

# フランス法における仲裁の意義及び法的性質

若林 安雄

## 一、仲裁の歴史

- A ローマ法
- B 古代法における仲裁
- C 中間期における仲裁（革命期）
- D 一八〇六年の民事訴訟法典における仲裁
- E その後の判例の動向
- F 一九二五年一月三日法律から一九八〇年五月一四日デクレまでの仲裁
- G 新仲裁法

## 二、仲裁の性質と他の制度との比較

- A 性質と定義
- B 仲裁機関と近隣制度

## 三、日本法の仲裁の概念

## 一、仲裁の歴史

仲裁の研究のために第一に仲裁の歴史を探さねばならない。フランス法はその起源をローマ法に求める。先ずローマ法の仲裁を見て、次にフランス法の歴史を見るが、フランス古代法及び教会法が最初にくる。

訴訟制度の起源は自力救済の慣習の中にある。個人はその力とその意思により適当とする権利の満足を諮った。国家がかなり強力になって、自力救済を禁じかつその介入を課した。原初的には仲裁は考えられなかった。<sup>(1)</sup>

## A ローマ法

ローマ法において、仲裁はその根元を三つの方向に見いだすことができる。司法訴訟手続、仲裁契約及び誠実な仲裁である。<sup>(2)</sup>

## (A) 司法訴訟手続

(1) 法的訴権期 ローマ最古の司法訴訟手続において、いわゆる法的訴権期には明示の法によってしか訴権は行使されず又は法の用語自身を用いること一さもなくば無効とされた一になった。Legis actio は二つの時期に行われた。in iure 訴訟手続において、二人の利害関係当事者は弁論期日の開かれる場所の法務官の面前に出頭しなければならなかった。法務官は裁判しなかった。<sup>(3)</sup> in iudicio 訴訟手続において、事件は iure に付託された。裁判する裁判所は恒久的又は事件のために構成された審判官であった。権限の性質により iudex 又は arbiter と呼ばれた単独又は合議体の iure であった。<sup>(4)</sup> この区分は一二表法により既になされていた。区分は仲裁人に与えられた権限の最大の範囲

に由来する。仲裁人の名は、当事者が仲裁人に以前に最も確実に付託された原因の一部を要求するように、語源的には紛争の現場検証に赴く裁判官を指名するとされている。<sup>(5)</sup> 第二の意味は、裁判官が有する評価権限に由来する。<sup>(6)</sup>

(2) *legis actio generalis* 期 *legis actio generalis* において、原告は、訴訟手続方法を明確にすることなく法が訴権を与えることに訴えなければならない *sacramentum* は紛争権利の対象として又は紛争の重要性にしたがって偽証を破り罰金に変る賭金を伴う国家のための賭の様式の下に現れる。それは多分各当事者による正当性の民事的と同時に宗教的事件の宣誓の起源である。<sup>(7)</sup> *judicis postulatio* は一二表以来認められていたが、*sacramentum* により新しく、法務官に対する裁判官の請求を特徴ある儀式として有した。それは解決する紛争よりむしろなすべき調整がある場合に介入した。配分や境界訴訟のように *sacramentum* により解決される確認又は否認に訴え得ない場合に用いられた。この場合に裁判官は仲裁人の働きをした。<sup>(8)</sup>

(3) 書式訴訟期 書式訴訟において法務官は書式を裁判官に渡し審理された事実が正確である場合、支払命令を出すことを命じた。<sup>(9)</sup> 訴訟の進化に伴い分化が行われる。その一の *action de bonne foi* において、*actiones stricti juris* と異なり、裁判官に原告により提起された法律関係を誠意により評価する権限を与えた。この場合の *arbitria* は同時に *judicia arbitria*。<sup>(10)</sup>

(4) 特別訴訟手続期 特別訴訟手続では当局代表又官吏が正規の裁判様式外に紛争の個人間に正規の訴訟が継続しない又は介入する官吏の性格の故に裁判をなすべく介入する。この傾向は地方からローマに広がる。特別訴訟手続による一般的性格は時代の制度に相応な官僚制の特徴を伴い官僚が行政に好ましいと思われる結果を達成するために通常の権限を行使する行政裁判の一般化であった。法務官と審判官の代わりに裁判を下す者は官吏となった。<sup>(11)</sup> しかし、

説キリスト教徒が紛争を和解的に解決する配慮を与える司教コンスタンチンの下に眞の裁判管轄権を享有したことが付

け加えられる。この改正は四世紀に廃止された。司教は単なる仲裁人になり、当事者は仲裁契約によりその使命を付与した。<sup>(12)</sup>

## 論 (B) 仲裁契約

裁判官が訴訟継続後法務官により指名される仲裁人と裁判官の面前に出頭する前に友好的に結んだ仲裁契約 *compromisso* を分けて検討しなければならぬ。

一はローマ帝国法により訴権を有する合意である。次の二つの場合、両当事者のためにユースティニアヌスにより義務ありとされた仲裁契約である。(1)は仲裁人及び当事者により宣誓を伴った合意がある場合である。(2)は判断が下され当事者がそれに合意を与え又は一〇日以内にそれを攻撃しない場合である。<sup>(13)</sup>

二は *receptum arbitri* で、個人間の紛争を解決する責を負う私的仲裁人として存在した。司法官が承認しない場合、それを履行するため当事者は口頭契約を結ばなければならなかった。司法官は仲裁人が紛争を解決することを承認した場合、その実行を強制することをその命令の中に宣言した。<sup>(14)</sup>

## (C) 仲裁 “boni viri”

第三の起源として、仲裁 “boni viri” がある。離婚の場合に、持参金を受け取るとき口頭契約により返還債務を約した。当事者間に争いのある場合裁判官に持参金の評価を任せた。 *arbitrium rei uxoriae* これが後に *actio rei uxoriae* となる。<sup>(15)</sup>

結論として、仲裁はローマ法において、契約面で発達したが、訴訟手続法でも訴権でもなかったと言える。<sup>(16)</sup> 裁判

手続外に仲裁制度が発達したことがわかる。

- (1) J.-Cl. procédure civile, Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, Arbitrage, Fasc. 1010, 9, 1984, n.1 p.1 et Rodolphe ROUSSEAU et LAISNEY, Dictionnaire de procédure civile, t.1, n.1 p.652. 「仲裁人に紛争を提出する権利は自由とその権利を用いること及び公序にも反しないすべての合意をなすことの各自に属す権利から由来する。仲裁の起源を社会に見出す。しかし、種々の立法がそれに好意をもたないとしても、誰もそれを拒否しない。ローマ法はそれを承認した。」反対の見解は M. BIOCHE, Dictionnaire de procédure civile, t.1, n.1 p.443. 「ローマ法における仲裁 仲裁は原始的法制度の一つであった。裁判のために暴力を用いることを放棄して紛争を公平な第三者に任す考えに達した。」
- (2) RUBELLIN-DEVICHI, op. cit. n.1 et suiv. p.2 et 3.
- (3) Paul Frédéric GIRARD, Manuel élémentaire de droit romain, p.948 et suiv.
- (4) Paul Frédéric GIRARD, op. cit. p.953. 選択に「當事者にも司法官にも属しない。それは紛争の性質又は当事者の資格による。」RUBELLIN-DEVICHI, op. cit. n.2 p.2.
- (5) かつて finium regundorum 訴訟があげられるが、ユースティニアヌス編纂書において、農地所有者が無視された又は争いある境界を定めるために隣人に境界確定を求めた訴訟である。裁判官は次ぎの二つの場合にのみ検証した。一はより明白な、自然な、適当な境界を土地に与えるため、二には以前の境界が確認することが不可能であるとき、不可分の土地としてかつそれを分配して事件を解決した。Paul Frédéric GIRARD, op. cit. p.616 et suiv.
- (6) Paul Frédéric GIRARD, op. cit. p.953 note 1.
- (7) Paul Frédéric GIRARD, op. cit. p.961 et 962.
- (8) Paul Frédéric GIRARD, op. cit. p.965.
- (9) RUBELLIN-DEVICHI, op. cit. n.2 p.3.
- (10) Paul Frédéric GIRARD, op. cit. p.989. et RUBELLIN-DEVICHI, op. cit. n.2 p.3.
- (11) Paul Frédéric GIRARD, op. cit. p.1034 et 1044
- (12) RUBELLIN-DEVICHI, op. cit. n.2 p.3.

説

論

- (13) Paul Frédéric GIRARD, op.cit.p.595.  
 (14) Paul Frédéric GIRARD, op.cit.p.594. et René DAVID, L'arbitrage dans le commercial international, n.93 p.120. 「仲裁条項の仲裁は、仲裁人によりなされかつ罰金により保証された。」  
 (15) Paul Frédéric GIRARD, op.cit.p.930. 契約訴権の手段もつことができないので、公権力が当然返還されるべき持参金を夫に裁判により要求せしめ *actio rei uxoriae* とす。  
 (16) René DAVID, op.cit.n.93 p.120.

## B 古代法における仲裁

西ゴートの法は仲裁人を選任する自由を有していた。又その仲裁判断は判決と同様に効力を有していた。仲裁は一二世紀から多くの紛争を規制するのに役立った。牧師、僧院及び修道院は仲裁を利用した。貴族や封建領主は君主制の再構築まで進んで仲裁に訴えた。騎士や領主は封建君主の司法判決を科するに任せるのを嫌い、次第に増大する仲裁を選んだ。アラゴン、ピエル二世の一二〇四年モンペリの制定法に従い仲裁人の面前でなされたすべてのものは裁判所においてなされたものと同様有効であった。更に、一二六三年一月及び一二六八年九月のルイ九世により下された英王と諸侯の間の紛争に関し、ルクセンブルグの伯爵とバール伯爵の争いに関しての仲裁判断がある。社会変化により仲裁が飛躍したとされる。このことは都市の発生、定期市の組織及び同業組合の出現に結びついている。<sup>1)</sup> これらは王や諸侯の証書によりその固有の裁判を組織するために許可され、多くの裁判所が設けられた。一定の幅が裁判官の選択に当事者に与えられ又慣習法と異なる法を適用するよう誘導されたが故に、それらはその時代の仲裁裁判所と見られた。仲裁の用語が用いられ強制仲裁の一種としての発達は *ex compromisso* 仲裁とされた。一の裁判所

とされかつその結論の判断は執行力が与えられた。教会法は当事者が判断を履行する宣誓をその合意にした時この概念を支持した。<sup>(2)</sup>

古い法典は仲裁が実施されていたことを示す。<sup>(3)</sup>一三六三年から一六三七年まで仲裁に関する立法は一定の均齋をもつた。仲裁に関する態度の違いが見られる。一三六三年二月勅令は「第二条 仲裁判断又は紳士の裁判での和解仲裁人の判断を控訴する場合、パルマンにこの控訴を提出することはできない。」としたが、反対に、一五一〇年八月勅令及び一五六〇年八月の王令はこれを許した。勅令第三四条「仲裁の場合、普通裁判官に救済の申立ができる。但し、執行は予めなされる。」

フランスの古法において公的管轄は当事者が放棄することができない所有権とされたので、仲裁が宣言された後においても、いかなる保障方法により守られず当事者は、常に普通裁判所の面前にその紛争を持ち出すことが自由であった。この濫用を避けるために、一五三五年の勅令は第一六章第三〇条で普通裁判官の意見が仲裁人の意見に同様である場合、新判決に対する控訴は刑事上の条項を満足させない限り当事者に許されないことを求めた。一五六〇年八月の王令は商人間のすべての紛争及び後見人の分配と計算の請求のために強制仲裁を設けた。その他、一五一九年、一五三五年の命令は一定家族紛争に強制仲裁を定めたが、仲裁の利用は少なかった。又、パルマンも些かも仲裁に好意的でなかった。<sup>(4)</sup>

教会は仲裁の発達に好意的であった。教会裁判所はフランク時代に相当に大きな領地をもっていた。それは一二世紀中頃から進歩をなした。教会裁判所はまずその職階制に次いでその信徒に正確かつ厳格な規律を課した。それは世上権を要求した。これが動きかつ強化された中世社会の傾向と一致した。前出のように、新たな社会団体はその固有

説の裁判所をもった。教会裁判所はよく組織された。裁判はよく教育された聖職者により行われた。職階的上訴を有していた。管轄の人々は規律にも信仰にも関しない紛争についても教会裁判所に訴えた。多い契約上の争いについても、仲裁裁判所として介入した。利害関係人が合意し又は契約に予め記載する場合、教会裁判所は仲裁裁判所の適用として介入し得た。<sup>(5)</sup>このように仲裁の発達においてキリスト教が大きな役割を演じる。

一六七三年勅令第九条は商事会社に関し強制仲裁の規定を設けて先の一五六〇年の王令を補充した。第八条「すべての会社は社員間の紛争のために仲裁に服する条項を含む。更に又、条項が漏れていた場合においても社員の一人は仲裁人を指名することができる。他の社員もなすべきである。さもなければ、仲裁人を拒否するものにつき裁判官により指名することができる。」この条文は長く命をもちこつことになる。

(1) *Jurisprudence générale du royaume. Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence, Par DALLIOZ, t.4. Arbitrage, n. 11 et suiv. p. 368-9, et Rodolphe ROUSSEAU et LAISNEY, op. cit. n. 2 p. 652 et 653. RUBELLIN-DEVICHI, op. cit. n. 5 et 6 p. 3 et 4. 一二世紀から仲裁は多くの紛争を規制することになる。都市の発展—ブルジョワ—商人の隆盛に結びつく。その理由として、紛争の平和的解決の希望は愛と隣人愛のキリストの教義に結びついている。家族、村落共同体、職業組合、宗教団体は個人が第三者の特に国家の介入を望まない団体で、争いは公的裁判の果てしない上訴を避け、仲裁により、紛争が早期に終結した。*

(2) *Mathieu de BOISSESON, Michel de JUGLART et Pierre BELLET, le droit français de l'arbitrage, n. 6 p. 21. et Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence, Par DALLIOZ, op. cit. n. 16 p. 369. 仲裁に対する要望や事例を多数あげるが、op. cit. n. 17 はこれらの引用は私的紛争において仲裁に救済を求めることは実務において屢々であったことを証するに遠くない。*

(3) *RUBELLIN-DEVICHI, op. cit. n. 5 p. 3.*



(4) Mathieu de BOISSESON, Michel de JUGLART et Pierre BELLET, op. cit. n. 6 p. 21. et René DAVID, op. cit. n. 94 p. 120 et 121. 勅令に関わらず、実務において仲裁の制度を二次的なものとして追った。

(5) Rodolphe ROUSSEAU et LAISNEY, op. cit. n. 2. p. 652 et 653, Fr. ORIVIER-MARTIN, Histoire du droit français, n. 137 et suiv. p. 188 et suiv. et René DAVID, op. cit. n. 95 p. 121. 契約は守られねばならぬし、かつ契約は善意の原則に支配されるとして「より一般的な方法としてすべての契約者に仲裁人に訴えることを許したのみでなく、この技法により教会の和解と慈悲の理念を法の中に浸透せしめた。」ことが指摘される。

### C 中間期における仲裁(革命期)

司法組織及び訴訟手続についての理念と古い裁判の濫用に対する怨恨により、国民議会は仲裁に対し必然的に好意的であった。仲裁とは紛争が裁判する使命を負う仲裁人により解決されるために普通法裁判所を免れる私的裁判の制度である。その場合、当事者は自由に当事者により指名された仲裁人に紛争解決の使命を与える。<sup>(1)</sup> この仲裁は一七八九年に現れ、人間の平等と友愛の新しい理念を採用した。<sup>(2)</sup>

一七九〇年八月一六日—二四日法第一編第一条は「市民間の紛争を終結する最も合理的な手段であるので、立法者は仲裁の恩恵又は効果の減少を目的とするいかなる処分もなすことができない。」として、仲裁を憲法原則の高さにあげた。<sup>(3)</sup> この法律は更にその第二条で「その権利又はその訴権の自由な行使をなしうるすべての者は、例外なくすべての場合及びすべての事項の私的利益について宣言せしめるために一人又は数人の仲裁人を指名することができる。」としたが、文字通りかつ越えて適用された。当事者が規定した場合さえ仲裁のために期間はなかった。<sup>(4)</sup>

仲裁の控訴は第四条及び第五条により控訴の留保、裁判所の指定が認められた。<sup>(5)</sup> 民事訴訟法典第一四八二条の規定に反することが指摘される。革命年八年風月二七日法律第一編第三条により破棄申立も許された。

更に一七九三年法は公的仲裁人を設けた。(同法第九一条) 一七九三年六月二四日の憲法法律は前出の一七九〇年・一七九一年の法律の条文を反復した。次に、仲裁人の用語により公的仲裁人の名を有する裁判官が強制仲裁の事件を多くした。かつ、反動がまもなく生じ、紛争が任意仲裁の対象をなさない限り紛争の一定数は通常裁判所で下されるような実施をそれに求めた。<sup>6)</sup>

一七九〇年法は新しいイデオロギーを用いかつ友愛と市民間の関係に好意をもつことに専心する治安裁判官を各県においた。それについて、TREILHARD の言葉は仲裁を重視することが窺える。<sup>7)</sup> 革命により中世の司法組織は崩壊し、仲裁の光により司法活動の概念を明確化しようとした。これは通常裁判所の非人間的な制度に、仲裁の生き生きした、むしろ父的な像を対峙させた。仲裁制度を身近なものと考えた。自然法の直接、単純かつ明快なものとして仲裁を解した。<sup>8)</sup>

このイデオロギーの高揚の中において、先の一七九〇年法の第一〇編第二一条に家族関係の強制仲裁の伝統的原則を採用した。同じ精神が一七九三年六月一〇日法により厳格に再現された。<sup>9)</sup> この法は革命暦二年風月一日デクレの対象となった。強制仲裁として仲裁管轄を拡張する事物について(第一一条)、指名について(第二一条)、仲裁人の数について(第二一条)、その忌避について(第四条・第五条・第六条)、治安裁判官の権限について(第七条)及び判断が含まねばならない理由について(第八条)の重要な規定を含む。

家族法についても強制仲裁は拡張された。強制仲裁は婚姻外の子の権利につき(革命暦二年霧月一二日デクレ)、贈与及び相続の紛争につき(同年霜月一七日法)拡張された。

反動の動きが早くも生じてきた。革命暦三年熱月一三日デクレは強制仲裁廃止の提案を委員会に送付した。立法府

はデクレにより強制調停の可否同数の場合の第三仲裁人の意見が宣言される方法を規制した。控訴をめぐり混乱を生じ、革命四年風月三日法により、革命議会は強制仲裁に関する二年霜月一七日法（贈与・相続に関する）を廃止し、同年霧月四日法により仲裁判断に控訴を認めた。今度は反対の方向に進んだ。五百人評議会は同六年花月二八日任意仲裁の廃止まで支持する決議を採用した。七年霧月二八日及び九年霜月一日の二法は判断に対する控訴の道を開いた。強制仲裁は恐れを抱かれたが任意仲裁は同じではなかった。同八年霜月二二日憲法はいわば治安裁判官に仲裁により裁判せしめるよう市民に薦める義務を設けた。風月二七日に裁判所を組織した。<sup>(10)</sup>

強制仲裁が永続しなかった理由として、一は、家族関係において多数の仲裁人が指名され費用がかかりかつ控訴でなかったことが指摘される。<sup>(11)</sup> 先に見た如くその原因は裁判所法が制定されたことによると思われる。<sup>(12)</sup> 反動期において、国家裁判所と私的裁判所の間における、前者の優越を示す。

- (1) E. GARSONNET et CH. CEZAR-BRU, *Traite théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, t.8, n.221, p.454 et suiv.
- (2) Henry SOLUS et Roger PERRROT, *Droit judiciaire privé*, t.1, n.45 p.44.
- (3) 施行されなかった一七九一年九月三日の法律は第三編第五章第三条において「その権利を仲裁により終局的に終結する市民の権利は立法権の法律によりいかなる侵害も受けない。」
- (4) 第三条「仲裁人が宣言しなければならぬ期間も定めぬ仲裁条項及び期間が満了する仲裁条項はにもかかわらず有効でかつ一方当事者が仲裁を継続することを欲しないことを仲裁人に通知しない限り実施する。」
- (5) RUBELLIN-DEVICHI, *op.cit.* n.16 p.7. 第四条「当事者が仲裁条項により控訴の権限を明示に留保しない限り仲裁判断に控訴は許されない。」第五条「控訴を留保する当事者は控訴が付託される王国のすべての裁判所の間の一裁判所の合意

を同様にすべきである。なまなければ控訴は受理されなご。」

- (6) E. GARSONNET et CH. CEZAR-BRU, op. cit. t. 1, n. 61 p. 105. note 1. 「一九一三年七月二十四日の憲法は公的仲裁人の滑稽な名で裁判官を代えようとした。(第九一条) しかしそれは決して適用されなかつた。」 et op. cit. t. 8, n. 221 p. 454.
- (7) Henry SOLJUS et Roger PERRROT, op. cit. n. 46 p. 45. 「治安裁判官は裁判官であるより仲裁人であり、父である。その真の栄光をその子達の間で宣言するより彼らを和解すること置くべきである。」
- (8) Mathieu de BOISSESON, Michel de JUGLART et Pierre BELLET, op. cit. n. 8 p. 22. 一七九〇年八月一六日、「THOURETは憲法議會に次ぎのことを提出した。「仲裁人の純粹、單純かつ平和な裁判・・・裁判所による裁判は裁判所なしに済ませる精神をもたない人々にとって極端な救済としてしか設けられない。」
- (9) 第五編第一条「共同体間の配分の方法を理由として生じ得る紛争は單純陳述書により県知事により、地区の長の意見に従い終結する。」第三条「すべこの手続は・・・仲裁の方法により解決される。」
- (10) Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence, Par DALLLOZ, op. cit. n. 22 et suiv. p. 370 et suiv.
- (11) RUBELLIN-DEVICHI, op. cit. n. 18 p. 8.
- (12) E. GARSONNET et CH. CEZAR-BRU, op. cit. n. 221 p. 455. 「革命曆八年風月二七日法は今日存在する裁判所を組織して、市民がその選択の仲裁人によりその紛争を解決せしめる権利に、抵触しないことを宣言しなければならぬと信じた。」

#### D 一八〇六年の民事訴訟法典における仲裁

その占める位置からして立法者の精神において仲裁が受ける地位の失墜を示す。複雑でかつ利用を少なくせしめる明らかな制限的規定により取り巻かれる。この規則の全体を支配する理念は仲裁に訴えて、訴訟当事者は公的裁判所が提供する保証を奪われるおそれがある。従って、(1) 公序が関係する判断があり、かつ裁判の保障が不可欠である手続がある。これらの手続については仲裁への訴えが禁止される。(2) 公序を維持するために仲裁することができな

い者、無能力者又は公的造造物がある。(3) 仲裁はその指名や執行のために一定の規則に従わねばならない。紛争対象と仲裁人の氏名を表示しなければ無効とされる。その他、当事者が別に合意しない場合、仲裁人は裁判所のために定められた様式に従って裁判しかつ法規に従わなければならない。仲裁管轄は一時的であり、旧民事訴訟法典第一〇七条は当事者がより長期の期間を定める注意を払わない限りそれを三カ月に制限した。仲裁契約は当事者が正式の約定によつてしか免れることができない申立の多くの消滅原因で危うくされた(同法典第一〇一二条)。仲裁判断は控訴を受け得た。又、民事訴訟法典には強制仲裁も仲裁条項も存しなかった。最後に、控訴は当事者が別にこの権限を放棄しない限り原則として受け得た。これは民事訴訟法典の立法者が市民にその個人的利害の管理を享有させるのにやはり重要である自由と裁判所に保持することが重要である尊敬と影響力を妥協させることを欲した。

このイデオロギーは一七八九年から一八四〇年までの間の仲裁契約の不利を説明する。民事訴訟法典の公布以来立法及び判例の進化はフランス革命の間に優越していた仲裁の有利に対する一定の反動があった。民法典は和解の編の後に仲裁契約の三条をおいた。民事訴訟法典の最終編として単一編の第一〇三条から第一〇二八条の規定をおいた。商事法典は仲裁に二つの規定しかあてなかつた。一は第三三二条で海事保険に関し仲裁を認めた。二は、強制仲裁が会社に関し効力を有していた一六七三年の命令に従つて社員間の紛争のために規定された。第五三条から第六一条までの条文である。民法典は仲裁契約についてふれたが仲裁条項には沈黙していた。

(一) Cass. civ. 26 juill. 1893, D. 1894, 1, 61. E. GLASSON, Albert TISSIER, René MOREL, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, t. 5. 3e éd. n. 1803 p. 310 et suiv. et n. 1812 p. 329 et

330. 仲裁条項について「それは職権で宣言することはできなかった。当事者はそれを放棄できた。それは条項の履行により、後に仲裁人になされた指名及びその面前への当事者の出頭により治癒された。実務においてその無効に関わらずかなり屢々尊重されかつ効果がある。」

## 論

### E その後の判例の動向

一九世紀初頭の立法条文が革命の下に支配した仲裁自由の概念との関係で確認した豹変が、裁判官により仲裁条項の有効性の問題を解決するために確認された。<sup>1)</sup> 基本的豹変が一八四三年七月一〇日の破棄院の判決により認められた。「当事者が文書の履行の紛争の場合に、この紛争が仲裁に提出されることを合意する文書の条項は」仲裁人の氏名の指名がないが故に無効であるとした。<sup>2)</sup> 判例はその適法性を認める場合この条項が例文となることを恐れ、紛争対象の仲裁契約の中に明記することを課する民事訴訟法典第一〇〇六条の要求と両立しないことを宣言した。この判例の注釈に反対意見が出され、<sup>3)</sup> 学説の反論は条項は各当事者が仲裁契約を作成する債務を約束する、契約により課せられた要求が仲裁契約の署名によってしかこの同一契約の予約に転換できない契約の予約であるとした。学説は破棄院による推論を認めなかった。仲裁制度の発展は一九世紀の工業社会の発展と一体となった。工業商業の発展は一八四三年の破棄院の判例により承認された仲裁条項の禁止に対する反動の必要性を感じせしめた。この反動は一九二五年の法律による条項の有効性の再認識に導いた。<sup>4)</sup>

この仲裁条項の無効の原則に若干の緩和がもたらされる。商法典第三三二条に仲裁条項があった。他方、条項の無効は相対的と考えた。即ち、無効は当事者一方の請求でかつ当事者が主張された無効を何らかの方法で確認しなかったとの条件でしか確認されることができない。国際面では、国際性は当事者の国籍を別にした争われることができない

い契約は条項の有効性に障害をなすことはできない<sup>(5)</sup>。一八四三年以後の判例は、それが採用した維持できない原則の立場の軽減をまもなくした。無効の相対性につき、紛争対象の指定につき、仲裁人の指名につき軽減した<sup>(6)</sup>。

(1) Mathieu de BOISSESON, Michel de JUGLART et Pierre BELLET, op.cit.n.9 et suiv.p.23 et suiv.

(2) Cass.civ.10.juill.1843, S.43, 1, 561. 「自由な処分を有する権利に仲裁をすることを許す民法第一〇〇三条は別個に又はすべての条件を免れる一般原則を宣言するものとしてとられてはならない。反対にその条文に続く条文特に第一〇〇六条とその条文を組み合わせなければならぬ。それから仲裁を有効にしない又はこれと同様に結果を、紛争の対象又は仲裁人の氏名を指名しないとき有効に仲裁できない結果となる。仲裁の合意と仲裁契約の間の区別はいかなる規定によっても設けられていない又仲裁編の民事訴訟法典の精神を誤解することなく区別を認めることはできない。民事事項においていわゆる仲裁条項を有効にするために民法典第一一三四条を無駄に援用する。合意は適法に形成されたときしかそれをなした者に法の代わりをなさない。又、合意は立法者が明示に要求した条件を奪われているとき適法でない。」又指名について次の通り述べる。「仲裁契約のとき仲裁人を指名する義務は仲裁裁判所の構成につき付帯事件及び手続を避けかつ主に市民を固有の軽率に対し保護を与えるのを目的とする。信頼ができたかそれに値する人を任意の裁判官としてもつことが確実でない、将来の仲裁をあまりの軽さ及び不注意をもって予約することになる。現在の事件において、第一〇〇六条の命令の重要性と必要性はすべてのその紛争の判断のためにその被保険者に保険者がなすことを望むと同様、地位の明確さに関係する。事実主たる所在地はパリにありかつ全フランスのその活動を広げる、同盟会社は保険証書第一五条により、その住所がどこであれ、その不幸な損害が相当又は軽度であれ、多分大部分が事件といかなる関わりをもたずかつ災害が発生した場所どころか人さえ知らない、また、惹起した損害を単に証明されかつ評価されるパリにそれらを終局的に判断する仲裁裁判所を構成することを被保険者に強制する。」

(3) Cass.civ.10.juill.1843, précité note HELLO. 「仲裁契約は特別規則を有する有名契約である。規則の一を適用する合意は契約の一般規定に従う無名契約である。この一般規定は契約前にさえ契約を締結することを禁じるか。他言すれば、両当事者はその間に商事の長期の継続を決定しかつ可能な紛争を予見して、即時に構成することなく、仲裁管轄を予想し、

- 事件が示すものを待つ仲裁裁判所に、従うことを希望する。何故それをなすことができないか。」
- (4) Mathieu de BOISSESON, Michel de JUGLART et Pierre BELLET, *op. cit.* n. 14 et n. 15 p. 26.
- (5) E. GLASSON, Albert TISSIER, René MOREL, *op. cit.* n. 1804 p. 312. 「国際商事関係において又一定商事に關し殺類又は木材の商事のように仲裁はいわば当事者間の規則になった。」 n. 1813 p. 329. 「一八四三年判決以来、破棄院は多くの判決においてその理論を確認した。破棄院はそれが充分確認される場合、将来かつ偶発の紛争が有効に仲裁に原因を与えることができることを認めて、この解決を緩和した。他方、理論に従い、かつ、仲裁条項の危険から引き出される理由に關わらず無効は絶対的でなく又公序でなかった。それは職権で発することができなかった。当事者はそれを放棄できた。それは条項の履行により、後に仲裁人になされた指名及びその面前への当事者の出席により治癒された。」 RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit.* n. 19 et suiv. p. 8 et 9.
- 国際仲裁条項の定義に重要な役割を果たしたのは次の判例である。Cass. 19 fév. 1930, D. H. 1930, 228. 「これらの合意が国際商事をこのように問題とした時からかつフランスにおいて民事訴訟法典の第一〇〇六条により作成された仲裁条項の無効は公序でないのでフランス人の当事者さえ何れも締結された契約に外国において又はフランスにおいてこの条文に有効に抵触しかつこのような条項の有効性を認めるイギリス法のような外国法にその同意を決定するために依拠することが可能である。」
- (6) Cass. req. 3 janv. 1844, S. 44, 1, 337. 「第一審にも控訴審にも提出されずかつ従ってそれを放棄したと推定される。この理由はどこにも提起できる公序の一であると考えしめるなものもそれ自身においてもたない。」
- (7) Cass. req. 2 mai 1853, D. P. 53, 1, 149. 「他方、この仲裁人により裁判される紛争の対象につき充分仲裁契約から生じる。」
- (8) Cass. req. 3 mai 1881, S. 83, 1, 413. 「一八五七年の協定の条項に基づく紛争管轄権を構成するどころか、仲裁裁判所の構成として無効で、一八六六年一月の同業組合の介入は控訴院のすべての者の利益の選択を評価した、専ら一期日の負担の評価について与えられた意見の中にある。これに対する組合の権限は、他の期日の評価の報告を申立てて、価格の争いについてその意見を取得するために同業組合への移送をその申立書に要請した、原告それ自身により、手続のすべての局面において、主張された。」



F 一九二五年二月三十一日法律から一九八〇年五月一日デクレまでの仲裁

その後の関心は仲裁条項に集中した。一九二五年の改正は一九二三年ジュネーブ条約に参加することによりなされた。仲裁の分野において、一定領域における仲裁手続の利用特に仲裁条項の挿入についての多くの改正が行われた。一九二六年六月三〇日は商事所有につき仲裁による更新貸借の決定を規定した。この仲裁の形式は仲裁を鑑定により換えた一九四六年四月一八日の修正法律で消失した。多数投票権の削減についての一九三三年一月一三日法律は株主の異なる範疇間の紛争を解決するために強制仲裁を設けた。旧労働法典第一卷第二九条に挿入された一九三六年労働契約に関する新聞記者とその使用者を対立せしめる紛争につき強制仲裁を挿入した。共同住宅による分割共有の法規に関する一九三八年六月二八日法律第八條は仲裁条項が共有解決に認められることを規定した。建物の共有の法規を定める一九六五年七月一日第五五七号法律はこの規定を再録しなかった。仲裁条項は故に多数派と少数派間、共有者、理事及び多数派間の共有に関する紛争を規制するために無効であった。一九七二年七月五日法律は民法改正中で民事訴訟法典にかつて含まれていた諸規定の民法典への挿入することにあつた。仲裁契約に関する第二〇五九条第二二〇六〇条及び第二二〇六一條が民法典に導入された。民事訴訟法典第一〇〇三條及び第一〇〇四條はそのため廃止された。第二二〇六一條は先の破棄院の立場を踏襲した。一九七五年七月九日第七五―五九七号法律は民法典第二二〇六〇條第二項の目的とする公的営造物の仲裁契約の禁止を緩和した<sup>1)</sup>。

(1) Mathieu de BOISSESON, Michel de JUGLART et Pierre BELLET, op. cit. n. 14 p. 26. 「一九二五年の法律は商事事項の仲裁条項を認めたが、尚商事裁判所の管轄に関しない特に民事事項に関し条項の無効を維持した。」一九二三年九月二四日のジュネーブでの仲裁条項に関する条約の第一條第一項の「条約各国は異なる条約国の管轄に各自従う当事者間に、

契約当事者が仲裁契約に従って仲裁の方法により規制されうる商事事項又はすべての他の事項で、前記契約から生じ得るすべての又は一部の紛争を、前記仲裁が各契約当事者が従う管轄の国より他の国で行われねばならない場合さえ仲裁に、従う義務を負う、仲裁契約並びに仲裁条項の有効性をみとめる。」を受けて立法された。

## 論

## G 新仲裁法

民事訴訟法改正委員会の改正作業の結果、国内仲裁については一九八〇年五月一四日デクレ第八〇―三五四号により改正がなされた。五〇条からなり、新民事訴訟法典に挿入されるのを目的とした。一九八一年五月一二日デクレ第八一―五〇〇号は新民事訴訟法典第三巻及び第四巻の規定を設け、かつこの法典の一定規定を修正し第一四四二条から第一四九一条までの新民事訴訟法典第四巻に一九八〇年五月一四日デクレを挿入した。

新規定は仲裁の効果を確保するデクレ作成者の堅い意思が見られる。仲裁人の権限を強化し、わずらわしい時代遅れを廃止し、公的裁判所の協力を増大しかつ判例により解放された解決を承認した。

第一編 仲裁の合意 仲裁条項が仲裁合意として初めて定義された。本来履行に好意をもつ判例が認められ、仲裁人による使命が司法範疇の裁判官の行為であることができる。(1) 改正の強化点の一は単に当事者のみならず更に国家司法側の法律並びに契約合意の尊重にその重点を置いた。(2) 仲裁条項の自立が第一四四六条により認められた。(3) 仲裁裁判所の構成は種々の新規性を有する。その一は仲裁人であるのは法人にとって不可能である。(4) 又、法人は仲裁を組織するのにとまりすべての当事者の同意なくして仲裁人を指名することさえできない。(5) 奇数の規則及び第三仲裁人の継続する消滅が望まれた。(6) (4) 判断を下す法定期間は三ヶ月から六ヶ月に延長された。(7) (5) 仲裁の合意は公的裁判所から紛争を免れせしめる効果を有する。(8)

第二編 仲裁訴訟手続 仲裁手続と公的裁判所面前の手続の同化は限りなく押し進められた。(1) 旧第一〇〇九条により設けられた推定を逆転する第一四六〇条により原則的に課せられた手続規制の自由は、常に当事者が裁判所の面前で適用される規則に従うことを仲裁人に免除するから、一つの制限を認める。手続は民事訴訟手続の指導原則に従う。(2) これは公序および防御権の尊重の判例理論の容認である。(3) 仲裁人は当事者にそれが有する証拠資料の提出を命じ、文書の検真又は文書偽造の付帯手続を解決することができる。(4) 私的裁判官であるので宣誓をなさしめ、間接強制を命じることができない。(5) 仲裁人は今後指名についての有効性及び制限について裁判するために権限を有する。(6)

第三編 仲裁判断 明文をもっておかれた様式の規定は判決文に接近する。評議の秘密、多数決原則、起草及び表示の図式。(7) 原則は法の適用である。衡平仲裁人は当事者により明示的に準備されねばならない。これは旧法典に於ける。(8) 公序及び防御権の尊重の一般原則にいたるまでそれに属する理由付の義務が規定されている。(9) 判断を解釈し、重大な錯誤又は脱漏を構成し同様判断を補充する権限は、判断による職務放免の原則の緩和を構成する。(10) 第四編 不服申立 (1) 仲裁の一定の嫌悪の主たる原因として度々書かれかつ考察された不服申立の複雑さに終止符を打つことである。執行判決に対す異議、執行判決に対する控訴につき下された判決の控訴、及び、判断に対し、修正控訴及び公序及び防御権侵害に常に可能な無効控訴が共存していた。(11) 今後、唯一の不服申立が控訴であれ無効の不服申立であれ判断が常に控訴院に提出されて、執行判決却下の命令に対し可能である。(12) 控訴は原則的に当事者が放棄しない限り厳格に法的に下された判断に対し可能である。衡平仲裁による時は当事者の明示の留保なくして控訴は閉ざされる。(13) 控訴は判断の修正又は無効を控訴院に許す。(14) 控訴が排除されるとき、唯一の可能は六つの項

説  
論  
目的判断の無効に導く。旧法の執行判決に対する異議及び公序侵害である。<sup>24</sup>無効の不服申立は、すべての当事者が反対の意思を示さない場合しかこの権限を奪わない故に大部分本案について控訴院が裁判することに導く。<sup>25</sup>執行判決はいかなる不服も受けない。<sup>26</sup>但し、前出の第一四八九条の例外がある。

- (1) Mathieu de BOISSESON, Michel de JUGLART et Pierre BELLET, op.cit. n. 14 et suiv. p. 26 et suiv
- (2) 第一四四六条 仲裁条項が無効である場合、その条項は記載なきものとされる。
- (3) 第一四五一一条 仲裁人の職務は自然人にのみ付与されることができる。自然人は私権の全面的行使を享有しなければならぬ。
- (4) 仲裁の合意が法人を指名する場合、法人は仲裁を組織する権限のみを有する。
- (4) 第一四五五条 自然人又は法人が仲裁を組織する責を負うとき、仲裁の職務はすべての当事者により受諾された一人又は数人の仲裁人に付与される。  
受諾がない場合、仲裁を組織する責を負う者は、各当事者に仲裁人を指名するよう促し、かつ、必要ある場合、仲裁裁判所を補充するため必要な仲裁人の指名を行う。当事者として、仲裁人の指名がない場合、仲裁人は仲裁を組織する責を負う者により指名される。(以下略)
- (5) 第一四五三条 仲裁裁判所は唯一又は奇数の数人の仲裁人により構成される。
- (6) 第一四五六条 仲裁の合意が期間を定めない場合、仲裁人の職務は、仲裁人の最後の者が仲裁を受諾した日から起算して六ヶ月のみ継続する。  
法定又は合意の期間が、当事者の合意により、あるいは、当事者の一人又は仲裁裁判所の請求に基づき、大審裁判所所長により、もしくは、第一四四四条第二項に目的とされる場合において、商事裁判所所長により、伸縮されることができる。
- (7) 第一四五八条 仲裁裁判所が仲裁の合意によって提訴された争訟が、国の裁判所の面前に提出されたとき、国の裁判所は無管轄を宣言されねばならない。

仲裁裁判所が未だ提訴されない場合、仲裁の合意が明白に無効でない限り、裁判所は同様に無管轄を宣言しなければならない。

この二つの場合、裁判所は職権でその無管轄を取り上げることができない。

(8) 第一四六〇条 仲裁人は裁判所のために設けられた規則に従う義務なく仲裁手続を決定する。ただし、当事者がそれにつき仲裁の合意において別に定めた場合は除く。

但し、第四条乃至第一〇条、第一条(第一項)及び第一三条乃至第二一条に規定される訴訟指導原則は常に適用される。(三項は次註(9)(第一一条第二項の間接強制は適用されない。)

(9) 第一四六〇条(三項) 当事者が証拠資料を保有する場合、仲裁人は同様にその提出を命じることができる。

(10) 第一四六七条 反対の合意を除き、仲裁人は第二七八条乃至第二九四条及び二九九条の規定に従い文書の検真及び偽造の申立の付帯事件を解決する権限を有する。

付帯的偽造申立の場合、第三一三条は仲裁人の面前に適用される。仲裁の期間はそれについて裁判した日から引続き起算する。

(11) 第一四六一條 準備手続の(行為)文書及び調書は、仲裁契約が仲裁人一人に委任することを許さない場合、すべての仲裁人により作成される。

第三者は宣誓することなく審問される。

(12) 第一四六六条 仲裁人の面前に、一方当事者が、その原則又はその範囲について、仲裁人の裁判権限に異議申立てる場合、その指名の有効性又は限界について裁判することは仲裁人の権限に属する。

(13) 第一四六九条 仲裁人の評議は秘密とする。

(14) 第一四七〇条 仲裁判断は多数決で下される。

(15) 第一四七一条 仲裁判断は当事者の相互の申立及びその攻撃防御方法を簡潔に記述しなければならない。裁判は理由を付されなければならない。

第一四七二条 仲裁判断は次の表示を含む。

——それを下した仲裁人の氏名。

— その日付。

— 仲裁判断が下される場所。

— 当事者の氏名又は名称並びに住所又は所在地。

— 必要がある場合、当事者を代理した又は補佐した弁護士又はすべての者の氏名。

(16) 第一四七四条 仲裁の合意の中で、当事者が衡平仲裁人として裁判する職務を仲裁人に与えないかぎり、仲裁人は法規にしたがって争訟を解決する。

(17) 旧民事訴訟法第一〇一九条 仲裁契約が、衡平仲裁人として、宣誓する権限を与えない限り、仲裁人及び第三仲裁人は法規に従って判断する。

(18) 注15の第一四七一条第二項

(19) 第一四七五条 仲裁判断は仲裁人が解決する紛争から仲裁人を解放する。

前項にかかわらず、仲裁人は判断を解釈し、それに影響を与える重大な錯誤又は脱落を更正し、及び、請求の項目について裁判するのを逸脱したとき、それを補充する権限を有する。第四六一条乃至第四六三条は適用される。仲裁裁判所が新たに編成されることができない場合、この権限は、仲裁がない場合に管轄を有した裁判所に属する。

(20) RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit.* n. 43 et p. 15 et 16. 旧民事訴訟法第一〇一八条 次の場合において控訴により又は民事再審により上訴する必要はない。(一)項後段略 (二)項) 総てこれらの場合、当事者は、それを下した裁判所の面前に、執行命令に故障申立てることにより提訴することができ、及び、仲裁判断の資格付与された文書の無効を主張することができる。

(21) 第一四八九条 執行判決を却下する命令は、そ執行吏送達から起算して一ヶ月の期間の満了まで控訴で攻撃されることができる。この場合、控訴院は、当事者の請求に基づいて、場合により、控訴又は無効の不服申立により、当事者が仲裁判断に対し主張することができる攻撃防御方法を審理する。

(22) 第一四八二条 仲裁判断は、当事者が仲裁の合意において控訴を放棄しないかぎり控訴が許される。ただし、仲裁が衡平裁判官として裁判する職務を受けたとき、当事者が明示に仲裁の合意にこの権能を留保しないかぎり、控訴が許されない。

- (23) 第一四八三条 第一四八二条になされた区分に従って、当事者が控訴を放棄しなかった又は仲裁合意の中にこの権限を明白に留保するとき、控訴の訴えが唯一許される。控訴は仲裁判断の破毀又は無効を目的とする。控訴の裁判官は、仲裁人が衡平仲裁人の任務を有するとき、衡平仲裁人として裁判する。
- (24) 第一四八四条 第一四八二条になされた区分に従って、当事者が控訴を放棄したとき、又は、当事者が仲裁合意にこの権限を明白に留保しないとき、それにもかかわらず、仲裁判断とされた文書の無効の不服申立はすべての反対の規定に関わらずなされることのできる。
- それは、次の場合にのみ許される。
- 一 仲裁人が仲裁の合意なく又は無効若しくは満了の合意に基づき裁判した場合。
  - 二 仲裁裁判所が不適法に構成され又は不適法に指名された単独仲裁人であった場合。
  - 三 仲裁人が仲裁人に付与された任務に従わないで裁判した場合。
  - 四 対審原則が尊重されなかったとき。
  - 五 第一四八〇条に規定されたすべての無効の場合。
  - 六 仲裁人が公序の規則を侵害した場合。
- (25) 第一四八五条 無効の不服申立が提訴された裁判所が仲裁判断を無効とするとき、仲裁人の任務の範囲内で本案について裁判する。ただし、すべての当事者の反対の意思ある場合は別とする。
- (26) 第一四八八条 執行判決を与える命令はいかなる不服申立も許されない。
- ただし、控訴又は仲裁判断の無効の不服申立は、当然控訴院の提訴の制限内において、執行判決裁判官の命令に対する不服申立、又は、この裁判官の職務放免を含む。

## 二、仲裁の性質と他の制度との比較

最初に、仲裁の定義を行い次に近隣の制度を検討したい。

## A 性質と定義

## (A) 仲裁裁判の特殊性

一九二五年二月三一日法律により商事法典第六三一条に一項を加えて仲裁条項が復活した<sup>(1)</sup>。立法者は仲裁と裁判を比較して、仲裁の有利性を述べた<sup>(2)</sup>。仲裁の優位をとる学説は、「何時も、設立された裁判所を免れて、自由に選ばれた裁判官の判断にその訴訟を提出することができることは、それは合意が契約者の法をなすとの原則を希望する。」とする<sup>(3)</sup>。一九七二年七月五日法律についての論文で、破棄院及びパリ控訴院の補助第一部は知的進化する判例により適用される条文の古さを忘れしめることができたことを知らねばならないとして、二〇年来の判例の仲裁への態度の変化を指摘する<sup>(4)</sup>。

仲裁を公的裁判所の代替物と考える説もある。初期の時代に仲裁の起源を見出し、国家の権力の強化と家長権弱体の家族の争いに国家は仲裁制度を設けた。私的仲裁人に代えて裁判所の仲介により仲裁人になったとして、「私的仲裁は、民事訴訟法典の編纂者により不信とされたが、数年以来、相当な発達を遂げた。この発達は、国家の介入が不可欠である領域への種々の業務におけるその力量の弱体の証拠である。」<sup>(5)</sup>

それに対し、迅速性や無償制は屢々欺瞞であることが唱えられている。仲裁の動機付けの一として、裁判所



より他の裁判を求める。即ち、裁判機関の欠陥を救済するためでなくて国家裁判官がなすより別に裁判されることを求めることである。<sup>(6)</sup> 二つの方向が考えられる。一は、柔らかな正義の考え方であり、他は、商人固有の法への熱望である。

柔らかな正義として、仲裁が注目される。仲裁の伝統として衡平の正義が挙げられる。穏やかな方法であるが、仲裁は秘密が守られ、弁論の公開の反響に争いを持ち出さない。判断は公開されない。その裁判は私的裁判ではないが私的に行われる。<sup>(7)</sup> 真実の戦いは形式的戦いに入れ替わり訴訟手続になるとの、現在の裁判の有り方から、その後方にある仲裁では、さらに戦いの理念はやわらげられる。「仲裁の有効の条件の中に、道徳的又は職業的制裁がある。商事関係を継続しかつ所与の職業の環境の中で維持することは、これらの要求される条件にいる当事者は裁判所に訴えるよりよりこの二重の必要と両立しようと思われる様式の下にその紛争の解決することを好む。」<sup>(8)</sup> 柔らかな正義である。<sup>(8)</sup>

商人固有の法への熱望は、特に最近の国際商事関係の発展により、国家裁判所がなす裁判は不適當になり、仲裁裁判所に訴えて、その固有の法を再構築しようとする。「最近の仲裁とその発展は、真実、商人はそれに固有の法を有することを常に求めることを示す。」民商法の統一も不完全であり、「余り抽象的な法は、商事を規制するために悪い技術を暴露する。」その結果、「裁判所の裁判は商人間に発生する紛争を規制するために商人により放棄される。商人は裁判所の裁判より他の裁判を仲裁に求める。」又、国際商事法への動きも見られる。<sup>(9)</sup>

柔らかな正義の延長において衡平仲裁人の規定が取り上げられる。既に(衡平の)「諸精神に基づき衡平仲裁によりなされた魅力は否定しがたい。それは先ず衡平及び正義の理念への人間の魂の深い熱望により又屢々でないが、規

説 則の厳しさが往々この理想との矛盾に置くとの確信により、説明される。衡平仲裁は、それは判決であるとしても、柔らかい正義への第一歩をやはり構成する。」と述べられたが、これを受けて、この精神は新民事訴訟法典第一二条五項に結実してゐる。<sup>(17)</sup>

## 論

- (1) 「但し、当事者は、契約時、生じうる時、前項に列挙の争いを仲裁人に委ねることができる。」
- (2) RUBELLIN-DEVICHI, op. cit. Fasc. 1005, n. 10 et p. 6. 「仲裁、これは裁判官の権限である。これは費用の節約であらう。これは迅速な判断の性格である。」(Rapp. n. 302, Annexes doc. parl. Senat)
- (3) E. GARSONNET et Ch. CEZAR-BRU, op. cit. t. 8, n. 220 p. 451. et BOLTARD, B.-F. COLMET-DAAGE et E. GLASSON, 14 éd. t. 2, n. 1177 p. 712, 「この場合、公開制が示す、費用、緩慢、不便を避けるために、私的意思によりこの権利を退け、より強い理由で、全くその選択により仲裁人にそれを審査し、それを弁論する権利を与えるのは自由である。」
- (4) P. LEVEL, Une première retouche au droit de l'arbitrage, J. C. P. 1972, 1, 2494, n. 2.
- (5) Henri et Léon MAZEAUD et Jean MAZEAUD, Leçons de Droit civil, t. 1, v. 1, 6 éd. n. 113 p. 154.
- (6) René DAVID, op. cit. n. 13 p. 20.
- (7) CORNU et FOYER, op. cit. p. 63.
- (8) Henri MOTULSKY, op. cit. v. 2 p. 29.
- (9) René DAVID, op. cit. n. 13 et suiv. p. 20 et suiv.
- (10) Henri MOTULSKY, op. cit. v. 2 p. 34.
- (11) 第一二条(五項)「発生した紛争の両当事者は、前項と同一事項につき同一条件の下に、衡平仲裁人として裁判する任務を裁判官に付与することが又同様である。ただし、この場合にも、当事者はそれを放棄しない場合、控訴できる。」尚、第一四七四条第一四八二条以下については前出条文参照。

(B) 仲裁の定義

仲裁は私的契約に権限を保持しかつこの合意を基礎に国家によるこの使命を付与されることなく一人又は多数一仲裁人により、二人又は多数の者の間の関係に関する問題の解決を与えしめるのを目的とする技術である。この定義は比較法的に見れば不完全であるとされる。<sup>(1)</sup> 換言すれば、仲裁により、事情に従って紛争を裁判する使命をもつ個人により、解決されるために紛争が普通法管轄を免れる恩恵による私的裁判制度である。当然法律がそれを規定するかつそれを奨励する。国家の認容する制度である。一定の事項につき仲裁に救済を求めることを当事者に許す。<sup>(2)</sup> これが任意仲裁である。紛争の一定の範疇が強制的に仲裁に提出されることを命じる場合が強制仲裁である。<sup>(3)</sup>

任意仲裁は、国家の管轄を他の管轄に代えることに同じ同一条件で管轄の合意的延長の効果により普通法裁判権の作用を退ける。<sup>(4)</sup> 強制仲裁は制度的に減少したが、仲裁の任意的局面は本質的に契約の性格をその与えることになる。仲裁は裁判構成要素をもつが故にその判断は裁判所を介さず、執行文を受けることになるが、<sup>(5)</sup> 契約構成要素ははるかに最重要性をもつ。当事者の意思自治が無制限であり、<sup>(6)</sup> 仲裁はその必要性を擁護するために仲裁が適用されるすべての状況に答えることを許す柔軟性をとる。債権法の最も動的な部門に仲裁をするのはこの契約面である。<sup>(7)</sup> 仲裁の現代法における役割は、契約の履行の調整要素をその固有の基礎に見出すことを経済事項に介入する合意に許す。経済発展と同一歩調を進めて、それをそこに採用する義務を伴い、仲裁は故に必然的に改革者である。<sup>(8)</sup>

仲裁は次のように定義することが簡単かつ明瞭であろう。「仲裁は第三者が、当事者によりそれに付託された裁判をする使命を行使して二人又は多数当事者に対立する争いを規制する制度である。」<sup>(9)</sup>

- (1) René DAVID, n.2 p.9.
- (2) 民法典第二〇五九条 すべての者は、その者が、自由な処分権を有する権利について、仲裁契約を行うことができる。
- (3) Jean ROBERT, op.cit.n.1 p.3.
- (4) Jean ROBERT, op.cit.n.1 p.3.et n.126 p.106 et 107. 「国家裁判所の無管轄に関し第一四五八条の規定は第一四六六条による仲裁に認められた権限により評価される。」
- (5) Jean ROBERT, op.cit.n.216 p.188. 民事訴訟法典第一四七七条第二項
- (6) 民法典第一〇六〇条 人の身分及び能力の問題、離婚及び別居に関する問題又は公共団体及び公の施設に関する争い、及びより一般的に公の秩序かわるすべての事項については、仲裁契約を行うことができない。(二項) 工業及び商業の性格を有する公の施設の種別については、デクレが仲裁契約を行うことを許可することができる。
- (7) Jean ROBERT, op.cit.n.1 p.4.note (4) 「合意はここで固有の訴訟面を越えるが故に、事実訴訟法より債権法の優越。」
- (8) Jean ROBERT, op.cit.n.1 p.4.
- (9) Charles JARROSSON, op.cit.n.785 p.372. 尚、制度について、note 34 は「制度で技術ではない。何となれば、仲裁は技術以上のものである。それは法規である。それは用語の正確な意味での一つの制度と銘打たれた実体である。」  
権限を与える者として、note 35 は「当事者のみによる。当事者により、その他の事項につき、許可された法による制限内におこい。」

## B 仲裁機関と近隣制度

仲裁制度と区分することによる問題として、区分の利益、資格付与及び解釈規則が挙げられる。<sup>1)</sup>

(1) 区分の利益 区別の利益は多くの点で見られる。仲裁制度の特徴でもある。仲裁判断に付属する既判事項の権威が契約行為を攻撃することができる無効訴権から保護する(新民事訴訟法典第一四八一条以下)。執行判決が判断に強制執行を取得するに充分である。別に規定しない場合、民事に関し仲裁条項は無効である。訴訟指導原則は仲裁

に適用される（同法典第一四六〇条<sup>2)</sup>。仲裁人は奇数で構成される（同法典第一四五三条）。仲裁人は自然人でなければならぬ（同法典第一四五一一条）。国際事件では国際協定を考慮しなければならない<sup>3)</sup>。

(2) 資格付与 第三者の介入を生じる制度又は契約の資格付与において、本案の裁判官は当事者により与えられた資格付与に拘束されない。ここでは二つの問題がある。一は、仲裁契約の資格の決定であり、他は、二重の基準である。

判例は仲裁の資格決定について早くから裁判官の権限であると<sup>4)</sup>、現時もこれは踏襲されている<sup>5)</sup>。

他の二重の基準とは、紛争の存在と第三者に裁判権限を与える当事者の意思である。判例はこれを認める<sup>6)</sup>。学説は「仲裁は二つの条件を前提とする。一は紛争であり、二は本案と様式の有効のすべての条件を結合しかつ当事者により指名された仲裁人の受諾を前提とする仲裁契約」とし更に「仲裁人の指名のない仲裁契約はない。それが意味するように当事者がそれを書き込むことを許可する署名白紙の第三者への両当事者による交付は、当事者を裂く紛争を終結するための仲裁契約でなく、委任による調停である。」<sup>7)</sup>としている。現在においてもそれは同じである<sup>8)</sup>。

(3) 解釈についての規則 仲裁契約は契約であるが故に、民法典第一一五七条の規定の定めるように有効に解すべきことが要請される<sup>9)</sup>。いかなる場合においても国家裁判官は職権で取り上げる権利をもたないが、当事者の一方がそれを請求する場合、仲裁人が仲裁合意により既に提訴されている紛争を裁判官の面前に提起するとき、無管轄を宣言する義務を国家裁判官に課する<sup>10)</sup>。

判例は提訴された契約について、この契約の第七条は次ぎのように決定された。「管轄の付与…争いある場合、当事者は広告フランス連合の仲裁に訴えをなすことを契約する。紛争の場合、セーヌ裁判所が専属管轄を有する。」と

して、この契約について「この条文は仲裁にその紛争を第一に付託する当事者の意思の明示である。仲裁人への訴えない場合、セー又裁判所は不測の訴訟を審理するために訴えられる第二次裁判所であることを示すと条項の最終面の条件形式を説明する。」として、仲裁契約を認めた。<sup>11)</sup> それに対し否定する判例は、「控訴院は仲裁及び調停議事録と名称を付した文書の曖昧さを取り上げた。その文書は当事者が衡平仲裁人に任せることを合意しかつ「仲裁判断」の副題及び「調停」のそれを含んだ、」として、それは調停であるとした。<sup>12)</sup> このように仲裁契約について解釈の権限を裁判所が有する。

その場合、その判断が破棄を受ける理由がないと、民法典第一一三四条により合意を変更できない。<sup>13)</sup> 「原契約履行に関するすべての紛争は強制的に仲裁の方法に従う。各当事者を選任された仲裁人間の不一致の場合、争いは当事者が裁判権を付与したセー又裁判所に提出されることを合意した。」との条項の状況において、本案の裁判官は仲裁人の偶然の不一致を商事裁判所の提訴に代える和解条項であると宣言すること、この提訴が時期早々に行われたことをそれから結論しかつ当事者により予定の契約上の和解の試みの一貫性のない遂行で正当化されるまで裁判すること延期することができなかったとして、上告された Paris 控訴院判決（一九七〇年三月一九日）について破棄院は、「前出第一〇二一―三條（注旧民事訴訟法典）により規定された地位に当事者を置く前記条項は明確かつ正確である。仲裁裁判所が提訴されなかつた又仲裁人間に分裂がなかつたとする限り、それは商事裁判所を紛争を審理するために無管轄にした。この条項が必要としない解釈により、別に決定してその控訴判決は意味を曲解した。従って、かつ、前出条文に違反した。」<sup>14)</sup> とした。

- (1) RUBELLIN-DEVICHI, op. cit. n. 23 et suiv. p. 10 et 13. 尚、仲裁乃至近隣制度のフランス法律用語の日本語については次の通りである。 amiable compositeur ≡ 衡平仲裁人 arbitre ≡ 仲裁人 arbitre-juge ≡ 仲裁人裁判官 conciliateur ≡ 調停者 expert ≡ 鑑定人 modérateur ≡ 斡旋 transaction ≡ 和解
- (2) (第二項)ただし、第四条乃至第一〇条、第一一条(第二項)及び第一二条乃至第二二条に規定される訴訟指導原則は常に適用される。
- (3) RUBELLIN-DEVICHI, op. cit. Fasc. 1005, n. 23 p. 10.
- (4) Cass. req. 31 mars 1862, D. P. 1862, 1, 242. 「この第三者に属する資格付与は第三者に当事者により与えられたもの又はその委任のいつたはべきで、第三者に与えられた使命による。」
- (5) Cass. civ. 1. 26 oct. 1976, Rev. arb. 1977, 336. 注4の一八六二年の文言を繰り返して「鑑定人又は仲裁の構成員として合意により指名された者の使命が、いかなる特別の様式にその有効性につき従わない分割契約と一となる評価の当事者の委任として決定するか、又は生じた或いは生じる紛争を仲裁人として規制するにあるかを最終的に評価するのは故に本案の裁判官に属す。」
- (6) Cass. civ. 2. 25 mai 1962, Rev. arb. 1962, 103. 「控訴判決は次ぎのことを指摘する。賃貸価格について両当事者の不一致の争いある意見対立の性格を知る場合においてさえ、当事者が指名した第三者に裁判権限を与えたことを証明しなければならぬ。」
- (7) E. GARSONNET et Ch. CEZAR-BRU, op. cit. v. 8 n. 222 p. 457 et n. 225 p. 461.
- (8) Henri MOTULSKY, op. cit. p. 24. 「仲裁があるために、紛争を解決する裁判権限を第三者に与える意思が明らかに明確にあることが必要である。」
- (9) 「ある条項が二つの意味にとれるときは、なんらの効果も生じることができない意味においてよりむしろ、なんらかの効果を有することができる意味において理解しなければならぬ。」
- (10) Gérard CORNU, Le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage, Rev. arb. 1980, 587.
- (11) TGI Paris, 1. fév. 1979, Rev. arb. 1980, 83.
- (12) Cass. civ. 26 R. 7 oct. 1981, J. C. P. 1981, 4, 397.

- (13) (一項) 適法に形成された合意は、それを行った者に対しては、法律に代わる。  
 (14) *Cass. civ. 2e. 7. juill. 1971, J. C. P. 71, 2, 16898.*

制度の機能が仲裁に近いものを取り上げる。

(A) 裁判官との比較

仲裁人は、私的裁判官として当事者が選択する者により紛争を解決することにある。従って、その間に類似性は存在する。

(1) 仲裁人裁判官としての仲裁人 仲裁人裁判官は仲裁条項又は仲裁の定義が示すように、対象は紛争を仲裁人に提出することである。真の裁判官である。この手続は仲裁判断により解決される。仲裁判断は真の判決であり解決する紛争から仲裁人を手放せしめる。<sup>(1)</sup> 仲裁判断は執行にあたり執行判決を必要とする。仲裁人は仲裁判断により執行するために執行文を添付することはできない。<sup>(2)</sup>

(2) 衡平裁判官との比較 第一二条第五項は「衡平裁判官」の制度を設けている。<sup>(3)</sup> 衡平裁判官として裁判するこの権限は裁判官と仲裁人の関係の近接を示す。第一に、衡平裁判は仲裁合意と同様、当事者の予めの一致に基づく。第二に、身分行為と公序に関しては衡平裁判は認められない。第三に、仲裁人にも衡平仲裁人の制度が存在する。<sup>(4)</sup> 第四に、ここでは裁判官と仲裁人が同一職務を行うことになる。特に裁判官の裁判機能の純粹性の変更とされる。<sup>(5)</sup> 事実、裁判官は給付の通常の価格や財産の配分の条件を定めるときは経済鑑定人の役割を果たす。その職務はこの場合厳格に司法でなくて、仲裁の精神に近い和解の理想に浸透することになる。<sup>(6)</sup>



(1) 第一四七五条第一項 仲裁判断は仲裁人が解決する紛争から仲裁人を職務解放する。第一四七六条 仲裁判断は、それが下されるや直ちに、それが解決する紛争に関し、既判事項の権威を有する。

(2) 判決について、第四六五条 各当事者は執行文を付した謄本の交付を受ける権利を有する。 仲裁判断について 第一四七七条(一)項 仲裁判断は判断が下された管区内の大審裁判所から発せられた執行判決によって強制執行ができる。 執行判決は裁判所の執行裁判官により命じられる。

(3) 「発生した紛争の当事者は、前項と同一事項につき同一条件の下に、衡平仲裁人として裁判する任務を裁判官に付与することが同様に見える。ただし、この場合にも、当事者はそれを放棄しない場合、控訴できる。」

(4) 第一四七四条 仲裁の合意の中で、当事者が衡平仲裁人として裁判する職務を仲裁人に与えないかぎり、仲裁人は法規に従って争訟を解決する。

(5) OPPEIT, L'arbitrage et les contrats commerciaux à long terme, Rev.arb.1976, 102

(6) Mathieu de BOISSESON, Michel de JUGLART et Pierre BELLEF, op.cit.n.216 p.191.

#### (B) 仲裁人と鑑定人等の比較

仲裁人と委任者又は鑑定人間の区別は困難であるとされる。

(1) 民法典第一五九二条の仲裁人 民法典第一五九二条<sup>(1)</sup>が売却価格の評価を第三者の仲裁人に任せた。この条文の適用範囲は一般化した適用を受けた<sup>(2)</sup>。その場合に、当事者が元の合意の見直し又は補充を負う第三者を選ぶとき問題が生じる<sup>(3)</sup>。この区分は当事者が対立よりむしろ共同的關係の経済的性質の複雑な契約のときにかつ価格の評価が、仲裁人又は鑑定人の資格を与えられた第三者に委ねられときに微妙であると指摘される<sup>(4)</sup>。

(a) 紛争の存在 第一五九二条と異なり仲裁においては争いが既に存在することが要求される<sup>(5)</sup>。

(b) 当事者の意思 第一五九二条の仲裁人により一般に意味するものは第三者に与えられる使命の一定の形態を目

説的とする。その拡張の可能性は誰にも争われない。<sup>6)</sup> この仲裁人の制度は当事者が契約締結の必要要素を決定してその

名で契約を補充する共同の代理人に任ずことである。この仲裁は「意思による」に語彙的に等しいので、委任より正確には共同委任に分解される。<sup>7)</sup>

論

この二個の基準の必要性は判例も認める。<sup>8)</sup> 鑑定人又は委任者は仲裁人が所有する仲裁の本来の裁判権を有しない。又、他方、仲裁人は委任者のように必要ある時契約を修正し又は補うことはできない。<sup>9)</sup>

更に、仲裁人の調整的役割がある。仲裁人は存在する契約の範疇内で当事者間に生じた争いを解決すのを使命とする。仲裁人はその際、鑑定人と異なり当事者の権利義務の範囲について裁決することができる。<sup>10)</sup> 又仲裁人もより強い理由で鑑定人も存在しない権利義務をいかなる場合にも当事者に代わり創造することはできない。

(a) 調整的役割の存在 仲裁人は当事者によって締結された契約について一定の調整的役割をもつ。これについて新民事訴訟法第一四七四条に衡平仲裁人の規定が存在し、Paris 判例もこれを支持する。<sup>11)</sup> この判例批評の中で Jean ROBERT は「事件において、衡平仲裁人の権限を行使する慣習は決して問題の合意を無視しない。それに付属する意味を正確に認識し、仲裁人は任意にかつ衡平仲裁の適法な慣習によって、合意の厳格な適用を緩和した。」とする。

(b) 契約再検討の禁止 仲裁人の裁判使命は契約上の合意の間隙を補い又はその不完全を救済することはできない。この禁止は現代の経済上の契約の複雑性とは両立しない。契約時とその履行時の為替変動又は国際価格の変化により債務の履行を不可能にする。このような場合仲裁人が合意を変更できるかである。仲裁裁判所はこの場合契約の間隙を埋めて当事者の代わりをなすことはできない。<sup>12)</sup>

国際問題として長期契約において生じる問題である。ここでは、二つの局面を取り上げるとどめる。一は、契約を補充し又は事情変更によりそれを適応するすべての特別条項のない場合、仲裁人の権限を問題とする。二は、全く異なる。当事者がその契約が事情の変化により補充し又は適応されることを予想しかつ仲裁条項を締結したとき当事者が直接合意に達しない場合、仲裁人は原則が予想された改正を行う権限を有するかである。<sup>(13)</sup>

(2) 商事裁判所の仲裁報告者 一六六七年の勅令を採用した条文は次に通じ規定した。旧民事訴訟法典第四二九条「当事者を計算及び帳簿の検査のため仲裁人の面前に移送する必要がある場合、当事者を尋問しかつ可能であれば当事者を調停せしめ、しからざれば仲裁人の意見を述べるため、一人又は数人の仲裁人が指名される。」(以下略)<sup>(14)</sup> この制度は新民事訴訟法典の成立とともに消滅した。新法典下では第二三二条以下に規定される技術者により施行される証拠調べとなった。<sup>(15)</sup>

- (1) 民法典第一五九二条「但し、代金は、第三者の仲裁に委ねることができる。第三者が評価をなすことを望まず又はできない場合は、売買はなご。」
- (2) Cass. comm. 29. mai 1972, D. 1973, 255. 「価格決定の責を負う鑑定人は、当事者に最低及び最高価格を提案するに限定されかつ単に売手は最低価格を受領して、本案の裁判官は売却は完全であったこと及びこの価格はすべての当事者を拘束することしか決定でなご。」
- (3) Henri MOFULSKY, *Foris v. 2*, p. 27 et 28. 「大綱において、述べたばかりのものに依る局面において、二つの裁判所は最近反対の方向に裁判した。オルレアン控訴院はそれが仲裁に関することを容易に認めた。セーヌ民事裁判所はこの賃賃借料の決定は、決して仲裁の性質をもたずかつ仲裁規定はこの状況の評価に介入すべきでなかったと裁判した。」
- (4) Mathieu de BOISSESON, Michel de JUGLART et Pierre BELLET, *op. cit.* n. 217 p. 191.
- (5) Mathieu de BOISSESON, Michel de JUGLART et Pierre BELLET, *op. cit.* n. 219 p. 193. Cass. 3e 9 oct. 1984.

Rev. arb. 1986, 269. note Pierre MAYER. 「代替の指標について不一致又はより正確には和解的合意の不在が確かにあった。しかし、これは紛争を性格づけるに十分である場合、民法典第一五九二条はすべて内容が空にされる。当事者が売買（又は他の契約）の価格を定めることを第三者に訴えるとき、これは当事者が自身決定するために合意するに達しないからである。」と、指標の不一致を紛争と認めないと解説している。

- (6) Henri MOTULSKY, *Ecrits* v. 2, p. 41.
- (7) Henri MOTULSKY, *Ecrits* v. 2, p. 41. 同旨 René DAVID, *op. cit.* n. 282 p. 361. 「仲裁人は紛争を減少させる使命をもたねばならない。一人又は対立利害の二人を代理する委任に同視されることはできない。」
- (8) Paris 12 janv. 1979, Rev. arb. 1980, 83. 紛争に「その共有財産及び相続財産の計算、生産及び分配の作業の過程に、種々の紛争が相続人と併合された者の間に生じた。」又、合意について「前記議定書第七条の文言でこの評価は仲裁人によりなされることが合意された。」としている。又、「当事者の両名の共同かつ不適當に仲裁人と呼ばれた受任者から発した一九五四年二月一八日の文書は仲裁判断ではない。その仲裁人は反対に表明された主張で提訴されず、かつ、当事者間に選任することがなかった。」仲裁人と委任との関係を明らかにする。 CD Paris 14 fév. 1958, *Gaz. pal.* 1958, 1, 428.
- (9) Mathieu de BOISSESON, Michel de JUGLART et Pierre BELLET, *op. cit.* n. 220 p. 194.
- (10) Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, *Moderateur*, P. 518 et 519. 民法典第一一五二条違約金条項の斡旋、第二三八条第二項、第二四〇条の特別の冷酷のための離婚の拒否、第二二三条の賠償給付の特別再検討、第二八〇—一条第二項の苦しいた有責配偶者の特別賠償金の公平的付与をあげる。
- (11) 第一四七四条「仲裁の合意の中で、当事者が衡平仲裁人として裁判する職務を仲裁人に与えないかぎり、仲裁人は法規に従って争訟を解決する。」 Paris 14 janv. 1977, Rev. arb. 1977, 281. 「当事者に選任された二人の仲裁人は一致することができないで、別々の意見を提出し、かつ第三仲裁人を指名した。」しかし第三仲裁人は衡平仲裁人としてすべての事情を評価しうることを原則として、第三仲裁人は「評価作業を行った。その判断につき権限外だとして控訴した。それについて「第三仲裁人は当事者の合意を曲解もしないし衡平仲裁人の権限も越えないし又公序の規則も決して犯さない。」
- (12) Mathieu de BOISSESON, Michel de JUGLART et Pierre BELLET, *op. cit.* n. 223 p. 195.
- (13) Philippe FOUCHARD, *Arbitrage*, *proc. civ.* Fasc. 1050, 3, 1989, n. 29 et 30 p. 9 et 10.

(14) E. GARSONNET et CH. CEZAR-BRU, *op. cit.* v. 2, n. 398-9, p. 681 et suiv. 本来証拠調べの手續が「裁判所が仲裁人の面前に移送するのが有用と判断するすべての事項又すべての状況において」用いられた。セーヌ商事裁判所はこれを多発した。当事者を調停する責を負う仲裁人を任命した。又、この仲裁人は法の問題点にその意見を与えた。このような欠陥が生じた。これは変容であるとする Henry SOLUS et Roger PERROT, *op. cit.* v. 1, n. 1189, p. 956 note (1) 「往々行われるように、当事者が仲裁人—報告者自らその争いを解決する場合、当事者はそれを仲裁人に任命しかつ仲裁契約を作成しなければならぬ。しかし、そこにその法的役割の性質の変容がある。又、それを指名した商事裁判所は事件を手放しかつ無管轄になる。」

(15) RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit.* Fasc. 1005, n. 39, p. 16.

(3) 仲裁人と鑑定人 両者ともに当事者が第三者に付与する作業の点で類似する。鑑定人の鑑定は裁判官を拘束しない。<sup>(1)</sup> それに対し仲裁人は当事者を直接拘束する判断を下す。<sup>(2)</sup> その間を区別する基準とし三つの点が挙げられる。<sup>(3)</sup>

(a) 紛争の存在 鑑定と仲裁人は紛争を解決のため介入する。例えば、「仲裁により、事情により紛争を裁判する使命を負う個人により解決されるために、それにより、紛争が普通法裁判所を免れる私的裁判制度を意味する。」とされる。<sup>(4)</sup> すべての不一致は紛争ではない。<sup>(5)</sup>

(b) 当事者の意思の存在 調停の場合にも必要である、当事者の意思を要求される。当事者間の紛争についての裁判官に代わる委任を与えることが必要である。<sup>(6)</sup> その判断は事実が決定され同時にこの事実の結果として当事者に権利の新たな状態が課せられることができる文書であるとして、委任の結果の判断が当然含むべき内容について要求される。<sup>(7)</sup>

(c) 仲裁人の使命の付与 仲裁契約又は強制力ある判断を下す使命を当事者が与えることが必要である。その場合、

説  
仲裁の対象及びそれを行う責を負う鑑定人の氏名を知らしめなければならない。違反する場合は仲裁条項として無効である<sup>(8)</sup>。権限の付与には、他方のために一方当事者によりなされた作業の価格の対立において、鑑定人にこの作業を評価し、評価の価額を支払う合意を伴う、当事者が与える権限は真の仲裁を構成し<sup>(9)</sup>、又、鑑定人の決定を終審かつ控訴を受けないと考察することができるとき<sup>(10)</sup>、この鑑定人は真の仲裁人である。

仲裁条項であるか否かは本案の裁判官の権限である。「破棄院の管理は本案の裁判官が当事者の合意を解釈するに留まる代わりにそれを曲解させた場合に行使されることができ<sup>(11)</sup>。」

- (1) 新民事訴訟法典第二四六条「裁判官は、技術者の確認又は結論に拘束されない。」
- (2) 新民事訴訟法典第一四七六条「仲裁判断は、それが下されるや直ちに、それが解決する紛争に関し、既判事項の権威を有<sup>(12)</sup>。」
- (3) Bertrand MOREAU, Arbitrage, Encyclopédie, Dalloz, Procédure civile, v.1, n.7 et suiv. p.3 et 4. 尚' Charles JAROSSON, op. cit. n.226 p.123. は(1) 仲裁人は裁判であり、鑑定人は単なる第三者である。(2) 仲裁人は当事者及び裁判官を拘束する判断を下す、鑑定人は原則として裁判官も当事者も拘束しない意見を与える。(3) 仲裁人は法的主張に関する紛争を解決する、鑑定人は事実問題についての意見を与える。とし、主体、結果として生じたもの、対象の三つの差異を挙げ<sup>(13)</sup>。
- (4) Jean ROBERT, op.cit.n.1 p.2.
- (5) TGI Paris, 5 oct.1987, Rev. arb.1990, 721. 「株式の譲渡の価格についての不一致の場合、一九六六年七月二四日法律第二七五条及び民法典第一八四三—四四条に従い指名された鑑定人の評価に依存して、契約者は鑑定人の判断をその法とした。」この判決は、当事者を拘束する鑑定にすぎない。Cass.com.13 mars 1990, Rev. arb.1990, 713. 「市場規制の規則は」……「この規制により作られた組織に紛争を裁判する権限を付与せずそれにすべての訴訟の前に診断及び和解の使命を付与した。」
- (6) Cass.req.12 dec.1982, DH 1983, 1. 「他方、当事者間に生じた合意は、それらを分ける紛争に関し、その間に存する紛

争の裁判官となる第三者に委任を与える意図にいかなる疑念も残さない場合しか、仲裁の条項の資格を示さない。」

- (7) Bertrand MOREAU, *op.cit.*n.9 p.3.
- (8) Cass.req.7 mars 1888, D.P. 90, 1, 32. 「この条項は仲裁契約を構成しかつ、それが仲裁の対象もその手続を行う鑑定人の氏名も知らしめないが故に、それに無効を宣言し、上告された判決は第一三四条に違反しない。」
- (9) Cass.req.30 janv.1855, D.P. 55.1.57. 「この不一致を終わらせるために当事者は鑑定人が評価額が原告により被告とされる配偶者 Ferte に支払われるとの合意をもつて作業の評価の権限を与えた。」
- (10) CA Bruxelles.22 dec.1888, D.P. 90, 2, 312. 「この控訴は裁判所面前に継続する手続の対象をなす仲裁判断についてでなく専ら執行判決に「*contre le*」して裁判する使命を鑑定人が受ける限りしか仲裁契約と同視することはできな。」
- (11) Cass.req.15 juil.1879, D.P. 80, 1, 106. 「事情かつ訴訟書面に従い契約者の共同意思に基づくこの解釈は本案の裁判官の専権領域に入りかつ破棄院の管理を逃れ。」
- (12) Cass.civ.12 mars 1894, D.P. 94, 1, 381. note (3 et 4) 「事件において、当事者により指名された鑑定人は委任者間の争いある問題を裁判官のように解決したと考えしめる適当な表現でその意見を作成した。しかし、このことは鑑定人に裁判する委任を与えたか又は単にその意見を与えるかを知ることにまさしく関する。」この場合「上記の報告された控訴判決の文言は二人の近隣の所有者が単に意見書を作成する権限を鑑定人に与えたに過ぎないことを非常に明白に強調する。」

#### (4) 仲裁と調停の比較

調停は当事者のために、その紛争を解決するべく努めるように、そのために選ばれた付託者の面前に出席することである。紛争の解決は一般に当事者及び調停者により署名された調停調書により承認される。当然、調停に出席する前に、調停者は当事者の予めの合意を得て、調停に争いある状況を近づけかつ変化せしめるために調停者に最良と思われる方向を当事者に提示する。<sup>(1)</sup> 斡旋は和解と異なり第三者による紛争を規制せしめることを試みることにある。即

ち、斡旋者は当事者の主張を調べかつ当事者が受諾又は拒否する検討時間をもつ可能な一又は多数の解決を勧告する<sup>(2)</sup>。仲裁が屢々調停に達する責を負うことがある。その一例として、調停について具体的には国際商事委員会仲裁裁判所規則がある<sup>(3)</sup>。特に、第五条は調停との関連を規定する。「(一項) 調停の試みが失敗したとき、当事者が仲裁条項により拘束されない限り、当事者は仲裁に申立て又は管轄を有する裁判所に訴えるすべての自由を有する。」

逆に、調停が執行力を有する場合がある。調停には裁判上と裁判外の調停がある。裁判上、旧民事訴訟法典は調停前置主義をとっていた<sup>(4)</sup>。現行法典も訴訟の指導原則を定めた章に第二条として「当事者を調停させることは、裁判官の職務に属する。」と定め、第六編に調停手続を定めている。第一二二条は「(二段) この抄本は、執行名義に相当する。」としている<sup>(5)</sup>。裁判外調停について一九七八年三月二〇日第七八一三八一号デクレが定めた。この調停に執行力を与えることができる<sup>(6)</sup>。

調停者又は斡旋者の報告又は調書は裁判上の文書でないとするが<sup>(7)</sup>、斡旋のそれはともかく、裁判上又は外の調停は執行力を有する。特に労働法典は団体紛争の平和的規制のために強制調停、斡旋及び任意仲裁を設けている<sup>(8)</sup>。

- (1) 調停が第三者によりなされる場合、調停に当事者を導く場合と解決の探求により活発に加わり調停の計画を用意しかつ勧告をなす場合がある。この最後の調停者は斡旋者といわれ<sup>6</sup>。Charles JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, n.347 p.176 et 177. 尚、労働法上の斡旋について「斡旋者は紛争解決のため企業に経済状態及び利害労働者の地位を知るためより広く調査権限を有す。」Bruno OPPELTT, *Arbitrage, mediation et conciliation*, Rev.arb.1984.
- (2) Mathieu de BOISSESON, Michel de JUGLART et Pierre BELLET, *op. cit.* n.228 et 229 p. 201 et 202.
- (3) 第一条 委員会 第二条 調停の申立 第三条 調停委員会の活動 第四条 調停の解決方法 第五条 調停の試みが



失敗したときの当事者の権利

(4) 旧民事訴訟法典第四八条乃至五八条

(5) その他、調停については労働法典、企業の危機の予防及び衡平的規制法（一九八四年）に、斡旋については労働法典、視聴覚情報法（一九八二年）等に見られる。

(6) 同デクレ第9条（二項）その一致を確認する文書の中に当事者が意思を表明する場合、当事者はその意思を表明する文書に執行力を与えることを第四条が目的とする小審裁判官に請求することができる。」

(7) Mathieu de BOISSESON, Michel de JUGLART et Pierre BELLET, op.cit.n.231 p.202.

(8) André BRUN et Henri GALLAND, Droit du travail, t.2, n.1168 et suiv.p.532 et suiv.

(5) 仲裁と和解の比較

仲裁と和解とは異なる。和解は民法典第二〇四四条乃至第二〇五八条により規制される有名契約である。第二〇四四条は「(二項) 和解は当事者がすでに生じた争いを終了させ、又は将来生じる争いを予防する契約である。」と規定し、第一九八九条は仲裁との関係を明確にする。「受任者は、委任契約に定める争いがらを越えて、なにごとも行ふことができない。和解を行う権限は、仲裁契約を締結する権限を含まない。」民法典がこれを規定したことは両者の関係が近いことを示す。第二〇四四条が示すように和解も仲裁と同じく紛争を予定する。他方「和解は、当事者間において、終審としての既判事項の権威を有する。」(民法典第二〇五二条)とされるが、仲裁も新民事訴訟法典第一四七六条「仲裁判断は、それが下されるや直ちに、それが解決する紛争に関し、既判事項の権威を有する。」により既判事項の権威を有しうる。

和解と仲裁の間に多くの差異がある。(a) 和解は前述のように契約である。仲裁はその起源を契約にもつが、仲裁

自身は紛争解決の裁判方法である。<sup>(3)</sup>

(b) 和解は「当事者（又は代理人）がすでに生じた争い」を解決することにある。仲裁の場合は、紛争自身を解決する使命を第三者即ち仲裁人に与える合意である。（新民事訴訟法典第一四四七条）<sup>(4)</sup>

(c) 和解は契約として判決の介在なくして執行力が与えられない。仲裁判断は直接執行判決を受けることができる。

（同法典第一四七七条）

(d) 和解は当事者の相互の権利の譲歩により成立する。仲裁の場合は、判決と同じく一方当事者の権利を全面的に認容することができる。

(1) Cass. 2e civ. 7 juill. 1971, J. C. P. 1971, 2, 16898, note P. LEVELLÉ.

(2) 既判事項の権威については、民法典第一三五〇条に定める。（法律上の推定）「法律上の推定は、特別の法律が一定の行為又は一定の事実が付与する推定である。三 法律が付与する既判事項の権威」

(3) Cass. 2e civ. 7 oct. 1981, Rev. arb. 1984, 361. 「仲裁及び和解調書／資格付与された文書」の副題として「和解」と表示され当事者のみが署名した文書について、「この文書の曖昧さを正当に取り上げた後、必要かつ最終審としての曲解を排除した解釈による控訴判決はこの文書は支払命令がなく裁判上の性格を示さない、但し、和解を構成すると述べた。」但し既判事項の権威を有する和解として当事者が裁判上の行為をしたことにはならぬ。Charles JARROSSON, op. cit. n. 400 p. 199.

(4) 第一四四七条 仲裁契約は争訟が生じて、当事者が一人又は数人の仲裁人による争訟を提出する合意である。CE 19 mai 1893, D. P. 94, 2, 91. 「反対に、紛争に残る法律点を規制する。ため二人の鑑定人を選択せしめることを明白に契約した。かくの如く、この合意は当事者間に継続の紛争を終わらせる和解でなく、一八八五年三月一三日の法令により留保されたすべての紛争問題の終局的規制のために仲裁を設ける真の仲裁契約である。」

### 三、日本法の仲裁の概念

仲裁手続は国家の設けた裁判所による強制的解決の代わりに、当事者間に生じた又は生じうるおそれのある紛争を解決するため相互の合意により、選任する仲裁人の裁判による判断に従うことを約し、これに基づき仲裁人の行う私的裁判手続である。<sup>(1)</sup> 近隣の制度として調停・和解・斡旋<sup>(2)</sup>があるが、法規により規定されているのでフランス法のような問題は生じない。労組法上斡旋・調停・緊急調整がある。<sup>(3)</sup>

仲裁鑑定契約について、仲裁契約とする見解と証拠契約であるとする見解が対立している程度で仲裁とその他の制度の区別の問題はない。仲裁鑑定契約についてはフランス法の改正を参考にすべきである。

仲裁は条文が示すように争いと当事者の合意を要する。<sup>(4)</sup> 仲裁契約は、一定の争いを第三者に判断させる（仲裁に付託する）意思表示の合致により成立する。<sup>(5)</sup> 判例も合意を必要とし明確な仲裁付託の当事者間の意思の存在を要求される。<sup>(6)</sup> 即ち、仲裁は当事者間の合意を基礎とする紛争解決方式である点で、仲裁は和解、調停とともに自主的紛争解決方式である。この点で強行的紛争解決方式である民事訴訟と区別される。<sup>(7)</sup> 国家による裁判依存意識の強いわが国においては仲裁の利用が少ないが、最近弁護士会の仲裁制度の設置は注目に値する。そこにおいて国の裁判所の和解・調停に比し簡易な手続と迅速性がみられるのも注目すべきであると思われる。<sup>(8)</sup>

(1) 例えば、兼子一・民事訴訟法体系四一頁

(2) 調停については民事調停法第一七条・第一八条、家事審判法第二四條・第二五條、訴訟上の和解については（旧）民事

- 訴訟法第一三六条・第二〇三条、起訴前の和解について同法第三五六条に規定している。
- (3) 労働組合法第二〇条・第二五条・第一九条の一〇、労働関係調整法第一〇条以下(斡旋)、第一七条以下(調停) 第三五条の二以下(緊急調整)
- (4) 兼子一・民事法研究二八五頁「訴訟物たる権利又は法律関係に付き当事者が和解の権能を有する限り、之に関して為す白白契約・仲裁鑑定契約・挙証責任契約は何れも私法上の合意として有効とすべきものと信じる。」同二八六頁「之に反し白白契約及び仲裁鑑定契約にあつては、訴訟物たる権利又は法律関係の存否に直接関係する事実(注略)に関する限り、其の合意は其の事実を基礎として権利等の存否、内容を定めるに帰し、畢竟権利自体の処分を意味する。」
- (5) 小島武司・高桑昭・注釈仲裁法三八頁「旧時の学説は仲裁鑑定契約は私法上の権利の内容の形成を目的とする実体法上の契約であると解している。近時の通説はそれを広義の証拠契約の一つと位置づけている。」青山善充・損保百選一二三頁「仲裁鑑定契約は「損害若ハ損害額」という事実の確定を第三者に委ねるいわゆる仲裁鑑定契約である。」
- (6) 民事訴訟法第七八六条・第七八七条
- (7) 小島武司・高桑昭・前掲四四頁・二九頁
- (8) 大判昭七・五・一評論二卷民訴一九六頁
- (9) 東地判昭五七・一〇・二五判タ四九〇・一〇〇「その決定のためには当事者間に明確な仲裁意思の存することが必要であるといふべきである。」として請負契約書に添付された約款中に「契約書に定める建設工事紛争審査会の仲裁に付する」旨の規定があつても具体的審査会がないとして、仲裁契約を否定する。反対名地判昭五七・一一・一九判タ四九一・一〇八、東高判平二・二・二金融商事八六三・四二二
- (10) 小島武司・高桑昭・前掲二九頁
- (11) 水石かつ也・弁護士を行う仲裁制度の実情と課題・自由と正義 v. 46 n. 7. p. 56. 第二東京弁護士仲裁センターの仲裁センターの実績として、六年間で五二七件があげられ、その後、大阪、新潟、東京弁護士会館、広島、横浜の仲裁が発足したことが報告されている。
- その手続において、「テーブルについた後の審理の進め方は、客観的には裁判所の調停とほぼ同じである。」としているが、豊蔵亮「大阪の仲裁センターの役割」会報・大阪弁護士会・二〇一・一九七も「仲裁センターと称しているが、その実

質的な機能は「示談・斡旋プラス仲裁センター」なのである。」と同じくしているので、フランス法で生じた同様の何れの制度であるかの問題が生じる可能性はある。

