

# アゾ『質疑録』第12質疑

——中世学識法における仲裁法史の一断面——

川 島 翔\*

- I はじめに
- II 学説史
- III アゾ『質疑録』第12質疑
- IV 小括

## I はじめに

本稿は、西洋中世における仲裁法<sup>1)</sup>に関して、その学説史の一端を示した上で、アゾ（13世紀初頭）の『質疑録（*Quaestiones*）』第12質疑を通じてローマ法註釈学派による仲裁法理解の一例を紹介すると同時に、学説史におけるアゾの位置付けを行うことを目的とする。アゾを取り上げるのは、西洋中世における仲裁の最盛期が註釈学派の時代に始まると言われており、註釈学派におけるアゾの重要性を考えればその意義は少なくないと思われるからである。また、『質疑録』は註釈学派の時代の文献類型の一つで、法実務から取り出された、または法学教育のために考案された事実関係を取り上げ、それに関する法律問題について論じた

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第15巻第3号 2016年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程・日本学術振興会特別研究員 DC

1) 西洋中世における仲裁法理論についての研究は、わが国ではまだほとんど行われていない。数少ない邦語での研究として、小山昇「仲裁法の沿革とその余恵」『北大法学論集』29巻3-4号（1979年）1-52頁がまず挙げられる。同論文は、Ziegler, Karl-Heinz, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, München, 1971に依拠して、共和制後期ローマ法からドイツ普通法までの仲裁法史を概観する。また、同「*episcopalis audientia*について」『北大法学論集』30巻3号（1979年）41-46頁では、中世の仲裁理論に影響を与えたと考えられる司教聴訟（*episcopalis audientia*）が論じられる。

法学文献であり<sup>2)</sup>、当時の問題状況を具体的に示してくれる。以下ではまず、先行研究に基づいて、筆者の問題関心に即して仲裁法に関するアゾの時代前後の学説史を辿り(Ⅱ)、アゾの第12 質疑を訳出・紹介し(Ⅲ)、それらから得られた結論を示す(Ⅳ)。

## Ⅱ 学説史

これまで中世の仲裁法史に関しては、仲裁人<sup>3)</sup>の類型化を行う‘arbiter, arbitrator vel amicus compositor’という定式と関連して研究されることが多かったと思われる<sup>4)</sup>。すなわち、ローマ法に由来する arbiter と、arbitrator または amicus compositor との間の分別 (distinctio) の出現が目玉されてきた。ローマ法上仲裁人は arbiter と呼ばれた。紀元後1世紀前半の法学者プロクルスによれば、ローマ法においては2種の arbiter がいた<sup>5)</sup>。第一は、その内容が当事者にとって正当であれ不当であれ、有効な仲裁判断を行うことができる arbiter であり、仲裁付託契約による arbiter (arbiter ex compromisso) がこれに属す。第

---

2) 文献類型としての『質疑録』については、Lange, Hermann, *Römisches Recht im Mittelalter*, Bd. 1, Die Glossatoren, München, 1997, 129-132を参照。アゾの『質疑録』それ自体については、ibid., 268 et seq. を参照。アゾの『質疑録』を取り上げた研究としては、ハンス＝ゲオルク・ヘルマン(小川浩三訳)「哀しき王孫——アゾ第13 質疑におけるブルタニユのアルテュル——」『ヨーロッパ史のなかの裁判事例』ミネルヴァ書房(2014年)がある。

3) 本稿では、「仲裁人」という文言を用いる際は arbiter, arbitrator および amicus compositor の全てを包括する一般名詞として使用する。特に類型化された仲裁人を指すときは原語をそのまま表記する。

4) 例えば、Bader, Karl Siegfried, *Arbiter arbitrator seu amicus compositor*, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (ZRG) Kanonistische Abteilung 11 (1960), 239-76; Ziegler, Karl-Heinz., *Arbiter, arbitrator und amicus compositor*, in: ZRG Romanistische Abteilung 84 (1967), 376-81; Hageneder, Othmar, *Die geistliche Gerichtsbarkeit in Ober- und Niederösterreich. Von den Anfängen bis zum Beginn des 15. Jahrhunderts*, Linz, 1967, 195-247; Fowler-Magerl, Linda, *Forms of Arbitration*, in: Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law, MIC C/5, Vatikan, 1976, 133-147; Lefebvre-Teillard, Anne, *Arbiter, arbitrator seu amicus compositor*, in: Études d'histoire du droit privé en souvenir de Maryse Carlin Vernier, Paris, 2008, 551-567がある。これら以外にも多くの論稿があるが、本稿を執筆するにあたっては特に上記のものを参照した。

二は、当事者による指名がある場合でも、第三者である「善良な男 (bonus vir)』<sup>6)</sup>の判断に左右される仲裁判断しか行うことができない arbiter である<sup>7)</sup>。他方、arbitrator および amicable compositor という語は古典ラテン語に属していない<sup>8)</sup>。両用語は中世において、ローマ法上の arbiter に分類されえない仲裁人を示すために利用されるようになる。ではなぜこのような分別が生み出されたのか。arbiter と arbitrator または amicable compositor との分別の出現は、仲裁人に関するローマ法源と、教会・世俗実務との矛盾を乗り越えようとする中世の法学者たちの努力の成果であった<sup>9)</sup>。例えば仲裁人適格の問題<sup>10)</sup>に関して、ローマ法によると、審判人は仲裁 (arbitrium) を引受けてはならず<sup>11)</sup>、女性も arbiter にはなりえなかった<sup>12)</sup>。他方で、教会・世俗実務はこれらを認めていた<sup>13)</sup>。この矛盾の解決策として、ローマ法註釈学派は、法実務において事実上

- 
- 5) D. 17, 2, 76: '... Arbitrorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrium itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat.'
- 6) 「善良な男」とは、D. 45, 1, 137, 2によれば審判人である (ad iudicem, id est ad virum bonum)。Fowler-Magerl, op. cit. (n. 4), 140 et n. 31によるとアゾも同様に解しており、アゾにとって amicable compositor として振舞う通常裁判官は、「善良な男」であった。また、Hageneder, op. cit. (n. 4), 218 et seqq. による13世紀の教会裁判所の実務文書に基づいた証明によれば、「善良な男」とはしばしば司教であった。
- 7) Ziegler (n. 1), 146によれば、前者は真の仲裁人 (Schiedsrichter) による上訴不可能な仲裁であり、後者は単なる仲裁鑑定人 (Schiedsgutachter) による、善良な男の客観的な基準に照らして後に修正されうる仲裁であると解される。
- 8) Lefebvre-Teillard, op. cit. (n. 4), 552.
- 9) Ziegler, op. cit. (n. 4), 377.
- 10) 古典時代におけるローマ法上の仲裁人適格については、小山、前掲 (註1)、355-56頁を参照。
- 11) D. 4, 8, 9, 2: 'Si quis iudex sit, arbitrium recipere eius rei, de qua iudex est, inve se compromitti iubere prohibetur lege Iulia; et si sententiam dixerit non est danda poenae persecutio.'
- 12) C. 2, 55, 6: 'Sancimus mulieres suae pudicitiae memores et operum, quae eis natura permisit et a quibus eas iussit abstinere, licet summae atque optimaee opinionis constitutae arbitrium in se susceperint vel, si fuerint patronae, inter libertos suam interposuerint audientiam, ab omni iudiciali agmine separari, ut ex earum electione nulla poena, nulla pacti exceptio adversus iustos eorum conventores habeatur.'
- 13) Frey, Siegfried., *Das öffentlich-rechtliche Schiedsgericht in Oberitalien im XII. und XIII. Jahrhundert*, Luzern, 1928, 118 et seqq.

認められていたが、ローマ法と相容れない仲裁人を別のカテゴリー、すなわち arbitrator または amicabilem compositorem に分類することを選んだ。そのために利用されたのが、ユスティニアヌスの勅法<sup>14)</sup>における「友誼的和解 (amicabilem conventum)」の概念であった。ここでは、訴訟当事者の一方が属州長官 (裁判官) であるケース——通常、訴訟当事者は裁判官たりえない——で、管轄司教に対して、当該長官と共に友誼的和解によって (per amicabilem conventum) 訴訟を終結させるよう皇帝によって命じられる。中世の法学者ヨハネス・バッシアヌス (-1190 頃) は、この友誼的和解の概念を用い、それを仲裁と対比することにより定義を明確化し、これによりローマ法を実務に調和させる道を見つけた<sup>15)</sup>。バッシアヌスは次のように言う。通常裁判官 (iudex ordinarius) は、自身が裁判権を持つ事件において (arbitrator としてではなく) arbitrans (arbitror の現在分詞)<sup>16)</sup> として振舞うことができる。arbitrans は、友誼的和解におけるの

14) Nov. 86, 2: 'Si vero contigerit quendam nostrorum subiectorum in dubitatione habere iudicem, iubemus sanctissimum archiepiscopum audire cum clarissimo iudice, ut ambo aut per amicabilem conventum dissolvant quae dubia sunt, aut per adnotationem scriptis factam aut cognitionaliter iudicetur inter litigantes et forma detur iustitiae legibusque conveniens, ut non cogantur nostri subiecti propter huiusmodi causas recedere a propria patria.' この勅法は、標準註釈においては、C. 3, 1, 16 の後に Authenticum として挿入されている。そこでは一部文言が変更されており、'Si vero contingerit, aliquem subiectorum nostrorum in dubitationem habere iudicem: iubemus sanctissimum Archiepiscopum, vel Episcopum locorum audire causam vna cum clarissimo iudice: vt ambo aut per amicabilem compositionem dissolvant quae dubia sunt, aut per annotationem in scriptis factam, aut cognitionaliter iudicentur inter litigantes: ne prouinciales recedentes aut patria, ad longinqua trahantur examina. Si autem iudex Episcopo parere noluerit: Principi scribat, qui de eo iudice sumet vindictam.' となっている。また、Epitome Juliani, Const. 69 c. 2 cap. 248 (ed. Hänel, Gustav (ed.), *Iuliani Epitome Latina Novellarum Iustiniani*, Leipzig, 1873, 93) においては、'Si cui praeses provinciae suspectus esse videatur, et litigare apud eum solum noluerit, liceat ei episcopum invocare, ut cum ipso considerente litem audiat, et vel amicali compositione litigatores transigere faciant, vel more παρασημειώσεως eos audiant vel cognitionaliter, ita tamen, ut sententia legibus consentanea imponatur.' とパラフレーズされている。同時に、conventum の語が compositio に置き換えられていることが確認される。

15) Fowler-Magerl, op. cit. (n. 4), 136 et n. 2. Fowler-Magerl は、以下の写本のテキストをその論拠とするが、筆者は確認することができなかった。Paris, BN MS lat. 4519, fol. 48r, Cod. 2. 56. 6: 'Quid si heres sola sit alicuius magni viri et dominus imperator ei concesserit iurisdictionem ut fecit comitisse matilde et homines illius loci amicali conventionem compromiserunt in eam. Nonne valet arbitrium et certe sic. Job.'

と同様に、一方当事者がいかなる責任を有するか評価することはできるが、判決はできない。むしろ *arbitrans* は当事者に判断を委ねるのである。その結果として生じるのは、判決 (*sententia*) ではなく和解 (*transactio*) である、と<sup>17)</sup>。また、バツシアヌスの見解はアックルシウスによる Nov. 86, 2 への註釈の中でも伝えられており<sup>18)</sup>、ここでも同様のことが述べられている。これらから、バツシアヌスは *arbitrans* を明確に *arbitrator* から区別し、ローマ法の理解では仲裁人適格を持たない者が仲裁を行うことを理論的に可能にしたと言える。ただし、バツシアヌスは後に定式化される *arbitrator* または *amicabilis compositor* の用語はまだ使用していない。またバツシアヌスとはほぼ同時代のデクレティストであるフグッキオ (-1210) は、グラティアヌス教令集 (C. 2 q. 6 c. 33) への註釈 (1185-1188) の中で、バツシアヌスと同様の見解を示しているが、ここでは '*arbitrans sive arbitrator*' と両語を並列的に使用している<sup>19)</sup>。したがって *arbitrans* と *arbi-*

16) Lefebvre-Teillard, op. cit. (n. 4), 554 によると、*arbitrans* (または複数形で *arbitrantes*) という文言はバツシアヌスの師ブルガールス (-1166) によって初めて使用された。

17) Fowler-Magerl, op. cit. (n. 4), 136. Fowler-Magerl の理解は、D'Amelio, Giuliana, *Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia, con un'appendice sulla scuola di Napoli*, Milan, 1972, 93 n. 48 によって写されたバツシアヌスの以下のテキストに基づいている。'*dico autem non recipiunt ut sint arbitri, sed arbitrantes. et dico non est arbitrium, non est sententia, set transaccio. sicut et uenditio que ita fit, quanti titius extimauerit ut C. de contrahenda emptione l. ult. (C. 4, 38, 15) et Inst. de contrahenda emptione. § pretium autem (Inst. 3, 23, 1). et quia ex eo apparere potest quod non totum id quod reo debetur faciunt ei prestari. et interdum rerum aduersus quam nichil probatum est aliquid prestari iubent. Item nichil post ea cognoscet de causis set dicet ne quid amplius actor petat de eo quod plus petierat, quod secus obseruaret si arbitrium, in quo ad instar iudicii sententiare debet.*'

18) Accursius, *Glossa ordinaria*, ad Nov. 86, 2 (tit. ut differentes iudices ...) v. Conuentum. [Lugduni, 1627]: '*... Dico autem non suscipiunt vt sint arbitri: sed arbitrantes. & plus dico non arbitrium esse, non sententiam sed transactionem. ... Ioan.*' Ziegler, op. cit. (n. 4), 380 n. 32 は、'*Dico autem non suscipiunt ut sint arbitri: sed arbitratores. et plus dico non arbitrium esse, non sententiam, sed transactionem*' と引用し、あたかもバツシアヌスが *arbitrator* の用語を使用しているかのように紹介し、アックルシウス (およびヨハネス・テウトニクス) がバツシアヌスの用語法を受け継いだ可能性を示すが、Lefebvre-Teillard, op. cit. (n. 4), 554 n. 12 は、ヴァチカン写本 (MS Vatican Chigi E VII 218 fol. 87 ra) およびパリ (1559) ならびにリヨン (1627) の刊本において *arbitratores* の文言が *arbitrantes* と書かれていることから、Ziegler の説が誤りだと指摘する。

19) cf. Fowler-Magerl, op. cit. (n. 4), 136 n. 20.

tratorの語は同義で用いられており、両方とも arbiter から区別された仲裁人を意味すると考えておけばよいと思われる<sup>20)</sup>。以上から、arbiter と arbitrator (または arbitrans) の明確な分別は1180年代までにはすでに行われていたと言われている<sup>21)</sup>。

一方で、13世紀初頭においては、arbitratorの語はまだほとんど用いられていないことがLefebvre-Teillardによって指摘されている<sup>22)</sup>。例えば、パヴィアのベルナルドゥス、アゾおよびタンクレードゥス<sup>23)</sup>はその文言の使用を避けている。中でもアゾの立場をLefebvre-Teillardは以下のように説明する<sup>24)</sup>。アゾはSumma Codicis (1208-1210)において、arbitratorの語よりもamicabilis compositor または bonus virの方を好んで使用している。その理由は、アゾが自らの師バツシアヌスとは反対に(hostile)、ローマ法の厳格な解釈を選んだからである。すなわち、アゾは、友誼的和解によって一方当事者たる属州長官が訴訟を終結させることを認めるNov. 86, 2は、審判人によるarbiterの引受けを禁止するD. 4, 8, 9, 2と矛盾しないと解する<sup>25)</sup>。というのも、属州長官は友誼的和解によって争いを調停するのであり、そこで行われるのはarbitrium(arbiterによる仲裁)ではなくarbitratus(arbiter以外の者による仲裁)<sup>26)</sup>であるから、Nov.

20) arbitransの語はローマ法学者に、arbitratorの語はカノン法学者に好まれているとLefebvre-Teillard, Anne, *L'arbitrage de l'histoire*, in: Archives de Philosophie du Droit 52 (2009), 4 n. 11は指摘する。

21) Fowler-Magerl, op. cit. (n. 4), 136.

22) Lefebvre-Teillard, op. cit. (n. 4), 554 et seqq.

23) タンクレードゥスは、Ordo iudiciariusの第1版(1216頃)ではarbitratorの語の使用を避けているが、第2版(1225)ではそれを使用している。cf. Tancredus, *Ordo*, pars III, tit 3, § 5 (Bergmann, Friedrich Christian (ed.), *Libri de Iudiciorum Ordine*, Göttingen, 1842, 107 st seq. n. 36).

24) 以下は、Lefebvre-Teillard, op. cit. (n. 4), 555 et n. 15の記述を筆者なりに解釈したものである。

25) Azo, *Summa*, lib. II, tit. De receptis arbitris, n. 5 [Venetiis, 1566]: 'Item non potest esse arbiter ille qui eius rei, de qua iudex est ordinarius recipit compromissum uel partib. sponte sub eo litigantibus, uel ipso eas compellente, ut in se compromittat. ut ff. eo l. sed si in seruum §. si quis iudex [D. 4, 8, 9, 2]. Nec est contrarium, quod legitur in autentica ut differentes iudices §. si vero contigerit [Nov. 86, 2] quia per amicabilem compositionem potest dissolvere quae dubia sunt inter eos, nec dicitur arbitrium ut ff. e. l. j. alias. l. ide. §. si de meis. [D. 4, 8, 13, 1] & §. recepisse. [D. 4, 8, 13, 2] sed magis proprie arbitratus'

86, 2の事例は *arbiter* の引受けではない、という論理である。つまり、バッシアヌスは D. 4, 8, 9, 2 を骨抜きにすることを目的としていたのに対し<sup>27)</sup>、アゾは両立可能な説明を試みたのである。アゾのこの態度を Lefebvre-Teillard は「ためらい (*réticence*)」と呼び、これがアゾが *arbitrator* の語をめったに使用しない事実の理由だとする<sup>28)</sup>。しかしながら、バッシアヌスとアゾの言葉遣いやローマ法に対する立場が異なっていたとしても、重要なのは *arbiter* が行う仲裁と明確に区別された仲裁を観念することであるから、その点を考慮すれば両者は同じことを別の言葉を用いて行っただけであるように思われる。また、後に検討するように、『質疑録』においてアゾは Lefebvre-Teillard が示したものとは異なった態度を示している<sup>29)</sup>。これについては後述する。アゾ以後、*arbitrator* の語は広く受け入れられることになる。アゾの下で学んだと言われるラウレンティウス・ヒスパヌスは、教令集への註釈 (1210-1214) の中で *arbitrator* の語を用いている<sup>30)</sup>。同様に、ヨハネス・テウトニクスの標準註釈 (1215)<sup>31)</sup> およびアックルシウスの標準註釈 (1230 頃)<sup>32)</sup> においても、同語が使用されている。したがって、

26) Heumann, Hermann Gottlieb/Seckel, Emil, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9. Aufl., Jena, 1895, v. Arbitratus によれば、古典ローマ法において *arbitratus* の語は *arbitrium* と同義で用いられる。しかし、アゾは両者を明確に区別している。

27) バッシアヌスの立場を説明するものとして、Lefebvre-Teillard, op. cit. (n. 4), 554 は、D. 4, 8, 9, 2 への彼の註釈 (MS Vatican Chigi E VII 218 fol 87 ra) を引用する。筆者は該当写本を参照することができなかったため、ここに引用しておく。‘quid ergo dicimus, si lex ista non corrigitur, numquid errat totus mundus, nam omnes iudices ut videamus partes rogant ut in se compromittant et arbitrium in se supplices libenter recipiant, dico autem non recipiunt ut sint arbitri set arbrantes et dico non est arbitrium, non est sententia set transactio...’

28) *ibid.*, 555 et n. 15 によれば、アゾは *Lectura Codicis* において一度だけしか *arbitrator* の語を用いていない。そのテキストは以下の通り。Azo, *Lectura*, lib. III, tit. Mandati vel contra v. Moderator atque arbiter: ‘ut de arbitro compromissario, quod nemo potest esse in re sua arbitrator, aut, id est pendere & deliberare expediat sibi aliquid vel non poterit, vt hic dicit. arbitratoru. enim sunt tria genera: ...’

29) Lefebvre-Teillard だけでなく、過去の先行研究は、アゾを取り上げる際に『質疑録』を検討の対象としてこなかった。これは、アゾの主要な著作が *Summa Codicis* および *Lectura Codicis* であるためと考えられるが、それ以上に、アゾの仲裁法論について踏み込んだ研究がまだ行われていないからだと思われる。

30) cf. Lefebvre-Teillard, op. cit. (n. 4), 555 n. 17.

31) cf. Ziegler, op. cit. (n. 4), 380 n. 31.

32) cf. Lefebvre-Teillard, op. cit. (n. 4), 554 n. 13.

arbitrator の語は2つの標準註釈を通じて広く普及することになったとすることができる<sup>33)</sup>。

### Ⅲ アゾ『質疑録』第12 質疑

以上のわずかな学説史を前提として、以下ではアゾの第12 質疑を検討したい<sup>34)</sup>。本質疑の構造は典型的な質疑と同様であり、最初に事案の法的問題および事実の概要が示され、次いで賛成論拠 (pro)、反対論拠 (contra) が提示され、最後に解決 (solutio) としてアゾの見解が述べられる。以下を訳出するにあたっては、Landsberg の版を使用した<sup>35)</sup>。

不法を行い、仲裁判断を下す能力がなかった者とその賠償について仲裁付託契約を結んだ者について。彼の仲裁判断から何らかの不利益 (praeiudicium) が生じるかが問われる。

ティティウスはセンプロニウスに不法 (iniuria) を行った。その後ティティウスは、同センプロニウスまたは誰であれセンプロニウスによって選ばれた者がこれについて仲裁判断を下そうと望む事柄を自分が行うことを約束し

---

33) Lefebvre-Teillard, op. cit. (n. 4), 556.

34) ここで付言しておきたいのは、アゾの著者性に疑問の余地が全くないわけではないという点である。アゾの質疑はこれまで14の写本において見つかっており、計58の質疑が伝承されている。また、アゾだけでなく多くの註釈学派 (例えば、ブルガールス、ヨハネス・パッシアヌス、ピリウス、ロフレードゥス、フゴリヌス等) が『質疑録』を執筆したと言われている。Kantorowicz, Hermann Ulrich, *The Quaestiones disputatae of the glossators*, in: Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis 16 (1939), 171 et seq. によれば、Landsberg 版で編集されたアゾの19の質疑のうち、7つ (I, II, IV, V, VII, IX, XIX) はパッシアヌスの質疑をアゾが単に伝えているものであり、1つ (VI) はピリウスの質疑を新たに編集したものであり、1つ (X) がアゾの友人であり生徒であったベルナルドゥス・ドルナの質疑をアゾが伝えるものであり、1つ (III) が不確かな由来を持つものであり、残りの9の質疑 (VIII, XI-XVIII) がアゾに帰せられるとする。また、Belloni, Annalisa, *Le questioni civilistiche del secolo XII: da Bulgaro a Pillio da Medicina e Azzone*, Frankfurt, 1989, 173-208 はアゾの『質疑録』をピリウスのものと比較し、その多くが類似していることを立証した。アゾの著者性を検討する能力は筆者にはないため、本稿では第12 質疑がアゾに帰せられるという Kantorowicz の説を前提とする。

35) Landsberg, Ernst (ed.), *Die Quaestiones des Azo*, Freiburg, 1888.

保証した。その後センプロニウスは、その仲裁 (arbtrium) をある修道士に付託した。この修道士は、大修道院長の許可が与えられていなかったのだが、特に、センプロニウスがティティウスを全ての不法から免除するよう判断し命じた。修道士自身が不法に関する補償について今後判断する事柄については別として。彼はそのように述べ、それは行われた。ティティウスから不法が免除された後、修道士は、10リーブラがティティウスからセンプロニウスに不法のために支払われるべきとの仲裁判断を下した。ティティウスはこの10リーブラについて訴えを起こされ、支払いを拒絶し、ある裁判官の面前に連れて来られ、次のように述べる。自分がこのような行為に相応しくない修道士の仲裁判断から責任を負うことはありえないし、あってもならない、と。この裁判官は、このような仲裁判断は無効であったと判決を下した (pronuntio)。センプロニウスはあらゆる点で自分が騙されたと考え、より高位の裁判官のところへ行き、自分が不当な扱いを受けていると述べる。センプロニウスは4つの法的救済を、一方がうまく行かない場合に他方が彼に残るよう、選択的に求める。第一に、センプロニウスは修道士の仲裁判断が拘束力を持っていたことを証明しようとする。第二に、修道士の仲裁判断が無効にされる場合、センプロニウス自身がそれについて、彼の裁量から、仲裁判断を下せることを証明しようとする。第三に、これらの救済が拒絶される場合、不法の免除 (remissio iniuriae) が有効ではなく、彼を害さなかったこと、それどころか彼が再び訴えを提起できることを妨げないことを証明する。第四に、センプロニウスは最後の救済として、裁判官の職権に、彼が法的救済から見捨てられる場合、衡平と職権から前訴へ回復させられること (restitui) を求める。

XII. De eo qui fecit iniuriam et de eius satisfactione compromisit in aliquem, qui non poterat arbitrari: quaeritur ex eius arbitrio aliquid fiat praeiudicium.

Titius fecit iniuriam Sempronio, postmodum Titius promisit et cavet se facturum, quod idem Sempronius aut quicumque alius a Sempronio

eligeretur vellet super hoc arbitrari; hoc facto Sempronius illud arbitrium commisit cuidam monacho, qui non expectata licentia abbatis imprimis ita decrevit et iussit, ut Sempronius remitteret omnem iniuriam Titio, eo salvo, quod ipse monachus adhuc super satisfactionem iniuriarum statueret. Dixit et facta sunt. Remissa iniuria Titio, arbitratus est monachus X libras a Titio pro in iuria persolvendas Sempronio; Titius conventus ad istas X libras solvere renuit et tractus coram iudice dicit, ex arbitrio monachi, qui ad talem actum non erat habilis, se non posse vel debere teneri. Index pronuntiavit tale arbitrium nullius fuisse momenti: Sempronius videns se ex omni parte delusum maiorem iudicem adit, dicens, male agi cum eo; quatuor auxilia alternative deprecatur, ut, si unum desit, ei alterum maneat. Primo vult probare, quod arbitrium monachi tenuit; secundo quod, si arbitrium monachi subducatur de medio, ipse possit super hoc arbitrari ex arbitrio suo; tertio, si haec auxilia denegentur, probare vult quod remissio iniuriae non tenuit nec sibi nocuit, quin possit iterum intendere actionem; quarto ultimum subsidium implorabit iudicis officium, ut, si legalibus destituatur auxiliis, ex aequitate tamen et officio restitui mereatur.

立てられた問題は、仲裁人適格を有しない者（修道士）の仲裁判断から何らかの訴訟法上の不利益が当事者に生じるか否かである。ティティウスから不法を被ったセンプロニウスは、修道士に不法についての仲裁を付託した。修道士は、補償に関して今後自分が判断することについては留保して、ティティウスを不法から免除した（remissio iniuriae）。後に修道士はティティウスに対し10リーブラを支払うよう仲裁判断を下したが、これをティティウスは拒絶し、仲裁判断の無効を裁判官の下に訴え、その請求は認められた。これに対しセンプロニウスは上位の裁判官に以下の4つの救済を選択的に請求する。①修道士の仲裁判断は有効であること、②上記①が否定される場合でも、センプロニウス自身が仲裁判断を下せること、③上記①②が否定される場合、不法の免除が有効ではなくなるため、不法について訴えを提起できること、④上記①②③が全て否定される場合、衡平

と職権から前訴へ回復させられること。次にこれら4つの請求についての論拠——すなわちセンプロニウス（原告）の立場——が述べられる。本質疑からはさまざまな問題を取り出しうるが、以下では仲裁判断の有効性の議論に絞って検討したい。

第一に証明されるのは、仲裁判断が拘束力を持っていたことである。すなわち、修道士は *arbiter* ではなかったが、*compositer* または *arbitrator* のように引き入れられたのである。D. 4, 8, 9, 2 のように<sup>36)</sup>。ある種の事柄に関しては、修道士は死者とみなされると言われる。例えば婚姻の締結やその他の多くのことに関して。しかしそれは全てではない。つまり、彼は息子たちの間で自身の財産を分与することができる<sup>37)</sup>。そして、恐らく修道士自身が実際に *arbiter* に任命されることが有効でないにしても、彼は他の者に付加されている場合には、正当に引き入れられる。すなわち、多くのことは付加によって拘束力 (*vires*) を得るのである<sup>38)</sup>。たとえ仲裁判断が修道士自身によっては成立しえないにしても、他の者に代わって、また他の者の助成 (*auctoritas*) によってそれは成立しうる<sup>39)</sup>。そして、仲裁判断は修道士が下したのではなく、彼をこのために任命した者が下したとみなされる<sup>40)</sup>。さ

36) D. 4, 8, 9, 2: 「ある者が審判人である場合、彼が審判人である自らの事件において仲裁を引き受けること、または自身に仲裁付託がなされるよう命ずることは、ユリア法によって禁じられる。そして彼が仲裁判断を宣言した場合、罰金請求権は認められてはならない。」

37) Nov. 123, 38: 「ある女または男が修道生活を選び修道院に入会した場合、子供を有していないのであれば、彼女または彼の財産は入会する修道院に帰属すべき、と朕らは命じる。そのような者が子供を有するが、修道院入会前に自己の財産を処分しておらず、子供に法定分を割り当てていた場合、修道院入会後も子供に財産を適切に分与することが認められる。……」

38) D. 18, 1, 24: 「しかしながら、わずかな部分においても買主訴権が生じる。なぜなら、神聖なまたは宗教的な土地は、個々に (*specialiter*) 売られるのではなく、より大きな部分の購入に含まれていたからである。」

39) D. 1, 21, 3: 「法務官は他者の裁判権を行使する場合、委任者の地位を代理するたびに、自身の職権に基づいて行動するのではなく、委任者の職権に基づいて裁判を行う。」

40) D. 26, 7, 5, 1: 「しかし後見人は、後見事務に関して僅かしか携わらなかったとしても、後見を行ったものとみなされる。また、ぐずぐずする後見人に事務処理を促すのを常とする者の任務は生じない。」

らに、修道士が相手方によって退けられることは、宗教的に禁止される事柄が妨げる場合は別として、妨げとならない。しかし修道士は、和解を行う際にいかなる好意も害していない<sup>41)</sup>。したがって、この修道士は平和と調和を作るために、arbitrator に任命されえた。なぜなら彼は、訴えることもできるし、訴えられることもありうるからである<sup>42)</sup>。

修道士の仲裁判断に拘束力がなかったことは、彼が死者とみなされることにより証明される<sup>43)</sup>。というのも、奴隷は arbiter ではありえなく<sup>44)</sup>、した

---

41) C. 3, 12, 9, 1:「朕らは、主の日〔日曜日〕が常に以下のように尊敬され畏敬されるべきと命ずる。すなわち、〔主の日は〕あらゆる執行から免除され、いかなる者にも催促が迫ることはなく、いかなる担保提供も求められず、官吏は沈黙し、代訴人は姿を消し、同日は審理にふさわしくなく、使者 (horridus) の不法な声は静かになり、紛争当事者らは争いから休息し休戦を行い、当事者らは互いに恐れを抱かずにやって来て、改悛の念が互いの心をとらえ、彼らは合意を結び、和解について話す。」

42) Nov. 123, 21:「ある者がある聖職者、修道士、奉仕女 (diaconissa)、修道女または女性修行者 (ascetria) に対して訴権を持つ場合、彼はまず各々が服従し、彼らの間の事件を裁定する、最も敬虔なる司教に知らせる。両当事者が判決に納得した場合、当地の裁判官 (iudex locorum) によってこれの執行が行われるべき、と朕らは命ずる。しかし、訴訟当事者の一方が10日以内に判決に異議を唱える場合、当地の裁判官が事件を審理する。彼は、判決が正しく行われたと考えた場合、自己の判決によってこれを確定させ執行に委ねる。……」

Nov. 123, 27:「召喚命令または執行が公的もしくは私的事件であれ、何らかの民事事件を理由として、聖職者、修道士、修道女、または修道院、特に女子修道院の誰かに対して行われるような事件が生じた場合、朕らは以下のように命じる。不法にではなく、名誉にふさわしく召喚命令と執行が行われ、修道士または女性隠遁者は修道院から引き離されず、訴訟代理人は事件のために弁明する者たちによって任命される。さらに、修道士には彼ら自身の代理人または修道院の代理人を通じて、訴えを提起することが認められる。……」

43) Nov. 5, 5:「朕らはさらに次のことを確認する。修道院に入ろうと望む者は、彼が入会する前であれば、彼が望むどのような方法でも自身の財産を処分する権利を持つ。というのも、彼が自分が財産を持って行ったことを明示的には述べなかったとしても、財産は修道院に入会した者に完全に付随するからである。そして彼はもはやその財産の所有者ではない。彼が子を有し、すでに彼らに財産をすでに、または婚姻前贈与により、または嫁資として与えていた場合、これが無遺言相続の場合の財産の4分の1の達するのであれば、子は残った財産に関してはいかなる持分も持たない。しかし、彼が子供たちに全く与えないか、4分の1以下の額しか与えなかった場合、彼が〔俗世と〕決別し修道院に入った後でさえも、4分の1は子に与えられるべきである。あるいは子がすでに幾らか取得していた場合は残額を、あるいは〔そうでない場合は〕全部が子に与えられねばならない。彼が妻を持ち、彼女を残して修道院に入った場合、嫁資および死因契約は妻に保持される。朕らの他の勅法においても規定したように。修道士に関して言われたことは全て、修道院に入る女性にも適用される。」

がって修道士も arbiter ではありえないからである。それと矛盾しないのは、彼が訴えることができると言われることである<sup>45)</sup>。すなわち、彼の教会および大修道院長の委任によって訴えがなされていると理解される。同様に、追放者について言われることも妨げとならない。すなわち、彼が完全に死者とみなされるわけではない、ということである<sup>46)</sup>。というのも、修道士は戻る望みなく修道院に入るが、追放者には皇帝によって回復させられる望みがあるからである<sup>47)</sup>。

仲裁判断が拘束力を持っていなかったとしても、君〔ティティウス〕は逃れられないだろう。というのも、仲裁判断が拘束力を持たなかった場合には、その結果生じた不法の免除も有効ではなかったからである<sup>48)</sup>。D. 2, 14, 27, 2 はそれと矛盾しない<sup>49)</sup>。ここで彼は不法を免除したのは、贈与の意図で、または無条件に (simpliciter) ではなく、arbiter の「不法から免除せよ。

- 
- 44) D. 4, 8, 7, 1: 「したがってユリアヌスは述べる。ティティウスと奴隷に仲裁が付託された場合、ティティウスは判断を宣言するよう強制されえない、と。というのも、ティティウスは他者と共に〔仲裁を〕引き受けたからである。またユリアヌス曰く、奴隷による仲裁は無効である。しかし、ティティウスだけが判断を宣言した場合はどうか? [その場合] 罰金は課されない。ティティウスは引き受けた〔内容と同じ〕ようには判断を宣言しなかったからである。」
- 45) Nov. 123. loc. cit.
- 46) D. 45, 1, 121, 2: 「後に島に追放された諸約者との間で結ばれた『君が死亡したら、君は与えるか?』という問答契約は、彼が死亡したのでなければ効力を持たない。」
- 47) D. 10, 2, 23: 「帰国権 (postliminium、亡命や占領後に帰国して以前の財産を回復する権利) の望み [がある] ゆえに? 彼らが帰国しないこともありうるから、当然、担保が設定されるべきである。ただし、不確実な評価が行われた場合は別である。」
- 48) D. 50, 17, 178: 「主たる原因が存在しない場合、通常、それに付随するものも生じない。」
- 49) D. 2, 14, 27, 2: 「訴えを提起しないという合意を結んだ者が、その後、彼が訴えることができるという合意を結んだ。第一の合意は、第二の合意によって消滅する。もちろん、ある問答契約が〔別の〕問答契約によって消滅するように、法律上当然に (ipso iure) ではない。これが生じるのは、問答契約の場合には法が含まれるのに対し、合意を行う際には事実が問題となるからである。同様に、抗弁は再抗弁によって無効にされる。同様の理由から、保証人にとって第一の合意がもはや役立たない、ということになる。しかし、彼が例えば不法訴権 (actio iniuriae) のような訴えを消滅させるというような無方式合意があった場合、訴えることができると後に合意したとしても、〔債権者は〕訴えを提起することはできない。というのも、第一の訴えは〔すでに〕提起されているのであり、後の〔第二の〕合意は訴えを起こすのに訳に立たないからである。不法を理由とする訴えは、合意からではなく、侮辱 (contumelia) から生ずるのである。……」

私がこれから述べることは別として」という言葉から明らかになった条件下であった。したがって、仲裁判断がそのまま残りえない場合、センプロニウスに不法訴権 (actio iniuriarum) が残る<sup>50)</sup>。仲裁判断が拘束力を持っていた場合、ティティウスは10リーブラについて有責判決が下されえた。仲裁判断が拘束力を持たず、罰金が下されえなかった場合、「不法が免除される」と彼〔修道士〕が命じたことは同じ理由で拘束力を持たなかった。したがって、不法は免除されたものと言われてはならず、ティティウスは「仲裁判断はたしかに拘束力を持つが、私は免訴された」と言うこと——恐らくこれは不当であろうが<sup>51)</sup>——はできない。すなわち彼は、——不当にも——「寛大さによって (per gratiam) 免訴された」と口実にすることはできない<sup>52)</sup>。〔 〕内は訳者による、以下同様)

Primo probatur quod arbitrium tenuit, non enim fuit assumptus ut arbiter, sed ut compositor vel arbitrator, ut D. de arbitris l. sed et si in § 1;

- 50) D. 20, 6, 10: 「pr. 債務者は債権者の同意の下で質を売却した。その後、債務者と買主との間で、売却を取消すことが決められた。この場合、質権は債権者に残り続ける。というのも、債務者と同様に、債権者にも以前の権利 (pristinus ius) が回復されるからである。債権者は、完全に質を免除したのではなく、買主が物を保持し売主に返還しない限りでのみ、免除したのである。したがって、売主が〔買主によって〕訴えられるか、免訴されるか、あるいは彼が引渡しを行わなかったために有責判決が下された場合、質はなお債権者に残り続ける、と言われるべきである。というのも、これらのことは、たとえ彼が債権者の同意なく売却したとしても生じうるからである。§. 1. 債権者が質を売却し、その売却が取り消された場合、または奴隷が返還された場合、所有権は債務者に戻る。同じことは、他人の物を売却することが認められたあらゆる場合に行われる。というのも、所有権が移転するのは、彼らが買主から権利を受け取るからではなく、売却が取り消されることにより物が以前の状態に戻るからである。」
- 51) この forte iniuste の箇所は、恐らく書き手の主観を述べたものだと思われる。すぐ後の improbe についても同様に解釈した。
- 52) D. 30, 50, 1: 「相続事件の審判人が、訴訟を追行しない相続人または策を弄して (lusorie) 追行する相続人に対して判決を下した場合、これは受遺者を害すことはない。では、〔相続人に対して〕不当に判決が下され、彼が上訴しなかった場合はどうか？ サビヌスも認めているように、相続人に行われた不法は受遺者を害さない。しかし審判人が代替相続人の利益になるように判決を下す場合、代替相続人は受遺者に義務を負うか？ この判決が自身の人格に関して妥当するから受遺者に義務を負うのだろうか？ 親切から彼の有利になるように判決が下される、というような非常に厚かましい口実を用いることはできない。それゆえに彼は受遺者らにも、債権者らにも答弁する義務を負う。」

licet enim dicatur monachum haberi pro mortuo quanto ad quaedam, ut ad matrimonium contrahendum et multa alia, non tamen omnino; potest enim inter filios substantiam suam dividere. Et licet forte monachus per se sumi ut arbiter non valeat, tamen ex adiunctione alterius licite est assumptus; multa enim ex adiuncto vires capiunt; et quamvis per se stare arbitrium non possit, tamen loco et auctoritate alterius potest et sic non monachus videtur arbitratus esse sed ille, qui eum ad hoc proposuit. Praeterea, quod monachus ab adversario repellitur, non obstat nisi religio, sed ille in transactione facienda in caritatem nullam admittit, ergo iste monachus bene potuit super pace et concordia facienda fieri arbitrator, nam et agere et conveniri potest.

Quod autem arbitrium monachi non tenuit, probatur eo, quod pro mortuo habetur; servus etenim arbiter esse non potest, ergo nec monachus; nec obstat quod dicitur agere posse, hoc enim intelligitur pro ecclesia sua et mandato abbatis. Item non obstat quod dicitur de deportato, scilicet ut non habeatur pro mortuo omnino; monachus enim sine spe revertendi intrat claustrum, in deportato spes est restituendi per principem.

Si autem non tenuit arbitrium, non evades; nam si arbitrium non tenuit, nec tenuit ergo remissio iniuriae, quae inde secuta est; nec obstat l. D. de pactis si unus § 1. Nec enim hic remisit iniuriam animo donandi vel simpliciter, sed sub conditione, quae apparuit ex verbis arbtri dicentis, remitte iniuriam salvo eo quod dicturus sum; si ergo illud salvum esse non possit, ergo salva est Sempronio iniuriarum actio. Item si arbitrium tenuit, ergo damnandus Titius fuit in ista X: si non tenuit nec poena illa statuenda est, ergo eadem ratione non tenuit quod iniuriam iussit remitti; non ergo iniuria debet dici remissa nec potest dicere Titius tenuit quidem arbitrium, sed ego, forte iniuste, absolutus sum, non enim tam improbe causari potest se absolutum per gratiam.

第一に、仲裁判断が有効であること（①の請求）の論拠が挙げられる。その理由として、修道士は *arbiter* としてではなく、*compositor* または *arbitrator* として任命されたからだと述べられる。また、仮に修道士が *arbiter* に任命されることが無効だとしても、他の *arbiter* に加えて任命される場合<sup>53)</sup>、この修道士は仲裁判断を下すことができる。加えて、修道士は他の者の代行として、または他の者の承認を受けて、仲裁判断を下しうる。その場合、下された判断は修道士ではなく、彼を代理として任命した者が行ったものとみなされる。また修道士は、平和と調和を作るために (*super pace et concordia facienda*) *arbitrator* に任命されうる、と述べられる。ここでは和解 (*transactio*) を行うことが、平和と調和を作り出すことと同一視されている。以上から確認できるのは、第一に、本質疑においてアゾは明確に *arbiter* と、*arbitrator* または *compositor* を区別していると同時に、*arbitrator* の語を使用していることである。第二に、バツシアヌスは通常裁判官が自身が裁判権を持つ事件の仲裁を引き受けることを問題としていたのに対し、アゾは修道士だけでなく、他の者によって代理として任命された者が仲裁判断を下すことができるとしており、仲裁人適格がない者が委任を受けて行う仲裁を一般に認めている。ただし、以上は一方の立場の論拠である。では次に、反対論拠——すなわちティティウス（被告）の立場——およびアゾによる解決を見てみよう。

反対に、不法の追求に立ち戻ることは、無効であると思われる。すでにそれは放棄されたからである<sup>54)</sup>。[不法が] 条件付きで免除されたと言われることは、それと矛盾しない。というのも、その免除の条件が示されなかったことは明らかであるからだ。「……は別として」という文言は、条件付きで示されていたのではなく、その文言によって修道士は、彼がまだ全てについて仲裁判断を下しておらず、これに加えて何かを言おうとしていたことをほ

---

53) ここでは *ex adiunctione alierius* を、本来の *arbiter* が別においてそれに加えて修道士がいれば補助者のような形で仲裁を行うケースと理解した。

54) D. 2, 14, 17, 1: 「ある種の訴権は無方式の和解 (*pactum*) によって法律上当然に消滅する。不法訴権のように。盗訴権も同様である。」

のめかす (innuo) つもりだったのである。しかし、暗黙の条件は、法律によって示された諸ケースを除いて、不可能である。したがって、君〔センプロニウス〕が罰金を支払われる場合にのみ、不法を免除するという考えを抱いたことは、君を利さない<sup>55)</sup>。

さらにセンプロニウスは、彼が合意の拘束力に基づいて仲裁判断を下すことができる<sup>56)</sup>の法的救済を要求する。というのも、相手方〔ティティウス〕は、センプロニウスないし彼によって選ばれた者の仲裁判断を尊重することについて、仲裁付託契約を結んだからである。そして選ばれた者の仲裁判断は、拘束力を持っていなかった。したがって、センプロニウスは仲裁判断を下すことができるであろう<sup>57)</sup>。というのも、センプロニウスは、仲裁判断を下す権利を別の者に与えたのにもかかわらず、その権利は彼自身にまだ残っていたからである<sup>58)</sup>。そして、ティティウスが相手方と仲裁付託契約を結んだことはそれと矛盾しない。というのも、ティティウスはセンプロニウスを自身の裁判官に任命できるからである<sup>59)</sup>。したがって、別の者〔仲裁人に選ばれた者〕の仲裁判断が拘束力を持たなかったとしても、センプロニウスはその仲裁を〔自分の仲裁として〕選んだと思われる<sup>60)</sup>。

しかしながら、センプロニウスが仲裁判断を新たにはできないことは明らかである。というのも、ティティウスの意思は、2人の仲裁判断に服するというものではなく、むしろ彼は最初の仲裁だけを考えていたのである<sup>61)</sup>。

55) D. 41, 2, 18, 1: 「君が正気であると考ええる精神錯乱者に、例えば彼が陰のない平静な外観を呈していたために、ある物を引き渡した場合、たとえ彼が占有を得ないとしても君は占有を失う。というのも、たとえ君が占有を移転させないとしても、占有を手放す (dimitto) ことで十分であるからである。彼に占有を移転させる場合を除いて手放さない、と言うのは馬鹿げている。そうではなく、占有を移転させようとするのがゆえに手放そうとするのである。」

C. 4, 6, 7: 「汝が、このような気前の良さから汝と旅に出る気になるよう汝がもくろむ、ある男の妻へ贈与を行った場合、返還請求についていかなる条件も付けなかったとき、贈与は有効のまま残る。というのも、完全に行われた贈与を撤回しようとする者の軽薄さに、法は対抗するからである。」

56) 内容から見て「第二」の誤りであると思われる。

57) C. 7, 43, 4: 「もし、汝が述べるように、相手方が休日に、汝の欠席中や汝の知らないところで、汝が命令に従わずに欠席したとして自身に有利な判決を得た場合、地方長官 (praeses) が事件の解決を別の審判人の審理にもう一度委ねたことは不当ではない。」

- 58) D. 1, 21, 1, 1: 「委任によって裁判権を引き受けた者は、自らの裁判権を持つのではなく、彼に委任した者の裁判権を行使する。というのも、裁判権は先祖の慣習によるとたしかに移転しうが、法律によって与えられる純粹なる命令権 (imperium) だけは移転しえないことは全く正しいからである。したがって、属州長官 (proconsul) の使節が委任された裁判権に基づいて処罰権 (animadversio) を持つとは誰も言うことができない。パウルス曰く、裁判権に関わる命令権も、裁判権の委任があるときには移転しうことは正当である。」  
D. 39, 2, 2: 「未発生損害とは、まだ発生していないが、将来発生するのを我々が恐れる損害である。」  
D. 1, 3, 32, 1: 「古くからの慣習が法律 (lex) のように遵守されることはもっともである。そしてこの種の法 (ius) は慣習によって創設されると言われる。というのも、法律でさえも他のいかなる理由によっても我々を拘束できないからである。したがって、慣習は、人民の決定によって正当に受け入れられたものであっても、民族が文書なくして承認したものであっても、人民を拘束するであろう。しかし人民がその意思を知らせるのは、支持によるのか、あるいは実態それ自体によるのか、行動によるのか。それらの間で何の違いがあるか? したがって、法律は法律を制定する者の支持だけでなく、不使用の慣習 (desuetudo) を通じた皆の暗黙の同意によっても廃止されることが承認されるのは正当である。」
- 59) D. 44, 5, 1, pr.: 「宣誓は、既判物 (res iudicatae) の役割を果たす。宣誓の実行によって自身の相手方を自身の事件における審判人にすることは正当であるからである。」  
C. 6, 42, 32, pr.: 「事実それ自体についての争いを省き、亡くなった者の希望に前もって備えるため、朕らは以下のことを定める。書面および証人の存在なく信託遺贈が行われなかったので、受益者が相続人、受遺者または場合によっては受託者に対して〔信託遺贈の不存在について〕宣誓を行うよう求めた場合、彼〔相続人、受遺者、受託者〕によって一般的であれ個別的であれ信託遺贈が行われるたび、相続人、受遺者、または受託者は、事前に不濫訴宣誓が行われた後、宣誓を引き受け、あらゆる嫌疑を自ら晴らさねばならない。しかし彼〔相続人、受遺者、受託者〕が宣誓を拒絶する場合、または受益者に遺贈された総額を明らかにすることを拒む場合、すなわち恐らくより多くの額を要求する場合、彼はあらゆる方法で信託の取立てに従い、受益者に対する弁済を強制されねばならない。なぜなら彼〔相続人、受遺者、受託者〕自身が自らの裁判官および証人として設定され、彼の良心 (religio) と誠実さ (fides) が受益者によって求められているのであり、証人やその他の証明方法が求められてはならないからである。……」
- 60) D. 5, 2, 27, pr.: 「不倫遺言について訴えが提起された後、紛争についての合意が結ばれ和解が行われたが、相続人によって和解が誠実に行われぬ場合、不倫遺言を理由とする訴えは損なわれぬまま残ることが決定された。」  
I. 1, 25, 16: 「〔後見人の〕辞任を望む者が、複数の理由を持つが、いくつかの理由について証明できない場合、彼は一定期間内、別の理由を用いることができる。しかし、辞任を望む者たちは上訴するのではない。彼らが後見人に選任された場所から100里以内に住んでいる場合、(彼らがどのような種類の後見人であれ、すなわちどのようにして後見人として選任されたのであれ、) 彼らが選任されたことを知った時から50日以内に辞任申請しなければならない。100里以外に住んでいる場合、20里ごとに1日と計算され、これに30日が加算される。ただし、スカエウォラが言うように、50日以下にならないように計算されねばならない。」

したがって、仲裁判断がすでに一度下された以上、繰り返し (iteratio) の余地はない。なぜなら、それは裁判官にとっても委任の故に不可能であるからである<sup>62)</sup>。

センプロニウスは以下のように言う。「ああ、私は何て惨めだろう！ 衡平の法的救済は私を助け、不法訴権が放棄されたと言われるとしても、私は以前の状態で回復されるべきである<sup>63)</sup>。というのも、欠席者に対して失われた訴訟が正当な原因 (iusta causa) から回復させられるのと同様に、私も正

D. 35, 1, 10, pr.: 「『私の娘が婚姻した場合』というこの条件は、遺言者が時期を詳しく定めずに条件が満たされることを望んでいた、というような種類の条件である。したがって、遺言が作成された後、遺言者の存命中に婚姻した場合、条件は満たされると思われる。特にこの条件は、一度だけしか満たされえないような種類のものだからである。しかしあらゆる婚姻が条件を満たすわけではない。例えば、まだ婚姻可能年齢に達していない娘が夫の家に連れて行かれた場合、彼女は条件を満たしていなかった。彼女が男と交わったがその者との婚姻が禁じられていた場合も、同様のことを私は述べる。将来の婚姻により、あなたも〔一度も〕婚姻していなかったかのように、条件を満たすことができるか否かが疑問視される。遺言者が一度目の婚姻を意図していた場合、条件に背いていると私は考える。しかしながら、まだ満たされていない条件は、まだ背かれていない条件だと寛大にも言われるべきである。』

61) D. 50, 16, 89, 1: 「この『彼女が結婚するならば』という表現では、一度目の結婚が意味されている。』

D. 45, 1, 41, pr.: 「『1月1日に』問答契約を行う者が、『最初の (primus)』あるいは『最も近い (proximus)』と付け加えた場合、何も疑いが生じえないことは明らかである。また、彼が『第二 (secundus)』もしくは『第三 (tertius)』等々と言う場合、彼は同様に疑いを解消する。しかし彼が、どの1月1日なのか付け加えない場合、何を彼が考えていたか、すなわち、彼らの間で何が意図されていたかという事実の問題が持ち込まれ、〔それにより明らかになった〕1日を我々は採用する (というのも、我々はどんな場合でも、何が意図されていたかに従うからである)。しかしこれが明らかでない場合、サビヌスが言うように、最初の1月1日が考えられるべきと言われねばならない。しかし、ある者がちょうど1日に問答契約を行う場合、我々は何に従うのか。思うに、次の1日が意図されていたと考えるべきである。』

62) D. 42, 1, 55: 「審判人は一度判決を下したら、審判人であることを止める。多かれ少なかれ、判決を一度下した審判人は、さらに自身の判決を修正することはできない。これを我々は正当と考える。なぜなら、彼は良かれ悪かれ自身の職務を一度遂行したからである。』

63) D. 4, 6, 43: 「ある者が、彼自身または諾約者がイタリアにいた間、毎年問答契約を行っていたが、両者のうち一方がその後国事のため現れなくなった場合、準訴権を与えることは法務官の職務である。同じことを我々は、以下のように表現されて問答契約が行われた場合にも言う。『彼が向こう5年ローマにいたならば』あるいは『彼がローマにいなかった場合、君は100を与えることを誓約するか?』」

当な原因から回復させられねばならないからである。では正当な原因とは何か？ 私は、私が〔単に〕和解を行おうとしたことによって裏切られた。確かにこの原因は好ましいものであり、紛争を忌み嫌う者の尊敬されるべき態度は非難されてはならない<sup>64)</sup>。したがって、以下のことが私に認められねばならない。すなわち、私は不法訴権を、それを放棄したのにもかかわらず、あたかもそれが放棄されなかったかのように訴訟に持ち出すことである。というのも、この種のもは法律によって認められているからである<sup>65)</sup>」。

しかし、この法的救済がセンプロニウス、君を保護しえないことは明らかである。というのも、ここには、正当な欠席も、未成年者も、その他回復が認められうるところの何らかの原因もなかったからである。悪意訴権もここでいかなる可能性を持たない。君は私に対して訴権を有していたが、それを私の悪意なく放棄したからである。

解決。アゾは次のように言う。修道士は上位の者〔大修道院長〕の助成なしには iudex にも arbiter にもなりえないが、彼はこの種の仲裁判断を行うことができる。というのもここで必要なのは、法廷審理 (iudiciaria cognitio) ではなく、平和的調停 (pacifica compositio) だからである、と。これが真実である場合、その帰結は明白である。仲裁判断が拘束力を持っていなかった、あるいは拘束力を持たないと〔第一審手続の〕裁判官によって判決

---

64) D. 4, 7, 4, 1: 「また、ある者が悪意なく占有を止めたとしても、訴訟関係を変更するためにこれを行う、ということも起こりうる。このような事例は他にも多くある。しかしながら、ある者が悪意で占有を止めたが、訴訟関係を変更する目的で行ったのではないから、この告示に拘束されないということもありうる。占有を手放す者は譲渡する者ではないからである。しかし法務官は、物について絶えず訴訟が起こらないようにするため、物を手放す者の行為を拒みはしない(争いを忌み嫌う者の尊敬されるべき態度は非難されてはならないからである)。法務官はただ、物を保有したいがゆえに、煩わしい相手方を自分の代わりにするため、訴訟を別の者に委ねる者の行為を拒絶するのである。」

65) I. 4, 6, 5: 「反対に、公務のため不在であるか、または敵の権力下にいる者が国内にある物を時効取得した場合、占有者が公務のための不在を止めたとき、所有者は、この時から1年以内に、時効取得を取り消しその物を返還請求することが認められる。すなわち、『占有者は物を時効取得していなかった。ゆえにその物は自己に属す』と言って請求することが認められる。法務官は、同様の衡平に動かされ、これとその他の種の訴権を認める。大部なる学説集(ディゲスタ)、すなわち会典(パンデクタエ)において看守できるように。」

された場合、センプロニウスが新たに仲裁判断を下しうることは認められない。なぜなら、すでに一度仲裁判断は下されているからである。しかし、衡平から、センプロニウスが前訴 (*pristina actio*) に回復されることは認められうる。

*Econtra videtur nullum esse regressum ad iniuriam persequendam, cum semel remissa sit: nec obstat quod dicitur sub conditione remissa, patet enim quod non fuit conditio illa expressa, illa enim verba, salvo eo etc. non fuerunt sub conditione expressa, immo per ea voluit monachus innuere. quod nondum arbitratus esset ad plenum et adhuc esset aliquod dicturus. Conditio autem tacita non habet locum nisi in casibus per legem expressis, ideo non prodest tibi quod in animo tuo gerebas, ita demum iniuriam te remittere, si tibi satisfaceret in pecunia.*

*Item tertium deponit auxilium, ut ipse ex vi pacti possit arbitrari: compromisit enim adversarius stare arbitrio suo aut electi ab eo; electi arbitrium non tenuit; ergo Sempronius poterit arbitrari. Licet enim in alium ius arbitrandi contulit, nihilominus apud eum remansit; nec obstat quod in adversarium compromisit, potest enim eum iudicem suum constituere; et ita videtur alterius elegisse arbitrium, si illud non teneret.*

*Sed quod iterum arbitrari non possit manifestum est, nec enim fuit mens Titii, ut supponeret se arbitrio duorum, immo de primo arbitrio tantum intellexit. Cum ergo semel arbitrium prolatum est, non est locus iterationi, quia nec in iudice delegato.*

*Heu me, dicit Sempronius, mihi subveniat auxilium aequitatis et licet actio iniuriarum remissa dicatur, mihi restituatur; nam ut absenti ex iusta causa amissa causa restituitur, ita ex causa iusta mihi debet restitui. Et quae est iusta causa — deceptus fui in eo, quod pactum facere volui, quae quidem causa favorabilis est, neque enim verecunda cogitatio eius, qui lites execratur, vituperanda est. — Permitti ergo debet mihi, ut actionem iniu-*

riarum, licet remissam, quasi non remissam intendam, nam et talia permittuntur a lege.

Sed quod illud auxilium tibi, Semproni, patrocinarum non possit, palam est; hic enim nec fuit iusta absentia nec minor aetas vel aliqua talis causa, propter quam possit restitutio indulgeri. Nec actio de dolo habet hic locum, nam actionem habuisti contra me et eam sine meo dolo amisisti.

Solutio. Dicit Azo, quod monachus iudex vel arbiter sine maioris auctoritate esse non potest, potest tamen huiusmodi arbitrium exercere, non enim est hic opus iudiciaria cognitione, sed pacifica compositione. Quod si verum sit, plana sunt sequentia; si autem arbitrium non tenuit vel per iudicem pronuntiatum sit non tenere, non concedit quod Sempronius iterum possit arbitrari, cum semel sit arbitratus: sed concedi posset, ut ex aequitate restitueretur ad pristinam actionem.

見ての通り、ティティウスの①の請求に対する反対論拠は言及されていない。まず③の請求（不法について訴えを提起できること）に対する反対論拠、次に②の請求（センプロニウス自身が仲裁判断を下しうること）に対する反対論拠、そして④の請求（衡平と職権から前訴へ回復させられること）に対する反対論拠が述べられる。また、解決においては、上位の者の承認なしには修道士は iudex にも arbiter にもなりえないが、彼は仲裁判断を下すことができると述べられる。アゾにとって、ここで生じるのは法廷審理（iudiciaria cognitio）ではなく、平和的調停（pacifica compositio）であった。したがって、修道士が arbitrator または compositor として仲裁判断を下すことができるという点に関しては、アゾはまったく問題としていないとすることができる。反対論拠が挙げられていないのは疑いの余地がなかったからであるかもしれない。

#### IV 小括

以上で、アゾの第12質疑において、arbiter と arbitrator または compositor

の分別が明確に行われていること、またそれに伴って仲裁人の範囲が拡大されていること、仲裁人適格のない修道士が arbitrator または compositor として仲裁判断を行うことについては問題とされてないことが確認された。特に先行研究との関連で言えば、アゾは arbitrator の用語をめったに使用しないことが指摘されてきたのに対し、本質疑においては arbitrator の語をためらいなく使用しているように見える。したがって、『質疑録』だけを見るならば 'arbiter, arbitrator vel amicabile compositor' という分別はすでに現れているが、アゾの他の著作においては通常別の表現が用いられるため、同定式が定着する過渡期にアゾはあったのだと思われる。

本質疑で取り上げられたような法的問題が『質疑録』に収録された理由は何だったのであろうか。思うに、修道士の仲裁判断の有効性という問題が『質疑録』に取り上げられていると言う事実は、法実務で行われていた修道士による仲裁を法理論上根拠づける必要があったことを示している。上述したように、arbiter と arbitrator または amicabile compositor との分別の出現は、ローマ法における理論と法実務との矛盾を乗り越えようとする中世の法学者たちの試みであったのである。したがって、同分別は、中世ローマ法学に特徴的な分別という法技術による矛盾調和の典型的な一事例と言うことができる。

本稿は12世紀後半から13世紀初頭にかけての仲裁人適格に関する問題の一例を検討したにすぎない。当然、アゾの第12質疑の問題領域はそれだけに限定されるものではない。仲裁判断の拘束力やその執行の保障、あるいはそれに対する異議申立ての問題等については触れることができなかった。検討しなければならない課題はその他にも多くあるが、これらについては後日取り組みたいと思う。