文や *Gai.* 4. 84 における法学者の論争が理解せられると述べる (S. 96)。⁹⁷ これに対しローレンツは、確かに告示中で「プロクラーートル」が言及されてはいたが (Behrends, *Procurator*, S. 251, Anm. 143, 144, 145)、「その告示の主眼はプロクラーートルに新たに訴訟代理権限を認めることではなく (その権限はすでに法学者によつて認められていたとする)」「善き人の判断によつて *boni viri arbitratu*」との文言を含む一般条項によつて訴訟代理人に担保提供義務と防衛義務とを要求することであつたとする (S. 250)。⁹⁸

(42) p. 191-192. マンジュリーニの推論は以下のように組立てられてゐる。

キケロは *proc. ad lit.* が古典期の制度であつたことを確認する [p. 175-186. 彼によれば、(i) 奴隷による訴訟代理は認められず (ii) *cognitor* による訴訟代理では任命の際の方式性が問題になるといった困難を回避するために、法務官が告示において *proc.* を規定した (p. 176)。⁹⁹ *proc. omn. r.* も訴訟代理をなしたが、後の学説はこれと區別して右のような訴訟代理のためのプロクラーートルを *proc. ad lit.* と呼んだ (p. 176-177)。¹⁰⁰ このような *proc. ad lit.* が承認された時期については争いがあるが (キケロの頃にすでに存在した (ワトソン) のか、存在しなかつた (メッケ) のか)、彼自身は、キケロの頃には知られずその後形成された制度であるとする (p. 182-186)。¹⁰¹

次に「Ulp. D. 3. 3. 1. 1 も本来はこの *proc. ad lit.* を扱つたものであるとする [p. 187. その理由として彼は「ウルピウス (Ulp.) 『告示註解』第九巻が訴訟代理を内容とすると考えられる (ローネル) こと」、続く法文 (D. 3. 3. 1. 2-11 参照) が訴訟代理に言及してゐることを挙げる」。

そして右の *proc. ad lit.* が常に本人からの委任を必要としたかを検討した上で [p. 189-191. この点についても学説の対立がある (p. 189, n. 75, 76)。「Ulp. D. 3. 3. 1. 1 では「委任は受けたがプロクラーートルとは呼ばれない者も委任を受けた *proc. ad lit.* と同様に訴訟代理をなしうるか、すなわち「委任を受

けたプロクラーートルが行う訴訟に認められる訴権消耗の効果 (Ulp. D. 44, 2, 11, 7) を単なる受任者の場合にも認めうるかが問題にされたのである (p. 191)。

なおアンジュリーニは、右に述べた訴訟代理の告示の他、暴力に関する特示命令 (interdictum de vi) および武装された暴力に関する特示命令 (interdictum de vi armata) にこづつての告示 (註25参照) と手中物(奴隷)売却に関する (de mancipiis vendendis) 告示 (註47対応本文) の解釈作業を通じて、単なる社会的経済的存在にすぎなかったプロクラーートルとどうものが法技術的な概念へと高められたと主張してゐる (p. 192)。

(43) Watson, Mand. p. 53-56. Seiler, Neg. gest. S. 112, Anm. 42.

(44) Lenel, Ep. S. 296-297. 本法文中の反訴訟 *contrarium iudicium* は彼によれば求償のための事実訴訟である。通常は市民法上の反訴訟と解される (たとえば F. Schwarz, „Die Konträrklagen“ SZ 71 (1954) S. 174-175) 及び „ドュンツェンネン” のような理解も可能であるとす (Mand. p. 84-85)。

(45) Angelini, p. 174, n. 26.

(46) ティゲスタの独訳・仏訳 (原田前掲書(註々)〔文献と略語〕二頁参照) は、訳出したように *emptor, familia, procurator* の三者を並列的に理解するのに対し、英訳 (原田同所参照) は、*emptoris familia* (買主の家族) と *procurator eius* (買主の) プロクラーートル) との二者を並列的に解する。

(47) ローマ法における売主瑕疵担保責任については、柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』(一九六三年)一七七八頁参照。本告示に関してはとくに九一二頁参照。

(48) Seiler, Neg. gest. S. 112.

(49) 註36参照。そこでミッタイスが挙げている法文は、本法文の他 Ulp. D. 3, 3, 1, 1 (法文①), Ulp. D. 46, 7, 3, 2 (法文②), Paul. D. 12, 2, 17, 3 (法文③) である (S. 226, Anm. 112)。

(50) Watson, Mand. p. 54.

(51) シェルンは „non quemlibet” にこぎ、プロクラーートルとは誰でもよいのではなからうとこづつた警告は滑稽であるとして、この部分の「修正」を主張する。彼は、古典期におけるプロクラーートル概念の拡大を認めはするものの、個別的授権を受けた者は訴訟のためのプロクラーートルを除いてなおプロクラーートルはなされなかつたとして、ミッタイス(註36)に反対する (Schulz, Einführung in das Studium der Digesten, 1916, S. 77; S. 76, Anm. 5. [Angelini, p. 172, n. 14])。

(52) Behrends, Prokurator, S. 288-289.

(53) Angelini, p. 172. ドンツェンリッヒ Ulp. D. 21, 1, 1, 1 の告示中にみられる *procurator* が *familia* と並んで挙げられてゐることを理由に、そのこの *proc.* は当初は法的な概念ではなかつたという。そして本法文にみられるように、ネラチウス (Ner.) が *proc.* の概念を限定したと考える。

(54) „*verus procurator*”, „*falsus procurator*” の古典性や意味

- びつて理解の対立があるが (Behrends, Prokurator, S. 272, Anm. 231) 十分な解明は未だなされず (Kaser, SZ 91 (註7) S. 189, Anm. 155 u. 156) である。
 (55) ヴァルナスは本法文における „mandare“ が「任命する」の意味であることを主張する (A. Claus, Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht, 1973, S. 305 u. Anm. 266)。筆者は、ウルピヌス (Ulp.) がすでに委任訴権を認めようとした (Watson, Mand. p. 49) から、一応「委任」と訳す。
 (99) Kaser, RPR I, S. 637.
 (97) ヴォレンツは、本法文もやはり本来は (a) 型と (b) 型のプロクレートルを扱っていたのだが後に皇帝により (a) 型のみへと「修正」された (註 27 参照) となる (Behrends, Prokurator, S. 285-286)。⁹⁶ マンニホーリウスの „vel specialiter“ の部分が「修正」であるとする (Angelini, p. 134)。
 (98) 柴田訳 (註 14) 六四四—六四五頁参照。ローネルは、この文は本来 stipulatio pro praede litis et vindictarum (訴訟物および果実〔返還〕の保証人のための問答契約) が論じられてきたとする (Lenel, EP, S. 516; S. 518, Anm. 4)。⁹⁷ したがって柴田訳 (註 14) 二二二頁参照。
 (95) Behrends, Prokurator, S. 286.
 (99) Angelini, p. 174, n. 26.
 (19) Seiler, Neg. gest. S. 111, Anm. 39.
- (23) M. Kaser, Das römische Zivilprozessrecht, 1966 [以下 RZR ヲ略記], S. 148, Anm. 8.
 (93) Angelini, p. 181, n. 49. Behrends, Prokurator, S. 289.
 (94) D. 12, 2, 17pr. に於て „iudicium extra iudicium“ (法廷外における宣誓) がおしめられ (referri) えないうち (—被告の側から原告に対して逆に宣誓を要求しえないうち) が述べられている (カーザーによれば extra iudicium は「修正」で、本来は in iure (法廷における) であった。Kaser, RZR, S. 198, Anm. 4)。⁹⁸ „referre“ の意味は、柴田訳 (註 14) 六三五頁参照。
 (65) ローマ法上「債権譲渡」が認められていなかったという不利益を回避するために用いられた訴訟代理人のこと。これについて柴田訳 (註 14) 四三二頁参照。⁹⁹
 (66) Angelini, p. 174, n. 26.
 (67) 註 36 参照。
 (98) Angelini, p. 173.
 (99) レヴァは「あるいはずべての事務もしくは一部の事務のために」の部分には、パウルス (Paul.) のある別の資料から付加されたものであるとし、本来のパウルスの法文においては、Ulp. D. 3, 3, 1, 1 におけると同様に「使者」と一定の独立したプロクレートル類型との区別が論じられていたと推測する (E. Levy, Pauli Sententiae, 1945, p. 78)。⁹⁹ また後に彼は、委任と結びつけることによりプロクレートルの権限を制限するた

- めに「ヌルスの断案録」の編者が *proc. uni. r.* を承認したとして、本法文を引用して居る (E. Levy, *Weströmische Vurgarrecht, Das Obligationenrecht*, 1956, S.65)。アンジャリーニは、ここで扱われているプロクラートルは「社会経済的的形象」としてのものにすぎないであろう (Angelini, p.173-174)。
- (70) Watson, *Mand.* p. 55.
- (71) カーザー自身の説明はないが、本法文はソラッチが挙げるものよりである。すなわち (フランジヨ・ルイソの説明によれば) ソラッチは、もし *proc. omn. r.* としてしかプロクラートルが存在しえなかったとすれば、利子付きで金を貸したり土地を耕したり果実を取取したりする相続人をマルケッルス (Mar.) がプロクラートルになぞらえることは考えられないとして本法文を挙げて居るのである。これに対しフランジヨ・ルイソは、相続人がいわば *proc. omn. r.* として全相続財産中の一部を管理するものと解して居る (V. Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano*, 1949, p.18)。
- (72) 吉野 (註2) 一六三頁。
- (73) 吉野 (註2) 一六〇頁、一六三頁。
- (74) Michel (註16) p. 524. マンシエルは、契約の締結や訴訟の代理を委任された者が *proc. uni. r.* であるとして、本法文から *proc. uni. r.* の古典性が認められるとする。
- (75) Kaser, *RPR II*, S.101, *Anm.* 9; S.417.
- (76) Kaser, *SZ* 91, S.190, *Anm.* 159. 444号と訂正される

- る *Burdese* (註4) p. 320 参照。
- (77) *proc. ad lit.* の任命は、*cognitor* の任命の場合と異なり方式性を要しないので (柴田訳 (註14) 六四四頁参照)、それが常に委任によったか否かについては学説の対立があるもの (註42参照)、「委任を受けたプロクラートル」と「受任者」との区別はそれほど明確ではなかったのではないかと思われる。
- (78) (一)冒頭で紹介したカーザー自身の理解をここで簡単に整理しておきたい。カーザーは *RPR I* の第一版 (1955) ではアルベタリオらの見解を引いて、個別的事務のために任命されたプロクラートルで古典期に属するのはおそらくは *proc. ad lit.* のみであるとし (S.231 u. *Anm.* 41) Watson, *Mand.* に対する書評 (1962) においては、*proc. uni. r.* を *proc. omn. r.* と *proc. ad lit.* との中間的類型であるとした (註18参照)。そして冒頭で紹介した部分では *proc. ad lit.* 以外の個別的任務 (*einzelne Aufgaben*) のためのプロクラートルの事例もおそらくは古典期のものであるとしてこれがいわゆる *proc. uni. r.* (*Ulp. D.* 3, 3, 1, 1) であるとした。ところが *SZ* 91 (註7) における *proc. uni. r.* の捉え方は右とはやや異なっているように思われる。そこでは『これ (*proc. omn. r.*) とならんで人々はすでに共和政の比較的早い時代から、しばしば上流の階層の出身で、委任にもとづいて本人のために単に個別的任務 (*einzelne Angelegenheiten*) あるいは集合的事務を行うプロクラートルを知っている。訴訟のためのプロクラートルもまたこ

れに属する。……これに対し、他人のために唯一の事務(ein einzelnes Geschäft)を行う者をもプロクラーートルと呼ぶべきかどうかは、古典期の法学者の間でなお争われている。(SZ 91, S. 191)と述べられている。ここで争いがあったとカーザーが言う史料の根拠は Ulp. D. 3. 3. 1. 1 以外には考えられない。とすれば彼は、ここではこの法文①を「唯一の事務のためのプロクラーートル」の史料として引用して、RPR I では「個別的任务のためのプロクラーートル」の史料として引用してゐることにたゞらう。

以上のようにカーザーの proc. uni. r. をよび法文①の捉え方は微妙である。しかしながら「ザイナー、アンジェリートのいずれのように解するにせよ、法文①における論争は告示上の「プロクラーートル」概念の「受任者」への拡大をめぐるものとして理解すべきであつて、単にこれを proc. uni. r. 自体をめぐる論争として捉えよ(SZ 91, S. 187, Ann. 148) だけでは不十分であらう。なお Kaser, RPR II (1975) ではむしろ記述の仕方が微妙に変化している(Ulp. D. 3. 3. 1. 1 はおそらくは純粹ではない一般化を含んでゐるが本質的には古典期のものであつて(S. 101, Ann. 9) 訴訟のための proc. とならぬ proc. uni. r. の諸事例も確かに古典期のものであるとどう(S. 417)) が、SZ 91 (1974) 以降も彼のローマ私法の教科書(Römisches Privatrecht, (註2), 1977, S. 185, 柴田訳(註17) 三六五頁)の記述は RPR I と同様である。

(79) proc. ad lit. に對しての検討が必要であるが(本人との内

部関係はいかなるものであつたか(註42参照)、出現の時期はいつ頃か(註17参照)、いかなる理由で proc. ad lit. としての承認を得たのか(註32 34 41 42 参照)など、本稿ではその古典性については今日争いが無いことを理解しえたにとどめる。ちなみに Ulp. D. 3. 3. 1. 1 の sicuti 以下をどう考えるべきかも問題であらう(註55, 56, Angelini, p. 188, n. 70 参照)。

(80) M. Kaser, Zur Methode der römischen Rechtsfindung, 1962 (=Kaser, Ausgewählte Schriften 1, 1976, S. 3ff.).

(81) たゞ Kaser, RPR I, S. 212, Ann. 17. 参照。

(82) T. Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 1953 (5. Aufl. 1973. 植松秀雄訳『トピクと法律学』(一九八〇年)). J. Esser,

Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956 (2. Aufl. 1964).

(83) カーザーは「トピク的な方法」を単に「帰納的經驗的方法」として理解するとともにフューヴェックのトピク論を念頭に置いた上で、①古代の方法論の意味でトポイと呼ばれるような一般的指導観念へと個々の解釈が常にさかのぼることは法律学にとつて本質的ではない、②トピク的方法による法発見も演繹的思考を拒否しえない(前掲植松訳七二—七四頁参照)、③カズイステイシユに形成される法秩序にあつても体系化の傾向は軽視されるべきではない、との三点に注意を促している(S. 53)。

(84) カーザーはローマ人の合理的法発見の方法として、法命題による場合の他に、事案の状況をそれ自体による場合、類似の事

案による(「類推」)かあるいは対立した事案による(「反対解釈」)場合を挙げている(S. 59-60)が、これら相互の關係(原理的に同じことなのか否か)についての考察は今後に残すことにしたい。

(85)この場合を、カーザーはさらに次の三つの場合に分けて論じている(S. 60-62)。(a)特殊な法命題による場合—ここでの法命題は、法学者のカズイステックの中から経験的に獲得された言明であって、内容の合理性、実体的正義、その法学者なしし先人の権威などを伴う限りでのみ将来に対しても通用力を有するにすぎない。(b)法準則による場合—ローマ人自身が *regula* と呼ぶ一般的に定式化された準則命題による場合である。しかし「これらの一般的準則はその適用において、(a)の特殊な法命題によってこそ精密に規定されてその射程距離を画定された(S. 65)ため」(a)と同様、法認識の独立の拠り所とはならぬ(Paul. D. 50. 17. 1..... non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. 「法範から法がひきだされるのではなくて、現に存在する法から法範が生ずるのである(柴田光蔵『ローマ法の基礎知識』(一九七六年)六九頁)」。 (c)定義—定義 *definitio* は準則 *regula* (b)の一例に他ならない。ただしローマ人が概念規定を行うことはまれである(Lav. D. 50. 17. 202 *Omnis definitio in iure civili periculosa est; parum (rarum?) est enim, ut non subverti possit.* 「市民法におけるすべての定義は危険である。なぜなら、それが覆され

ないことはまれだからである(柴田同書六六一六七頁参照))。ローマ人は「定義よりも」彼らのあらゆる法発見の出発点であるカズイステックの中に基準を求めた。

(86)前註の(c)との関連でアンジェリーニは「Ulp. D. 3. 3. 1 pr. (註11)においてウルビヤヌス(Ulp.)がそこにみられるような定義を行ったとは思われないとして、カーザー論文の本個所(S. 62)を引用しては(Angelini, p. 194, n. 89. ただしクアドラートは「アンジェリーニのこの理解には反対である(R. Quadrato, D. 3. 3. 1pr. e la definizione di "procurator", *Labco* 20 (1974), p. 213, 223)」。なお本稿では検討しななかったが、定義 *definitio* の関連で Ulp. D. 3. 3. 1. 1 を引くのとついで R. Martini, *Le definizioni dei giuristi romani*, 1966, p. 334, Ulp. D. 3. 3. 1. 2 を引くのとついで G. Pugliese, *L'autonomia del diritto rispetto agli altri fenomeni e valori sociali nella giurisprudenza romana. La storia del diritto nel guardo delle scienze storiche*, 1966, p. 173 がある。

(87)カーザーは S. 64, Anm. 73 で「*possessio*」を典型的な例として挙げているが、註27で紹介した「*mandare*」の用法(カーザーの主張)もまさにそのような例の一つである。

(88)フーヴェックは諸々の準則 *regula* が集められて D. 50. 17. 202 のフーボイのカタロープ *de re iuris* (Kaser, S. 62, 前掲植松訳(註82)九一一—九三頁参照)。

(89) 本個所はすでに守屋正通「表見的『問題思考』の背理と法実証主義克服の一局面—T・フイヴエーク所論の問題—」華頂短期大学研究紀要一三巻二九頁註11に訳出、紹介されている(『……また、ローマ法の主要な努力目標はトポイ目録であったとするフイヴエークの見解に対し、カーザー(Max Kaeser)は批判的である。「一連の命題と概念から法律家たちはローマ法特有の『法形象 Rechtsfiguren』を抜き出したのであり、それは全体としてトポイの目録を遙かに越えて一層完全な法的装置(ein juristisches Instrumentarium)を構成し、その諸部分は数が揃っており、かつ円滑に噛み合っていた。それ故、体系への努力がその萌芽において形成されていた。」もしカーザーが正しいとすれば、トポイ目録は問題思考の方法論的指標ないし Landmark としての意義を著しく減殺されることになる。とはいえカーザーもシュルツ(Fritz Schulz)の regula の方法論に関しては、それが抽象的方法ではなく、決疑的方法であった、と述べている。』)。

(90) カーザーは「内的体系 inneres System」とは「個々の諸命題や諸概念が完全に相互に調和され、それらがある一定の究極的な諸々の一般概念から導き出される」ような体系のことであるとし(S. 52)、『古代ローマ法には欠けていたという(S. 72. さらに RPR I, S. 188, 192)。その理由は、ローマ法には右のような一般概念(たとえば「法律行為」「意思表示」「権利能力」など)が欠けており、それらの思考形態はようやく近世に

なつて全く異なる基盤の上に現われるものだからである(S. 72)。

ただしラレンツ(K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 1979)によれば、『内的体系』とは「種々の段階における具体化 Konkretisierung」を必要とする法原理およびその下部原理を構成要素とする体系」のことである(S. 458-459)。そして彼は「内的体系」の特徴として①(諸原理の)一定の序列の存在、②同等の価値を有する諸原理の、種々の具体化段階における、予め想定されることのできない相互作用(「の存在」とを挙げ(S. 460)『さらに「内的体系は……新たな原理の発見が可能であるという意味においても『開かれた体系』である』として(S. 471)。

(91) 「内的連関 inneres Zusammenhang」ともいわれる(『……ローマ人はすでに早くから多様な法形象間の内的連関を獲得していたことを再び思い起こすべきである。個々の事案の解決やそこから発展させられた諸命題・諸概念は、矛盾や欠陥が全く存在しないほどにまで相互にいつそう綿密に調和させられた。相互に類似した制度—たとえば、役権 servitus と用益権 usufructus、委任 mandatum と事務管理 negotiorum gestio—は、その類似の中に並べ(置かれて)「考察され、しかもそのような対置(Parallele)は、実際上の不都合が生じるほどまでに過度に要求されることはなかった。』(S. 72)。

(92) 筆者は、『法学者による調整(Abstimmung)作業を、カー

ザーが対照的に叙述している (S. 66, 73f.) (i) と (ii) とを媒介するものとして位置づけた。カーザーの叙述の体裁に厳密に従えば、法学者による調整ということ (ii) の枠組の中で扱われるべき (S. 66) であるが、(i) と (ii) との関連 (さらにいえば (i) と (ii) とが同時に実現される具体的局面) を明確にするために、右のような形で整理してみた。

(93) ローマの法学者間の論争については、カーザーが挙げる (S. 74, Anm. 109) A. B. Schwarz, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, Festschr. Schulz II, 1951, 201ff. の他 Kaser, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellen-forschung*, 1972, S. 19-32 を参照。

(94) 「調整」を可能にしたものは単なる法学者の論争だけではない。カーザーが再三強調するところの、実際感覚と豊富な経験とに裏打ちされた「(法的)直観」(S. 54ff.) も重要な役割を果たしていたのであるが、本稿ではこれを正面から扱うことはできなかった。

(95) 告示解釈における同様の類推を示しているのが③法文であり、さらにこのような類推の結果をプロクラートル概念の解釈という形で吟味しているのが、従来 *proc. uni. r.* 関連法文として挙げられてきたもの (三) のうちの②④⑥⑧⑨法文 (四) (参照) であるとも考えられる。すなわち、受任者であれば常にプロクラートルといえるというように直結するのではなく、とにかく各場合ごとに吟味がなされていたのである。

(96) 筆者は、「内的体系」(註90) を欠くローマの法秩序にあって、類推を適切なものにするための吟味の機会を提供したのも法学者の論争であったと理解する。

(97) 本稿は筆者の修士論文をもとにしたものであるが、修士論文の準備段階では、カーザーのいう「内的体系性」「内的連関」の具体的イメージを持つためにカーザー自身が挙げる具体例 (註91) のうちの委任と事務管理の關係の考察を試みることを考えた。しかし、カーザーのいう「内的体系性」の意味とその具体例を筆者なりに求めた結果は本文で述べたようなことになつてしまったため、カーザーが挙げる具体例の意味するものは筆者にとつては依然として不明である。

(98) この点に関し、F. Schulz, *Principle of Roman Law*, 1936, p. 49. Buckland & McNair, *Roman Law and Common Law*, 1965, p. xvi, 9-10 参照。

ただしカーザー (S. 73) は、古代ローマ法と今日の英米法との違いとして、(i) 前者は解答や著作による法学者の意見表明を基礎としていたのに対し、後者は厳密な意味での判例法であること、(ii) 前者においては法学者の見解の表明が形式的には裁判官を拘束せず、その見解の權威は内的正当性にもとづいてのみ獲得されるのに対し、後者においては先例拘束 (stare decisis) の原則により先例が形式的に拘束力を有する法源であること (ただし S. 73, Anm. 106) を挙げている。

(99) この点につき『五十嵐清』比較法入門 (一九七二年) 一

- 三十一二二頁（とくに一二〇頁以下）、ツヴァイゲルトIIケ
ツツ（大木雅夫訳）『比較法概論』原論下（一九七四年）四八
一—五〇六頁（とくに五〇二頁以下）参照。
(100) 北川善太郎『日本法学の歴史と理論』（一九七五年）二八
三—二八四頁、磯村哲編『現代法学講義』（一九七八年）一—六
頁参照。なお、ラーレンツの場合につき、さしあたり註90参
照。

Über die Methode der römischen Rechtswissenschaft

—Ein Streit der Römer über den sogenannten procurator unius rei—

Satoru SERIZAWA*

- I. Zur Einführung: Ein Streit der Römer (Ulp. D. 3, 3, 1, 1)
- II. Heutiger Forschungsstand über den sog. procurator unius rei
- III. Einige auf den proc. uni. r. betreffende Rechtsstellen
- IV. Einige Betrachtungen
- V. Abschließende Bemerkungen zur Methode der (römischen) Rechtswissenschaft

Ulpian berichtet uns über einen Streit (D. 3, 3, 1, 1). Nach den bisherigen Auffassungen handle es sich dabei um den sog. proc. uni. r.. Dabei ist es immer in den älteren Meinungen vorausgesetzt, daß der proc. uni. r. als ein Rechtsinstitut sein festes Dasein gewonnen hätte, zu schweigen von den eventuellen Interpolationen. Einige der Forschenden haben diese Voraussetzung neuestens unter den Zweifel gezogen. Bei der Untersuchung der den sog. proc. uni. r. betreffenden Stellen ist der Verfasser zum folgenden Ergebnis gekommen: es handle sich in Ulp. D. 3, 3, 1, 1 darum, ob der bloße Mandatar auch unter dem „procurator“-Begriff im Edikt verstanden werden sollte. Mir scheint der procurator uni. r. als Rechtsinstitut zur Zeit des Streites noch nicht entstanden zu sein, wenn er überhaupt erst im Laufe der späteren Zeit als solches entstanden wäre.

M. Kaser hat die Eigenschaft der römisch-juristischen Tätigkeit

* Doktorand an der juristischen Fakultät der Hokkaido-Universität

darin gesehen, die „beweglichen“ Rechtsbegriffe wie -sätze abzustimmen und den „inneren Zusammenhang“, nämlich die Lücken- wie Widerspruchslosigkeit zu erreichen. Das, was die moderne Rechtsmethodik unter dem Schlagwort vom „offenen System“ verstehen würde, wäre in Wahrheit nichts anders als diese Eigenschaft. In diesem Sinne könnte die römische Rechtswissenschaft in der neuen methodologischen Erkenntnis auch ihre Klassizität behaupten. Die Auseinandersetzung der Römer um den sog. *proc. uni. r.*, die hier in dieser Arbeit vorgestellt ist, zeigt uns mit dem Beispiel an den Begriffen von Prokurator und Mandatar anschaulich, wie die Römer die Abstimmung unter den Rechtsbegriffen wie -sätzen erreicht haben. So könnte diese kleine rechtshistorische Studie auch für die gegenwärtige praktische Rechtswissenschaft seinen winzigen Beitrag leisten.