



Title	仲裁法の沿革の概観とその余恵
Author(s)	小山, 昇; KOYAMA, Noboru
Citation	北大法学論集, 29(3-4), 1-52
Issue Date	1979-03-12
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16261">https://hdl.handle.net/2115/16261</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	29(3-4)_p1-52.pdf



# 仲裁法の沿革の概観とその余恵

小 山 昇

## 目 次

- まえがき
- 一 ローマ法
- 二 普通法
- 三 仲裁法の沿革の概観の余恵
- あとがき

## まえがき

本稿は仲裁法史の研究という大げさなものではない。現行仲裁法の解釈に役立つかも知れないという期待と制度の祖先を調べる興味に導かれて、少しばかり文献に当たって見て、その結果得られた事実を記録したものに過ぎない。ラテン語もギリシヤ語も中世ラテン語も十分に解説することができない者が、僅かばかりの文献に頼って収集した法事実は、誤解を内含して認識されたものである部分が少なくないであろう。この点からは、本稿は未発表にして年月を重ねて誤りなきを期すべきものであろう。しかし、仲裁法の分野においては、わが国において、このような貧しいも

説  
のさえ公刊されたものの中に見当らない。してみれば、こういふものでも、人の眼に触れる状態に置けば、これを修正しようとする意欲を起させることになり、ひいて、あまりにも関心の外に置かれているわが国の仲裁法研究に、前進のきっかけを与えることになるかもしれない。

現行民事訴訟法の第八編仲裁手続の規定は明治二三年（一八九〇年）法律二九号の第八編仲裁手続の規定のままであるといつてよい。明治二三年法律二九号の第八編の規定はドイツ一八七七年一月三〇日ZPOの第一〇編仲裁裁判官の手続の規定の翻訳であるといつても過言でない。<sup>(1)</sup>

ドイツ一八七七年ZPO第一〇編は、当時におけるラントを超える経済取引の発展が十分に効果のあがる統一的な仲裁制度を必要とし、これに應えるべく極めて簡単で実用に向いた仲裁制度を—基本的には普通法の発展として—制定したものである。<sup>(2)</sup>

ローマ法とカノン法とから成る普通法において、仲裁はカノン法の基盤に乗ってドイツに入り、和解的なカノン法の仲裁と裁判的なローマ法の仲裁とは異なるので、普通法上の仲裁はこの両者の葛藤の歴史の所産である。<sup>(3)</sup> インドゲルマン族は公法私法未分の時代に仲裁制度をもったといわれるが、<sup>(4)</sup> このころの仲裁が普通法上の仲裁とつながりをもつかどうか筆者には明らかでない。

## 一 ローマ法<sup>(5)</sup>

### 一 私的仲裁の起源と共和政後期

ローマにおける私的仲裁の起源は明らかでないが、社会が組織されて法をもつに至った時代から国の裁判制度と並

んで存していたのであり、方式書手続の導入の時期には既に存したが詳細は明らかでなく、手掛りになる最古の確かな資料は、紀元前二世紀に存したと推定されるところの、レーネル（一八四九—一九三五年）が再構成した法務官告示である。<sup>(6)</sup> この告示は、仲裁の任務を承諾した者が仲裁裁判をしないときは、違約罰が *stipulatio* の方式で約されている場合には、法務官が自ら直接に金銭罰を課しその執行（財産差押）をすることによって仲裁裁判をすることを強制する旨を宣言したものである（Ziegler, 注5, s. 7, 203. 以下単に頁数を示す）。キケロ（前一〇六—前四三）の時代には仲裁制度は広く利用された（二五頁）。その原因は、内乱の始まり以来のローマ社会構造の動揺と政治化し腐敗した司法への不信にあったが、ローマの支配下に入った異民族にローマ市民権が賦与されてその故郷の法と異なるローマ法が彼等を訴訟の危険から庇うという事情にも存した（二五頁）。共和政後期に含まれるキケロの時代には、法務官による強制は後退し、違約罰の問題が表に出ており、しかも違約罰の帰属という形で表に出ている（一七頁・三三頁）。すなわち、いかなる場合に両当事者が *stipulatio* により約した違約罰が帰属するかが問題であった。<sup>(7)</sup> 簡潔な文体の法務官告示が実際に機能するには補完が必要であって、法曹がこの補完の仕事を、問題が生じてから事後的に法的評価を下すというやり方ではなく、事前に予防法学的に社会的需要に応ずる種々の *stipulatio* の方式を起草するというやり方で、行なった（*Kaularpraxis, Kaularjurisprudenz*）（二八三—四頁）。

## 二 古典時代

古典時代（アウグストゥス—ハドリアヌス—デオクレチアヌス）には仲裁付託はまだ前記法務官告示の枠内にあり、当事者双方が違約罰を約する（*stipulatio* により）ことを本質とし、<sup>(8)</sup> 違約罰は当事者が仲裁判断に従わない場合に備えるものであった（五九・九三・二八三頁）。ただ、違約罰として金銭でなく物の給付を約することが認められた（五四・五五・九二頁）。仲裁付託の効果として生ずるものは、従って、違約罰請求権であり、（約束の）抗弁は発

生しなかった。仲裁付託は債務を産まなかった（五九頁）。当事者につき存する事由に因り仲裁付託の効力が否定される場合が認められたが否定の態様は法務官が仲裁人を強制しないあるいは強制の要請を拒否する若しくは仲裁判断不遵守に違約罰の帰属を認めないというものであった（五五―五八頁）。仲裁人につき存する事由（注6参照）に因り仲裁人強制ができない場合が認められたが、この場合になされた仲裁判断に通用力がないというのではなかった（五八・五九頁）。

永久告示録（一三〇？）が編集された古典時代後期（ハドリアヌス―デオクレチアヌス）は法学隆盛絶頂期といわれ（原田慶吉、ローマ法上巻〔九〕）、すでにこの時期にあらゆる階層の人に利用された仲裁制度については、もっぱら実務の面で（一四五頁）、法曹法として（二四九頁）細目が明確にされている。傾向としては、仲裁制度を公の秩序にとりこみ公的に規制する傾向が見られ、それが当事者の自由の制約に反映している（二八四―五頁）。

1 仲裁付託の必要的内容 仲裁付託が効力を生ずるのに必要な内容は、①仲裁人を指名して裁判権能を託すること、②仲裁判断をなすべき紛争を特定すること、③違約罰の額とその帰属の条件を定めることであった。

①仲裁付託が仲裁人の裁判権<sup>(12)</sup>を発生させ仲裁人の裁判権能の範囲を画した<sup>(13)</sup>（六一・二八四頁）。仲裁人の指名がないときは法務官が仲裁人を強制する根拠がなく、この意味で仲裁付託は無効である。仲裁付託は当該仲裁人のみへの付託である（六一頁）。複数の仲裁人を指名することは適法であった<sup>(14)</sup>。stipulatioは当事者が各自行なうが、実際にはこれに先立ち、当事者双方の間に仲裁人の指名について的一致があった（六〇頁）。

②仲裁付託は個別の事件ごとになされるのが通例であった（六三頁）。発生している紛争事件の全てにつき一個の仲裁付託をすることは許された（六二頁）。その仲裁付託には仲裁付託後に発生した事件は含まれないとされた（六二頁）。しかし将来の紛争について仲裁付託ができないわけではなかった（六二頁）。仲裁に付託される紛争を特定し

て示す方法は訴状への表示と同じであることは要しなかった(六二頁)。

③ 違約罰は原則は金銭罰でその額は一定していなければならなかった(六三頁)。仲裁付託は違約罰の要件であったから、違約罰帰属の条件を定めることは仲裁付託の不可欠の要素であった。<sup>14)</sup>

2 仲裁付託の任意的内容 仲裁付託においては、① 審理の期日、仲裁期日延期権能、② 審理の場所、③ 当事者の出頭、④ 仲裁付託の保障の手段、⑤ 訴え禁止、⑥ 仲裁相続、などを定めることがあった。① 審理の期日については特定日を約することもあり、仲裁判断をなすべき一定期限を約することもあった(六五頁)。約定期の徒過により仲裁付託は失効し徒過後の仲裁の審理判断は仲裁付託なき仲裁判断として通用力を有しなかった<sup>15)</sup>(六五頁)。② 仲裁付託において審理の場所を約さない例は少なくなかった(六六頁)。この場合には特段の事情がないかぎり仲裁目的に即して典型的当事者意思が推測された(六六頁)。その結果仲裁契約が結ばれた地がそれであるとされることが多かった(六六頁)。それより細目の具体的場所は仲裁人に一任された(六六・一三二頁)。③ 当事者の出席は古典時代においては審理の要件ではなく仲裁判断言渡の要件であった(六七頁)。この意味で仲裁付託の中でこの要件を免除することが許された(六七頁)。④ 仲裁付託を保障する手段は違約罰であるが、このほかに宣誓、保証人による保証、仲裁人を係争物保管人(*sequester*)に選定すること、悪意の約款(*clausula doli* 注34 参照)なども行なわれた(六八・七二頁)。⑤ 訴えの禁止を仲裁付託の中に一条項として約することは仲裁人の就任承諾と仲裁人の活動開始の間に訴えが提起されるのを防止するために違約罰の帰属をこの場合にも認めようとする工夫であった。<sup>17)</sup>⑥ 仲裁付託は付託者死亡により消滅した(七〇頁)。しかし仲裁付託中に相続人が(承継する旨が)言及されている(*heredis mentio*)と<sup>18)</sup>きは消滅しなかった(七〇頁)。

### 3 仲裁付託の効力の消滅

仲裁付託は次のような原因により消滅した。① 仲裁判断日の徒過(六五・七三頁)、

②当事者の①死亡、③仲裁付託後の無能力、④総財産委付 (bonorum cessio) (七三頁)、③仲裁人の④死亡、⑤仲裁任務不承諾、⑥当事者による仲裁人忌避<sup>(18)</sup>、④紛争の消滅 (和解または係争物の解消による)、⑤仲裁付託後における④違約罰帰属の確定、⑥違約罰の免除、⑦条件付違約罰における条件不成就の確定、⑧請求しない旨の約束、⑨仲裁付託後における、①訴訟により解決する旨の当事者の合意、⑩他の仲裁人による旨の当事者の合意、⑪法務官が仲裁人を強制できない事情 (注6 参照) の発生、⑫事件についての終局判決の言渡 (七三―七七頁)<sup>(19)</sup>。

4 仲裁の受諾 仲裁の受諾は仲裁人が仲裁当事者双方に対して裁判をすることを承諾する方式自由の義務<sup>(20)</sup>である。仲裁人と当事者の間に生ずる関係は契約関係には該当しない (八〇頁)。仲裁人の義務不履行に対しては当事者は仲裁人に対し *actio* を有せず (二八四頁)、法務官に強制をする権能の発動を嘆願することができるに止まる (七九頁)。仲裁の受諾は仲裁付託を受諾するのであるから、仲裁付託が効力が消滅したときは受諾の効力も消滅する (八四頁)。仲裁判断をしたときは任務終了により仲裁受諾は消滅する (八四頁、例外あり。七九・九〇頁)。だから、仲裁人が仲裁判断の変更をすることはできない (八四頁)。

5 仲裁の制度の保障 仲裁の制度は、①法務官が仲裁人を強制すること、②違約罰、③その他の当事者の行為により保障された。

①強制 法務官は仲裁の適正な進行を図るため手続のどの段階にも介入した<sup>(24)</sup> (八九・九〇頁)。仲裁人に任務懈怠があるときは当事者の申立を待って最後の手段として罰金を課しその執行として財産差押をした (八五頁)。仲裁を許すべからざる場合には例外的に職権でこれを禁止した (八六頁)。仲裁受諾後に生じた事由が仲裁人の任務懈怠を理由あらしめると法務官が判断するときには右の強制手段はとられなかった。仲裁人が宣誓により事実関係不明と述べるときは熟慮期間を法務官が与えた (八九頁)<sup>(27)</sup>。

② 違約罰 元來は仲裁判断に服しない場合に備えた罰であった(九三・九六頁)。しかし、仲裁人の仲裁手続上の命令指令に服しない場合にも適用された。敗者が仲裁判断に服することは勝者の利益であるがこの利益がいかにどうかを問うことなく違約罰が機能すべきものとされた(九二頁)。違約罰の実現は当事者が訴求することによってなされた。<sup>(30)</sup> この訴訟において相手方は違約罰が帰属すべきでないことを抗弁によって主張できた。<sup>(31)</sup> 違約罰は仲裁付託の当事者にのみ適用された。<sup>(32)</sup> 違約罰の実現は原則として仲裁人を解放した。<sup>(33)</sup>

③ 当事者の行為 当事者の行為としては、④宣誓、⑤悪意の約款、⑥保証、⑦係争物保管人の選定があった。宣誓は仲裁人の宣誓もあつた(一〇四―八頁)。<sup>(34)</sup>

#### 6 仲裁手続当事者の能力・適格

① 当事者について ④ 仲裁付託能力、仲裁手続行為能力の基準は民法に従い、これに訴訟法の観点が加えられた(一〇九頁)。⑤ 奴隸は絶対に仲裁付託無能力であり、<sup>(35)</sup> 家子は仲裁能力を有し家子の行為につき家子の特有財産の限度で家父が責任を負つた(一一〇頁)。精神錯乱者は仲裁無能力で curator (保佐人) が行為した。<sup>(36)</sup> 未成年者は仲裁能力を有しないわけではないが後見人の同意を要した(一一一頁)。<sup>(37)</sup> 婦女は intercessio の禁止に<sup>(38)</sup> 触れるときは仲裁付託能力がなかった(一一二頁)。⑥ 仲裁当事者が財産委付 (cessio bonorum) <sup>(39)</sup> により無資産となつた場合または破産した場合には法務官強制はない(一一二頁)。⑦ 仲裁当事者が政府機関高官として派遣された場合 (legatus) には法務官強制はない(一一三頁)。<sup>(40)</sup> ⑧ 前記保佐人及び後見人は法定代理人であるが、都市または法人が訴訟人 (actor) を設置することは仲裁についても認められこれも法定代理に該る(一一四頁)。⑨ 委託事務代理人 (procurator) は仲裁手続代理についても認められた。<sup>(41)</sup> (一一四頁)。⑩ 弁護人 (advocatus) が補佐することが代理とは別に認められた(一一五頁)。

② 仲裁人について 一般的には仲裁人資格は裁判官資格基準を基準として、それを多少緩めている(一一五―六

頁)。①奴隸、精神錯乱者、聾者、啞者、被後見未成熟者（原田上巻〔四五〕参照）、二十歳以下の者には仲裁人資格が認められなかった。②二五歳未満の者が無思慮に仲裁を受諾した場合は法務官から原状回復の救済を受けることができた（一一二・一一八頁）。③訴訟係属事件担当裁判官に当該事件の仲裁付託をすることはできなかった。紛争当事者の一方にその紛争の仲裁を付託することは認められなかった。婦女に仲裁付託をすることが認められたか否かについては資料不足であるといわれている。執政官や法務官が仲裁付託を受けてなした仲裁判断は通用力が認められた。④その他、家子、自由身分に解放されたもの、名誉喪失 (infamia) (宣告を受けた) 者、品位卑賤 (turpitude) (とされた) 者に仲裁付託をすることは無効ではない。（一一二—一二頁）。

7 仲裁人の複数 複数の仲裁人を選ぶことは認められた。数人の仲裁人に合一にのみ仲裁権能を与えることも各自に連带的に与えることも認められた。いずれか不明の場合には合一にのみ与えられたものと扱われた（一二三頁）。

8 仲裁事件適格 仲裁事件適格は事柄の性質に基づきケースバイケースに定められた（一二六頁）。①公刑罰事件、名誉喪失宣告事件、自由人か奴隸かを確定する事件、国民訴訟事件、原状回復事件は仲裁に親しまないとされた。要するに訴訟で裁判官が和解裁判官として処理できる事件につき仲裁がとくに多く利用された（一五六頁）。②被相続人と仲裁付託した者が起こした相続を争う訴訟の係属中は、この妨げとなる仲裁判断を控えるものとされた（一二八頁）。

9 仲裁の手續 ①期日 ①期日は審理裁判の日をいう。仲裁付託の中で約定されるのが通例であった（一二九頁）。一定の一日が約定されることができた。②一定の一日が約定されたときは期日延期の必要に対処した。仲裁付託の中に仲裁人に期日延期権能を与える条項を約することができた（六六・一三〇頁）。仲裁人が新时期日を定めるに

は両当事者の同意を要した（二三〇頁）。仲裁人が事実不明に因り裁判できない場合については注27（一三〇頁）。  
 ㊦期日の指定を仲裁人の権能とすることが仲裁付託に約定されているときは指定を取消して別の期日を指定すること  
 も仲裁人に認められた（一三一頁）。㊧訴訟の裁判をしない法定の休日祭日には仲裁もできなかった（一三〇頁）。そ  
 の日にしないと仲裁付託が消滅する場合には仲裁判断をその日にすることが許された（一三〇—一頁）。㊨期日への  
 呼出は口頭または書面でなされた（一二九頁）。㊩場所（仲裁法廷地については2㉒をみよ）。㊪審理裁判方式 審理  
 及び仲裁判断言渡は両当事者及びその法定代理人の出席の下で（1の㉓及び6をみよ）口頭でなされるのが原則であ  
 った（一三二—三頁）。㊫手続法規範 依るべき手続法規は仲裁付託に約定されたものであり、民事訴訟法に依るこ  
 とは強いられなかった（一三三頁）。㊬証拠 証人、書証の例が見られる（一三三頁）。㊭仲裁人の手続罰権能 古典  
 時代にはそれは一般的ではなかったといわれる（一三四頁）。

10 仲裁判断 ①仲裁人が複数存し全員一体として判断すべき場合に見解が分れたときは多数決によった（一三  
 五頁）。可否同数の場合にどうなるかは明瞭ではなかった（一二五頁）。仲裁判断の言渡により手続は終結し仲裁人の  
 任務も終了する（一三七頁）。だから仲裁人は自らその仲裁判断を変更できない（一三七頁）。かといって上訴の制度  
 は存しなかった（一三七・二八四頁）。②仲裁判断は付託された紛争の全てを終局的に解決すべきものであった。①  
 仲裁判断の正文は新たな紛争を生じさせないほどに明瞭であるを要した（一三六頁）。㊰仲裁判断の判断基準は客観  
 実体法に厳格に拘束されるというのではなかった（一三六頁）。㊱仲裁判断の正文の形式は給付を命ずるか、給付義  
 務なしと宣言するか主張した給付の再度の請求を禁止するかであった（一三八頁）。㊲給付の目的物は通常金銭であ  
 ったが、奴隷の引渡、不動産の占有の移転の例も見られた（一三八頁）。その他、保証を立てること、あるいは保証  
 人を立てることを命ずる例及び裁定附与（*ad iudicatio* 原田前掲下巻〔四四〇〕）をする例も見られた（一三九・一四

○頁)。違約罰給付義務なしとの仲裁判断は無効とされた(一四〇—一頁)。③仲裁判断の解釈は当事者の一方が違約罰を請求するときに必要であった(一四一頁)。仲裁判断の実現のために為すべきことを全てなすときは違約罰は帰属しない。仲裁判断の中で給付の履行期日を定めていない場合には相当の期間内に履行されないとときに違約罰が帰属すると解された(一四一—二頁)。④仲裁判断は訴訟の判決と異なりこれに基き *actio iudicium* が認められるものではなかった(一三七頁<sup>(68)</sup>)。仲裁付託紛争の下にある請求権のうち仲裁判断をされたものだけにつき仲裁判断の効力が生じた<sup>(69)</sup>。

11 仲裁と訴訟 仲裁は訴訟の起源ではないが仲裁が訴訟に影響したことは考えられる(一六二頁)。古典時代の方式書訴訟においては、当事者が裁判官を選び裁判官は衡平と合目的性の見地に立ち裁量により判断しそのせいか *arbiter* とも呼ばれた。しかし、裁判権能の根拠が法務官の命令にあり、法務官が付与した方式書の枠に拘束され、厳格な手続原則及び判決の効力に縛られる点で仲裁とは同じではなかった。古典時代の特別訴訟手続(紀元後九—一四年にある種の事件につき用いられ、古典時代の終りとともに通常訴訟手続が消滅してこれに代る唯一の一般的訴訟手続になった *cognitio* 手続)は官吏たる裁判官が職権で訴訟を一貫して掌理し上訴も認められた点で仲裁との類似点は殆んど無くなっていた(一六一—三頁)。

### 三 古典時代の後の時期

古典時代に続くデオクレチアヌスからユスチニアヌスまでの時期はローマ帝国の分解過程であった(原田前掲上巻(一))。この間に、ギリシャ法の影響とキリスト教理の影響が見られる(原田上巻(一)(二))。ローマの法発展はその一貫の線を失った<sup>(66)</sup>。仲裁に関しては、①仲裁の国家制度化、②仲裁付託からの違約罰の離脱、③ *stipulatio* と *pactum* の別の消滅の仲裁付託への影響、④請求棄却の仲裁判断を得たものの保護などが、古典時代に比べて目立つ。

1 仲裁の国家制度化 古典時代の勅法とコンスタンチヌス帝(三〇七—三七七)の後の絶対専政皇帝法律とを比べると、古典時代には単なる私的な事柄に止まっていた仲裁が国家の承認する紛争解決方式として国家制度化されていることが認められるといわれる(一七七—八頁)<sup>(61)</sup>。

2 仲裁付託からの違約罰の離脱 古典時代には違約罰は依然として仲裁付託の本質的な要素であった(注8)。ところがその後の時代には、仲裁協定と違約金約束とが分離して觀念され(二七九頁)、仲裁付託に違約金約定が含まれるのが常則的ではあったが、違約金約束は附屬の保障手段の地位に陥落していた(一八一・二八五頁)。のみならず、違約金約定を含まない仲裁協定が結ばれる実例があり、これが法的効果をもつものとして扱われた(一八二頁)。

この時代には、司教の聴訟裁判権<sup>(62)</sup>(*episcopalis audientia*)やユダヤ司祭の特別裁判権<sup>(63)</sup>が国の承認を受けていたが、その紛争解決様式は仲裁に類するところがあったので、これらをも仲裁付託(*compromissum*)と呼ぶ例が現われ、仲裁付託の概念は一面では各種仲裁を統括する概念になったが、他面では通俗概念になった(一八六—七・二八五頁)。

3 *stipulatio* と *pactum* の別の消滅の仲裁付託への影響 債務約束の形態は古典時代終了後 *stipulatio* から書面約束に変わった(Kaser, 注60, §263)。それは西ローマでは書面による *pactum* と区別のつかないものであった(一八一頁)。これが書面仲裁契約の実務を開いた(二八一頁)。そして、仲裁契約が *pactio* という語で示される例が出た(一八二・二八五頁)。

4 請求棄却の仲裁判断を得た者の保護 違約罰約束を含まない仲裁付託に基づく仲裁判断が請求棄却の判断であったにもかかわらず、請求につき訴えが起こされた場合に、被告に仲裁判断済みの請求についての訴え禁止の抗弁<sup>(65)</sup>(*exceptio veluti pacti ex compromisso*)が実務上認められた。

5 仲裁と訴訟 この時代には当事者は欲する裁判官の裁判を受けることは困難であり、訴訟手続は専門家の助けを必要とするほど煩瑣となり、法律が概観できぬほど無整理で裁判が頼りないものに思われ、訴訟が金のかかるものになっていった。こうして司教による世俗民事事件の聴訟は人々の信頼を増し実際上の重要性を増した（一九九・二八六頁）。だが司教の聴訟は紛争両当事者の任意に基づかない場合がないわけではなかった（同上）。この点平和的な紛争解決を真に自由な合意により求めることを欲する者にとって仲裁は利点があり普及した（一九九・二八六頁）。ただし経済的弱者が仲裁付託に追い込まれることがないではなかった（二〇〇頁）。仲裁も司教による聴訟もラテン・ローマの法伝統を有しない民族にとっては紛争解決の効果的な手段であった（二〇一頁）。

#### 四 ユスチニアヌスの時代

ユスチニアヌスの時代の仲裁はその直前の時代の仲裁を基本とした（二二七頁）。しかし、この私的紛争解決制度に公的性格を付与する方向に向った（二八六頁）。たとえば仲裁人は国の統一的な裁判官職に属する一員と見られた（二八二頁）。他方、任意の司教聴訟は教会裁判権の確立とともにその重要性を減じた（二三七頁）。また、ユダヤ司教裁判権が従来無条件に承認されていたが、この無条件承認は否定された（二三八頁）。

1 仲裁付託 仲裁付託は違約罰条項（これはすでに附属物に墮していたが）を含む書面または無方式口頭の仲裁付託契約（*stipulatio* を要しない）であった（二四六頁）。違約金約定を含まない仲裁協定はすでに直前の時代において実務となっていたが、ユ帝法はこれを認めこれに *exceptio veluti pacti* が与えられた。しかし、それ以上の発展は見られなかった（二一三・二四七頁）。ユ帝は宣誓により強化された仲裁契約に基づく仲裁判断に *actio in factum* を認めたが、十年後には宣誓による強化に与えられた特別の効果を廃止した（二〇七・二〇九・二四〇・二四八・二八六頁）。仲裁人の仲裁受諾は古典時代と変らないものであった（二四八頁）。

このほかに、ユ帝は、明確な仲裁協定が存しない場合になされた仲裁判断に、一定の宣誓による保障が存する場合に、効力を認め<sup>(72)</sup>た。これもしかし仲裁契約の宣誓による強化の効果の廃止とともに廃止されたと見られている(二〇八・二四八—九頁)。

2 仲裁判断の事後承諾 仲裁判断後に当事者双方または給付を命ぜられた当事者がこれを書面(仲裁判断書に記載する)により承諾する(つまり履行約束をする)とき、権利を認められた者に仲裁判断の履行を可能にする *actio in factum* (執行訴権) が認められた(二一〇・二四九・二五一頁)。ユ帝は、宣誓による強化・保障を受けない、手続を経た仲裁判断につき、当事者の一方が仲裁判断言渡後十日以内に相手方当事者または仲裁人に異議 (*attestatio*) を申立てない場合に、仲裁判断の黙示の承認を認め<sup>(73)</sup>た(二一二・二一四・二四九頁)。

3 仲裁の保障 ①仲裁受諾をした仲裁人を受諾した任務の遂行に強制することは前の時代と同じであり、かつては法務官が強制したがこの時代には裁判官が強制した(二五〇頁)。②違約罰実現のため *actio ex stipulatu* が認められることは維持された(二五〇頁)。違約罰金を支払うことによって仲裁手続から免れることが法律的に適法となった。違約罰は罰ではなく契約から一方的に解放されるための違約金の性格を帯びた(二四〇・二五〇・二八六頁)。③前述のようにユ帝は単純合意に基づく仲裁判断につき *actio in factum* を認め<sup>(74)</sup>た。これも *exceptio veluti pacti* とともに違約罰の保障がない場合の保障手段であった。前者は仲裁原告に有利の仲裁判断の場合に後者は仲裁被告に有利の仲裁判断の場合に機能した。④宣誓による仲裁契約、宣誓による仲裁判断断の場合に後者は仲裁被告に認められたが十年後に宣誓による強化の効果は廃止された。*clausula doli* (注34参照)、保証人を立てること、仲裁人を係争物保管人とすることは維持された(二五二頁)。

#### 4 仲裁手続の主体

①仲裁の当事者とその代理についての規制は基本原理において古典時代の規制を範とした

(二五二頁)。②仲裁人資格・適格に関する規制も古典時代の規制と本質的には一致するものであった(二五三頁)。ただ、婦女の仲裁人資格は明確に否定された(二二二・二五三頁)。③二人の仲裁人の見解が一致しないときは *praetor* はその判断に服すべき第三者を選ぶことをその二人の仲裁人に強制するものとされた(二五三頁なお注55)。ユ帝は仲裁が効果をもつ方向に仲裁を強化した。

5 仲裁の対象 ①仲裁事件適格の基準は原則において古典時代のそれと同様であった(二五三頁)。古典時代と異なりビザンチン時代には後見事件が仲裁に親しむかが争われた(二五三頁)。ユ帝は原状回復訴訟を認めるとともにそれが仲裁に親しまないことも確認した(二五四頁)。

6 仲裁手続 ユ帝は仲裁の手続を改革した。①ユ帝は裁判官がその任務を行なう前に面前に置かれた聖書に真実に従い法に則り裁判する旨を宣誓することを規定し仲裁人もこれと同様にした(二一七・二五四―五頁)。当事者は証拠調を求める場合に権利悪用に非ざる旨(訴訟を遅滞させんとするものでない旨)の宣誓 (*iuramentum de calumnia*) を提供すべきものとしこれを公益規定とした(二二〇―一・二二八・二五四頁)。当事者のために弁ずる *patroni causarum* は誠実に依頼人のために訴訟進行する旨の宣誓を聖書に提供すべきものとした(二一九・二二八・二五四頁)。②当事者の一方の欠席の場合に仲裁人が欠席者に対し出席者に罰金を払うことを命ずることができた(二五四頁)。③休祭日に関する規制はユ帝により踏襲された(二五四頁)。④重要な手続行為は書面に作成された(宣誓による仲裁契約。仲裁判断書。仲裁判断書への承諾の記載。仲裁判断に対する異議申立書。時効中断をもたらしところの仲裁人面前での書面による請求)。⑤仲裁人たりし者は当該仲裁の両当事者の間の訴訟事件においては両当事者の一致がなければ証言を強制されない(二五五頁)。⑥仲裁手続が書面による合意に基づき係属するときは消滅時効は中断する(二一五頁)。⑦仲裁人の前での事実審理における当事者の告白や証人の証言は通常訴訟手続においても場合

により証拠として使用できた(二一五—六頁)。⑧土地管轄権の欠缺を主張することを放棄することは認められ、仲裁人はこの放棄を認めなければならなかった(二二三頁)。

7 仲裁判断 古典時代の規制が基本的に踏襲された(二五五頁)。①控訴を認めないことをユ帝は変えなかった(二五五頁)。②ユ帝は仲裁判断の違約罰約束なき仲裁契約に基づく執行のため *actio in factum* を認めた。これと *attestatio* (異議)とはユ帝期を起源とする(二〇九・二一四・二五五頁)。③仲裁のための判断基準としては客観制定法に仲裁人が拘束されることとされたようである(二二四頁)が、公平であろうとなかろうと仲裁判断に服しなければならぬという古典時代の規範の通用性は実際には問題にならなかった(二五六頁)。仲裁人は特殊の場合を除きその裁量により仲裁判断をするものであったが、古典時代におけると同じく *actio ex stipulatu* の審理の際に当事者が服従せねばならぬか否かという観点で実体的に仲裁判断に評価が加えられるので、差支えはなかったようである(二五六頁)。

8 仲裁と訴訟 古典時代の後の時代について前述したところの訴訟に対する仲裁の利点は、ユ帝時代においても、手続における当事者の自由がより限定されたにもかかわらず、訴訟手続の規制を——なかんづく証明手続について——いっそう煩雑に強化したため、減少しなかった(二七三頁)。

## 二 普通法

### 一 序

前述(まえがき)のように、ローマ法とカノン法とから成る普通法において、仲裁はカノン法の基盤に乗ってドイ

ツに入った。普通法上の仲裁はローマ法とカノン法の葛藤の歴史である。本稿はしかし歴史を描写することを目的とするのではない。一八七七年ZPO第一〇編の成立に歴史的につながりのある普通法すなわち一八七七年に接着する時期の普通法における仲裁制度の規範構造を概観するものである。したがって、中世法を省略する。また、普通法の前期も省略する。また、カノン法を独立の調査対象としない。普通法の内容たるユスチニアヌス法はカノン法のスクリーンを通されたものであるので、それを扱えれば足りるからである。

一四九五年八月七日ウオルムスでのライヒ議会 (Reichstag) は Kammergerichtsordnung (帝室裁判所条例) を議決した<sup>(74)</sup>。その第三条は裁判人はライヒの法と普通法とに従って (nach des Reichs und gemainen Rechten) 裁判する旨を宣誓すべきものと定めた<sup>(75)</sup>。ここで「普通法」はとくにローマ法を意味するとされた<sup>(76)</sup>。すでにライヒにおいて事実上慣習法として普ねく通用力を有していたローマ法が<sup>(77)</sup>法、律、上、明確にとにかく法源たる通用力を認められたのである<sup>(78)</sup>。普通法はすでに地方の裁判所においても規準として機能していたが<sup>(79)</sup>、KGOにより、ライヒの常設の最高の裁判所において規準となることになった。ついで、地方においても、裁判所条例 (Gerichtsordnung) において、右の Kammergerichtsordnung 第三条に類似の文脈で普通法を規準とする旨を宣言する例が出た<sup>(80)</sup>。ライヒ Kammergericht の裁判に示される法見解は全ドイツに基準の役割を果した (Zoeph, 注74, II, s. 397; Stobbe, 注75, II, s. 90) すなわち、下級の裁判所はこれを遵奉し、法学者はこれを踏まえて法的助言をし、地方の立法はこれに合わせてなされた (Stobbe, ibid. s. 90, 111)。<sup>(81)</sup>《自治法は都市法を破り、都市法はラント法を破り、ラント法は普通法を破る》という格言に示される普通法の補充的効力は建前であってその実勢は他の法源と並位するものであり、適用範囲と重要性においては圧倒的に他を凌駕した (Puchta, 注77, s. 1, 5—6, 9)<sup>(82)</sup>。補充的効力を有するに止まったというのは、その成立がライヒ議会の議決に基づくドイツ法律としての成立ではな(く裁判のための適用法規の法源たることの承認でしかな)いという

ことであった。そこでドイツ連合統一が進むにつれてドイツ統一一般、(allgemeine) 法典にとって代られるべき運命にあった。しかし、同時に、その内容が一般法典に化体したものが少なくなかったはずである。<sup>(85)</sup> してみれば、一八七七年ZPO第一〇編は普通法における仲裁制度と歴史上脈絡がある。そして右第一〇編制定の頃の普通法は一四九五年のRKG制定時の普通法の発展的延長である。そしてその「普通法」はローマ法についていえば、一二世紀一三世紀におけるボロニヤの註釈学派に属するアクルシウスが、ほぼ一二五〇年頃に註釈学派の註解を要約した標準註解(glossa ordinaria)が附されているところのユスチニアヌス法典規定に限られた。<sup>(84)</sup> ところが、仲裁については「普通法」とはカノン法のことであった。仲裁がドイツに入ったのはカノン法の基盤に立つものとしてであった。<sup>(85)</sup> 中世ドイツ及び「普通法」においてカノン法とローマ法とはどんな関係にあったかは争いのあるところであるが(注3参照)、「普通法」の要素たるカノン法は、中世の終りの時期にローマ教会がなした諸立法<sup>(86)</sup>から成る(Dernburg, 注76, s. 22)。それはローマ法を基礎とすでに一四九五年よりも以前にドイツの法觀念に適いその適用が裁判慣行になっていたものである。<sup>(87)</sup> 標準註解は、仲裁につき、ユスチニアヌスの法典から、カノン法を基準として選鉱し、かくして、ユスチニアヌス・ローマ法は普通法として、ヨーロッパの仲裁の発展に二〇世紀の入口に至るまで随伴し、かつこれを規定した<sup>(88)</sup>(Ziegler, ibid. s. 282)。

ところで前述のように「普通法」上の仲裁の内容として本稿の目的に照らして必要なは一八七七年ZPOに接着する時期における普通法仲裁である。これを知るためにGlückの註解書を出発点としそれ以後の文献を適宜参照する<sup>(89)</sup>。

## 二 仲裁の性格

ローマ法の仲裁は私選の仲裁人によるものではあるが、仲裁人がなすことの性質は裁判であり、カノン法の仲裁は

仲介人を通しての友誼的和解 (amicabilis compositio) であり、普通法の仲裁は和解 (Vergleich) とは概念的には区別されたが、和解に仲裁人を介在させるものと観念された (Bornhak, 注 3, s. 17)。仲裁に付託することがすでに和解であると扱えられた。この基盤において仲裁判断の内容は、いわば和解条項の性格をもつかのように扱えられた。普通法では Kompromiss は当事者間の仲裁付託契約 (II 和解の性質をもつ) であり<sup>(62)</sup> Rezeptum は当事者仲裁人間の仲裁委託契約であり、前者は後者を停止条件とし後者は前者を基礎として締結された<sup>(63)</sup> (Bornhak, s. 18)。ただし、通例、両者は一個の文書のなかに一緒に起草された (Glück, s. 76, Bornhak, s. 22)。

### 三 仲裁付託契約

1 能力と権限 ①能力 契約によって自分を義務づけることができる者のみが仲裁付託契約能力を有した<sup>(64)</sup>。②

権限 ④代理人が本人の事件につき仲裁付託をするには特別の授權を要した (Glück, ibid. s. 77, Bornhak, s. 19)。⑤後見人が被後見人の不動産に関する争いにつき仲裁付託をするには裁判所の命令を要した (Glück, ibid. s. 77)。⑥司教 (Pälat) が教団の施設財産 (Siftsgüter) につき仲裁付託をするには教団理事者会 (Kapitel) の同意を要した (同上)。⑦家臣 (Vasall) が、領主 (Lehnsherr) の権利に関りをもつ争いにつき、仲裁付託をするには領主の承諾を要した (同上)。

### 2 内容

①必要的内容 当事者が相互に自分達の間存する争いを第三者たる識見ある者の裁断に委せその裁決に服する旨を第三者及び紛争を指定して約することである (Glück, ibid. s. 72)。仲裁人の指定は氏名を明示することによって為し<sup>(65)</sup>、複数を指名することができた (Glück, s. 79)。②任意的内容 ①仲裁人として複数を指名した場合に、全員が仲裁判断をすべきかそのうちの一名が単独で仲裁判断をすれば足りるかを指定すること及び可否同数の場合の処理方法を指定することが許された。③違約罰を約することは許された。違約の場合に契約の履行及び違約

罰を請求するか違約罰しか請求できないかであった (Windscheid, Lehrbuch der Pandektenrechts, Bd. II, 8 Aufl., 1900, s. 790. 初版一八六二年)。<sup>②</sup> *clausula hereditum* (二' 二' 6' ⑨ *heredis mentio* と同じ) は認められた (Glück, s. 73. Bornhak, s. 21)。<sup>③</sup> 仲裁手続準則を約することもできた (Glück, s. 90)。<sup>④</sup> 判決の内容に関して当事者が指定することは許されなかった (v. Wening = Ingenheim, s. 263)。

3 態様 単純な契約で足りたが、ローマ法伝来の違約罰約束を伴う極った型の仲裁付託も、ユ帝創設の仲裁判断言渡後十日以内に異議申立しないという態様も、ユ帝が認めてそして廃止した宣誓により強化する態様 (カノン法はこれを認め実務上行なわれていた) も、適法とされた (Glück, s. 75. Bornhak, s. 19)。

4 効力 ① 仲裁委託契約の締結と連結して時効消滅中断の効力が生じた (Bornhak, s. 22)。<sup>⑤</sup> ② 仲裁付託違反たる訴えの提起に対しては被告に *exceptio rei transactae seu finitae* <sup>(62)</sup> が認められた。

5 消滅 (注 19 参照) ① 仲裁付託は④係争物の解消 (Ubergang der Sache, Glück, s. 105. Bornhak, s. 22)。<sup>⑥</sup> ② 当事者の仲裁判断前の死亡、<sup>(63)</sup> ③ 仲裁人の死亡、<sup>(64)</sup> ④ 当事者間の和解の成立 (Glück, s. 105)。<sup>⑦</sup> ⑤ 当事者の意思の一致、<sup>(65)</sup> ⑥ 当事者の一方の破産において和議 (Güterabredung) が成立したこと (Glück, s. 105)。<sup>⑧</sup> ⑦ 違約罰の支払 (Glück, s. 104)。<sup>⑨</sup> ⑧ 仲裁判断すべき期限の徒過 (同上)。<sup>⑩</sup> ⑨ Ohmann の選任が予定されていない場合の可否同数 (ただし、争あり、注 96 参照)。<sup>⑪</sup> ⑩ Rücktritt の留保がある場合 (v. Wening = Ingenheim, s. 264) または解除権が発生した場合 (仲裁人と間の後発的敵対関係、相手方当事者又は仲裁人の Dolus) (Puchta, s. 434) の一方的 Rücktritt。<sup>⑫</sup> ⑪ 仲裁判断の言渡 (Bornhak, s. 21)。<sup>⑬</sup> により消滅する。

② 仲裁委託契約が締結されないことは仲裁付託の消滅原因ではなく、仲裁付託を宙に係属するに止まり、仲裁委託契約の締結により仲裁契約が全体として完成するものであるが、完成後に仲裁委託契約が解消されたときは仲裁付託

も滅亡した (v. Wening = Ingenheim, s. 265. Bornhak, s. 21)。

③ 仲裁付託が仲裁判断前に消滅し事件が訴訟裁判所に係属するに至った場合、従前の仲裁手続の効果はある程度訴訟手続に移されて維持されたようである (Glück, s. 105)。

#### 四 仲裁委託契約

当事者と仲裁人が契約をするという観念はローマ法にもカノン法にもなかった<sup>(93)</sup> (Bornhak, s. 21)。仲裁委託契約は仲裁付託当事者と仲裁付託の中で指名された仲裁人との間で、特別の方式を要することなく締結された (Bornhak, s. 22)。その内容は、解決すべき紛争対象と仲裁判断をすべき期限とを特定して裁決を託することであり、仲裁手続の準則を約することもあった (同上)。受託するか否かは自由であった。期限は当事者の同意なしには伸長できなかった (Glück, s. 89)。その性質は、普通法理論の始期には單純に委任 (Mandat) と扱えられたが、終期には委任類似の pactum praetorium<sup>(94)</sup> に該ると見られた (Bornhak, s. 21. Vering, 注 108<sup>1)</sup>, s. 610 は委任に該らず単なる約束として強制しうべきものといっている)。しかし、一般的に支配的であった見解は、当事者には仲裁判断をすべきことを求める actio mandati directa が認められ、仲裁人には出費の弁償を求める actio mandati contraria が認められる委任といたのであった (Bornhak, s. 22)。仲裁人は当事者の承諾なしに他の者に代りをする事は許されなかった (Glück, s. 89. v. Wening = Ingenheim, s. 261)。仲裁委託は委託当事者(付託当事者と仲裁人)の死亡により消滅した<sup>(95)</sup>。その他、係争物の解消または相互の意思の一致に基づく解除により (Bornhak, s. 22) また仲裁判断期限 (仲裁受諾が起算日) の徒過により消滅した (Glück, s. 104)。解約告知は、委任者たる仲裁付託当事者には何時でも許されたが、受任者たる仲裁人にはローマ法が認めた事由が存する場合にのみ許された<sup>(96)</sup> (Bornhak, s. 22)。仲裁委託契約の締結により、争訟關係が形成され、仲裁人の前での審理手続の開始が可能となった<sup>(97)</sup>。仲裁人の仲裁委託契約上の義務の履行を裁判所に求

めることができた（しかし、それは *actio* ではなく、*imploratio*（願出）に止まったと *v. Wening = Ingenheim, s. 261, Anm. (w)* はこう）。

#### 五 仲裁人適格

裁判官職有資格者及び当該事案の裁判に必要な知識を有する者で法が欠格者と明示する者に該らない者が仲裁人に選定されることができ、婦女は裁判管轄を有する場合にカノン法により仲裁人適格を認められた<sup>(108)</sup> (*Gluck, s. 68, 70. Puchta, s. 433*)。仲裁付託当事者は付託事件の仲裁人になることはできなかった (*v. Wening = Ingenheim, ibid. s. 260. Puchta, s. 433*)。仲裁人適格なき者を仲裁人に指名した仲裁付託契約は *ungültig* である (*Windscheid, s. 793*)。

#### 六 仲裁事件適格

和解をなすべき事件すなわち当事者の任意に服する事件のみが仲裁事件適格を有する (*Gluck, s. 78*)。公刑罰の対象になる犯罪<sup>(109)</sup>の刑事事件、人の身分に関する事件、国家の公の権利に関する事件、離婚事件、原状回復に関する事件であつて有効な法律行為の廃棄につき争いが存するものなどは仲裁事件適格を有しない (*Gluck, s. 78—79*)。将来の法的紛争についての仲裁付託の適否は争われ、判例は法律関係が特定明示されている場合にはこれを認め、その他の場合には仲裁付託契約をすることの約束 (*pactum de compromittendo*) と扱うのが一般であつた (*Puchta, s. 435. Bornhak, s. 21*)。Gluck は当事者間の一切の紛争を仲裁に付託することを認めこの場合に将来の紛争が含まれることを認める (七三頁)。

#### 七 仲裁手続

1 手続規程は、仲裁委託契約に定めがあるときはこれにより、定めがないときは仲裁人自身の見解に委ねられた<sup>(111)</sup>が、仲裁人は裁判手続の本質的な原則を遵守すべきものとされた。仲裁人複数の場合には仲裁委託契約の定めるとこ

説  
ろに従いあるいは全員一体としてのみ審理裁判すべきであり、あるいはだれか一人が単独で審判すれば足りた。<sup>(12)</sup> 定めがないときは全員の立会を必要とした (Glück, s. 79. なお、注 95 参照)。

論  
2 審理裁判は双方当事人の出席の下でなされるべきものとされた。<sup>(13)</sup> 反訴に相当する申立てについては裁判でできなかった (Glück, s. 90. v. Wening = Ingenheim, s. 262)。仲裁人の仲裁判断事項ではないからである。<sup>(14)</sup> 証明の手續においては任意に出頭し証言する者につき証拠調をするに止まった (Bornhak, s. 23)。仲裁人は私人でありこれには強制権能が与えられていなかったからである (同上)。仲裁人複数の場合で全員が仲裁判断をすべき場合には仲裁判断は多数決で定めた (Glück, s. 80. 注 96 参照)。可否同数の場合は、給付を命ずべき金額または量についてはより小なるものに依り (Glück, s. 81. 注 96 参照)、給付を命ずべきや否やについては Obmann を選定し、その判断により事案に決着を与えなければならなかった (Glück, s. 80. 注 96 をみよ)。Obmann は仲裁人の一メンバーとしてではなく第三の審判人として自分の自由な判断により判断を下すべきものであった (v. Wening = Ingenheim, s. 263. Keller, s. 603)。

#### 八 仲裁判断

普通法においては仲裁判断は *laudum* とよばれた。*laudum* は *laudare* することであり、それは権利を承認する (*anerkennen*) ことを意味した。<sup>(15)</sup> 両当事者またはその代理人の出席のところで言渡すべきものとされた (Glück, s. 90. v. Wening = Ingenheim, s. 262)。仲裁判断は判断すべき対象につきその全部を判断するものであり、それを超えて判断してはならないのであった (Puchta, s. 434. Windscheid, s. 791)。仲裁判断に理由を付すべきかについては争いがあった。<sup>(16)</sup> 仲裁契約には、既述 (三・四) のように、ロー法と異なり、*exceptio de re iudicata vel transacta seu finita* が認められ、同一事件につき訴えが提起されたとき、この抗弁は訴訟において *litiscontestatio* を妨げた (Bornhak,

s. 24)。仲裁契約の右の効力は仲裁付託が和解の性質を有することに基づくものであった。<sup>(ut)</sup> 仲裁人は自分が言渡した仲裁判断を変更することはできなかつた (v. Wening = Ingenheim, s. 263. Windscheid, s. 792)。仲裁判断に対しては上訴は認められなかつた。<sup>(ut)</sup> しかし仲裁判断の効力を免れる訴えが全く認められないのではなかつた。仲裁判断は原則として第三者に効力を有しなかつた (Windscheid, s. 790)。

#### 九 仲裁の保障

仲裁付託契約の履行を保障するものとして違約罰約束と宣誓とがあつたが、違約罰約束はむしろ違約金支払により契約から解放されることをもたらす機能をもつた (Bornhak, s. 20)。仲裁判断後にもこの機能はあつた (Glück, s. 97, 98)。exceptio rei transactae seu finitae についてはすでに述べた (注 67)。

仲裁委託契約の履行を保障するものとしては裁判所が督促する (違反に対して金銭罰) ことと違約罰約束とがあつた (Glück, s. 87, 88)。強制はないという説 (たとえば Dernburg, s. 393) も少くない。仲裁判断の期限の定めがあるときはその徒過により仲裁付託が消滅した (三 5 ④)。

仲裁判断の内容を事実に実現することはできた。それは私人たる仲裁人の管轄ではなく (Glück, s. 100) 通常裁判所 (被告の) の管轄に属した (v. Wening = Ingenheim, s. 264)。その方法として、判決の執行のために認められる actio iudicati が仲裁判断の執行のために認められるかについては、Glück は否定し (ibid. s. 101. 同註 v. Wening = Ingenheim, s. 264) Pfeiffer は肯定した (Bornhak, s. 26)。Bornhak は、執行を求めることは当事者間の仲裁契約に基づいてのみ認められるのだから、訴えは一種の actio in factum で和解を根拠とすると構成し (同註 Puchta, ibid. s. 432. Glück は actio ex compromisso によるほうがよいという。一〇一頁。同註 v. Wening = Ingenheim, s. 264) 受審裁判官は、仲裁判断の実体的内容を審査する権限はなく、仲裁付託、仲裁委託、仲裁手続の有効性を審査するに止

## 二 仲裁法の沿革の概観の余恵

仲裁についての法の沿革を日本法の祖先を辿ることに限定して、しかもローマ法とドイツ普通法だけを調べて見ただけでも多くのことが示唆される。これと異なる法系の歴史と一八七七年ZPOの制定の経緯とを調べたならば、もっと多くの示唆が得られることであろう。本稿が紹介したことから得られる多くの発見の中から筆者の興味を格別にするものをいくつか挙げて見よう。

仲裁はいうなればカノン法上の和解がローマ法の手続の衣を着たものである(注88)。ここから、仲裁判断の基準は実定法か正義・衡平か仲裁人の裁量かの問題や仲裁判断の拘束力は *Rechtskraft* か契約効かの問題が理論構成に当って直面されるに至ったものようである。しかもこれらのことは仲裁の制度的保障の方法と微妙に関係している。すなわち、仲裁を制度的に保障する方法の中でもっとも重要と思われるのは仲裁判断の適正な執行(執行すべきものを執行し執行すべからざるものを執行しないこと)を保障することであるが、仲裁判断の執行となるとその要件を定める必要がある、また、執行を許すか否かを確定する手続が必要である。具体例を仲裁人の収賄に採ろう。これが問題となるのは裁判の公正という見地があるからであり、仲裁をその限りでたんなる和解契約でなく裁判的なものとする見方が背後にニュアンスとして存するように思われる。仲裁人の収賄が存する場合に仲裁判断の執行を許すべきでないとの評価に立つとき、古典時代のローマ法においては(法務官が仲裁人を仲裁に強制しない(注47)ことのほかに)仲裁判断の執行ともいふべき違約罰請求に対して *exceptio doli* で対抗することが認められ(注31)、実体関係とし

ては、仲裁付託の事実上の崩壊が観念され、仲裁付託に基づく当事者の仲裁手続協力義務からの解放が観念された（注18なお注106）。普通法においては当事者は、仲裁委託契約の解約告知をすることができたし（注106の本文。仲裁委託契約の消滅により仲裁付託も滅亡した―二普通法三5②）、仲裁判断執行の訴えに対する *executio solvi* により執行を免れることができた（注119をみよ）。一八七七年ZPO八五八条においては忌避手続を利用しうべき場合に位置づけられた。仲裁付託の瑕疵、仲裁委託の瑕疵、仲裁手続の瑕疵（注90）、仲裁の公正を損うべき事情、仲裁判断の内容につき存するその執行を許すべからざる違法性等々、仲裁の手続を進めるべきでない場合及びなされた仲裁判断の執行を許すべきでない場合<sup>(122)</sup>には種々のものがある。これらのそれぞれにつき手続または執行をさせない方法としてどういう手段が認められたかを知<sup>(123)</sup>ることは、そのそれぞれが理論体系においてどこに位置づけられたかを知ることであり、ひいてその今日的な意味を確定するのに役立つであろう。逆に、これらの瑕疵が存しない場合には仲裁の制度を保障するということは、仲裁手続が仲裁判断にまで至ることを保障することであり、それはそのような方向に当事者・仲裁人をすくなくとも間接的に強制することではなければならない。その程度は仲裁に対する政策のいかんにより異なり、その方法は実定法の定めにより一様でなく、程度・方法のいずれについても、その歴史の変遷を確認することは知的関心を満足させるに止まらず、その今日的な意味を悟らせるものである。これはローマ法において仲裁人を仲裁にまで国家がみずから強制することと、不協力当事者が違約罰を払わされることであつたことが、私的な（仲裁委託）契約の履行請求と仲裁付託違反の訴えに対する抗弁の承認とになつたという一例について、すでに十分にいえることである。

右に挙げた仲裁手続進行の保障と仲裁判断執行の保障（裏返せば許すべからざる仲裁判断不執行の保障）の制度方法の変遷の詳細な分析は他日に譲らざるをえない。本稿はすでに与えられた紙数を超えており、右の分析は一八七七

説  
年ZPOの成立の経緯の分析と併せ行なうほうがよいと考えるからである。

論  
あとがき

ローマ法の紹介の部分はもっぱら Ziegler の研究結果に依存した。これが最新の文献であるからであり、みずから法源を研究し Ziegler の成果を吟味する能力を有しないからである。普通法の紹介の部分は手許において参照し得る文献に依存した。当時にとつての heutiges römisches Recht はどんなものであるかを知る目的であった。したがって、これらの文献が引用する法源にいちいち当って見ることをしなかった。すなわち、著者が普通法と考えたところを知れば足りるからである。

それにしても本稿は次に掲げる文献を見ていないし、普通法時代に発刊された法律雑誌に掲載されているであろう論文を漁っていないので、かなりの欠陥があるであろう。この補充は後日に誰かによって、なされることを期待した  
こ。

W. André, *Gemeinrechtliche Grundzüge der Schiedsgerichte*, 1860.

B. Mayer, *Die Vereinbarung schiedsrichterlicher Rechtsstreitscheidung nach früherem und jetzigem gemeinen Recht*, Erlangen, 1888.

W. H. Puchta, *Das Institut der Schiedsrichter nach seinem heutigen Gebrauch und seiner heutigen Brauchbarkeit*, 1823.

また、仲裁法の展開と契約法その他の法の展開との相関関係を明らかにする仕事も残ってしまった。

一八七七年ZPOはドイツ固有法、普通法、各ラント法、フランス法（フランス法地域の法）を止揚した統一法たることを目ざしたものであると思われる。フランス法はこのZPOとは対照的なちがいを見せている。プロイセンAGOのほうはまだフランス法の影響を受けていたといつてよい。そこで、一八七七年ZPOがなにをいかに止揚したかを知る必要がある。止揚されるべき法として当時どんな法が存在したかを知る作業及びこれらを止揚するためになんか案が工夫されたかを知る作業が本稿に続かなければならないであろう。

(1) 明治二三年法律二九号（民事訴訟法）は、「テッヒョー訴訟規則修正原按」（独文及び邦訳、一八八五年）を民事訴訟法取調委員会（三好退蔵委員長）が審議して成立した「委員修正訴訟規則」のドイツ文であるところの「テッヒョー訴訟法草案」（一八八六年、同年にその邦訳が出ている）を法典調査会（の一部門としての法律取調委員会）が審議して、法典調査会の会議の結果「民事訴訟法調査案」が成立し、さらに第二読会を経て「民事訴訟法再調査案」が確定し、これを「民事訴訟法案」として成立したものであるといわれている（兼子一「民事訴訟法の制定」東京大学学術大観法学部編一九四二年、「民事法研究第二巻」所収の五―七頁）。

法典調査会では報告委員がテッヒョー草案を検討して、「民事訴訟法議案」（または草案）を作り、さらにこれを修正して「民事訴訟法草案」を作り、これを法律取調委員会の議に付したものである。これを仲裁手続についてみよう。「テッヒョー訴訟法草案」においては公示催告手続及び仲裁手続の規定を欠いていた。そこで一八七七年ドイツZPOの仲裁手続の規定を邦訳してこれを「民事訴訟法議案」に含めたようである（日本学術振興会発行「民事訴訟法草案 其の二」の民訴草二ノ六三から六七（同「民事訴訟法議案」の民訴草二三〇―二三四と同じ）までの帖において見られる「第一〇編仲裁裁判手続」の第八五一条から第八七二条までの規定は明らかに邦訳である。条文の数字まで同じなのはどういうわけか）。この邦訳規定は修正されて「民事訴訟法草案」の第九編仲裁裁判手続自七六一一条至七八一条になった。そのさい、邦訳規定八五三条は脱落した（このことは「民事訴訟法草案 其の二」の民訴草二ノ六三―六七と同三九二―三九六をつきあわせると判明する）。この「民事訴訟法草案」の第九編仲裁裁判手続が、明治二一年一〇月八日に、庶務担任報告委員から、同年同月一日の会議の議案（民事訴訟法草案議案第五一号）として呈出された（民訴草二ノ三九一帖）。明治二一年一〇月一日の第五三回会議において修正された結果（日本学術振興会版法典

調査会民事訴訟法草案按議事筆記第七卷の民訴七ノ一六三帖から一九三帖までにその経過が記されている(を条文としたものが、「民事訴訟法再調査案」第九編仲裁裁判手続自七六五条至七八五条であると思われる(日本学術振興会刊「修正民事訴訟法草案」の修訂草ノ一八四帖から一八八帖までに条文が記されている。この条文は右の議事筆記に記された経過をつきあわせると判明する)。この七六五条から七八四条までが、字句の修正整理を経て明治二十三年法律二十九号の七八六条から八〇五条までとなった。

(2) Puchelt, Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich, Band 2, 1878, s. 731. 北ドイツ連邦(一八六七年)を成す國または都市「ネンわぶ」Preußen(この当時、従前から領有地のほか、Schleswig=Holstein 公國、Hannover 王國、Hessen 選挙侯國、Nassau 公國、Frankfurt 自由市及び Bavaria の一部、Hessen 大公國の一部を含む)、Mecklenburg-Strelitz, Mecklenburg-Schwerin, Oldenburg, Braunschweig, Schaumburg-Lippe, Lippe-Detmold, Waldeck, Reuse älterer Linie, Reuse jüngerer Linie, Hessen, Sachsen-Meinungen, Sachsen-Koburg-Gotha, Sachsen-Weimar, Sachsen-Altenburg, Schwarzburg-Sondershausen, Schwarzburg-Rudolstadt, Sachsen (Saxonia), Anhalt, Lübeck 市、Bremen 市、Hamburg 市、(11) 2. Bayern, Württemberg, Baden の三つが加わつて成立したドイツの Reich は(Dawson, The German Empire 1867-1914, vol. 1, 1919, p. 254, 384. 長寿吉、世界歴史大系第二卷西洋近世史例一九三五年四一五・四一七頁)、民法に於ては、①プロイセン普通法(ALR 一七九四年)、②ナポレオン法典(一八〇六年)、③ザクセン民法(一八六三年)、④ドイツ普通法の四つの法域に分れていた(山田晟、ドイツ法概論上巻一九四九年一三頁)。プロイセン普通法領域においてはプロイセン裁判所法(AGO 一七九三年)が、ナポレオン法典領域に於ては Code de procédure civile が適用された。ザクセンは普通訴訟の法域に入つてゐた(Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, 10 Aufl., 1969, s. 21)° 仲裁に關しては、プロイセン AGO が第一編第二章に自第一六七条至第一七六条第一編第三〇章自第四八条至第五六条の規定をもち、Code de procédure civile は自第一〇〇三条至第一〇二八条の規定をもつた。プロイセン法の規定は全く不十分であり、フランス法は煩雜に過ぎ、普通法は欠缺が多かつた(Puchelt, ibid., s. 730—31)° 当時各地方で、改正の作業があつた。バーデン訴訟法(一八六四年、仲裁の規定は自一〇六一一条至一〇八七条)、バイエルン訴訟法(一八六九年、仲裁の規定は自一三一九条至一三四四条)、ヴェルテンベルグ訴訟法草案(一八四七年、仲裁の規定は自一七五条至二〇八条)、プロイセン商法典草案(19)年、仲裁の規定は自一〇四六条至一〇六三条)、ラインのフランス法を基礎としたプロイセン訴訟法草案(一八六四年、仲裁の規定は自一三六一一条至一三八九条、または自七六二条至七八三条)、ネルギー訴訟法草案、北ドイツ草案(一八七〇年、仲裁の規定は自一一五五条至一一七八条)などは、従前の法が仲裁制度の繁榮に

- 加えている足枷を取り除く努力を示した (Puchelt, *ibid.* s. 11, s. 731)。北ドイツ草案は、ハンノーバー訴訟法 (一八五〇年一月八日) を基礎としたハンノーバー草案 (一八六六年) を主に範として作られたのであり、ハンノーバー訴訟法の起草者レオンハルトが当時プロイセンの司法大臣で、彼が北ドイツ草案 (彼は起草委員会の委員長であった) を修正して司法省草案として一八七一年に公表したのである。第一草案である (Rosenberg-Schwab, *ibid.* s. 21-22。仲裁は自七十九年至八〇〇条 August Helliwig, *Geschichtlicher Rückblick über die Entstehung der deutschen Civilprozess-Ordnung*, ACP. 61, 78 (1878), s. 113-4)。むしろ、ハンノーバーは普通訴訟の法域であった (同上)。したがって、第一草案として一八七七年 ZPO (仲裁は自八五一条至八七二条) は基本的にはドイツ普通訴訟の発展を見よう。
- (3) Bornhak, *Schiedsvertrag und Schiedsgericht nach geschichtlicher Entwicklung und geltenden Recht*, ZJP 30, s. 16-26.
- (4) Schenke-v. Staff, *Das Schiedsgerichtsverfahren nach dem deutschen Recht*, 2. Aufl., 1954, s. 7. これによれば、インツムルマン族は仲裁制度をもち、これによって部族や部族員の間を法的に規制して、裸の力を基準として処理する段階から次の段階に移っており、仲裁制度の始まりの頃には、部族 (国家) 間の争いの場合と個人間の争いの場合とで仲裁の手續構成を基本的に異にしていなかった (七頁)。仲裁制度の存在根拠は紛争の解決を力に訴えないことにある。
- (5) ローマ法については、主として Karl Heinz Ziegler, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, 1971. に依る。ローマの仲裁の起源については Ziegler, *ibid.* s. 5-6, s. 7-25, s. 49. O. Lenel, *Das Edictum perpetuum*, 3. Aufl., 1927, s. 130-1. 永久告示録 (一三〇年) の編纂 第一章第四八 QUI ARBITRUM PECUNIA COMPROMISSA RECEPERIT, EUM SENTENTIAM DICERE COGAM. 方式書手續の導入の時期は lex Aebutia の時期であるが (船田亨二、ローマ法第五卷、改訂版一九七二年「八一」)、マニプチマ法の制定年代を明確にすることは難しく、紀元前一四〇年のあたりである (同上「八一」)。原田慶吉、ローマ法下巻一九四九年「四三六」によれば紀元前一五〇年頃)。違約罰契約の存在が告示の中で仲裁人強制の要件となっている (二六・四九頁)。
- (6) 一般に、私的仲裁が違約罰によって保障されるというところは当時のギリシヤにおいては知られていなかった。勝利の当事者には仲裁判断に基づき執行の訴えが開かれていたからである (一七頁)。ローマのこの時代には、約束された金銭罰は仲裁人を仲裁の任務に強制する保障の機能を失くなっていった。というのは、当事者は仲裁人が仲裁任務を引受けると見られる場合のみ、その者に仲裁付託をしたからである (三三頁)。約束された金銭罰は両当事者にかかわるものとなっていた。

もつとも仲裁人強制が全く問題にならなかつたのではない。仲裁判断することを強制できない場合が問題とされた。例えば、当事者が仲裁人の名譽を毀損した場合、当事者と仲裁人の間に致命的な敵対關係が生じた場合、老齢の場合、病弱の場合、自身の用事により多忙な場合、緊急の旅行の場合、仲裁人の仕事から解放される公務に着的場合、不当に長期の当事者の懈怠の場合、仲裁判断の内容が指定されている場合、など(三六・三七・四三頁)。

(7) (イ)回収覚束ない債権であったが、一〇万セステルスを支払うべしとの仲裁判断があった。(これを支払わない)債務者に対して違約金(四〇万セステルス)支払請求の訴えが起された。以上の事實は、仲裁と訴訟とが呼応していたことと、違約罰が当事者に向けられたものになっていることを示す(一七頁参照)。(ロ)予め定められた期限までに仲裁裁判をすることに差支えがあった仲裁人が延期の期日を定めた場合には、仲裁判断に従わなかつた当事者は違約罰を受けないという法学者の見解が存したという事實は、当時、仲裁付託が仲裁人の行動権限の唯一の基礎であつたことと、違約罰が当事者に向けられたものであることを示す(三三頁)。(ハ)原告の請求棄却の仲裁判断に不服の原告が訴えを起すことは、仲裁判決に違反するという見解がすでに存していたが、違反するということは原告に *poena compromissi* が帰属することを意味したと解されていた(三一―三三頁)。(ニ)数個の請求の全部につき仲裁判断をすべき場合に一部の請求についてののみなした仲裁判断に従わない者に違約罰は帰属しない(三七・三八・四三頁)。(ホ)仲裁判断により金額の支払を命じられた者が支払わずして死亡したときは、その相続人が右金銭の支払を提供してもそれは顧慮されず約束された違約罰が帰属する(四〇・四三頁)。(ヘ)約定違約罰の金額が訴訟物の価額よりも著しく低く、そのようになったことが錯誤に基づくときは、現実の債務額全額の支払いを仲裁人は命ずべきで、仲裁人がそうしなかつたときは残余の額を請求することができ、これに対して違約罰が請求されたときはこの請求に対して不正詐偽の抗弁(*exceptio doli mali*)が成立する(四一―四三頁)。

右の諸事例は仲裁契約上の当事者の義務と仲裁受諾による仲裁人の義務との絡まりを示すもので、法学の予防法学(原田前掲上巻〔六〕は *Kautelarjurisprudenz* を予防法学と訳す)の主な成果であつた(二八四頁参照)。

(8) 仲裁付託は仲裁人強制(公法的)と違約罰契約(私法的)の結合であり、違約罰契約が仲裁人強制の要件であつたので、違約罰契約を含まない仲裁付託は法務官による仲裁人強制による保護を受けなかつた(九一・九二・二八三頁)。違約罰約束を含まない仲裁合意は仲裁付託(*compromissum*)ではなかつた(二八三頁)。ただし、このような仲裁付託に該当しない仲裁合意に基づき仲裁人によりなされた仲裁判断がなんの効力も有しないというのではなかつた(五二・五三頁)。

- (9) stipulatio 方式による物の給付の罰契約を含む仲裁付託がある場合も仲裁人は仲裁判断をすべく強制されると考えられた(五四・五五頁)。違約罰金銭の額が特定していない場合でも法務官による保護の要件としては足りた(九二・五五頁)。
- (10) 未成年者が仲裁付託をした場合法務官は強制しない(五六頁)。当事者平等に反する仲裁付託(たとえば一方のみが違約罰を約束するもの、一方のみが相続人が承継することを約束するもの、一方のみが著しく出頭困難な場所が約されたもの)についてもそうであった(五六・七〇頁)。
- (11) 裁判権の委託は、仲裁人が自由に裁判することを委託するものであるから、仲裁判断の内容を指定して託する仲裁付託は無効(arbitrio)であり、第三者の判断を仲裁人が宣言したに止まるような仲裁判断は通用力を有しない(arbitrio) (六一頁)(注6)。
- (12) 仲裁期日の定めもこれに属し、仲裁人が期日を延長することができる旨の定めがないときは、仲裁人が期日を延期して延期の期日になした仲裁判断に従わないことは違約罰の帰属を生ぜしめない(六一頁)(注7回)。
- (13) この場合には仲裁判断の出し方についても定めるのが例として多かった。全員一致、全員出席の多数決、一人が単独裁断など種々があった(六七頁)。
- (14) 作為を条件としたときはその不作為が違約罰の帰属をもたらし、不作為を条件としたときはその作為が違約罰の帰属をもたすとき(六三・六四頁)。不正行為をしないことを条件とする旨の条項(clausula tolli)の挿入が認められた。この挿入がないときは不正を咎める訴えまたは不正の抗弁ができるのであるが、この挿入があるときは、不正行為を理由として違約罰の訴えができた(同上)。
- (15) 特定日以前になした仲裁判断は通用力を有しなかった(六五頁)。
- (16) かかる結果を防止する工夫は共和政時代にすでに仲裁人に期日延期権を仲裁付託のなかで与えることに見られる。この授權条項は次第に通例となった(六六頁)。しかし、後期古典時代にはこの授權条項が欠けているからといって仲裁付託が通用力をもたないというのではなかった(六六頁)。
- (17) 法務官は同時に同一事件につき国の訴訟の裁判官でもあり、仲裁手続で仲裁人を強制するものでもあるということとはできない。だから、訴えが提起されれば仲裁人強制はできなくなる。そこで本文のような工夫が必要になる(六八・七〇頁)。もっともこの場合の違約罰帰属の理論構成は現代ローマ法学者の間で一様でない(同上)。
- (18) 仲裁人が収賄したので、当事者が手続に不協力になった場合には、事実上仲裁付託は崩壊し、違約罰を請求された不協力当事者

は *exceptio doli* でこれに対抗できる (七四頁)。

(19) *litis contestatio* には仲裁付託消滅の効果は認められなかった (七七頁)。訴禁止条項違反に基づく違約罰は終局判決に影響されることなく帰属することができた (七七頁)。

(20) 法務官に対してではない (七八頁)。

(21) 裁判官の裁判行為と同じことをする。仲介ではなく助言でもない。裁判官と同じく自由な判断をする。判断内容を指定されることはできない。事案について裁判すべきであるから、訴訟によるべき旨を命ずる仲裁判断、他の仲裁人に仲裁付託すべき旨の仲裁判断はありえない。事案についての裁判を自らすべきであるから、細目の履行に関する裁判を第三者に託する旨の仲裁判断は不適法である (七七・七八・八〇・八三頁)。

(22) *stipulatio* であるを要せず、書面によるを要しない (七八頁)。確実性を得るためまたは証拠を残すために書面によることは妨げない (八〇・八一頁)。事実上任務を遂行しはじめるという承諾の仕方もありうる (八〇頁)。

(23) 仲裁人は受諾するか否かは自由である (七八頁)。受諾により当事者に請求権 (*actio*) が認められるところの、仲裁判断をすべきことを求める請求権が発生するのではない。

(24) 姿を見せない仲裁人を探し出すこともした (八五頁)。

(25) 名誉喪失事件、姦通事件、殺人事件を誤って仲裁に付託した場合 (八六頁)。

(26) どんな場合に強制を控えたかはケースバイケースに判断されたが、訴訟裁判官が担当事件につき、裁判しないことが正當視される事由が参照された (八六頁)。整理してみると、①仲裁人が仲裁より価値高い任務を負うに至った場合 (国の公務員・司教職)、②仲裁人が自分の利益を優先して配慮してよい場合 (緊急不可欠の旅行、自分の訴訟の防禦、病、老齢)、③当事者との信頼関係の崩壊 (名誉毀損、致命的敵対関係、両当事者が一致して訴訟することにした、両当事者が他の仲裁人に付託した) があげられる (八七一―八九頁。なお、注6と比べよ)。

(27) 事実関係不明は訴訟裁判官を解放したが仲裁人を解放しなかった。それは①仲裁人は受諾のさいに何を裁判すべきかを知っている、②訴訟裁判官と異なり交代がない、③仲裁判断が控訴により取消されるといふ心配をもつことなく、かつ嚴格法によらず衡平によって判断することができる、からであるといわれる (八九頁)。

(28) これが仲裁の制度の保障になるのは、仲裁付託の成立要件であることとあいまって、違約罰金額が仲裁紛争の目的の価額に等し

いかまたはより大であるのが通例であったからである（九一頁）。違約金額が極めて小であっても、仲裁付託の効力を左右しなかつた（九一頁）。違約罰を支払って仲裁から解放されることは法的には可能であった（九一頁）。

(29) たとえば、仲裁人が期日と場所を指定して出頭を命令しても出頭しない場合（九四頁）。古典時代前期にはこの種の手続指揮上の命令をも *sententia arbitri* の名称の下に含ませている（九三・九四頁）。この場合には、仲裁人は出席当事者に罰金を払うことを欠席当事者に命じた（九五・九六頁）。

ただし、これと防禦方法として仲裁人の指図に服しないこととは区別さるべきである。たとえば、仲裁人が証人の氏名を申出るよう命じたのに対し、これに応じない場合には仲裁人は罰金の支払を命じえない（九五・九六頁）。

(30) 法務官が直接に介入するのではない（九一頁）。この訴えは *actio ex stipulatu* に属する（二八四頁）。

(31) 違約罰の帰属は形式的に生じた（注7(兩)参照）。そこで違約罰が帰属する結果が、実質的に衡平でないと見られる場合があった。かかる不衡平を避けるため、違約罰の帰属を前提としつつも、その実現を妨げるものとして抗弁が認められるに至った。違約罰請求権を頭から否定するというのではなかった（九九頁）。病または公務多忙で当事者が不出頭の場合でも、その者が同一仲裁人に再度仲裁付託する意図あるときは、抗弁により違約罰を免れ、違約罰請求に対しては *exceptio doli* が認められた（九九・一〇〇頁）。古典時代後期には、仲裁人が明らかに偏頗であることを（収賄したこと、敵対関係にあることなど）証明したときは、これを理由とする不出頭に対し、違約罰が請求されることを抗弁により防ぐことができた（一〇〇頁）。債権者の受領遅滞の場合には債権者の履行遅滞はなく、債権者の違約罰請求には債務者の *exceptio tili* が對抗したのであり、債権者が後に受領の用意をもって違約罰は帰属しないという説と、債権者の責に帰さない（病気その他）受領遅滞の場合には債務者の履行遅滞は違約罰に値し、債権者が後に受領の用意をもったときは、不履行により違約罰が帰属することになるといふ説とがあった（一〇二・一〇三頁）。債務者には不履行により違約罰が帰属するが、債権者が結局受領したときは違約罰の取立に *exceptio doli* が對抗した（一〇三・一〇四頁）。

(32) 連帯債権者の一人のみが仲裁付託をした場合に他の者が訴訟を起こしても、この者に違約罰は帰属しない（九七頁）。連帯債務者の一人のみが仲裁付託をした場合に他の者に訴訟を起こしても、債権者に違約罰は帰属しない（九七頁）。銀行屋たちが組合をつくって義務を負っている場合はそうでない（九七頁）。主たる債務者と仲裁付託をした債権者が保証人を訴えた場合には、債権者に違約罰が帰属する（九七頁）。

- (33) 違約罰の帰属により仲裁手続が片附くと考えられた(九六頁参照)。
- (34) 宣誓を裏切った場合にどうなるかは明らかでない。悪意の約款(*clausula doli*)は *stipulatio* のなかに挿入されるもので、これがあるときは、この違反(たとえば仲裁人に贈賄すること)に対しては *actio incerti ex stipulatu* が認められた(七二・一〇五頁)。保証人を立てることは稀ではなかった(一〇六頁)。違約罰の支払を保証するにとまらず、仲裁判断が命ずる給付の履行をも保証した(一〇六頁)。請求棄却の仲裁判断にもかかわらず保証人に訴えを起こすときは、違約罰が帰属した(一〇六―七頁)。仲裁人を仲裁係争物の保管人として、仲裁敗訴の場合にこれを勝訴者に引渡させることは、共和政時代にすでに存したが、仲裁の保障となった(一〇七―八頁)。
- (35) 奴隷が仲裁付託しても *actio de peculio* (特有財産に関する訴訟)は成立しない(一〇九頁)。
- (36) 精神錯乱者は当事者ではあるが、精神錯乱者出席保佐人欠席の期日での仲裁判断は当事者不在の期日の仲裁判断に相当する(一一頁)。
- (37) 仲裁を相続すべき場合に相続人が未成年者であるときは、後見人立会の下で仲裁判断はなされねばならない(一二二頁)。仲裁人は未成年者本人に出頭を命ずることができた(一一四―五頁)。仲裁付託に基づく本人の出頭義務は任意代理人の選任により免除されるものではない(同上)。
- (38) *intercessio* とは他人の利益のために債務責任を負うことをいう(*Sohn-Mitteis-Wenger, Institutionen, 17 Aufl., 1949, s. 409*)。保証はこれに該当する。*intercessio* は *senatusconsultum Velleianum* (紀元後四六年)により婦女に禁止された(同上)。
- (39) *cessio honorum* は *leges Juliae* (紀元前一八一―一七一年)の二つが定めたもので、執行債務者が自ら進んで全財産を委付し、もって執行債権者が人身執行と財産執行のうち人身執行を選択することができるのを先手を打ってできないようにすることを認めたものである(*Sohn-Mitteis-Wenger, ibid. s. 720*)。
- (40) 例えば、ローマにおいて仲裁契約を締結した者が、その後 *legatus* (元首によりその代理人として県の長官に任命されたもの)としてローマに来たときは、その者は原則として仲裁手続に参与する義務から解放される。すなわち法務官は仲裁人(*arbitr ex compromisso*)に対し仲裁強制ができない(一一三頁)。
- (41) 仲裁契約当事者が仲裁手続を代理人をして追行させる場合において、仲裁人は本人の出頭を命ずることができた(一一四頁)。
- (42) 自由人と奴隷の二名を仲裁人に選んだ場合、この二名が合議体として仲裁すべき場合には、当該仲裁付託は無効であった(一一

- 六頁)。当該奴隷が自由人となった後に仲裁手続仲裁判断をした場合は、仲裁判断は通用力が認められた(一一六頁)。このことは奴隷のなした仲裁判断がその後奴隷が自由人になることによって治癒されることまで意味するものではない(一一六頁)。二〇歳未満の者は裁判官資格を有しなかった(一一七頁)。
- (43) 法務官により選任された裁判官はいかなる場合においても、方式書に挿入された枠に縛られ、厳格な訴訟手続を当事者が要請した仲裁手続によって回避することができるときではないとされたのである(一一八頁)。
- (44) 仲裁人は自分に命じたり禁じたりはできないとされた(一一八頁)。
- (45) 婦女は公務員や裁判官の資格を認められなかった(一一九頁)。婦女は憤み深く控え目であるようにという習俗が根拠であると見られている(一二〇頁)。
- (46) だが、執政官や法務官には仲裁の強制はできなかった(一二〇―一二一頁)。
- (47) だが、たとえば、仲裁人が(事件につき)取賄した場合には法務官の仲裁強制はない(一二二頁)。仲裁契約の有効性と仲裁契約の不履行の許容とが区別されていたのである。
- (48) この場合仲裁強制の宛先は全員ということになる(一二三頁)。だから、その中に奴隷が存するときには仲裁強制はできない(一二三頁)。また、仲裁人が二人であって二人の見解が一致しない場合に問題があり、この点については処理は区々であったようである(一二五頁)。
- (49) 各自連帯の場合には誰か一人が先に仲裁判断をすればそれで仲裁は終了した(一二四頁)。
- (50) ただし、*actio pro socio* の敗訴者は名誉を喪失する(原田慶吉、ローマ法上巻下巻一九四九年「二二七」〔四六一〕〔四一〕)が、この事件を仲裁に付託することはできた(一二六頁)。
- (51) 自由に関する訴訟(原田上巻「三四」)、生来自由人であることを確定する訴訟(原田上巻「三二」参照)、奴隷から解放された自由人であることを確定する訴訟(同上)。これらの事件はその性質上仲裁人に委せられないと考えられた(一二七頁)。被後見人と後見人の間の争いは仲裁に付託しえた(一二八頁)。
- (52) *actio populares* は公益に関する事実について責任を有する者に罰金を払わせるため、国民中の誰かがこの者に対して起こす訴えであるが(船田享二、ローマ法第五巻一九七二年「八四五」)、かかる事件は仲裁に親しまなかった(一二七頁)。
- (53) どんな事件かは原田前掲下巻「四七二」。

- (54) 普通法の時代には、ローマ法においては民事訴訟法によるべしとされているとの説が多かったが、實際上民事訴訟法を範としたことは推測されるが、民事訴訟法の適用強制があったとする根拠資料はない(一三三頁参照)。
- (55) 仲裁判断において給付を命ずべき数额につき三人の仲裁人の意見が三つに割れた場合には、最少額をとることとされた(一三五頁)。それが三人の意見の共通部分であるからである。
- (56) 仲裁契約において、可否同数の場合にそなえて、予め第三者を指名しておいた場合には、この第三者の意見によつた。第三者を二人の仲裁人が自ら選ぶことと定められている場合については、意見対立した二人の仲裁人は第三者を選ぶにも意見対立するだろうから、仲裁契約は無効である(*non valere*)という法源(D. 4, 8, 17, 6)があるが、法務官が二人の仲裁人に仲裁判断をすることを強制する権能に基づき、二人の仲裁人をして第三者を選定することを強制することが、当事者の意思にも即し慣行でもあるとする法源(D. 4, 8, 17, 6)もある。また、この第三者は、二人の仲裁人のうちの一方に賛成するを以て足るのであった可能性と独自に自己の判断を下すべきであった可能性とがある。
- (57) このことは当時の人々にとつて必ずしも自明ではなかつた(一三七頁)。仲裁判断につき再度検討する機会は、違約罰請求が主張されこれに *exceptio doli* が對抗する場合であつた(一三八頁、注31をみよ)。
- (58) 古典時代の人々はこの点に私的仲裁判断の本質を見た。仲裁判断の履行は違約罰により保障されるから、判決債務執行請求訴訟により保障されるものでないとされたのである。
- (59) 誤つて仲裁手続で主張しなかつた請求権については、訴訟で解決されることができた(一四二頁)。仲裁判断されなかつた請求権については違約罰の余地がなかつた(一四二頁)(注7(二)と比べよ)。
- (60) Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, II, 1959, s. 3.
- (61) 民事訴訟に本来通用すべき規制(たとえばキリスト教の祭日には裁判しない)が仲裁に援用された(一七八頁)。
- (62) 使徒パウロは信者の間の争いは信仰なき裁判官の前に持ち出さず教会に持ち出すべしと説いた(一六七頁)。教会が迫害された時代には司教による聴訟を仲裁の形式で行ない、国の裁判官による保障を得ることは禁じられた(一六七—八頁)。コンスタンチヌスはキリスト教を公認した(ミラノ勅令、三一三年)。テオドシウスはキリスト教を国教と定めた(三九二年)。これにともない教会仲裁裁判が発展した。キリスト僧相互の間にまたは俗人の間に民事の争いが生じた場合に、紛争当事者が一致して司教に裁断を求めるときは(一方当事者が司教に裁断を求めて他方を呼出し、他方がこれに同意することでも足りた)、司教は仲裁人風に

(arbitri more) 裁判をし、これには上訴は許されず、この裁判には執行力はなくこれを執行する場合には国の裁判官の判決言渡行為 (pronuntatio) を必要とした (一六九—七四頁)。司教の聴訟裁判は、仲裁付託 (古典時代の) に基づくのではなく、国が司教に仲裁を強制することもなかったので、古典時代における仲裁とは異なるものであった。しかし、訴訟係属中に、係争事件につき係争当事者が一致して相手方を司教の前に呼び出すときは、通常訴訟は中断し、司教の裁断に当事者双方が和解として一致するときは、訴訟の裁判官がこれを判決の内容として受け取った (一六九頁)。

この *episcopalis audientia* の法規制の中に、伝統的な仲裁の法規制を踏まえて概念的に把握されている面と、伝統的な仲裁の法規制にこれを改変する影響を与える面とが認められる (一六八頁)。

(63) ユダヤ人社会には国の裁判権に近い程強力な裁判権が認められた (Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, 1966, §100 II)。宗教上の事件についてだけでなく民事事件についても認められた。当事者双方が司教を仲裁人として選び、事件を解決することに合意し (その方式は古典時代の仲裁付託の方式たるを要しない)、司教が仲裁人に類した作用により判断を下し、その裁判は判決裁判官たる *arbiter* (受託裁判官) の裁判と同じく執行力を有した (だから、国の裁判官の判決という形をその上に被せる必要はなかった。ただし、執行には裁判所の執行命令が必要であった) (一七五—一六頁)。

(64) キリスト教司教の聴訟裁判、ユダヤ司教の特別裁判、違約罰約款なき仲裁協定に基づく仲裁裁判をも仲裁の概念の下に統括することによって *compromissum* は通俗の用語となっていた。

(65) 仲裁付託から *exceptio pacti* は産まれないから、*exceptio veluti pacti* も仲裁付託から産まれるのではない (二八五頁)。仲裁契約ある事件につき訴えが提起された場合に、この *exceptio* が対抗するのではない。仲裁判断に服する旨の約束を基礎とする仲裁判断から産まれるものである。この抗弁は仲裁判断を受けた事件についての訴えの禁止を主張するものである。

和解 (*transactio*) には古典時代には *pactum de non petendo* の一適用場合として正規の *exceptio pacti* が認められた。ギリシャ法における仲裁は当事者間で結ばれた和解を仲裁人が仲裁裁判として言渡すものであった。ローマの古典時代の仲裁判断は当事者の合意ではなかった。和解は古典時代の後には司法の不安により助成され *pactum* から分離して独自の債務契約となったが (Kaser, *RRP* II, s. 322)、仲裁とはちがうものであった。だから、仲裁判断から *exceptio pacti* は産まれなかった。そして、*exceptio veluti pacti* に止まった。和解と仲裁が混合したギリシャ法に見られた仲裁手続完結の抗弁が、古典時代の後の時代のローマ法に刺戟を与えたことは考えられうることである (一八三—一五・一六一頁)。

- (66) 方式書訴訟におけると異なり、当事者による裁判官の選択は受託裁判官を除き不可能であり、裁判官忌避の権利は甚だ限定された(二〇〇頁)。
- (67) 方式と期間の厳守に象徴される手続の形式化は *advocatus* の役割を益々重要にした(二〇一頁)。<sup>67)</sup> これは、官吏の無能腐敗を防ぐために官吏を法規に縛りつけることと無関係ではなかったようである(Kaser, 前掲 RZP s. 413)。
- (68) *die Unübersichtlichkeit von ius und leges* (二〇一頁)。<sup>68)</sup> これが法典編纂の必要を感じさせた(同上)。
- (69) Kaser (RZP s. 414) *§ 26* *Unzuverlässigkeit*。
- (70) 方式書訴訟は原則として無償であり、判決において敗訴者に訴訟費用の弁償を命ずることはなかった(Kaser, RZP s. 388)。<sup>69)</sup> 古典時代の *cognitio* 訴訟においては、原告が不当な訴提起によって被告に浪費を強いたことになる場合には、判決でその弁償を命ずることができたが、裁判手数料なるものはなかった(同上, s. 395)。<sup>70)</sup> 古典時代の後の時代には不当に争った被告も同様に扱うこととなり、さらに、不当でない場合であってもとにかく敗訴の当事者に訴訟費用の弁償を課することとなった(同上, s. 519)。<sup>71)</sup> 裁判手数料をとることはコンスタンチヌスの下ではまだ取崩として厳しく罰せられたが、四世紀の後半には認められ、それは、国庫ではなく、国からの俸給少なき裁判所事務官に、公務の報酬として贈られ、裁判官はこれに与らなかつた(同上, s. 448)。<sup>72)</sup>
- (71) 違約罰以外の約定については大きな変化はない。ただ、契約に基づく権利義務は相続人が承継することになったので、仲裁契約につきその旨を条項として明示する意味は消滅した(二四六頁)。
- (72) ① 当事者双方と仲裁人が仲裁手続を完うすることを宣誓により保障する旨を予め合意し、ついで両当事者が仲裁判断遵守の宣誓をしたうえ仲裁人を選任し、これを受けて仲裁人が真実に基づき事件を裁く旨宣誓した場合において、その旨を記した書面(私文書)であれ、公証書であれ、仲裁人面前での口述筆記調書(公証書)が存するとき、② 仲裁人との間の合意は存しないが、両当事者が仲裁人の判断を遵守する旨を宣誓により約した場合において、③ この約束を記す書面が予め預託されたとき、④ この約束が仲裁人の調書上記録されたとき、⑤ または仲裁判断が書面に固定されたとき、⑥ 両当事者の要請に応じて仲裁人が単独で一方的に争いを真実に即し公平に裁断する旨を宣誓した場合において、前記①②に掲げたような書面が存するとき、には当事者に仲裁判断内容の履行を求める *actio (actio in factum)* (その他)が認められた(二〇八—二〇九・二四七—二四八頁)。
- これらのものは、違約罰約束を含まない仲裁付託に基づく仲裁その他の仲裁が行われていたところの前の時代の實際を踏まえ、不誠実な者が裁判官の判決を自由に回避することを許さないために、仲裁を宣誓により強化したのであった(二六一頁)が、

- 宣誓違反を憂慮すべき事態となり、宣誓による強化の効果を廃止したのである（二四〇頁）。
- なお、仲裁判断に基づく執行を認めることは、従前にはなかったことであるが、キリスト司教の仲裁的聴訟やユダヤ司教の仲裁的裁判の制度から影響を受けたものであるということは十分に考えられることである（二〇九頁）。
- (73) 異議を申立てないで十日が経過すると仲裁判断はいわば確定するが、これは判決効に類似するところがある、また、異議を申立てると右の確定が遮断するが、これは控訴の確定遮断効に類するところがある（二四四頁参照）。異議申立により法律上の不利益を受けることはなく、請求を認容された当事者には、*actio in factum* が与えられず、請求を棄却された当事者の相手方には、*exceptio veluti pacti* が与えられないう結果にする（二四四頁）。
- (74) Zoepfl, Deutsche Rechtsgeschichte, Band II, 1872, 復刻 1975, s. 325. 第一条は *Camer-Gericht* の構成を規定している (Zoepfl, *ibid.* s. 326. Planitz-Eckhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 2 Aufl., 1961, s. 270)° これは皇帝の及びライヒの *Kammergericht* と呼ばれた (Zoepfl, *ibid.* s. 325)° 長は *Richter* と呼ばれ、その他の裁判人は *Urteiler* (*Urtraler*) と呼ばれた。
- (75) Stobbe, *Geschichte der Deutschen Rechtsquellen*, 1864, Abt. II, s. 86. Zoepfl 前掲三二七頁は、ライヒの法をライヒの諸法律と解し、普通法を普通の書かれたる法と解し、かつ、実体法のみならず手続法をも含むものと解している。
- (76) Stobbe, *ibid.* II, s. 86. 大方はユスチニアヌスのローマ法であるが、カノン法及びドイツ起源の慣習と制定法律もドイツ全域に普く通用する「普通法」を成した (Denburg, *Pandekten*, Bd. I, 7 Aufl., 1902, s. 4. 初版一八八四年)。たとえば、前掲 KGO 第三条にいう普通法を Denburg はローマ法及びカノン法とごつごつする (前掲七頁)°
- (77) Mackeldey, *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, 1829, s. 117—119. (初版一八一四年)° Puchta, *Pandekten*, 6 Aufl., 1852, s. 2. (初版一八四〇年)° Pagenstecher, *Pandekten-Praktikum*, 1860, s. 1.
- (78) Denburg, *ibid.* s. 7, 8.
- (79) Puchta, *Pandekten*, 6 Aufl., 1852, s. 2. Stobbe, *ibid.* s. 111.
- (80) たとえば、ハイマンの一九一六年の *Hofgerichtsordnung*, くマヤンの一九〇〇年の *Hofgerichtsordnung* (Stobbe, *ibid.* II, s. 131)°
- (81) Puchta, *ibid.* s. 5. Pagenstecher, *ibid.* s. 2.
- (82) それは次のような事情によると思われる。KGO の設立の理念は、ハイマンと四世の一一〇三年のライヒのラント平和にはじま

たラント平和の最後のものであるところの一四九五年のウォルムスのライヒ議会の永久のラント平和である (Planitz, *ibid.* s. 135. Zoepfl, *ibid.* II, s. 326)。すなわち永久のラント平和により紛争解決手段たるフェーデの権利が取上げられ、諸身分に属する者の間の紛争を裁判官による裁判によって解決することとし、そのための裁判所すなわちラント平和裁判所として RKG が設立されたのであった (Zoepfl, *ibid.* II, s. 326)。

この趣旨で、設立時の RKG は諸身分に属する人と法の専門家とによって構成された。構成員は一人の Richter と一六人の Vrtailer と Richter とは Fürst または Graf または Freiherr からとわれ、一六人の Vrtailer のうち半数は法専門家から半数は最低としても Ritterschaft 生まれからとされた (Zoepfl, *ibid.* s. 326)。陪席裁判官の数はその後増え、一六四八年ウエストフリア条約後には五〇名になり、かつ、半数はカトリックから半数はプロテスタントからとされたが、定員に満ちることがなかったので、一七二九年には二五名にされ、この定員さえ一七八二年にはじめて満ちた (Zoepfl, II, s. 326, Anm. 1c)。

半数は法専門家からというのは外国法専門家からを意味し、半数は低くとも Ritterschaft 生まれからというのはドイツ固有な生活経験者からを意味する結果となった (Stobbe, *ibid.* II, s. 84)。後者については、一五二二年の KGO によって、できる限りに習熟した者をあてるとされ、そこで法とは外国法＝ローマ法を意味した (同上、八四―八五頁)。その後次第に裁判が専門技術的になり、これに伴って陪席裁判官の全員が大学で法に習熟した者となった (同上)。大学ではローマ法カノン法の教師が雇われ、ローマ法カノン法を教えた (Mackeldey, *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts*, Bd. II, 1829, s. 118)。ゆえに Emminghaus, *Corpus Juris Germanici*, I Teil, 1824 は一五五五年の Cammergerichts=Ordnung のみを収録し、(四一〇―四五〇頁)。(83)ローマ法が中世においてドイツに滲透したのは、ローマ法がもつ異民族(そして異身分)に適用しうる適性→統一法たる適性→普ねく通用する適性を有したからではないかと思われる。逆にいうならば、そのような適性を有する部分のみが継受されたのである (Derenburg, *ibid.* s. 25, 29)。つまりドイツ慣習法化した限りにおいて、ドイツの法となったのである (Mackeldey, *ibid.* s. 119, Pagenstecher, *ibid.* s. 1, Derenburg, *ibid.* s. 8)。一四九五年の RKG 以後は、これに、裁判所によって適用される法源となったことの結果として、判例法化した形でドイツ法となったことが加わったといえよう。

ドイツでは、一四九五年以後、神聖ローマ帝国の滅亡(ライヒの解体)の一八〇六年を経て、第二帝国成立の一八七一年に至るまで、ラント自主独立の志向と(とくに取引交通圏の拡大により強められた)全ラント連合統一の志向とが、政治的情况の醸成因を成したように見える。法については、前者はラントにおける固有の特別法 (Partikularrecht) の立法として結晶し(その例は、

山田晟、ドイツ法序論、一九四八年、四五—四六頁）、後者はライヒ普通法の発展と適用という表現をもったと見られる。もちろん、前者に——主として私法の分野で——ローマ法⇨普通法が影響し、ローマ法⇨普通法がドイツ人の時代の法的確信に見合うように修正発展させられた面を否定できない（Pagenstecher, *ibid.* s. 1）。

ライヒの立法は個別的で数は少なかった（その例は、山田前掲四—一四三頁）。一八世紀に入り、とくに後半に、地方で、一般（*allgemeine*）法典の編纂が行なわれた（その例は、山田前掲四六一—五〇頁）。かかる法典の施行地域（たとえば、プロイセン ALR については、プロイセン）においては従前の普通法（⇨ローマ法）は裁判官に対し、法律としての効力を有しないものとなった（Pagenstecher, *ibid.* s. 2）。この広域地方法典の編纂の時期を経て、一八七一年の政治的統一が連合統一志向の終点であるライヒ統一法典を可能ならしめ、司法の分野では、ライヒ統一諸法典が一八七七年に成立することになったのであるが、ライヒ統一法典のもつべき普通法的性格がおのづから従前の普通法（⇨ローマ法）（これが一八〇六年のライヒ解体により、消滅したか否かには争いがある——Dernburg は不消滅説。Dernburg, *ibid.* s. 2）が多かれ少かれ法条の形式をもつ結果をもたらしたのではないかと思われる。

(84) 山田前掲三八頁、Puchta, *ibid.* s. 2-3. Dernburg, *ibid.* s. 9. 原田前掲（一六）。

(85) Bornhak, *Schiedsvertrag und Schiedsgericht nach geschichtlicher Entwicklung und geltendem Recht*, ZZP 30, s. 16.

(86) *Decretum Gratiani*（グラチアヌスは一一六〇年頃死亡）/ *Decretales Gregorii IX*（法王グレゴリウス九世は在位一一二七年—一四一年）（一一五〇年から一一三〇年までのグラチアヌス以後の *Decretum* を集めた五巻のもので内容は皇帝法の *codex* の模倣）/ *Liber sextus decretalium Bonifacii VIII*（前者の第六巻にきたその後の法令集）/ *Clementinae*（在位一三〇五—一四一年の法王クレメンヌ五世の収集によるその後の法令集）から成る（Dernburg, *ibid.* s. 23. Puchta, *ibid.* s. 4）。法王インノケンチウス三世（一一九八—一二二六年）以後ヨーロッパ全体が法王の権威に服した。

(87) Dernburg, *ibid.* s. 24-25. カノン法は教会裁判所で適用されたが、教会裁判所は世俗事件についても広範な包括的な管轄権を有した（同上）。民事の關係についてはカノン法は内容的にはローマ法を基礎とした（Puchta, *ibid.* s. 4）。カノン法はロー法（を變えることによりその新しい時代への移行を媒介する）と密着し（Puchta, *ibid.* s. 4. Arnolds, *Lehrbuch der Pandekten*, 14 Aufl., 1889, s. 6）、カノン法は新法としてローマ法に優先するとされたが（Dernburg, *ibid.* s. 25）カノン法の規定が右の目的でローマ法の規定と異なる場合にいずれをとるか、裁判実務がドイツの法観念を基準として定めたのであった（Puchta, *ibid.* s. 4. Dernburg,

ibid. s. 26)。

(88) 古典時代の後の時代の *episcopalis audientia* は、教会裁判権の確立及び僧侶の政府機構への編入により衰えた (Vieker, 前掲 二三七・二七二頁)。ユスチニアヌス法典の中でそれは僅かな規定しかもたない (同二三七頁)。西洋中世における仲裁の花盛りは註釈学派の時代に始まった (同二八一頁)。ユスチニアヌス法の註解は、ものによっては廃止されたものを生かすようになされ、これによりユスチニアヌス仲裁法は教会の仲裁手続の法学的熟成のためにも範型となった (同二八一頁)。こうして、普通法仲裁としてカノン法仲裁 (カノン法のスクリーンにかけられたユ帝法仲裁) が通用することになったのである。

(89) いわゆる Glück's Kommentar は、第一巻の初版は一七九〇年で、第六巻は一八〇〇年刊行で、第六巻の中に、仲裁について Lib. IV. Tit. VIII. De receptis, et qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant とする表題の下に述べられている。

Glück は註解書を通じてローマ法カノン法ドイツ法を法源とした。しかしそれらを歴史学上価値のある法祖先という意味で法源としたのではない。それらがドイツにおいて当時現に実用されている状態 (heutiger Gebrauch) を把えてそれらがドイツにおいて普通のものとなっている法の学識の泉 (もと) であるという意味においてである (序文参照)。Glück は先人の業績を踏まえて当時 (一九世紀に接する) の普通法の現状を網羅的に集大成した。これが Glück を出発点とする理由である。

(90) ローマ法の仲裁付託は裁判権を仲裁人に付与すること (国の裁判所に権利主張をしないこと) であったが、普通法の仲裁付託は和解の効力をもつもの (Puchta, s. 432) であって実体上の請求の場合によっては放棄することが含まれるものであった (Bornhak, s. 17. Arndts (Lehrbuch der Pandekten, 14 Aufl., 1898, s. 553. 初版一八五二年) は仲裁判断において請求が認められなかったときは、その部分前以て放棄したのであるから権利を失うことになるとしている)。係争法律関係を互譲により確定する和解においては手続の瑕疵に基づく取消はありえないはずであったが、一五九四年のライヒ議決 (Reichsabschied) はその第六六条で重大な瑕疵 (laesio enormis) が存する場合に仲裁判断が取消しうべきであることを宣言し、普通法仲裁は内的矛盾を包蔵するものとなった (Bornhak, s. 19)。

stipulatio はローマの民習俗であったが、ドイツではそうでなかった。stipulatio は合意契約 (consensualcontract) 及び裸の約束 (nudum pactum) とともに包括してとらえられた。一切の無方式の契約に klagar (訴求可能) という性格が承認された。契約の方式については合意契約及び裸の約束の方式を規制したローマ法の規定が適用された。以上のように Savigny (Das Obligationenrecht, Band 2, 1853) がとらえている (s. 241-2)。こうして普通法の仲裁付託は契約であったのであると思われる。

Windscheid においては仲裁付託の約束の中に、①仲裁判断に服すること、②訴訟によらないこと、③仲裁の手續に必要なことをなすことが含まれるものとされている (ibid. s. 789-90)。

②の約束に違反した訴えに対して抗弁が認められた (Windscheid が引用する André (あとがきをみよ) は一八六〇年に公刊されたものである)。③の約束に反する不作為に対しては、義務の履行を求める訴えが認められ——その執行は行為をしないと裁判官が罰に処するという脅かしによって実現された——、他方訴訟を起こすことが認められ——この場合には②の抗弁に対する再抗弁が認められるという形で——た (同上)。

仲裁付託が義務づけられる場合——法律の明文により、遺言の効力により、先行した契約の効力により——があった (Glück, s. 76)。この場合の仲裁人は必要的仲裁人とよばれた (同上)。

(91) 普通法では仲裁付託と仲裁委託の二つの契約が必要であった (Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, 1800, 6 Teil, I Abt., s. 72-75. Mackeldey, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, Band II, 1829, s. 262. v. Wening = Ingenheim, Lehrbuch des Gemeinen Civilrechts, 5 Aufl., Band II, 1837, s. 260. Keller, Pandekten, 2 Aufl., 1866, s. 605-6)。<sup>93</sup> 当事者仲裁人間の契約という観念はローマ法にもカノン法にも一五九四年ライヒ議決にもなかった。この観念は普通法実務の所産であり、仲裁付託を和解と見た (カノン法を基とする) 見解から産まれたものである (Bornhak, s. 21)。<sup>94</sup> 仲裁人をあつせん人として和解をするという契約を仲裁契約たらしめるには、仲裁人とその旨の契約をする必要があるというコンテックストなのであろうか。

(92) Bornhak, s. 19. 仲裁は和解の性質を有するから、和解を締結し係争物を処分する権限を有する者のみが仲裁付託をなしうると Glück は書いている (前掲七七頁)。<sup>95</sup> 年少者 (Unmündige) 及び若年者 (Minderjährige) は後見人の承諾なしには仲裁契約をなしえず、裁判所から浪費者と宣告されたものはその保佐人の承諾なしには仲裁契約をなしえなかつた (Glück, ibid. s. 77)。<sup>96</sup> 団体はそういうものとして仲裁付託能力を有したようである (Glück, s. 104 参照)。<sup>97</sup> 年少者とは七歳から一四歳の者を指し、若年者とは一四歳から二〇歳までの者を指したらしく、七歳未満の幼児は完全無能力であった (Sohn-Mitteis-Wenger, Institutionen, 17 Aufl., 1949, s. 237-8. Puchta, ibid. s. 72)。<sup>98</sup>

(93) 契約当事者の間に生ずべき権利紛争は、将来もつばら妥協により (compromissarisch) 解決しようとの取極めは compromiss (仲裁付託) とはなげ pactum de compromittendo (仲裁付託をなすこと) の約束) に止まる (Puchta, Pandekten, 6 Aufl., 1882, s. 435)。<sup>99</sup>

仲裁により解決する争いが現在存在する争いでなければならぬか、将来発生すべき争いでもよいかについては、André は将来争いが起こらうべき法律関係の現存が少なくとも必要であると解したようであるが、Windscheid はそれも仲裁契約の有効性の要件ではないという (s. 794)。

第三者として団体を指名することもできたようである (Glück, s. 102)。Reichskammergericht を指名することもできた (Bornhak, s. 20)。

(94) 個人名を指名する方法によらずに、当事者間の別段の合意を要することなく、仲裁人を選定することができる方法を指定しておくことを判例は認めた (Bornhak, s. 20)。

① S が Q からライ表を購入する契約を結び、その中で次のように約した。《この契約から生ずる一切の当事者間の紛争は、当事者間に直接に生ずるものであれ、間接に生ずるものであれ、直接の契約者間において仲裁裁判官により裁断される。この裁断を求める者は、何人かの当地の農産物商人の多数決により選ばれた者で、その名簿が商人階級の最長老の記録庫中に寄託されている、両当事者と四親等内の親族姻族でない、三人の仲裁裁判官を、相手方に、その中から一人を選ぶために提案し、相手方は、おそくとも次の日に自己の選択を通告し、かつ前記の如き人々の中から三人の別の者の氏名を挙げ、この者の中から他方の者が同じ期間内に一人の仲裁裁判官を選んで、書面でこれを通告しなければならぬ。期間の懈怠は相手方に、相手方が提案した者の中から、両方の仲裁裁判官を選択する権利を与える。提案と選択の通告とは、関係の宛先への書留郵便物の交付に関する郵便証明によって、相手方が反証の負担を負うほどに、証拠立てられることができる。選ばれた者たちは直ちに残余の仲裁裁判官の中から一人の審判 (Obmann) を抽せんにより指定する。以上のようにして構成された仲裁裁判官は多数決により裁断する。その仲裁判断に両当事者は異議なく服し、一切の通常の上訴も非常の上訴も排される。《これにつき、ROHG 1871. 3. 28 (II 156) は、これを有効とした。これは仲裁人の指定を将来の合意に留保したものではなく、仲裁人の指定につき当事者の一方的な干渉を排し、当事者の恣意を排して仲裁裁判所を構成することができるから、ローマ法の原則に反しないのであるといふのであった (s. 161)》。

② C と G とが組合契約を締結し、その中で次のように約した。《この契約から生ずる紛争は排他的に仲裁裁判官によって調停示談される (schlichten)。両締約者は各自一名の仲裁裁判官を選び、両被選者は一人の審判を選ぶ。両被選者が一致することができるときは、推薦候補者の中から抽せんして決する。》ROHG 1871. 6. 30 (III 55) はこれを有効とした。

③ ベルリンの仲買人のライ表買付契約書の中に含まれているところの、一切の契約紛争は三名のベルリンの農産物商人から成る

仲裁裁判所に裁断される旨の条項につき、この条項に示された一定範囲の人の中から契約で示された方法で、右の三名が仲裁裁判官に指定されるときは、普通法上もプロイセン法上も有効な真の仲裁契約であると、ROHG 1871. 11. 21 (IV 137) は述べてゐる (s. 138)。

④和解によりB夫妻とその破産債権者等とで清算委員会を設けることとなり、この委員会に全破産債権の総額を終局的に確定することを託したが、和解条項の第五条に次のように定められた。氏名を明示した六名の者が該委員会のメンバーであること、第六番目のメンバーが脱離したときはその欠を埋めないこと、残余のメンバーについては、脱離のたびに委員会が新メンバーを選ぶこと、委員会は常に王国銀行の行員二名と Anlage I に記載の債権者の代表二名と Eingang a. 3. に記載の人々の代表一名とから構成されること、委員会は少くとも三名のメンバーが出席したときに議決ができること、議決は出席者の多数によること、可否同数の場合には議長の票が決するものであること。これにつき、この委員会は数人の授權された交替可能な自然人から成り、仲裁裁判官の特定を欠く違法があると主張された。ROHG 1872. 10. 22 (VII 329) は、選ばれる人の範囲と選ぶ方法とが十分に特定し、もつて仲裁裁判所の構成への当事者の一方の一方的干渉が排除され、仲裁人を選ぶのに更に合意をする必要がなく、これで有効であつて、法律はこれ以上に仲裁裁判官個人を指示することを必要としないといつた (s. 331)。

⑤《会社と被保険者の間の紛争の裁断は、ことごとく当地の商人階級の長の職に在る者によつて、当地に居住する商人の中から指名されるところの、二名の仲裁裁判官によつて、予備的に、一名の審判によつて、なされるものとする。その仲裁判断に対しては法律上の上訴手段が許される。》と、う印刷された保険証書中の約定につき、ROHG 1873. 6. 30 (X 375) は、かかる仲裁付託はプロイセン法の原則に適合すると認めた (s. 383)。

(95) Keller (Pandekten, 2. Aufl. 1866) によれば、ローマ法では原則として全員が共同して行動し、仲裁判断の言渡には全員が参列しなければならぬのであるが、カノン法はそれほど厳格ではなく、実務はローマ法に従つた (六〇七頁)。一名単独で仲裁判断すれば足りる場合には真先になされた仲裁判断が優先した (同上)。カノン法によれば、一人が出席し残余の仲裁人が正当の理由なく出席しないときは、出席した一人のした仲裁判断は有効であつた (v. Wening = Ingenheim, s. 262)。

(96) 複数の仲裁人が共同で仲裁判断をなすべき場合に意見が分れるときは多数決により、数額につき見解が同数に分れるときは最少額によることとされた (v. Wening = Ingenheim, s. 262; Keller, s. 607-8)。権利の存否につき可否同数の場合には、仲裁契約の中に定めがあるときはそれによつた。その定めは、第三の仲裁人 (Obmann とよばれた) を指名し、これに決着の判断を委ねる

ことを内容とした。Obmann を仲裁人等が選ぶものとするという定めも適法であった。

①可否同数の場合に備える定めを仲裁契約中に設けないで可否同数になった場合、ローマ法においては仲裁付託は消滅した、というのが通説であった (Bornhak, s. 20 参照。注 56 参照)。カノン法においては、可否同数の場合に備える定めを設けず、偶数の仲裁人を指名する仲裁付託は無効であるとした (Jungting)。カノン法では仲裁人が自発的に一人の Obmann を選び、この者が裁決を下してもその裁決は効力がないとされた (Glück, s. 85)。Glück は「このカノン法はローマ法の註解により誤導されたものと見る (同上)。ライヒ上級裁判所の判例 (ROHG 16 Mai 1871, Bd. 2, s. 296) はローマ・カノン法に従った (Bornhak, s. 20)。」

Glück は、裁判慣習は右のごとき仲裁付託を無効ではないとしている、そのように実務法学者は教えている、ドイツ人もその有効性を疑わない、と見た (八五—八六頁)。Glück は、ドイツの Site によれば、当事者は事件の決着を欲すると見て、仲裁人がみずから Obmann を選び、この者が裁断を下したときは、それで事件が有効に落着くと解した (同八四・八六頁)。仲裁人が Obmann を選出しないときは、裁判所がこれを促すべきものと解した (同八二頁)。仲裁人がその選出に一致しないときは、事件が解決されないか否かは、当事者の意思により定めるべきものとし、不解決と定めたときは仲裁付託は効果 (Wirkung) なく終ったことになり、解決すると定めたときは、両当事者は裁判所にその旨を申し立て、裁判所は当事者の要請に応じ、④自ら一人の Obmann を指名する、⑤仲裁人らにその選出を強制する、⑥別の Spruchcollegium (その実態を筆者は知らない) に一件記録を送付する、のいずれかをするものとした (八六頁)。

②可否同数の場合には仲裁人が Obmann を選んで、この者に裁断させるとの定めがある場合、仲裁人が選ぶことを怠っているときは、両当事者の要請に基づき通常裁判所が仲裁人等に一人の Obmann を選ぶよう督促することができた。選出につき見解が一致しない場合には、ローマ法源には仲裁付託は non valere であるとする (注 56 参照)。通説はこれを nichtig (null) と解した。Glück はこれに反対し、effectu destitui (効力が置き去りにされている) すなわち ohne Wirkung 換言すれば nullität (無) ではなく実現困難であると解した (八四頁)。そして、可否同数の場合に備える定めがない場合に比べて、仲裁判断を成立させる方向に解釈できないはずはないと考え、同様の扱いをすべきものと解した (八四頁。同頁、v. Wening = Ingenheim, s. 263)。

(97) 協商すみまたは決着すみ事項の抗弁。これは妨訴の抗弁として exceptio litis pendens (訴訟係属の抗弁) と同じ効果をもつた (Bornhak, s. 23)。Windscheid (Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 8 Aufl., 1900) は「その根拠を請求者が通常裁判所に訴えないことを約したことに見ている (七九〇頁)。」

- (98) その実態について筆者は確かなイメージをもっていない。v. Wening=Ingenheim (s. 264) と Arndts (Lehrbuch der Pandekten, 14 Aufl., 1889, s. 555) は Untergang des Streitgegenstandes と *extinctio litis* (五五五頁)。<sup>98</sup> 両者とも das Interesse が請求を認めていない限りといっている。してみれば元本債権の弁済による消滅のことを指しているのであろうか。
- (99) 当事者が団体である場合には構成員の死亡によって仲裁付託は消滅しない (Glück, s. 104)。<sup>99</sup> 不可分物についての権利紛争につき共同当事者が仲裁付託をした場合には、一人の死亡により仲裁付託は消滅する (Glück, s. 103)。<sup>100</sup> 当事者が死亡しても相続人に仲裁付託の効力が継続する旨の相続条項が仲裁付託契約に存するときは死亡による消滅はなからず (v. Wening=Ingenheim, s. 264)。<sup>101</sup> Keller (s. 606) は当事者の Wahnsinn (発狂) を仲裁付託の消滅原因に数える。<sup>102</sup>
- (100) 複数の仲裁人が存する場合で全員共同してのみ活動すべき場合にその一人が死亡したとき仲裁付託は消滅する (Glück, s. 102)。<sup>103</sup> 残余の者で仲裁判断ができるとの定めをしているときはこの限りでなからず (v. Wening=Ingenheim, s. 265)。<sup>104</sup> 団体として仲裁人になつていない場合には、その構成員の死亡により仲裁付託は消滅しない (同上)。<sup>105</sup> ある職の地位にある者が、その地位にあるがゆゑに仲裁人に選定されているときは、(いわばその地位そのものが) 仲裁人であるので——筆者注、仲裁人の死亡により仲裁付託は消滅しない (同上)。<sup>106</sup> Keller (s. 606) は仲裁人の Untätigkeit を仲裁付託の消滅原因に加える。<sup>107</sup>
- (101) たとえば、訴訟により解決することへの一致、他の仲裁人に委託することへの一致 (Glück, s. 104)。<sup>108</sup>
- (102) 仲裁判断言渡の後には仲裁人の権限もなくなる。なお、Puchta (s. 434) は、仲裁人が仲裁受諾後判断前にその義務から免かれ得る事由 (注 106 をみよ) が生じたことによつて仲裁付託が aufheben せられるとする。<sup>109</sup>
- (103) 注 91 参照。ローマ法では、仲裁人が職務を受諾するか否かを一方的に定めた。カノン法でもそうであったと思われる。<sup>110</sup>
- (104) ローマ法上の pactum praetorium については船田前掲第三卷「五〇一」参照。委任ならばこれに基づくアクチオが認められるが、法務官法上の約束ならば actio in factum が認められる。<sup>111</sup>
- (105) 死亡した仲裁付託当事者が仲裁付託に相続条項を挿入していた場合はこの限りでなからず (Bornhak, s. 22)。<sup>112</sup>
- (106) 仲裁人が仲裁受諾後にその義務から免れることのできる事由は次の通りである。当事者が仲裁人の名譽を毀損したこと、当事者が仲裁人を見棄てて他の仲裁人に向き、その後再び前者に依らうとすること、当事者の双方または一方と仲裁人の間に致命的な敵対関係が後発的に生じたこと、病氣、本務、緊急の旅行等により仲裁ができなからず (Glück, s. 88, 89)。<sup>113</sup> 注 6 と比べてみよ)。<sup>114</sup>
- (107) ローマ訴訟が、争点決定 (litis contestatio) によつて審判人 (iudex, arbiter) の前でその手続 (apud iudicem) が開始されると

されたのと発想が同じである (Bornhak, s. 23)。

(108) 婦女が *Ordentliche Gerichtsbarkeit* (Glück) または *Jurisdiction* (Puchta) をもつというのが何を意味したかを筆者はまだ知らない。とにかく、婦女が仲裁人となれたときは、自己の裁判管轄の裁判所に仲裁人権限の行使を託しなければならなかった (Bornhak, s. 20)。<sup>1)</sup> *Jurisdiction* は、中世になつては、尼僧院長がしばしば有したと云われ、(Vering, *Geschichte und Pandekten des römischen und heutigen gemeinen Privatrechts*, 5 Aufl., 1887, s. 610)。

(109) 婦女以外の者について。名譽喪失者は公務からは排斥されたが、仲裁人を選ばれることはできた (Glück, s. 68)。息子は父の事件につき仲裁人たりえた (同六九頁)。聾者、啞者、狂者は仲裁人たりえなかつた (同上)。二〇年未満の者も仲裁人たりえず、仲裁受諾をしても仲裁人として強制されることはなかつた (同上。v. Wening = Ingenheim, s. 260) によつては、一八年未満の者)。二〇年をこえ二五年に満たない者は、仲裁人たりうるが、仲裁受諾をしても、原状回復の方法でその任を免れることが認められた (同七〇頁。v. Wening = Ingenheim, s. 260) によつては、一八年以上二〇年未満の者)。訴訟裁判官が事件の仲裁人を選ばれることができるかについては、ローマ法では否定されたといわれる (注43参照) が、カノン法及び普通法時代の裁判慣行はこれを肯定した (同七〇・七一頁。Arndts, *Lehrbuch der Pandekten*, 14 Aufl., 1889 は肯定説(五五四頁))。Puchta (s. 433) は裁判官が、訴訟係属したならば担当すべき事件につき、係属前に仲裁人を選ばれることを肯定する。しかし、普通法解釈として否定説 (Vering, s. 610) もある。行政官は私人としてならば仲裁人を選ばれることができた (同七一頁)。訴訟裁判官を仲裁人にするには手続の簡略化を当事者が示談することができる利点があったのであり、仲裁人たる裁判官は仲裁委託に定める手続に従つて事案の審理を進めるが、その他の点では裁判官の権限により裁断した (同七一頁。v. Wening = Ingenheim, s. 261)。だから、その仲裁判断は裁判官の判決に擬せられ、これに対し控訴が提起されなかつたときは判決効が生じた (同上)。一五九四年ライヒ議決第六五条によると第一審普通裁判籍を RKG に有する者のみが RKG を仲裁人を選定することが許された (Bornhak, s. 20)。

(110) 同旨 (Bornhak, s. 21)。私的な補償を被害者にするにかかるとは仲裁に親しむ (Glück, s. 78, Anm. 85)。

(111) たとえば、当事者双方審尋、事実及び争点を十全に把握すること、申立を超えて裁決してならぬ (v. Wening = Ingenheim, s. 262; Bornhak, s. 23)。Glück によれば、当事者が別段の定めをしないときは、訴訟において裁判官が遵守すべき法律の規定 = ラントの手続法に従うべきものであつた (九〇頁。同旨。v. Wening = Ingenheim, s. 262; Keller, s. 607)。

(112) 全員一体として審判すべき場合に一人が死亡した場合、または出頭しない場合には他の者は責務から解放されたが、カノン法に

- よればこれは悪意の欠席の場合にはあてはまらず (Bornhak, s. 23)、残余の者が審判すべきものであった (Glück, s. 80)。普通法裁判慣行はこの点ではカノン法によらず、残余の者のみでは有効な仲裁判断をなしえないとし、まず、警告をし、それからは一人でも有効に手続を進めうるとした (Glück, s. 80)。
- (113) 若年者 (注92参照) が保佐人なしに仲裁手続を進行して仲裁判断が言渡された場合、仲裁判断が若年者に有利な場合は有効で取消しえないものとされた (Bornhak, s. 23)。
- (114) 仲裁人は仲裁委託で明示された対象について裁判するものである。果実、利息は事件と結合するものとして、仲裁費用は事件に直属するものとして、仲裁判断の中で当然に裁判されることができた (Glück, s. 89-90)。
- (115) ローマ人の間で裁判所用語として権利を承認するという意味に用いられた *laudare* を註釈学派が仲裁人について用いたといわれる (Bornhak, s. 24)。
- (116) ライヒの法律が判決に裁判理由を付することを要求していたこととの対比において争われたのである。有力な Böhmner の肯定説があった (Glück, s. 91, Bornhak, s. 24)。
- (117) Bornhak, s. 24. たから仲裁判断が内容において不公平であっても当事者は受忍すべきであった (Glück, s. 92)。v. Wening = Ingenheim においては和解によるのと同様に仲裁人の仲裁判断に従って、当事者の間の権利関係が定まり、当事者は仲裁判断の *Richügkeit* または *Biligkeit* を願慮することなく拘束されるとされている (二六三頁)。Keller (s. 807) は別段の取極めがないかぎり仲裁人の仲裁判断は判決効ある判決に等しいといっている。
- Windscheid* に至ると、仲裁が裁判的にとらえられ (私法上の和解と仲裁契約とを項を別にして)、当事者の仲裁判断に服する意思に基づき、仲裁人に当事者が付与した力によって仲裁判断が当事者間に法 (権利, *Recht*) を作るというふうに理論構成されている (ibid. s. 789)。
- (118) 仲裁付託契約に基づき仲裁判断が認めた権利を権利とするのであるから、仲裁判断に不公平、違反があっても、和解と同様、取消されることはないのであった (Glück, s. 96)。しかし、仲裁判断が明白に偏頗・敵対または取賄の結果であるときには、その執行を求める *actio* に対して *exceptio doli mali* で対抗することができた (Glück, s. 98)。
- ただ、一八世紀の普通法学者 Böhmner や Krappoth は、カノン法は十日の期間内に第一審通常裁判所に非常控訴することを認めたと主張した (Glück, s. 96, Bornhak, s. 24)。Bornhak はこの結論は法源の根拠をよたす (Glück, s. 96)、一般の慣習法にもな

っていないかと評している (Bornhak, s. 24)。一五九四年ライヒ議決第六六条は、RKGの仲裁判断に対しては上告は許されな  
い、ただし、*laesio enormissima* (巨大な瑕疵) に基づく訴えはこの限りでない、と規定した(同上、Emminghaus, *Corpus*  
*Juris Germanici, II Teil, 1824, s. 128*)。Bornhak は *laesio enormissima* の概念は曖昧であり、上告はRKGの仲裁判断に限  
り許されたものであると云っている(同上)。

(119) 法的行為の *Nichtigkeit* については、ローマ法においてはいわば当然無効であったが、カノン法では無効の訴えに基づく無効宣  
言判決を必要とし、普通法の実務においてはカノン法を仲裁判断にもちこみ、仲裁契約義務履行の面ではなく、手続面の瑕疵に限  
って、本質的瑕疵に基づく無効の訴えを必要とした。無効宣言は判決行為についてのみに必要であり、契約行為については当  
然無効で足りたからである (Bornhak, s. 25, Glück, s. 90)。すなわち、仲裁付託または仲裁委託が当然無効の場合にはこれに基づ  
く仲裁判断も当然無効であった。

Glück によると、仲裁判断の拘束力を受けない方法はつきのとおりである。① 違約罰の定めがある場合にこれを支払うこと。  
この支払いは仲裁判断の履行に代るものではない。仲裁判断・仲裁付託を無力にするものであり、当該事案につき訴えを起こすこ  
とができる状態になる (九八頁)。② 仲裁人が、偏頗または敵視または収賄によって不公正な仲裁判断をしたときは、仲裁判断執行  
の訴えに対する悪意の抗弁により、執行を免れることができる (九八頁、同旨、*v. Wening || Ingenheim, s. 264*)。③ 仲裁判断の  
内容が不当である場合 (九八頁。不能である場合または習俗に反するものである場合 (Bornhak, s. 25) を意味すると思われる。  
*v. Wening || Ingenheim, s. 263* は、たとえば不法行為のように、当事者が契約することが許されないようなことを命ずる場合  
と云っている。)には、法的行為として当然無効と見られたと思われる(筆者)。④ 仲裁判断が手続的な事由に基づき、判断自体が  
*nichtig* である場合に無効の訴えまたは非常控訴という手段または *reductionis ad arbitrium boni viri* という道(その実態を  
筆者はまだ知らない)によって仲裁判断に反撃する (*anfechten*) ことができ (一〇〇頁)。判断自体が *nichtig* である場合とい  
うのは、① 仲裁判断が誤った根拠に基づく場合、② 事案が定められた期間内に裁判されなかった場合、③ 事案にとって全く明白に  
基準たるべき法律規定に違反して判断された場合、④ 仲裁判断が判決効ある判決に抵触する場合 (Bornhak, s. 25 はこれをカノン  
法によるものとする。Windscheid, s. 791 (Ann. 5) はこの場合を採らなく)、⑤ 法的な手続としての本質的要素が欠けている場合  
(たとえば、当事者双方を審尋しないこと、明白に重要な事実が全く弁論されないうこと)、⑥ 当事者が定めた Form が遵守されな  
かった場合(どんな Form であるかを筆者はまだ知らなく)。Windscheid (s. 792) が仲裁判断に拘束力ない場合として挙げると

ころの仲裁判断の当事者不在における言渡がこれに該るであろうか)、である(九九頁)。なお、裁判所慣行は、仲裁判断がその半分をはるかに越える範囲にわたるほど大きな瑕疵 (*lesio enormissima*) が記録から極めて明瞭に認められる場合をつけ加えたといわれる(九九頁)。Bornhak は、カノン法に由来するものとして仲裁判断が当事者が限定した仲裁人の権限を越えてなされた場合を手続的無効原因の中に数え入れている(二五頁、*v. Wenig II Ingenheim, s. 264* がすでに、これを数え入れている)。

無効の訴えなどの法手段の事件は被告の管轄裁判所が管轄した。その裁判に対しては実務上控訴が許された(*Glück, s. 100*)。出訴期間については、*Glück* は、仲裁人が手続規定遵守義務に違反してなした仲裁判断を法律上当然に (*ipso iure* に) *nichtig* であるとし、これに対して満三十年間無効の訴えが許されるとした(九〇頁)。これに対して Bornhak は、*Glück* が挙げる無効の場合はずべて一六五四年のライヒ議決 (*der Jüngere Reichsabschied*) が十日間の無効の訴えを採り入れた場合に属する(二六頁)。(二六頁)。

このほかに、Bornhak は、仲裁判断に対して原状回復 (*restitutio in integrum*) が認められるとしている(二六頁)。ただし、仲裁付託は和解と見做され、原状回復も和解に対する原状回復の要件と同様の要件でもって認められた(二六頁)。

(120) *Windscheid* においては、仲裁判断の履行を訴えをもつて求めることができると解されている。そして、それは仲裁判断の執行の承認 (*ZPO* 八六八条、現一〇四二条) と区別されている (*ibid. s. 789, Anm. 4*)。

(121) 仲裁人につき存する事由としては、仲裁人の一身のみ存するものとして、未成年、無能力、聾、啞、老齢、病弱、多忙、緊急旅行、公務就任、死亡、破産、財産委付などがあり、仲裁人と当事者の一方との間に生ずる事由としては、贈収賄、致命的な敵対関係、偏頗、仲裁人の名譽の毀損などがあげられる。両当事者対仲裁人の問題として、両当事者が仲裁判断の内容を指定したと、訴訟により解決する旨合意したこと、他の仲裁人による旨を合意したことなどがある。当事者の間に存する事由としては、不平等な仲裁付託がなされていること、違約罰の免除、条件附違約罰における条件の成就の確定、請求しない旨の約束をしたこと、和解が成立したこと、訴訟において本案判決が言渡されたことなどがある。

(122) 仲裁判断の執行を許すべきでない場合から仲裁手続を進めるべきでなかった場合を除くと、次のような場合があげられる。仲裁判断が、仲裁付託に定めた日になされなかったこと、仲裁付託において指定された紛争につき、その一部についてしかなされていないこと、仲裁付託において指定された紛争の範囲を超えてなされたこと、当事者の出席の下で言渡されなかったこと、当事者の双方を公平に審尋しないうでなされたこと、理由を付しないうでなされたこと。

(123) たとえば、仲裁人が収賄したときは、仲裁人強制をしないという方法、これを理由として当事者が不出頭であっても、不出頭当事者に違約罰を帰属させないという方法、違約罰請求の *actio* に対して悪意の抗弁 (*exceptio doli*) を認めるという方法が認められ、その理論構成としては仲裁付託 (*compromissum*) の消滅が考えられた。

追記

Ziegler の前掲書(1)の注 17 Maxime Lemose (*Revue historique de droit français et étranger*, Année 50, 1972) の書評を Gunter Wesener (IVRA, XXIII, 1972, *Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 41-42 語(1)) の紹介と Bruno Schmidlin (*Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Röm. Abt.*, 91, 1974) の書評がある。Ziegler の書物及びこれらの書評のあることを教えて下さった小菅芳太郎教授に感謝する。