HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	exceptio veluti pacti ex compromisso について　ー実体法と訴訟法　その五ー
Author(s)	小山, 昇
Citation	北大法学論集, 30(1), 1-27
Issue Date	1979-07-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16279
Type	bulletin (article)
File Information	30(1)_p1-27.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

exceptio veluti pacti ex compromisso について

——実体法と訴訟法 その五——

小山 昇

目次

はじめに
一 論争
二 仲裁付託と抗弁
おわりに

はじめに

1 ローマの仲裁付託[1]は、いわば、私法と訴訟法の間の《無主地帯》[2]に位置をもつところの、発展途上で停止した法制度である、という Ziegler の言葉をまっさきに取り上げて、Schmidlin は、Ziegler の著書の書評の中で、Ziegler はかかる銘記的な描き方によってローマの仲裁裁判が発展した固有の場所を指し示すのみならず伝統的な観察方法か

ら別離せんとする問題提起を宣明する、という理解を示した。[4]

発展途上で停止したというのは、「契約」として、契約法の法規制を受ける対象として、発展することが停止したという意味であり、その原因は、単なる約束からは訴権が発生しないので違約罰により制度を保障したことが exceptio pacti の産出を妨げたことにあるようである (Ziegler, S. 59, Schmidlin, S. 438—9)。

(1) compromissum. 船田享二・羅馬法第三巻の〔五一二〕においては「仲裁契約」と表現されている。しかし、それが契約であるのか、どんな意味内容で契約であるのかを探る目的をもつ筆者は、「契約」の語を使用するのを避けた。

(2) 《Niemandsland》。第一次世界大戦において、両軍の最前線に挟まれた戦闘地域をこのように呼んだようである。

(3) Karl Heinz Ziegler, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht, 1971, S. 59.

(4) Bruno Schmidlin, Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Rom. Abt. 91, 1974, S. 435.

2　それまで伝統であったところの観察の結果は、Schmidlin によれば、あるいは仲裁裁判を通常訴訟の模造物と解釈したり、あるいは仲裁の契約的な性格を conventio 及び pactum として示すものであった。[5] これに対し、Ziegler は仲裁付託を独特な雑種と見た。この見方自体は Ziegler の独創ではない。[6] しかし、Ziegler は、この結論を、古典時代の法における仲裁付託の性格につき、広く渉猟した法源 (Quellen) から直接に得られる情報の枠の中で、得たのであった。

(5) Schmidlin, ibid. S. 435, 437. 前者は La Pira の説で、後者は Talamanca の説である。conventio, pactum がどんなものであるかについては船田前掲〔四三二〕〔五〇一〕参照。

(6) すでに、H. Lévy-Bruhl, Revue historique de droit français et étranger, (4e série) 40, 1962, p. 404 が仲裁付託の雑種性を認識しており、Ziegler (ibid. S. 59, Anm. 60) はこれに賛成しているのである。

3　それにもかかわらず、Ziegler のこの結論は批判を免かれなかった。[7] 仲裁付託の法的性格は、仲裁付託が仲裁の基礎であるだけに、理論上、極めて重要である。仲裁法を（文化として）研究する者は、究極においては、この問題に直面する。そして、この問題に取り組むならば、ローマの古典時代の法におけるこの問題を避けることはできない。ローマ法の専門家でない者もこれを避けるわけにはいかない。かくて、筆者はこれに能う限り必要な限度で取り組んでみるのである。

（7）Ziegler の前掲書については書評が三つ公けにされている。Maxime Lemosse, Revue historique de droit français et étranger, Année 60, 1972, p. 269, Gunter Wesener, IVRA XXIII, 1972 (Rivista internationale di diritto romano et antico), p. 211, Bruno Schmidlin, Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Rom. Abt. 91, 1974, S. 435. この三つは評者の個性が顕われたもので、三者間に、取り上げた事項や比重を置いた事項が一致しないところが少なくないのであるが、古典時代の法における仲裁付託の性格については、三人ともこれをとり上げ、Lemosse は Ziegler に好意的であるが、他の二人は批判的である。このほかに、De Sarlo (Studia et documenta historiae et iuris, 37, 1971, p. 420 ff.) および Talamanca (Labeo, Rassegna di diritto romano (Neapel), 20, 1974, p. 83 ff.) の書評があるが、わたくしは見ていない。

4　後世の法文化に影響を与えたローマの仲裁法は古典時代のそれである。キリスト前三六七年に民事裁判を司る官として創設された法務官 (Praetor) は、キリスト前三世紀の頃から、《その就任の初に、自己の任期中採るべき裁判の方針、その方針を具体化する方式書 (formula) を、白い木表 (album) に赤い表題 (rubrica) を冠し、黒色の文字を以て公示することが慣習となり》、その後、この告示権 (ius edicendi) を利用して、固陋な民会の制定した法律や旧い慣習について、さらには新たな萬民法の制度についても、あるいはその趣旨とするところを推し進め、あるいは規定のないところを補充し、さらにはこれを事実上改廃した。[8]《告示の規定は命令権 (imperium) に基礎を置き、法

律の基礎なき当然の結果として、発布者の任期を限って効力あるに過ぎず、後任者は前任者の告示に拘束せられるものではないが、有用な告示は漸次踏襲的となり、後任者はただ必要の生じた場合に追加新告示（novum edictum, nova clausula）を附加するに止まり、踏襲的告示（edictum tralaticum）が漸次増加集積》した。[8]《帝政に至って告示の内容はほぼ固定し、ハドリアヌス帝（一一七―一三八年）は当時の逸材ユリアヌスをして内人掛法務官及び按察官（aedilis curulis）の告示を編纂させ、元老院議決（法律の効力をもつ）をもってその効力を確認し、爾後の修正増補権を皇帝に委任せしめた》のであるが、これを《称して永久告示録（Edictum Perpetuum）という》。[8]

（8）原田慶吉・ローマ法上巻〔五〕。

5　永久告示録は原形で残ってはいない。Lenel が復原したものが頼りにされている。[9] その第十一章第四八節に曰く。QUI ARBITRIUM PECUNIA COMPROMISSA RECEPERIT, EUM SENTENTIAM DICERE COGAM.[10] この告示がキリスト前二世紀の半ば頃のものであることが、Ziegler の研究によって、説得力を増したようである。これ以前にも仲裁は存在したが、その痕跡は、仲裁を知るのに不確かなもので、この告示が、仲裁の刻印として決定的なものを蔵する最初のものである。[11]

（9）Lenel, Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch seiner Wiederherstellung, 3 Aufl., 1927; Neudruck, 1956.

（10）仲裁人の任務を引き受けた者を、仲裁当事者が違約罰を約しているときは、必要あるときは仲裁判断を言渡すべく強制するであろう（Ziegler, S. 7, Wesener, S. 212）。

原田前掲上巻〔二四〇〕は、古典時代の compromissum につき、《訴訟当事者が係争事件を仲裁人の判断に任ずることを約する当事者間の無方式合意である。古典時代には違約罰附の問答契約を交した。》と述べている。この文脈からは、古典時代には仲裁付託契約が問答契約によってなされたと読める。船田享二・羅馬法第三巻〔五〇二〕は、《和解は争訟ある当事者が訴訟の方法

によってその争訟を解決する代りに仲裁人を選択してその判断によってこれを解決すべきことを約する合意であり、斯かる合意は古典時代にはそれ自身としては効力を有せず随って、原則として問答契約によって行はれた。仲裁判断の引き受けはかやうな和解の問答契約を締結した当事者と第三者との間に締結され、後者が前者の指示に従ひ一定の判断を為すべきことを引き受ける約束である。斯かる引き受けに関しては法務官は『金銭支払に就き仲裁契約締結後に仲裁判断を引き受けたる者に就いては本職は同人が判断を為すことを強制すべし』と規定し》たと述べている。pecunia compromissa を、船田前掲は《金銭支払に就き仲裁契約締結後に》と解したが、Ziegler（前掲七頁）は《仲裁両当事者が違約罰を約したるときは》と解している。Jousserandot は、《余は、その執行のために罰が問答契約されたところの compromis に基づき仲裁人たることを受諾した者を判決を言渡すべく強制するであろう》と訳している（Louis Jousserandot, L'édit perpétuel, tome 1, 1883, p. 120）。

(11) Schmidlin, S. 435.

6　この告示は当然のことながら仲裁を律するものとしては不十分であった。補充が必要であった。共和政期には、《法学者の活動は法律行為の実行に助力し（cavere）、訴訟行為に必要な方式を組成し（agere）、法律事件に対して意見解答を與える（respondere）実際方面に現われた（Kautelarjurisprudenz 予防法学）[12]。》共和政後期には《法学者の解答の法律生活に及ぼす影響が頗る大で、彼等の地位の牢として抜くことのできない》ものであった[13]。アウグストウスはこのことを知った[13]。そこで、アウグストウスは《多数の法学者に皇帝の権威に基づいて（ex auctoritate principis）法律を解答する権（ius respondenti）を附與した。当初の効果は単に事実上当該法学者の権威を表彰するに過ぎなかったが、権威に於て卓絶する皇帝を背景とする以上、何人も事実上解答権者の解答に従わないわけには行かず、更にその権威も当初の解答のなされた一場合のみならず、他の場合にも該当し、遂には法学者の解答集その他の著書にも及ぼされるに至り、当該法学者が現存するや否やは問題でなくなった。かくて遂にハ帝（ハドリアヌス―筆者）の時代に至っては、解答権を有する法学者の意見が合するときはこれに法律の効力を認め、一致しないときはいずれに従

うも審判人の自由として、解答権制度を法律化したものの如くである。[13]》古典時代は右のような状態であった。すなわち、古典時代のローマ法の規範を認識するには法学者の解答を素材としなければならない。以上のことは仲裁法についても同様であった。

(12) 原田前掲上巻〔六〕
(13) 原田前掲上巻〔八〕

7　永久告示録の前掲の仲裁に関する告示が、仲裁を引き受けた仲裁人に対する強制を定めたものであることからか、これを補充する法曹法も仲裁引き受けを中心として発達し、ユスチニアヌスのデイゲスタに纒められた仲裁法に関する章（第四巻第八）の表題も《仲裁引受け—仲裁判断を宣告するために仲裁を引き受けた者—について》となっている。

8　本稿におけるわたくしの関心は、仲裁に付託する合意（これは実体法上の要件事実である）が、これに違反して提起された訴えにより開始された訴訟において、（訴訟法上攻撃防御の方法として、）どのように扱われたか、にある。そこで、まず、論争の焦点となった右合意が、仲裁においてどのように性格づけられどう位置づけられたかを見よう。

一　論　争

1　仲裁付託の性格に関する伝統的な通説を代表する者は Talamanca であるといっていいようである。[14] Ziegler が要約する Talamanca の説は、仲裁付託は無方式の仲裁協約であって、conventio にも pactum にも該当し、罰の

stipulatio はその付属物たる性格のものに止まり、それは自治的な conventio を保障するものである、とするものである。[14] Ziegler はこの説を、正当に、私法学的な考察と評した。[15] Talamanca 説に対しては La Pira 説が対立していた。Ziegler が要約する La Pira 説は、仲裁付託は、訴訟の方式書に見合う文体様式に則ったところの、当事者双方が仲裁裁判による紛争解決に向けて相互に交換した二つの相互依存関係にある stipulationen の結合したものであって、pactum ではない、とするものである。[15] Ziegler はこの説を、正当にも、訴訟法学的な考察と評した。[15] La Pira 説と同旨の説は少なくはなく、[15] この問題はローマ法学者の間において今日なお争われている。[15]

(14) Talamanca, Ricerche in tema di "compromissum", 1958. Ziegler, S. 48, Schmidlin, S. 437.

(15) Ziegler, S. 48. La Pira は compromissum を litis contestatio になぞらえた (Schmidlin, S. 437)。litis contestatio (争点決定) が契約的な性格を有したことは今日争いがないらしい (船田五巻〔八二四〕)。しかし、La Pira の研究は、争点決定の契約的性質から争点決定と仲裁契約との類同を強調しすぎて、争点決定の公的性格を無視したきらいがある、といわれる (船田五巻〔八二四〕注 (一〇) 一五三頁)。

2　右のような対立の中に、Ziegler は、そのいずれにも属しない第三の説、すなわち、古典時代のローマ法における仲裁付託の構造は、互に交換した stipulatio の文言の方式の中に、無方式の仲裁協約の中でなされた合意の不遵守を罰の帰属の条件とすることが、含まれたものであり、罰約束の存在が仲裁人強制の要件であるとする説を打ち出した。[16] 無方式の仲裁契約それ自体はそういうものとしては法的保護の対象ではなかったというのである。[16]

compromissum がどういうものを指すのであるにせよ、仲裁人が仲裁判断を行なう前提のなかにどんな意思の合致があるかを分析すると、①仲裁人に仲裁裁判をさせること、②仲裁裁判に服すること、③これらに違背したときは違約金を払うこと、の三点において少なくとも合致があることが前提されていたと思われる（これによって紛争を終了

させることにおいて合致があったかどうかは、古典時代については、これを知る資料を筆者はまだ見出していない)。これらの意思の合致をもたらすところの、当事者の行為が stipulatio (問答契約) であるか、諾成契約 (contractus consensus) であるか、単なる約束 (pactum) であるかは、古典時代においては、その法的保護形式において異なるものであったので、重要な問題である。違約金約束が問答契約によりなされたことについては前述のように争いのないところである。問題は、その他の点についての合意である。

A　一般に stipulatio poenae (違約罰の問答契約) は債務不履行の場合に一定額の金銭を給付すべき問答契約をいう (原田前掲下〔二八八〕)。問答契約は本来は stipulator (要約者) と promissor (諾約者) の間で間を置くことなく一定の形式の問答体で (後には言語形式は緩和され要約と諾約の対応は厳格を失った) なされた要式の contractus verbis (言語契約) であり、諾約者のみが債務を負担する (片務) ところの一般的な債務負担方法であり、問答契約訴権 (actio ex stipulatu) を産んだ (原田前掲上〔一九三〕)。この訴権は対人訴権たる actio stricti iuris (厳正訴権) に属した (原田上〔一六二〕)。すなわち、当事者の意思表示のみが基礎とされ、またその意思表示にも極めて厳格な解釈が施された (原田上〔一六二〕)。しかし、逆に、問答契約は《当事者が何故に斯かる問答を為すかの原因とは独立に抽象的に成立し》(船田三巻〔四四九〕)、問答契約訴権の厳正訴訟では、《審判人は契約の存在及びそれに現れた文言のみを審査して判決を為し得るに過ぎず、当事者が何故に斯かる契約を締結したかの原因を考慮に入れることを得ない。例へば、相手方から百金を借入れるために或者が右百金の返還を問答契約によって約するときは相手方はこれによって債権を取得し、現実に百金を供與せずに訴訟を提起しても、審判人は問答契約の方式が履行されている限りは右の諾約者に百金支払の責ある旨の判決を為すことを要し、百金を借入れるためといふ契約の原因を考慮して判決を為すことを許されなかった。》(船田三巻〔四四一〕)。《然れども、汝が問答契約を原因として有責の判決を受くるは不衡平なるを以て、汝は悪意の抗弁に依って保護せらるべきものと決定せられたり。》(ガイウス法学提要・船田享二訳三〇〇頁)。この exceptio doli (悪意の抗弁) は厳正訴訟においてはそれがとくに方式書の中に挿入されている場合に限って審判人は原告の悪意を考慮した (原田下〔四四三〕)。

B　取引の発達に伴い、実際に種々雑多な合意がなされ、これに法的効力を認める必要が生じた。こうして古典時代には contractus consensus (諾成契約) が emptio venditio (買いと売り)、locatio conductio (貸す、請負う、雇う)、mandatum (委任)、societas

（組合）の四種に認められ、これに actio bonae fidei（誠意訴権）が認められた（船田三巻〔四三七〕、原田上〔一六二〕）。誠意訴権は常に actio incerta（不確定訴権）であり（原田下〔四五八〕）、方式書中に悪意の抗弁を挿入するまでもなく、《「悪意の抗弁は誠意の訴訟に内在する」のであ》り、審判人は bona fides（信義）に従って審判する以上、原告の悪意を当然に参照しなければならないものであった（原田下〔四四三〕）。

C pactum（約束）は、元来は平和の締結を意味するものであり、例えば、民事の分野では、古代ローマ法においては不法行為（furtum, iniuria）に因り生じた争いを復讐に依らずに償金を支払う合意をすることによって平和的に処理するために結んだ贖罪和解が pactum と称された（Jörs-Kunkel-Wenger, Römisches Recht, 3 Aufl., 1949, § 123）。古典時代においても、不法行為賠償債務の無方式の免除約束は市民法上認められた（Kaser, Das römische Privatrecht（以下 RPR と略す）I, 2 Aufl., S. 641）。pactum はいうなれば無方式の和解であり、債務を発生させるものではなく、債務を廃棄するものであった（J-K-W, ibid. § 123）。古典時代には、pactum は《広義には二当事者の合意及び約定（pactum est duorum consensus atque conventio）であり、二人又は数人の当事者が同一の事項に関して決定し合意すること（est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus）であって》（船田三巻〔五〇一〕、春木一郎訳（ユースチーニアーヌス帝）学説彙纂（ローマ）ΠΡΩΤΑ 二三四頁）、市民法上訴権が認められる契約に該当しない合意を一般に pactum と呼ぶようになっていた（J-K-W, ibid. § 117, 3）。諾成契約は、無方式だからこの点で pactum であったが、pactum とは呼ばれなかった（原田上〔二三四〕）。pactum はそれ自体ではなんの訴権も生じなかった（原田上〔二三四〕）。（Pauli sententiae, 2, 14, 1: ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur. 単なる約束からはローマ市民の間に訴権は発生しない。）一般に無方式の合意の名称となった pactum に、和解的合意は依然として含まれ、不法行為に因る債務のみならず、契約あるいは準契約に基づく義務にかかる争いについて和解的合意をすることも pactum に該当した（J-K-W, ibid. § 123）。古典時代には、債権者が永続的に権利主張を断念する（免除）あるいは一時的に権利主張を断念する（猶予）ことを約束することは無方式でなされたが、このような内容の約束はすべて pactum de non petendo（要求しないことの約束）といわれ、この約束から exceptio pacti conventi（約束の抗弁）が産まれることを法務官は承認した（J-K-W, ibid. § 123）。免除の時は永久抗弁（exceptio perpetua）ないし棄却抗弁（exceptio peremptoria）であり、猶予の時は猶予抗弁（exceptio dilatoria）であった（J-K-W, ibid. § 123）。ガイウスによれば、免除約束の抗弁は、被告の提出に基づき、方式書の中に、《アウルス アゲリウスとヌメリウス ネギディウスとの間に金額を請求せざるべき合意無かりしときは》（船田享二訳ガイウス法学提要四―一一九。si inter A^m A^m et N^m N^m non convenit, ne es pecunia

petereturr. Gai. 4. 119.）という形に作成された。このほかに、法務官は、pactum の保護を必要と判断するときに、actio in factum（事実に基づく訴権）を認めた。すなわち、個別具体の事件につき、必要と認めるときは、《法務官は、客体が市民法により原告の所有であることが明白であるか否か、または、被告が市民法によって原告に対して与えまたは為すことを要することが明白であるか否かという法上の問題を記載する方式書ではなくて、特定の事実の存在が明白であるか否かという事実問題を記載する請求表示を含む方式書、すなわち、法ではなくて事実にもとづいて（in factum）作成される方式書を承認する。かかる方式書によって指示される審判人は、法の問題ではなくて事実の問題に関する判断を為し、而も方式書の指示する事実の存在が明白であると判断するときは被告有責の判決を為す権限を与えられる。》（船田享二・ローマ法第五巻〔八四三〕（二）（は））。この actio in factum により訴求可能とされた pactum をひっくるめて pacta praetoria（法務官法上の約束）と称された（J.K.W, ibid. §117, 3. 船田三巻〔五〇一〕）。

和解（transactio）は、古典時代においては、無方式の合意であり、権利についての紛争または不確実を互譲により終了させる合意であり、免除の pactum の一適用例であるに止まった（Kaser, RPR I, 2 Aufl., S. 642）。その内容は、反対給付の受領または約束の見返りにアクチオを放棄することであった（Kaser, ibid. S. 642）。だから、exceptio pacti は認められた。古典時代の以後においては、和解は、奨励されたといわれる（Kaser, RPR II, 2 Aufl., S. 445）。民事訴訟が安定を次第に欠いたことが原因であり、キリスト教の影響の下で紛争の平和的処理として奨励されたものであると Kaser は見る（ibid. II, S. 445）。

和解はこの時代には pactum から別になり、独自の債務契約と把握され、東方における理論においては、無名契約に列せられた（Kaser, ibid. II, S. 445）。《但し、和解は債務関係を発生せしめようとする合意といふよりも寧ろこれを消滅せしめるためのものとして契約に対立せしめられ、必ずしも無名契約として取扱ふことを適当とするものではない。》と船田三巻〔四九七〕（一）は述べている。ユスチニアヌスは、和解契約を（無名）践成契約とした（原田上巻〔二二四〕）。すなわち、要物契約の中に編入した（同上）。そこで、これに誠意訴権が認められることになる（原田上〔一六二〕）。

ついでながら、receptum（引受）は、永久告示録に収められる告示により規定されているが、これも pacta praetoria の一つである（船田三巻〔五〇二〕）。receptum arbitri（仲裁引受）も receptum の一つとして掲げられている。したがって、これも pacta praetoria に属するものである。しかし、これに基づく actio in factum は認められず、法務官が直接に仲裁人を強制するのであった。これは他に類例がないといわれている（船田三巻〔五〇一〕、原田上〔二三九〕）。

(16) Ziegler, S. 59, 283, 91, 92.

3　仲裁人の仲裁の基礎たるべきものであるところの仲裁当事者の間の意思の合致のうち、違約罰についてそれが stipulatio により為されたことについては、今日、ローマ法学者の間において、争いがないといってよいであろう。stipulatio は厳正に片務の契約であったから、仲裁の基礎が当事者間において平等に形成されるためには、仲裁当事者双方が互に相手方に対して諾約することが必要であったのである (Ziegler, S. 56, 70)。

4　罰が違約罰である以上、その不履行の場合に罰が帰属することになるところの約束が当然のことながらまず存在しなければならない。このことについては当然のことながらローマ法学者の間に争いがない。この約束が stipulatio ではなく contractus consensus にも該当しないという認識についてもローマ法学者の間に争いはない。ではこの約束は古典時代において pactum に該当するものであったのか。この点においてはローマ法の学者の間に争いがあるようである。もし、pactum conventum に該当するものであったならば、exceptio pacti conventi が承認されたであろう。ところが、Talamanca も Ziegler も Schmidlin も、古典時代に compromissum に exceptio pacti が認められなかった、という認識において一致している (Schmidlin, S. 438)。しかし、この認識と pactum の存否の認識との関係においては一致していない。Talamanca は、Schmidlin (S. 439) によると、仲裁原告は仲裁判断履行の actio は認められず違約罰支払の actio のみが認められたのに反し、仲裁被告は違約罰契約に基づく actio が認められたほかに exceptio pacti の可能性が存した、と見ている。Ziegler は、compromissum に基づく exceptio pacti という特別の exceptio pacti は古典時代には無かった、と見る。[17] Schmidlin はこれを皮相的な見方であると批判する。Schmidlin はいう。仲裁手続は問答契約に基づく違約罰によって保障される。これは仲裁手続の特殊性である。この特殊性により exceptio pacti が特に排斥された。すなわち、違約罰により仲裁原告は仲裁判断に抵触して通常訴訟に訴えることができないのであるのと同じく、違約罰により仲裁被告は exceptio pacti の手段によることができないと特に定められ

た。違約罰契約は被告にとってはexceptio pactiを排除する合意である。だから、exceptio pactiが承認されなかったことは、仲裁付託の合意がpactumであることを否定するものではない。exceptio pactiは、compromissumにおいては、行使が拒まれたに過ぎない。古典時代の法学者はこれを心得ていた、と(ibid. S. 439)。

(17) Ziegler, ibid. S. 59. 仲裁付託の合意そのものは無方式であったことについては異論がないのであるが、これがpactumの名に値する無方式約束であることをZieglerは古典時代については認めないのである。Talamancaがいうところの違約罰問答契約に基づく訴権と付加的に約束の抗弁が並存する可能性を、Schmidlinも疑う(S. 439)。前述のように単なる約束からは訴権は生じない。どんなpactumからでもexceptio pactiが生ずるのではない。compromissumはexceptio pactiを産まない。以上からcompromissumはpactumでない、という結論が論理上当然に出てくるものではない。pactumである、しかし、exceptio pactiが認められるものではない、という余地が論理上残る。そこでそれが古典時代において事実か否かが争われたのである。

5　Talamancaは、Wesener (ibid. S. 213) によると、仲裁裁判所を設置し、これに紛争事件を付託するという権利根拠づけの効果はconventio[18]に結びつけられると解し、stipulatioの中に吸収されるものではないと解した。換言すればconventioこそcompromissumの本質をなす要素であると見た(とZiegler, S. 49は解する)。Zieglerは法源を逐一あたって、compromissumを基礎づける仲裁の合意に特別の名称を与えた古典時代の法学者はいない、仲裁につき語る法源資料の中にconventioに言及したものはない、後期古典時代には仲裁の合意に関してplacitumとかplacitaとか(きめる、きまる)の語が用いられ、pactumの語は附随的についでに用いられ本来のpactumの意味には用いられなかった、という(S. 49)。Schmidlin (S. 438) は、Zieglerのいうとおりであるとしても、ローマの法学者の言ったことの背後に、問題にすることがないからことさらに表現しなかったところの観念が存する可能性がある、と批判する。Wesener (S. 213) はTalamancaに組する。これらの見解のいずれが正当かをわたくしは判断する

ことができない。法源に用いられた語が古典時代にその通り用いられていたか、どんな意味内容で用いられたか、を見分けることは、わたくしにはできないのである。ただ、わたくしにも解ったことは、pactum であるか否かの論争の意味が、それが、stipulatio の一要素を成すに止まって独自の効果を有しないものか、stipulatio とは別のもうひとつの合意であって独自の存在を有するか、の論争であって、前者であるならば compromissum の実体は stipulatio にありということになり、後者ならば、compromissum の実質は付託の合意にあるということになる、というところにあることである。（その後の発展は付託の合意を compromissum と呼ぶ方向をとった）

（18）conventio は相寄って何かに一致することである（船田三巻〔四三二〕参照）。この語が示すところの当事者の意思の合致が契約の要素とされたのは古典時代ではないかといわれる（同上）。なお、春木前掲デイゲスタ第二巻第一四の一の三の訳文（二三四頁）参照。

6　Ziegler も Schmidlin も Wesener も、この問題に答えるための手掛りの一つとして、揃って、デイゲスタ第四巻第八の十三の一（以下D四・八・一三・一と記す）を取り上げる。これはインテルポラチオを含んでいる。この点争いはない。その内容の真正については、争いがある。古典時代より後の法内容を記したものではないかと長い以前から疑われている。ともあれ、この法源から、Ziegler と Schmidlin はそれぞれ相反する結論を出している。D四・八・一三・一の文言の意味はつぎのようなものと思われる。その内容は、ポムポニウス（二世紀中期）が記したことにつき、ウルピアヌス（三世紀初期）が見解を述べているものである。できる限り語を追って訳しわたくしの個人的な解釈は施さない。

D 4, 8, 13, 1 (Ulp. 13 ed.): Idem Pomponius scribit, si de meis solis controversiis sit compromissum et de te poenam sim stipulatus, videndum ne non sit compromissum. sed cui rei moveatur, non video: nam si ideo, quia

de unius controversiis solum compromissum est, nulla ratio est: licet enim et de una re compromittere: si velo ideo, quia ex altera dumtaxat parte stipulatio intervenit, est ratio. quamquam si petitor fuit qui stipulatus est, possit dici plenum esse compromissum, quia is qui convenitur tutus est veluti pacti exceptione, is qui convenit, si arbitro non pareatur, habet stipulationem, sed id verum esse non puto: neque enim sufficit exceptionem habere, ut arbiter sententiam dicere cogatur.

D 四・八・一三・一　同じポムポニウスは記す。もし、私の紛争だけについて compromissum が存し、しかも、あなたから違約罰を私が要約したのであるならば、compromissum が存しないか否かが見られるべきである、と。しかし、彼がどんなことによって影響されたのか、私には解らない。[19] すなわち、もし、ただ一人の紛争だけについて compromissum があるのであるがゆえにというのならば、道理がない。なぜなら、一個の対象について compromittere することも許されているのだから。[20] もし、これとちがって、たんにいずれか一方の側だけから問答契約が介在するのであるがゆえにというのならば、道理がある。[21] しかしながら、もし、問答契約したものが請求者であったならば、完全な compromissum が存するということができるであろう、というのは、請求される者[22] はたとえば約束の抗弁のようなものにより保護されたものであり、請求する者[23] は、仲裁判決に従われない場合には、問答契約を持つからである、[24] というのであるとしても、しかし、それが正当であるとは私は考えない。なぜなら、仲裁人が判決を言渡すことを強制されるために、抗弁をもつことは足りるものでないからである。

(19) ポムポニウスの言い方に疑問を挾む余地が多いので、どんな理由で彼のような結論に至ったか理解に苦しむというのであろう。

(20) 春木訳前掲五二三頁によれば、《若し其の疑問が当事者の一方のみ問答契約に依りて罰金を諾約したりと云ふの点に存するときは之を問題とすべき理由あり。》当事者双方から違約罰の問答契約が交換されないと仲裁の基礎が成立しないから、ポムポニウスの疑問には道理があるという趣旨であろう。

(21) petitor. Monro, the Digest of Justinian, vol. 1, 1904 においては、the one, bringing the action; Otto, Schilling, Sintenis, Das Corpus Iuris Civilis in's Deutsche übersetzt, Band 1, 2 Aufl., 1839. においては、der Kläger; Hulot et Berthelot, Les cinquante livres du Digeste ou les Pandectae, tome 1, 1803 においては、le défendeur; F. Schulz, Einführung in das

Studium der Digesten, 1916 においては、der Kläger (S. 122)、春木訳前掲においては《原告》である。

(22) is cui convenitur. 春木訳前掲では《被告》。請求をされる者とは、訴訟において請求する者から相手方とされる者をいう。Ziegler は、Pomponius は、請求棄却の場合のために、請求しないという約束 (pactum de non petendo) が結ばれたことを念頭に置いていた、と解する (S. 52)。

(23) is cui convenit. 春木訳前掲では《原告》。

(24) 春木訳前掲においては、《原告は問答契約の罰金に対する権利を有するがゆえに……》。

7 Ziegler は、D四・八・一三・一に記されている exceptio pacti を、近代民事訴訟法にいうところの仲裁契約の抗弁ではないと見、つまり、仲裁付託の合意に基づくものではないと解し、仲裁被告の有利に言い渡され違約罰により保障されたところの仲裁判決に基づき、仲裁勝利被告に帰属する抗弁であると見て、仲裁付託の合意に比重が置かれなかったと見る[25] (S. 52)。Schmidlin (S. 438) は、D四・八・一三・一の中で、ポムポニウスが紛争についての compromissum と罰についての stipulatio とを全く自然に区別している点に着眼し、「たとえば exceptio pacti のようなもの」(たとえば……のようなもの＝veluti) を突込んで論じていることを、この分別なしにはできないことと見る。Wesener (S. 213) は、D四・八・一三・一が古典時代の後代に手入れされた疑があることを認めつつも、ユスチニアヌス前の時代に exceptio veluti pacti ex compromisso (仲裁付託に基づく準約束の抗弁) があったことと関係するという。また、Wesener は、D四・八・一一・三を基にして、古典時代にすでに違約罰を伴わない compromissum があったといい、Schmidlin は、違約罰を問答契約する代りに供託して compromissum を締結することがありえたことを指摘している (S. 437)。

これを要するに、Ziegler はD四・八・一三・一から仲裁付託合意に基づく抗弁が認められていなかったことを見

て、これを根拠として、pactum も存しなかったと見る。[26] Schmidlin は、compromissum が stipulatio から分別され、しかも、exceptio pacti が論じられていることから、exceptio pacti が論じられているからには、それは compromissum について論じられたと見て、exceptio がそこから産まれるべき pactum を compromissum の中に見る。compromissum の中に、古典時代に、pactum があったか否かが論争点の一つである。これにつきいずれの説が正当かはわたくしには判断できない。いずれにせよ、古典時代に続く時期には exceptio veluti pacti が認められている。しかも、compromissum に基づく (ex compromisso) 抗弁として認められている。この抗弁は、exceptio de non petendo (請求しないことの抗弁) であったのか、仲裁判断違反を主張する抗弁であったのか、仲裁契約違反を主張する妨訴の抗弁であったのか。わたくしの関心はむしろこちらのほうにあるのである。右の論争はこの問題を浮彫りにした。

(25) Ziegler はいう。古典時代の後の法においては、exceptio veluti pacti ex compromisso が存し、これは雑種的なもので、ギリシャの観念の影響をうけて、仲裁契約並びに仲裁判断と和解とを通俗的にあいまいに表現したことが反映している。veluti pacti exceptione の語を exceptio veluti pacti の意味に解することは決して必要不可決ではない。ポムポニウスは、ウルピアヌスが報せるところによれば、原告だけが請求の相手方から違約罰を約してもらった場合、たとえば (veluti!) 仲裁人から請求棄却と宣された被告が exceptio pacti により保護される場合にも compromissum が存することができる、という見解を公然と述べた。ポムポニウスはそう云って、請求をされた当事者のためにその勝利—仲裁人による請求棄却宣言—の場合に備えて、ひとつの請求せざる約束 (pactum de non petendo) が結ばれており、他方では、原告に有利の仲裁判断の履行が原告に罰契約によって保障されている、ようなケースを考えていた。ポムポニウスが仲裁の合意から発生する exceptio pacti を考えていたということを、われわれは、D四・八・一三・一から導き出すことはできない、と(S. 52)。ちなみに、Lemosse (ibid. p. 270) は、exceptio veluti pacti は古典時代には存しなかったことを認めるようである。

(26) pactum があるならば exceptio pacti が認められるべきところ、exceptio pacti が認められなかったがゆえに pactum は存しなかった、という推論の型に属するのであろうか。注 (17) 参照。

二　仲裁付託と抗弁

1　仲裁と訴訟のかかわりのうち、仲裁の基礎たる「付託の合意」と広義の「仲裁に基づく抗弁」との関係を知ることを本稿は目的とする。しかも、古典時代以後の時代におけるそれを対象とする。仲裁の抗弁の端緒たる exceptio veluti pacti はこの時代に認められたといわれるからである。それはヂオクレチアヌス（二八四―三〇五年）からユスチニアヌス（五六五年死亡）までの時期である。この時期において仲裁の抗弁の発展にとって関係のある背景はどんなものであったか。まずそれを概観する。

2　訴　訟

その明確な記録が十二表法（キリスト前四五〇年頃）に見られる legis actio は十二表法以後三百年余りの間に次第に不使用となり、leges Iuliae（キリスト前一八―一七年）によって廃止された。formula 訴訟は lex Aebutia（キリスト前一四〇年頃）によって認められ、約三百年の間に次第に不使用となり、formula を廃止した法律は見当たらないが、三〇三年に通常訴訟手続は消滅したといわれ、三四二年のコンスタンチウス帝およびコンスタンス帝の勅法は方式書訴訟が不使用に帰したことを明らかにするといわれる（船田五巻〔八五三〕二七五頁）。cognitio はキリスト紀元九年から一四年の間に発生し、その後しきりに発達し、通常訴訟手続の消滅によって唯一の訴訟手続となるに至った（船田同上）。

Kaser (Das römische Zivilprozessrecht (以下 RZ と略する), 1966) によれば、legis actio においては、exceptio の概念があったとは、確実にはいえない (S. 53)。方式書においては exceptio は例外条項の方式書への挿入という形をとったが、法律訴訟の方式の硬直さはこれを容れなかった (S. 53―54)。他方、訴えに対して抗弁事実でもって対抗

することができたという言い伝えがある（S. 54）。この場合の結果は legis actio の拒絶であったろう（S. 54）。方式書訴訟においては、exceptio は、方式書のなかに、請求表示（intentio）の後に挿入する条項で、その内容は有責判決の要件からの例外であり、法務官が、原則として被告の申立てをまって、例外的に職権で、その職権裁量により、これを認め、この挿入を原告に認めさせるものであった（S. 193）。

exceptio となるべき事実には、訴訟要件の欠缺となるべきものと、私権の欠缺となるべきものとがあった（S. 193）。今日訴訟要件と呼ばれているような要件の存在は法務官が自ら調査し、その全てが備わっているわけではないと認めるときは、アクチオを拒絶した（S. 179）。精密な証拠調べを必要とし、これが法務官の審理権限を超えるものであるときは、法務官は、アクチオを許すことはするが、しかし、exceptio を挿入して、審判人に、訴訟要件の一つが欠ける場合に被告を免訴すべきことを指示した（S. 179）。

3　契　約

stipulatio は、古典時代終了の後に、その形を変えた。その経過を Kaser（RPR, II, 2 Aufl., 1975）に依存しながら辿る。変化は、口頭の問答形式が債務の書面の作成によって駆逐されたことである（S. 374）。

共和政の終期にすでに、債務証書（券）というものがあった（S. 374）。その内容は、ある人が、他の人（または証書の持参人）に、受領した金員を返還する義務を負うことを示すものである（S. 374）。ギリシャ法によれば、この債務証書上の義務を訴訟により追求することができた（S. 374）。しかも貸金の現実の払渡しの有無を問わなかった、つまり、書面は現実に貸金の交付があったことの書面化であるとは限らなかった（S. 374）。このギリシャの模範に倣った債務証書は、非ローマ人とローマ人の間の信用取引の場合に、交付され、ローマの裁判所はこれを法的に拘束力があるものと見た。ただし、ローマ法は貸金の現実の交付または方式を遵守して結ばれた問答契約を必要であるとし

た (S. 374)。

stipulatio において証拠の書面を作成することは古くから習慣になっていた (S. 375)。証拠書面の作成は契約の有効要件ではなく、口頭の問答の代わりになるものでもなかったのであるが (S. 375)。しかし、裁判所は、多くの場合において、反証がない限り、この証拠書面が提出されると、当事者双方は口頭問答契約を方式どおりに締結したと結論した (S. 375)。とくにこのことにより、通常人は一般に書面にしておくことが有効性のために必要であると考えるに至った (S. 375)。アレクサンダー・セベールス（二二二—二三五年）からヂオクレチアヌス（二八四—三〇五年）の頃までの間、東方に限らないがとくに東方において、債務証書は、口頭の契約がなくても、権利根拠となる効力をもつという考えが広まった。そしてこれに対し、その間の法学者の解答は、口頭の文言形式のみに依るという古典時代の立場を擁護している (S. 375)。だが、書士が債務証書に〈stipulatio 文言〉なるものを附記する慣行が確立した (S. 375)。パピルスにその事実が見られる。この文言（《……は問いたり、……は答えたり》という文言）は、エジプトにおいて、constitutio Antoniniana（紀元後二一二年）の後の時期に、書面にされた義務をローマ法上訴求できるものにする目的をもって、一般的に用いられた (S. 375—6)。この慣行は上記の通常人の見解に近づくものであった (S. 375)。

これより後、古典時代の教説は力尽き、地方における通俗化の流れが優位に立った (S. 376)。西方の法源には、両当事者の出席を要する口頭の問答行為としての stipulatio の観念が、なお長い期間にわたり残存した (S. 376)。しかし、実務においては、この方式の履践の証明は棄てられ、書面にされた給付約束で足りた (S. 376)。書面約束があれば、問答形式がとられたとされた (S. 376)。このような発展の中で、〈stipulatio 文言〉なるものはその意味を失い、無くてもいいものになった (S. 377)。もっとも、その痕跡は中世の書面使用実務の中に保持されていた (S. 377)。存

続したものは単純な債務証書すなわち書面の給付約束であって、それは外見上も内面上も stipulatio を想起させるものではなかった (S. 377)。これに応じて、stipulatio という名称も、法律においても、西方の文献におけると同じく、間もなく、ほとんど全く用いられなくなった (S. 377)。spondere, promittere, polliceri という語が、テクニカルな意味をもつことなく、どんな約束についてもそれを示すものであった (S. 377)。ついで、cautio, instrumentum, documentum, chirographum という語が現われた (S. 377)。当時、pactum は、例外なく書面に作られ、訴訟可能の義務づけ原因として承認されていたが、この pactum に、前述の債務約束が近づいていた (S. 377)。

東方の実務においては、stipulatio 文言は、ユスチニアヌスを過ぎてもなお存した (S. 377)。問答儀式の口頭による履践は、東方においても、書面化の前に、後退していった (S. 377)。それは、空間的に西方より近いヘレニズムの影響の下で、おそらく西方におけるよりも早かったであろう (S. 378)。レオの（四七二年の—原田上〔一九三〕）法律は方式たる用語の使用をこれを最後と廃し、任意の用語で締結した契約を stipulatio として通用するものとした (S. 378)。ここにおいて、stipulatio は、東方においても、伝来的な書面に作られた債務約束—instrumentum, chirographum, cautio, scriptula, subscriptio と呼ばれ、すくなくとも pactum に近いところの約束—と重層を作った (S. 378)。

4　仲裁は、compromissum cum poena から compromissum sine poena へと移って行ったということができる。両者は併存したが、比重は、時代が進むにつれて、前者から後者に移った。前者は、いわば、方式を履践して結ぶ仲裁であり、後者は、いわば、無方式の仲裁である。そこにおいて方式とは stipulatio の方式をいうのであり、stipulatio の方式は poena 約束のために必要とされたのであった。したがって、方式履践仲裁は違約罰の stipulatio を含むもの、すなわち、いわゆる compromissum cum poena であり、無方式の仲裁は違約罰の stipulatio を含まないもの、

すなわち、compromissum sine poena であった。poena なき compromissum においては、とうぜんのことながら、その本質は仲裁付託の合意であった。ユスチニアヌスは、すでに古典時代以後において実務上通用していた compromissum sine poena を公認し（C（コーデックス）二、五五、五、Ziegler, S. 182)、後者を主とし前者を補充の制度とした。ただし、間もなく、元に復し、前者を原則形態とした。stipulatio が方式を失ない pactum との区別がなくなってきた状勢に応じて、stipulatio なき compromissum、すなわち poena なき compromissum が成立してきたのであり、stipulatio 方式によらないで書面約束としてなされてきたところの付託合意 compromissum が仲裁の基礎として比重を増したと見ることができよう (Ziegler, S. 181 参照)。広義の compromissum から stipulatio が脱離したものが成立したのである。そしてユスチニアヌスの時代には、古典時代の後の時代に compromissum と称されたものを pactio という語で称する例が見えている (Ziegler, S. 181 f., 186)。

compromissum cum poena においては、付託事案についての仲裁判断の言渡しの前に、訴えを提起した場合ないしは争点決定にまで至った場合に、これにより compromissum が解消することはなく、これにより訴えを提起したものに違約罰が帰属し、他方、訴訟は続行されうべきものとされた[27]（D四・八・三〇、Ziegler, S. 68, 77)。これは、ユスチニアヌスの頃には、仲裁契約から一方的に免かれるための違約金の性格を帯びた[28] (Ziegler, S. 240, 250, 286)。仲裁判断の言渡しがあった場合には、請求認容の仲裁判断の場合には、履行をしない者に対しては、actio iudicati（判決履行請求訴訟）は認められず[29]、違約罰を請求できるだけで、その手段として actio ex stipulatu[30] が認められ、請求棄却の仲裁判断の場合には、それにもかかわらず請求訴訟を起こすことは仲裁判断違背とされ[31]、訴え提起者に違約罰が帰属するとされた[32]。この場合に訴訟が進行することが許されたのかは明らかでない[33]。

compromissum sine poena においては、付託事案についての仲裁判断の言渡しの前に、訴えの提起があった場合、

今日のような訴え却下を求める抗弁はなく、poena compromissi もないから、訴訟の進行を止める手段はなかった。[34] 仲裁判断の言渡しがあった場合には、請求認容の趣旨のものである場合には、ユスチニアヌスは、請求者に、相手方から履行を求める手段として、一定の場合に、actio in factum を認めた。[35] 請求棄却の趣旨のものである場合には、請求者がこれにも拘らず請求訴訟を起こしたのに対して、相手方に、exceptio veluti pacti が認められた。[36] この exceptio は exceptio veluti pacti ex compromisso と呼ばれた。その根拠は、仲裁判断 (sententia arbitri) に基づくと考えられた。[37] これは実務により発生した。[38] 法学者が理論上考案し出すことができるものではなかった。[39] この exceptio はユスチニアヌスにより公認された。[40]

(27) つまり、近代法にいう妨訴の抗弁は仲裁付託に基づいては生じなかった。Tablae Herculanenses のうちの 82 pag. 4 の中に訴提起禁止契約が見られるという (Ziegler, S. 68)。この 82 pag. 4 は compromissum に関するもので、キリスト前七九年のものといわれる (Ziegler, S. 289)。Ziegler は、これを、仲裁手続開始前に約束に反して訴えを提起した場合に確実に違約罰が帰属することを目的としたものと解する (Ziegler, S. 68)。

(28) この罰金を支払う場合にのみ、当事者は訴訟に訴えることが許された、すなわち、仲裁判断の拘束力から解放されることができた (Kaser, RZ, S. 527)。Talamanca は、かくして、罰金は違約金に変化したと見ており、この説が多くの承認を得ている (Ziegler, S. 240)。罰金の支払いと訴訟の進行との関係が、互いに独立であったのが、前者が訴えの適法性の要件のようになったという変化にわたくしは注目する。違約金を払うまで応訴を拒絶することができたかはわたくしにはわからない。

(29) Ziegler, S. 137. 古典時代の法学者はこの点に私的仲裁の本質の顕われを見る。

(30) ユスチニアヌスの時代にも actio ex stipulatu がこの違約罰請求のために認められている。D四・八・二一・一二参照。Ziegler, S. 250.

(31) D四・八・二一・一《若し仲裁人がチチウスはセーイウスに債務を負はざるものと認むとの判断を宣言したるのみにして、セーイウスが請求訴訟を為すことを禁ぜざりし場合と雖も若しセーイウスが請求訴訟を為したるときは、其の行為は之を仲裁人の判断

に違反したるものと認めざるべからず是れオーフキリウス及びツレバーチウスの解答したる所なり。》（春木訳前掲五三〇頁）。Ofilius は紀元前五九年、Trebatius Testa は紀元前四二年に存した人である。Ziegler は共和政後期においてすでに右のごとくであったことを認める（S. 31）。

(32) Ziegler, S. 31. D四・八・二一・一。

(33) これをたしかめる資料をわたくしはまだ見つけ出していない。

(34) 後に述べるところの、exceptio veluti pacti は仲裁付託事件につき訴訟を起こすことを妨げるものではなかった（Ziegler, S. 183）。ユスチニアヌス時代においても同様であった。

(35) 仲裁判断に、actio ex stipulatu が poena の stipulatio の欠缺のゆえに認められない場合に、actio in factum を許したのはユスチニアヌスの創造である（Ziegler, S. 213）。一定の場合というのは、当事者双方が仲裁判断に服することを書面で表示した場合である（Ziegler, S. 214）。C二・五五・五。actio in factum については一2Cを見よ。

(36) 古典時代に compromissum に約束の抗弁が認められなかった。このことが古典時代の以後に、無方式の compromissum のために、準約束の抗弁が出現することに導いた（Ziegler, S. 51 参照）。

(37) 当事者双方が仲裁付託契約において仲裁判断に従うことを約したその仲裁判断に基づくのであって、仲裁付託自体に基づくのではないことに Ziegler（S. 183）は力点を置く。妨訴の効力はないのである。

(38) 古典時代以後の実務の創造であり、ユスチニアヌスの創造ではないと Ziegler（S. 183）は見る。

(39) 法学者は、compromissum からは exceptio pacti は産まれない、compromissum には stipulatio が必要であるということから脱け出せなかったようである。

(40) Ziegler, S. 247. C. 2, 55, 5, pr.

5　仲裁判断に基づき訴えの提起に抵抗する抗弁が、exceptio veluti pacti ex compromisso[41] と解釈されるのは前述のようにユスチニアヌス以前からである。古典時代には、前述のように、pactum (de non petendo) から exceptio pacti が生じた（一2C）。compromissum はこのような pactum には該当しなかった。だから、compromissum か

ら exceptio pacti は生じなかった（D四・八・二参照）。しかし、仲裁付託を基礎とする仲裁判断に請求棄却された原告が服しないときに相手方を保護する必要が compromissum sine poena の場合に存した。保護の手段は exceptio であった。そこで、古典時代以後の法実務は sententia arbitri と exceptio とを結びつけた（Ziegler, S. 184）のであると推測される。しかし、それは transactio（和解）ではないから exceptio pacti と結びつかない。sententia arbitri の内容と同じ内容の和解契約を（してこれによって仲裁判断を認証）するのではない（Ziegler, S. 184）から、exceptio pacti を認める要件事実がない。ギリシャ法には仲裁和解という制度があり、当事者間で結ばれた和解を仲裁人が仲裁判断として言渡すものであったが、ローマ法においては、こういうものは仲裁には該当しなかった[42]（Ziegler, S. 185）。ギリシャ法では右の仲裁判断により仲裁手続が終結した場合に、仲裁手続終結の抗弁が認められ、この抗弁は妨訴の抗弁であったといわれる（Ziegler, S. 161）。これは古典時代以後のローマ法に影響を与えたと Ziegler は見ている（S. 185）。こうして、sententia arbitri と exceptio を結びつけることは、当時としては、理論上無理であった（Ziegler, S. 183—4 参照）が、それでもなお結びつけるために、exceptio veluti pacti（準約束の抗弁）という概念を使ったのであると思われる（Ziegler, S. 184 参照）。約束の抗弁に準ずるもの（veluti pacti exceptione D四・八・一三・一参照）と準約束の抗弁とは概念上は同じではない（Ziegler, S. 52 参照）。前者よりも後者のほうが、しかし、内容がより明らかであると思われる。抗弁が sententia arbitri に基づくということと抗弁が準約束に基づくこととを結びつけるならば、それは、仲裁判断が《債務を負わざるものと認む》（D四・八・二一・一参照。注31）と宣言することと、このような仲裁判断に服するという合意とを、このような仲裁判断があったときは請求をしないことないしは請求の訴えをしないことの合意（準約束）を媒介として結合してはじめて可能なのではあるまいか[43]（D四・八・一一・三参照）。この合意は、和解に近い。和解は互譲により紛争を終了させ従前の請求をしないことを約するものであるとこ

ろ、右の合意は仲裁判断により紛争を終了させ従前の請求をしないことを約するからである。

和解は請求しないことを約するによって成立するが、仲裁においては、請求しないことを約するによって成立するのは仲裁付託であって、仲裁判断ではない。この違いがあるにもかかわらず、Ziegler はそこに仲裁判断と和解の混合を見る[44] (S. 185)。訴訟が起きたときに問題となる抗弁という点からは、請求しないことの約束という点において共通である点に着目すれば足りるというのであろう。この exceptio veluti pacti が ex compromisso（仲裁付託に基づく）といわれたのは、sententia arbitri が compromissum に基礎をもっているからであろう。

さて、ギリシャ法においては、仲裁手続終結の抗弁は妨訴の抗弁であった。準約束の抗弁は不請求約束の抗弁である。不請求とは請求権の放棄か、請求権不行使のことか、訴権の放棄（不起訴）のことか。いずれであるかの区別は成立していなかったことであろう。要するに、この抗弁が理由ありと認められるときには、アクチオが拒絶されたことであろう。したがって、仲裁判断のなかには、《訴うべからず》（D四・八・二九参照）と命じて《請求の訴えを為すことを禁ずる》（D四・八・五一参照）ものもあったが、《債務を負わざるものと認む》（D四・八・二一・一参照）との区別が exceptio veluti pacti の性格の区別をもたらすかどうかを問うことなく、いずれの場合にも、私権の欠缺の抗弁に属したと見てよいのであろう。

(41) D四・八・一三・一には veluti pacti exceptione の句がある（一6をみよ）。Ziegler (S. 52) は、これを exceptione veluti pacti の意味に理解しなければならない必然性はないという。注25を見よ。

(42) D四・八・一九・前文参照。ギリシャ法上の仲裁については、A. R. W. Harrison, The Law of Athens, 1971, Part III, Procedure により、ある程度知ることができた。そこには四世紀におけるギリシャの仲裁が、私的仲裁と公的仲裁とに分けて、簡単に描かれている（六四―六六頁、七二―七四頁、九七―一〇二頁、一三二頁、一四二頁、一四九頁、一五二頁）。

(43) D四・八・一一・三は春木訳前掲（五二二頁）によれば、《ポームポーニウスが其の著書に記すが如く仲裁契約は時として単純

なる約束に因りて成立す例へば当事者双方が互に債務を負担し仲裁人の判断に服従せざる者は自己の債権の目的に付て請求の訴を為さざるべきことを約束したる場合の如し。》Ziegler は、ポムポニウスは双互に違約罰を約することを双互に請求しないことを約することに置きかえた、と理解した（S. 52）。そうすると、いわゆる請求棄却の仲裁判断を受けた者が請求の訴訟をすれば違約罰請求訴訟が起こされるので請求の訴訟をする実益がない状態を、右の如き仲裁判断に従わなくても請求しないことにすることにより従ったのと同じ状態になることをもって置き換えたことになろう。

（44）わたくしが、Steinwenter, Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch und Vergleich nach griechisches Recht, 1925 を参照することができていないことを残念に思う。和解は和解前の請求については請求しないことを約するものである。仲裁は仲裁判断前の請求について（仲裁判断後は）請求しないことを約するものである、というとらえ方をしたもののようである。

おわりに

古典時代からユスチニアヌス時代を通して、仲裁付託は、仲裁人に裁判を付託することを約するものであって—仲裁人を選ぶことに比重が置かれ—訴訟の手段に訴えないことを約するものではなかったようである。仲裁付託の合意の中に訴訟を対象とする合意は含まれていなかった。また、その間に請求に関し争いがある当事者が当該争いを仲裁に付託することは、当該争いの解決手続の一環たる意味を法律上もつものでもなかった。だからこそ、仲裁付託に基づいて妨訴の抗弁をするという観念が産まれなかったのであろう。ところが、仲裁付託は仲裁人に裁判させることを内容とする両当事者の合意である。仲裁人に裁判させるということは、私的財産権の発生・消滅をもたらすことではない。だからこそ、仲裁付託が pactum と称せられるに至ったほどに、仲裁付託と pactum の区別が薄くなったにもかかわらず、仲裁付託に基づき一方当事者が他方当事者に付託上の義務の履行を求めるアクチオとか、請求の訴訟において仲裁付託に基づきアクチオ拒絶を求める抗弁とかいう観念が産まれなかったのであろう。アクチオを拒絶する

には exceptio de non petendo が必要であったが、仲裁付託は請求の訴訟をしない趣旨ではなかったからである。こうして、仲裁手続は訴訟の開始進行を妨げるものではなかった。だが、仲裁判断があったときは、これにより処理された請求についての訴訟に影響がないというわけにはいかない。仲裁判断により債権が認められた者は、任意の履行をしない債務者に対して、actio ex stipulatu または actio in factum が認められたが、actio in factum の場合には請求に基づく actio と競合したといわれる。仲裁判断により債務を負わないとされた者が請求につき訴訟を起こされた場合が—actio ex stipulatu ができない場合に—問題である。sententia は pactum ではないから exceptio pacti がこれから産まれることはなく、sententia arbitri は訴訟の判決ではないから、これに基づき litis contestatio の効力を認めるとか exceptio rei iudicatae を認めるというような観念を容れる余地はなかったであろう。sententia arbitri は私法上の法律効果に結びつけられうべき要件事実ではなかった。しかし、exceptio を認めるには右の如き要件事実が必要である。そういうものとしては pactum de non petendo が望ましい。仲裁付託の合意の中に、債務を負わない旨の仲裁判断ありたることを停止条件とする、請求しない旨の約束を見ることができれば目的が達せられる。仲裁付託の合意が仲裁判断に服する旨の合意を含むことは容易にこれを認めることができる。仲裁判断に服することは《債務を負わざるものと認む》という判断に従うことである。これは手続法的な拘束である。この拘束を受けることは債務の履行を求める訴えをしないことにほかならない。この請求をしないということを約束にまで高め、これによって exceptio を可能にした。これはいうなれば手続法的な拘束を契約上の＝実体法上の拘束に転化したものである。だから、そこからは、exceptio pacti ではなく exceptio veluti pacti が産まれるとされたのであろう。ここに、訴訟法と実体法との架橋の一例を見る思いがする。

exceptio veluti pacti ex compromisso

Noboru KOYAMA

Je m'interesse à la question de savoir comment l'exceptio veluti pacti ex compromisso était reconnue dans le droit romain post-classique.

Dans le droit romain classique une des exceptios pacti provenait du pactum de non petendo. N'étant ni stipulatio, ni contractus consensus, ni pactum non plus, le compromissum ne pouvait pas produire l'exceptio pacti.

Au temps post-classique l'usage du compromissum sine poena était important. Il fallait qu'à la sententia arbitri sur la base du compromissum sine poena soit donné certain effet légal, surtout en vue du cas où le perdant, nonobstant la perte déclarée dans la sententia, intente de nouveau une action en justice au tribunal ordinaire. Cela devait être une exceptio. La sententia arbitri, n'étant pas transactio, ne pouvait pas être liée théoriquement avec l'exceptio pacti.

Il me semble que le génie des juristes post-classiques liait la sententia arbitri avec une exceptio par l'intermédiaire de l'idée de pactum de non petendo ; le compromissum entre les deux parties était de promettre réciproquement de soumettre leur contestation à la décision de certains arbitres, dans le compromissum était contenu inévitablement le promis de se soumettre à la sententia arbitri et ce promis devait vouloir dire que le demandeur ne demandrait plus si la sententia déclare que le défendeur n'a plus de dette.

Il est à présumer que les juristes post-classiques croyaient qu'à cette situation peut être appliquées les règles propres au pactum de non petendo, et que mais ils ne pouvaient pas y reconnaître une pure exceptio pacti. C'est pourquoi que pour reconnaître une exceptio comme basée sur la sententia arbitri, ils l'appelaient exceptio *veluti*

pacti.

La sententia arbitri devrait avoir la nature judiciaire. Mais l'exceptio veluti pacti, en tant qu'elle empêche le demandeur de prétendre sa créance, a le caractère de fond. On y voit alors que l'exceptio veluti pacti est un pont construit entre le droit de procédure et le droit de fond.