

翻 訳

## 16 世紀から 18 世紀のフランスの仲裁

ジャン・イレール 著  
小 梁 吉 章 訳

本稿は、フランスの法律雑誌「仲裁雑誌」(Revue d'arbitrage) に 2000 年に掲載された論文、L'arbitrage dans la période moderne (XVIe-XVIIIe siècle) の翻訳である。本論文の著者であるパリ第 2 大学ジャン・イレール名誉教授は、フランス商法史を専門とされており、『商法史入門』などの著書がある。現在は引退されモンペリエに居を移されているが、最近も旺盛な研究活動を続けられている。本論文の訳出についても著者のご了解を得た。仲裁雑誌の編集委員長を務めるパリ第 2 大学のジャロソン教授 (Charles Jarrosson) から、同誌に掲載された仲裁史関係の論文を集めて 2008 年に単行本として刊行する予定であるが、今回は仲裁雑誌に掲載された旨を明記することを条件に、特例として同誌の編集委員会として訳出を許可することをご連絡いただいたことは本誌前号に掲載した「12 世紀から 15 世紀のフランスの仲裁」の翻訳と同様である。

本論文の第 1 部は仲裁と国家の裁判所の関係を扱い、第 2 部は仲裁の実際の運用を扱う。訳者として、この 2 点について若干補足する。

フランスでは革命前の 17, 18 世紀に国王による中央集権体制の確立が進行するが、その過程で国家権力は、二つの手段によって仲裁を国家の裁判制度に取り込んだ。1 つは、仲裁人の仲裁判断について公的な裁判所への控訴を認めたことである (訳注 1)。第 2 は、裁判所の繁忙の解消策として、商事など一定の事由については裁判ではなく、仲裁を強制したことである。本論文は「18 世紀末、仲裁は国家の裁判所の手続の付属物」であったとしている。

第 1 の仲裁判断についての控訴の問題については、わが国旧仲裁法 (公示

催告及び仲裁手続に関する法律)、現行仲裁法はいずれも仲裁判断に確定判決と同一の効力を認め、仲裁判断についての控訴手続を設けていない。仲裁判断について通常の裁判所に控訴することができるかという問題については積極説と消極説があり得るが(訳注2)、下級審判決には仲裁判断の「内容の当否を再び審査しない」あるいは「仲裁判断がされた以上、当事者は…仲裁判断に反する主張をすることが許され」ないとしたものがある(訳注3)。ただし、一定の事由がある場合には仲裁判断の取消しの訴えが認められている。国連国際商取引法委員会(Uncitral)の国際商事仲裁模範法も仲裁判断には拘束力があるとしている(訳注4)。これに対してフランス仲裁法は国際仲裁については取消しの訴えのみを認めるが(1504条1項)、国内仲裁については「当事者が仲裁付託契約で放棄していない限り、仲裁判断について控訴することができる」(1482条前段)と明文で定めている。仲裁判断の再審査についてわが国仲裁法と規定の仕方が異なっている(訳注5)。

一般に裁判に比較した仲裁の利点として、迅速と低廉が挙げられるが、仲裁の当事者のなかには仲裁判断の一審完結性に懸念を持つこともありうる。仲裁付託の合意が当事者間の私的契約であるとしても、仲裁判断に確定判決と同じ効力が認められるのはあくまでも国内法の効果であり、仲裁判断に対する上訴の制度はかならずしも仲裁制度の基本的性質には反することはなく、その具体的な立法例をフランス仲裁法に求めることができる。本論文は裁判所による仲裁判断の再審査が近世の国家権力の拡大に伴う仲裁手続の裁判への接合の結果であることを論証している。わが国における仲裁判断の上訴可能性の議論にも参考になるものと思われる。

第2の仲裁の強制の問題について、イレール教授は16世紀以降「国王の裁判所が手一杯であったため、係属中の裁判を停止する手段として、受け皿として仲裁の申立てと仲裁の利用をとらえた」としている。これはわが国江戸中期以降、権利意識の高まりとともに公事訴訟案件が多発し、為政者が民事訴訟一般について当事者の和解の方式である「内済」を勧めるようになり、

内済の証文を奉行所が承認すれば、裁許と同じ効力をもったとされること（訳注 6）と共通しているようである。経済活動の活発化と権利意識の高揚ということが背景にあるのだろうか。

本文に付されたパラグラフ番号は、原文のとおりである。なお、フランスの現行仲裁法についてはすでに邦訳と概説（訳注 7）、革命以降のフランスの仲裁制度についても詳細な論考がある（訳注 8）。

著者による要約：

ローマ法の影響の下きわめて自由であった仲裁実務も、16 世紀には適用範囲が限定されたが、新たな制約にもかかわらず、仲裁は公的裁判所の手続に比べれば簡易であり、鑑定や和解との境界線上にあつて、迅速かつ廉価であった。しかし学説、判例はともに仲裁を裁判制度に組み込もうとした。仲裁はまず裁判所の負担を減らす奉仕者であるとされ、仲裁人は弁護士の中から選任された。また、パルルマンは仲裁判断について控訴を認めることによって仲裁を管理し始めた。これらは、革命精神の高揚の下、憲法制定議会が自然の司法の主要な担い手としての仲裁という神話を広めたことを説明する。

本文：

1. 仲裁には数多くの定義があるが、現在の定義によれば、仲裁とは「紛争にある当事者がその間の争いの解決を国家の裁判所以外の者に委ねること」である。第 1 に、国家がいたるところに顔を出し、なにごとにも乗り出し、国家が公的サービスとして裁判全体を保障すべきであると考えられている現下の社会・裁判制度の下では、仲裁制度は奇妙な存在に映るであろう。しかし公的サービスの必要性に反論の余地はないものの、公序や公権力の利害が問題になっていないときまで、事実上 (*ipso facto*) 独占すべきものでもない。逆に、常々司法の公的サービスの不足に過重負担が口実にされている現代に、仲裁という紛争解決の方法は国家の裁判に代わる一つの受け皿になっている<sup>(1)</sup>。

2. 皇帝ユスティニアヌスにより行われたローマ法の編纂と 12 世紀におけるその再生によって、中世においてすでに仲裁というローマからの伝統は生かされていたのであり、仲裁の基礎が古代ローマにあり、ローマ時代にその法的枠組みが発展したことは言うまでもない。ローマ時代の制度との比較で独自性を見せた実務においても仲裁は広く使われ、中世の学説が長い間研究してきた。仲裁は、仲裁付託契約 (*compromis*) によって仲裁に入ること、仲裁判断を履行することを約束する当事者の合意に基づいている。ときには専門裁判官を仲裁人に選び、その協力を求めることもあり、また公的裁判所に仲裁判断の認可という支援を求めた。仲裁は常に裁判との境目にあったものの、仲裁は裁判制度に近寄ってきた<sup>(2)</sup>。さらに 16 世紀なかばから、パルルマンの影響の下、裁判実務では裁判と同一視し、仲裁を国家の管理下に置くようになった<sup>(3)</sup>。しかし、仲裁は公法上の紛争における領主と臣民の間の問題や公的共同体が当事者となる問題など法律問題すべてを扱い、制約はなかった。また、カノンによる禁止にもかかわらず、婚姻を原因とする場合を含め、人の能力についても仲裁が利用された。さらに、仲裁人の選任にはその能力よりも、その人柄が優先された。仲裁という解決手段には、法に基づくよりもむしろ衡平に基づく調停を求めているようである。現実には、法に基づく裁判所の判決が当事者双方を満足させず、紛争を解決して当事者に平和をもたらすという点で、仲裁に劣ることがあったのである<sup>(4)</sup>

---

(1) H. Croze et Ch. Morel, *Procédure civile*, Collect. *Droit fondamental, série Droit juridictionnel*, Paris, éd. 1988, p. 255. 現行法としては、仲裁は 1981 年 5 月 12 日デクレによる新民事訴訟法典第 IV 部と仲裁付託契約に関する民法典第 III 部第 XVI 編に規定されている。

(2) Y. Jeanclos, *La pratique de l'arbitrage du XIIe at XVe siècle*, *Rev. arb.*, 1999 no. 3, p. 472. 拙訳「12 世紀から 15 世紀のフランスの仲裁」*広法* 31 卷 3 号参照。

(3) S. Dauchy, *Le recours contre les sentences arbitrales au Parlement de Paris (XIII et XIVe siècle)*. *La doctrine et la législation à l'épreuve de la pratique judiciaire*, *Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis*, t. LXVII, 1999, pp. 255-311; *adde. Rev. arb.*, 1999 no. 4, p. 763.

3. これは、革命期に裁判所制度の大改革で注力したところである。批判的であったアンシアン・レジームの裁判の悪弊を一掃するため、憲法制定議会のイデオロギーに急進的な解決策が登場した。たとえば、調停前置は国家の裁判所への訴えを可能なかぎり遅らせ、できれば使わずにすませることにする。「仲裁人による純粹、簡易かつ平和的な司法」が、裁判所による司法を「それ無しでは済ませられない者だけの異常な救済方法」の地位におとしめる必要があった。調停、仲裁、平和の判事という 3 制度がこの期待に応えたのである。ただらと続き市民を破滅させる実務家のペテンから、仲裁は市民を救うものであり、司法公務員の専制を解消するのであった。人々は仲裁に美徳を期待し、とくに家族関係の事案では、友愛に衡平の理念を持ち込み、任意の仲裁を勧めるにとどまらず、仲裁を強制するようになった。こうした考えから、1790 年 6 月 16-24 日司法（裁判）組織法の冒頭に仲裁規定が置かれている<sup>(5)</sup>（訳注 9）。さらに、旧来の裁判制度の鈍重さに対する同様の反動および代訴人の不足といった社会的要因から、革命期には共和暦 II 年ブリュメール 3 日（訳注：1793 年 10 月 24 日）のデクレにより、裁判所における手続の単純化を招来し、これは後に立法者によって手続の単純な廃止であると解釈され、示された<sup>(6)</sup>（訳注 10）。

中世には仲裁がきわめて自由に運用され、革命はそこに利点と美徳を見出した。革命期には制度の拡大も含め、仲裁が大いに利用された。革命期には仲裁の新たな概念が発展し、全体として手続上欠陥のあるアンシアン・レジームの裁判制度に対し、自然の司法（*justice naturelle*）の一部として仲裁が

- 
- (4) J-Fr. Poudret, Deux aspects de l'arbitrage dans les pays romands au Moyen age: l'arbitrabilité et le juge-arbitre, *Rev. arb.*, 1999 no. 1, p. 19.
- (5) J-J. Clère, L'arbitrage révolutionnaire: apogée et déclin d'une institution (1790-1806), *Rev. arb.*, 1981 pp. 6-7.
- (6) C. Bloch et J. Hilaire, Nouveauté et modernité du droit révolutionnaire: la procédure civile, Colloque d'Orléans, *La révolution et l'ordre juridique privé: rationalité ou scandale?*, Puf 1986, t. II, pp. 467-482.

象徴的に対峙された。こうした革命期の仲裁の位置づけはきわめてイデオロギー的であるが、近世への転換期に仲裁はいかにあるべきかという問題自体イデオロギー的なのである。中世という時代を過ぎてからの一連の傾向が仲裁に影響を及ぼしている。国家の裁判権の拡大をとまなう16世紀以降の国家の確立は、さまざまな結果をもたらした。この時期の考慮すべき立法の動向として、王権があらたに仲裁を規制し、仲裁を裁判手続の中に取り込んだことを挙げることができる。この時期には、慣習法が公式に編纂されており、仲裁に手をつける好機だったのである。ルイ14世の治下、民事手続は多くのオルドナンスの対象となった。パリのパルルマンに加え、成文法地域のパルルマンと上座裁判所があらたに王の裁判所に入り、これらの裁判所の判例が仲裁の将来に影響したのである。さらに、印刷技術が進み、学説にも動きが見られた。16世紀にはローマ法の新たな研究が行なわれ、ユスティニアヌス法典が注目された。さらに実務家（仲裁実務は19世紀まで手続と密接な関係があった）や公証人向けの文献も充実してきた。第1部ではルネサンスから革命までの立法と学説の面から仲裁と国家の裁判の接合を検討し、第2部では民事と商事の分野の実務を検討する。

## 第1部 国家の裁判への接合と裁判所による管理

4. 中世末期以降、仲裁はユスティニアヌス法典に見出されたローマ法の基礎と判例とくに慣習法に依存した。

### A) 成文法

5. 仲裁判断に対する控訴という重要な点に関する問題を除くと、16世紀の国王による立法もローマの原則を変更することはなかった。控訴の問題が取り上げられたことには2つの直接的な原因がある。1つは、ローマ法は仲裁判断に対する控訴を自然と仲裁の精神に反するとして禁じていたが<sup>10)</sup>、16世紀以降のパルルマンの判例はこれを認めるようになった。第2に、このような控訴は、仲裁を裁判組織の階層構造の中に直接、位置づけることになった。

つまり、国王の成文法は、公式に仲裁判断に対する控訴を認め、さらにどの審級の裁判所に控訴を申し立てるかを明らかにしたのである。

14 世紀半ばの 1363 年のオールドナンスにおいてすでに、国王の成文法は暗にこの方向を示していた。これは仲裁人、和解仲裁人、友誼的仲裁人（訳注 11）の判断に対して上訴する者はパルルマンの評定官（*Conseillers*）を選任してはならないと規定した。しかし、この禁止は仲裁判断について下級裁判所に控訴し、さらにパルルマンへの上訴を禁ずるものではなく、この規定の唯一の目的は、国王裁判所の最初の段階である下級裁判官を無視して、直接パルルマンに控訴する中間省略（*ommissio medio*）の上訴を禁ずることにあつたようである<sup>(8)</sup>。

6. 仲裁判断に対する上訴の原則を正式に確認し、パリのパルルマンの判例を再確認した 2 つの基本条文が 1510 年と 1560 年に出ている。この条文は仲裁という制度の概念を明らかにし、上訴権を確認するだけにとどまるものではなかった。

1510 年オールドナンス（34 条）は、仲裁人、和解仲裁人または友誼的仲裁人の判断によって権利を侵害されたとする仲裁付託契約の当事者は、普通裁判官に控訴することができ、普通裁判官が仲裁判断を確認したときは、さらにパルルマンに上訴することができると定めた。この控訴には 1 つの条件が付され、手続が終わったところで取り戻す可能性を残して、仲裁判断について控訴する者は仲裁付託契約に定められた違約罰（*peine*）を事前に支払わなければならない<sup>(9)</sup>。王の裁判権の階層に仲裁を取り込むことが確認され、同時に 1363 年オールドナンスが定めたように、仲裁は下級裁判所の水準に置

---

(7) ローマの法律家は、当事者が自ら仲裁人を選任したのだから、その判断が不当に思われても、当事者はその判断を履行しなければならないと認めていた。仲裁付託契約中の違約罰規定は裁判所に上訴することなく、判断を履行することを保障するものであった。

(8) S. Dauchy, *op. cit.*, pp. 275-276.

かれたのである。

一方、1560年8月フォンテヌブロー勅令は一定の種類争いに仲裁を強制した。こうした措置を説明するため、まず立法者は国家の裁判と仲裁の関係を明らかにしなければならなかった。仲裁の役割は裁判の回避の手段であるにとどまらず、開始した裁判を終了させるものでもあった<sup>(10)</sup>。国家の裁判所への手続の係属は、1790年の仲裁法でさらに発展する問題であるが、当時は明らかに国王の裁判所が手一杯であったため、係属中の裁判を停止する手段として、受け皿として仲裁の申立てと仲裁の利用をとらえたのである。国家の裁判の付属品としての役割という結果は、仲裁を裁判所制度へ接合し、裁判所による管理を引き起こすこととなった。

これは、仲裁が強制される争いにおいて明らかであった。仲裁が強制されたのは、まず商人間の商事に関する争いである<sup>(11)</sup>。つぎに、財産分割、後見勘定の精算、持参金や寡婦資産の回復といった家族法にかかわる事案であり、これらは「法律問題というより事実の問題」であった。仲裁では、当事者は親族、友人または隣人の中から3人を選び、仲裁人の判断には「既判事項の効力」があり、普通裁判官によって執行に移された。控訴には執行停止の効果がなく、管轄としてはパルルマンに直接申し立てられた。また、当該地の裁判官は、仲裁人の選任に反対あるいは仲裁を遅延させる手段を行使する当

- 
- (9) (1510年オールドナンスの当該条文)「当事者は仲裁人、和解仲裁人または友誼的仲裁人において、相互に違約罰を伴って和解する。仲裁判断が当該仲裁人、和解仲裁人または友誼的仲裁人によって与えられたからには、負担を負わされたとする当事者は、普通裁判官に救済を申し立て、または控訴することができ、普通裁判官によって当該仲裁人、和解仲裁人または友誼的仲裁人による仲裁判断が確認されたならば、この場合、仲裁に添えられた違約罰の予納なしには、当該仲裁判断の控訴は受け入れられない。ただし、最終的に理由があるとされた場合には違約罰は取り戻される。」
- (10) (原注の10, 11, 12は1560年オールドナンスの当該条文)「平和と安心のうちに生きたいという望みは、いつも我々に裁判の発生を防ぎあるいはそれを早めに解消することができる新たな手段を考えさせる。」

事者を拘束することができた<sup>(12)</sup>。商事と民事の両方の分野で、事実が重要な意味を占める、きわめて技術的な事案では国家の裁判所の負担を軽減しようとしたのである。商事の分野で仲裁を強制するという措置は、紛争を立法者が望んだように技術者や取引をよく知る商人に委ねることになり、1563年のバリーに始まる商事裁判所の創設につながったに違いない。国家の裁判所の負担を軽減するという目的は親族、友人、隣人の関与においても同様である。これらは「善良かつ著名」、すなわち老練であるか、あるいは少なくとも実務家であって、この性質上きわめて多かった家族関係の物質的な紛争の解決に当たられたのである。このように仲裁の強制に解決を委ねる一方、強制的性質を守らせ、執行を保障し、控訴を受理することで、国王の裁判所が

- 
- (11) 「今後、いかなる商人も商事について裁判官あるいはそのほかの者に、裁判を申し立てることはできず、必要があれば、商人またはそのほかの資格の者から、3人の者またはそれ以上の奇数の者を選び、合意し、かれらにその争いを持ち込まなければならぬ。かれらによって判断され、仲裁されたことは、和解あるいは国王の判決となる。この判決は当事者のルケートにより、略式かつ適式に、再審査することなく、裁判官によって与えられたと同じように裁判官によって執行される。当事者がかかる者について合意したくない、または合意できないならば、その地の普通裁判官は、合意を強制する。指名の拒絶または遅延に対しては、当事者が申し立てなくても、選びあるいは指名する。」
- (12) 「共有と分割については、適式に相続財産を分割し、相続分を与えるため仲裁人を選ぶ必要があるが、これは法というより事実の問題であり、近親の間に平和と友愛を維持するためであり、父または母、子、兄弟、姉妹、叔父・伯父と兄弟姉妹の子の相続と共有財産の分割、後見勘定と他の事務管理、これらの者の間の持参金・寡婦財産の回復は、年長の親族が親族、友人または隣人の中から、善良かつ著名な者を3人まで選んで指名しなければならず、その意見により、分割、当該勘定の引渡し、持参金または寡婦財産の回復が行われるものとする。かれらによってなされることは、既判事項の効果を有し、控訴または異議にかかわらず、控訴または異議を禁ずることなく、その地の裁判官によって執行される。分割が完全に執行される前にも、控訴は受理され、即時に当事者が居住するバルマンの法院に送られる。当事者の一方が仲裁人について合意することが遅れまたは拒絶するときは、上記の裁判官により強制される。」

仲裁を管理したのである。

7. 続いて、とくに 17 世紀には国王の立法は仲裁手続に技術的な補足、とくに裁判所の管理についての補足を持ち込み、規定を遵守させる方向に働いた。1566 年のムーランのオールドナンス（83 条）は 1560 年のオールドナンスの適用を喚起しており、新しい規定が守られにくかったことを暗示している。その半世紀後の 1629 年のオールドナンス、いわゆるミシヨー法典においても控訴の方式、上座裁判所とバルルマン間の権限の分配について詳細を明らかにしており、この点が再び取り上げられている<sup>(13)</sup>。ただし、1667 年のオールドナンスによる民事手続の大改正では、敗者に費用負担を命ずることについて仲裁付託契約においては当事者がその権限を仲裁人に委ねているときにしか負担を命ずることはできない<sup>(14)</sup>という 1 条しか仲裁について規定していない。また、1679 年勅令は 24 時間以内に謄本の引渡しに当たる公証人の手中に仲裁判断を提出することを命じている。

8. さて、商事については、陸上商事に関する 1673 年オールドナンスと海商に関する 1681 年オールドナンスが規定を補っている。1673 年オールドナンス第 IV 編「会社」は、会社の設立契約の中に社員間の争いを仲裁により解決する旨の条項を入れることを強制している（9 条）。仲裁人の意見が分かれた場合、仲裁人が第三の仲裁人を選任するか、あるいは裁判官が選任した（11 条）。仲裁人は形式にとらわれず、書証や記録に基づいて判断することができた

---

(13) 152 条。「仲裁に関する 1560 年 8 月オールドナンスは適用される。これによれば、仲裁判断の執行は普通裁判官に送られ、仲裁判断に対する控訴は、上級裁判所の権限であれば上級裁判所へ、仮に当事者がバルルマンに従うことを仲裁付託契約で合意すれば、バルルマンの法廷に送られる。仲裁判断が完全には執行されず、違約罰が明示されているならば、違約罰を支払った場合にのみ控訴は受理され、本規定に反して与えられた判決は無効である。」

(14) 第 XXXI 章、費用第 2 条。「仲裁付託契約に、費用の減免、減額、支払いの権限の明示規定があるならば、負担すべき者に費用の支払いを命じるのは争いを判断する仲裁人の義務である。」

(12 条)。仲裁判断は商事裁判所の認可を得なければならなかった (13 条)。海商オールドナンス第 III 部「海事契約」第 VI 編「保険」は、裁判官が仲裁の内容を審理せずに、海事審判所の仲裁判断を認可する方式を定めた (72 条)。同オールドナンスは、控訴の際に違約罰の支払いを条件に、仲裁判断と認可決定に対する控訴を認め、パルルマンの管轄とした (73 条)。控訴には執行停止の効果がなく、認可した裁判所に保証を立てることを条件に仲裁判断の執行を行うことが可能であった (74 条)。こうして商事会社に関して社員間の紛争に仲裁を強制したことも併せ、オールドナンスは仲裁を裁判の枠に組み込んだのである。

つまり、仲裁に関する国王の成文法の基本原則は 1560 年オールドナンスによって確立され、その後の 17 世紀の法は、強制仲裁の範囲を拡大しただけであるが、仲裁判断に対する控訴という形で仲裁を裁判制度に広く一般的に結びつけたのである。立法者は裁判制度への接合にこだわり、仲裁付託契約を始めとする仲裁の運営については、実務に委ねた。

## B) 学説文献

9. 1560 年オールドナンスを初めとする 16 世紀の成文法とローマ法という基盤の上に、学説は、裁判組織と結びついた紛争解決手段、裁判所の手続に統合された手段としての仲裁理論を構築した。この点で最も重要な学者はいうまでもなくドマ (Jean Domat, 1625-96) である。ドマの主要著作は『自然秩序における民事法』と『公法』であるが、ドマは仲裁について、『民事法』で仲裁付託契約を取り上げ、『公法』でその手法の理由を述べて、仲裁人の機能と義務を展開している。ドマによれば、当事者の合意によって仲裁人に委ねる権限を定める仲裁付託契約という点では、仲裁は私法にかかわるが、それを超えた仲裁の手続とその進行、仲裁人の機能と義務という点では公法に属する。仲裁人の機能は「司法行政の一部」であり、これは定義上公法に属するから、仲裁の性質自体からこのように私法と公法にかかわるのである<sup>15)</sup>。

裁判よりも仲裁という手段によって争いを解決することを優先する前に<sup>(16)</sup>、当事者が仲裁付託契約に列挙された目的のうち、係属中の訴訟を終わらせることとした仲裁付託契約の定義でよく見られた意見をドマが述べていることは重要である。裁判という時間もかかり紛糾する手続を逃れるものとして、仲裁は優先的に利用されるべき、国家の裁判の付属品とされたのである。しかし、仲裁人が司法行政に参加したといっても、司法行政の主役は裁判官であり、仲裁人の権限には限度があり、仲裁人は裁判官よりも劣位にあつて、その権威に服した。

10. また、ドマは仲裁付託契約の当事者にとってではあるが、仲裁人は当事者が選任した裁判官であり、裁判官が裁判で行うように手続を進めなければ

---

(15) Doma, *Droit public*, éd. Paris 1745, t. I, pp 185-186. 第 II 部 第 VII 編仲裁人はつぎのように述べている。「ここまで扱った事項はすべて性質上、公法であり、私法である民法の中で扱うものではない。しかし、本編の事項（仲裁人を指す）の性質は混在している。私法規則と公法規則を包含し、これは仲裁の性質自体と裁判官として争いを判断する仲裁人の権限の性質から生じるものである。仲裁では2つのことを考えなければならない。1つは仲裁付託契約と呼ばれる当事者の協定であり、これにより、その間の訴訟を終了させまたは予防することを望む者がその選択する者に主張を検証し、判断し、裁判官として判断した解決策の執行を命じる権限を与えるものである。第2に、当事者によって選ばれた仲裁人の機能とそれに伴う義務である。当事者の契約は私法にかかわることであり、私法の第1巻で他の契約様式とともに仲裁付託契約の編で取り扱うことにする。仲裁人の機能と任務は、裁判行政の1つであるから公法にかかわる。このように、仲裁付託契約の編では当事者の合意の事実により判断する仲裁人の有する権限の性質を説明するが、その機能と義務の規則については説明しない。仲裁付託契約の編で仲裁人の権限について説明することは、当事者が与える範囲と限度についての仲裁付託契約の結果にすぎない。このように、本編の裁判をなすという機能との関係では仲裁人の機能と義務は公法にかかわることであり、仲裁人の機能と権限・義務の二つがある。」

(16) Domat, *Les Loix civiles*, Liv. I, Titre XIV, *Des compromis*, t. I, p. 125. ドマは仲裁付託契約を「裁判または争いを抱える者がそれを終了させるために仲裁人を指名する契約」と定義した。「公法」でも「その間の裁判を終わらせ、予防することを望む者」によって結ばれた契約を仲裁付託契約であるとした。

ならないとしている。仲裁人は審理を行い、中間の判断を行い、猶予を与え、証人を尋問し、最終判断を行うことができる。手続に関してはこのように仲裁は一連の国家の裁判制度に属するのである。したがって、仲裁判断に対して控訴すれば、あるいは仲裁が完結できなかったならば、たとえば「異議をとえられた事実の正否についての当事者の一方の自白」など、仲裁人の審理中の行為は「当然有すべき効果」を有した。こうした行為は裁判に提出され、裁判官は相応の価値を与えるのである。

11. 一方、ドマは、仲裁人と普通裁判官の多くの相違点を挙げて、仲裁人を裁判官よりも劣位に置いた。まず、仲裁人は「判断をするのに適当として選任」されたのであり、「オールドナンスが仲裁人、和解仲裁人または友誼的仲裁人の名を与えた調停人のようなもの」なのである。したがって、当事者の利益の判断にあたっては「仲裁人の機能は裁判官ほどの厳格性や正確性で制約されてはおらず」、「疑わしい問題については」「当事者が裁判の代わりに和解の道を選んでいたら、したであろうような妥協といった手段を仲裁人はとる」としている。ドマは、1510 年のオールドナンスにふれておきながら、法を厳格に適用する仲裁人と法規や裁判の形式性にわずらわされずに「和解させる」和解仲裁人と友誼的仲裁人という中世の学説の伝統的な区別については述べていない<sup>(17)</sup>。この区別は、学説全般が基本的区別としており、ドマ以降 18 世紀末まで論者によって常に取り上げられた。実際には、ドマは仲裁付託契約に明記されている場合を除いては、法を厳格に適用することを仲裁人に求めないローマ法原則にしたがった。おそらく、後記のように実務では仲裁付託契約において、仲裁人であるとともに、とにかく友誼的仲裁人と

---

(17) Lange, *La nouvelle pratique civile, criminelle et benefice ou le nouveau praticien françois réformé selon les nouvelles ordonnances*, 13e éd., Paris, 1729, p. 124. 「本来の仲裁人は、審理および判断において裁判の形式、法の様式を守る義務のある者である。一方、和解仲裁人と友誼的仲裁人は法規や裁判の形式に固執せずに、略式に、当事者を和解させ、争いを収める者である。」

して選任することが慣行であったことの説明になろう。

つぎに、仲裁人の権限は仲裁付託契約に定められた目的に限定されたが、当事者が和解できない事項もあった。まず「犯罪が罰せられることは公益上の利害があるので、公益にかかわる」事案が仲裁の範囲から除かれ、「和解する者の名誉にかかわること」も除かれた。後者について言えば「和解するのは当事者間の平和のために権利を一部放棄」することであり、人の名誉や身分については和解することはできないのである。こうした問題については「裁判官がおり、裁判官には裁判権に結びついた権威と尊厳」があって、これは仲裁人には欠けるものであった。仲裁人には法を厳格に適用しないという自由があるため、仲裁ができず、公序のために普通裁判官の権限に置かれた分野があったのである。

さらに、普通裁判官に対する仲裁人の劣位を示すもう 1 つの相違点があった。仲裁人は最終判断によってその権限が終了する。仲裁人には執行を保障する権限はなく、控訴しない場合も執行については普通裁判官に申し立てなければならなかった。仲裁判断は「仲裁付託契約で合意した違約罰の支払い以外には、執行されたくない者に強制できない」から、仲裁人による判断か、裁判官による判決かによってその効果には差があり、「仲裁判断の敗者が仲裁判断にしたがうよりも違約罰を払った方がいいと考えたなら、相手方の当事者がこの違約罰を得ること以外には効果がない」のである。

12. 公法的側面についてさらにドマは、仲裁人の機能と権限の分析だけに満足せず、仲裁人の義務についても述べている。ドマはまず、当時の慣行がローマ法の規定を守っていないことを指摘した。すなわち、裁判所による拘束を含めて仲裁人には判断を下す義務がなかった。仮に仲裁人が実は買収されていたなら、仲裁人が判断したくないのに、仲裁判断を強制的にさせることはよいことではない。さらに、正直な仲裁人であっても任務を続けられない事情もあるし、判断を強制してはならないこともある。第 2 に、仲裁人が 2 人しかいなくても、合意できなければ、仲裁人に第三仲裁人を選ぶ義務はな

かった。ドマは、そうすれば「当事者が自ら選んだ者以外の判断者を望んでいないのだから、衡平を害する」ことになる」と記している。もう 1 つ忘れられた規則であるが、ローマ法は裁判手続で裁判官であった者がその事案の仲裁人になることを認めなかった。これは任務を完遂するという裁判官の威厳にかかわることであり、仮に仲裁付託契約で仲裁人を引き受けたなら、忌避の結果として、判断しないこともやむをえず、この規則はドマにとって「正義」に適うものであった。また、ドマはオールドナンスがパルルマンの長官 (*presidents*) や評定官 (*conseillers*) に「仲裁事案や上級または下級裁判所に係属中の事案」を担当することを禁じたことを指摘している (1535 年オールドナンス第 I 章 75 条)。それでもドマは、こうした禁止にもかかわらず慣行では続行されたことを公益に反しないとしており、この規定が廃止されたことを正当化している<sup>(18)</sup>。

しかし、仲裁人にまったく義務がなかったわけではない。まず、当事者にははっきり告げた上で当事者が仲裁人として選任するのでなければ、仲裁人は能力を超える事案を担当してはならなかった。ドマのこの指摘は、仲裁の性質を明らかにする意味で重要である。つまり、仲裁人は理性・衡平という個人的な資質とともに、その技術的な能力ゆえに、当事者によって選任される裁判官なのであって、仲裁人は裁判官であると同時に鑑定家なのである。商事の事案で選任される仲裁人の場合にはもとよりであるが、ドマの新しい点

---

(18) 法院の裁判官に係属中の事案について仲裁に関係することを禁じたことは、「複数の裁判官により合議体が構成される現在のフランスほど裁判官が存在しなかったローマ法の時代よりも必要性は低い。しかし、このオールドナンスは守られておらず、慣習上合議体の裁判官が争いごとの仲裁人に取られ、そこで裁判官となっているというありさまである。ローマの規則よりも現実への妥協が優先している。当事者は最適な者を仲裁人に選ぶように配慮するが、和解に至らない事案が仲裁人なしで判断され、仲裁人に選んだ者が仲裁人のせいにし、残った者に判断を求めることもある。このように、この慣習を公益の観点から見ると、反対はできないようである。和解を優遇することがこれを許す。」

は、当事者によって選ばれた者がその分野の専門家でなければ、自ら回避しなければならないことを一般原則としたことである。第 2 に、仲裁人は自分をもっぱら「当事者間の平和の調停人」であるとするため、選任の事情や選任した者を忘れなければならないことである<sup>(19)</sup>。「当事者の一方を受容する」ことは、仲裁人が判断にあたって有している自由が認めるところではなく、一方の利益の保護者として振舞ってはならない。さらに、法を厳格に適用しなくてもよいという仲裁人の自由は、安易に不正をなすことを許すものではない。この自由には「衡平に基づく限度と範囲」があるのである。したがって仲裁人は和解をうまく利用し、衡平上和解できないなら、仲裁人は判断を慎まなければならなかった<sup>(20)</sup>。ドマが最後に取り上げている問題、すなわち、仮に仲裁付託契約が和解できない事項にかかわる場合の問題であるが、判断を慎むことが仲裁人の義務であろう。

13. さて、ドマが分析のなかでは仲裁判断の控訴についてあまり展開しなかったことは興味深い。裁判官と比較した場合に仲裁人には厳格に法を適用せずに仲裁判断を行うという自由があるからこそ、立法者は家族や商人間の事案について身近な者を仲裁人にして仲裁を優遇した、とドマは説明しているが、立法者が仲裁判断を優遇したといっても、控訴を妨げるものではなかった。ドマは 1560 年オルドナンスの文言について、仲裁事案に対する国王の裁判所への控訴権の原則は議論に耐えられないとし、全体としてドマは仲裁判断に対する控訴に反対したローマ法にしたがっていた。ドマの立場は、仲裁付託契約に始まる仲裁人の機能の性質から見て、これは司法行政の 1 であ

---

(19) 「仲裁付託契約で、当事者が各々その仲裁人を指名し、仲裁人を裁判官というよりも利益代表の弁護士とみなすことがよくあるが、こうした当事者の意図も指名された者が現に仲裁人として、どちらに権利があるかを見極めることを妨げるものではない。」

(20) 「和解をうまく利用し、衡平が要求する場合には、極端に振れて衡平が損なわれないように選び、判断が省略も困難もありえないほど公明正大な要求に対してであれば、何もかもまじえないこと。」

るとする、当初からの裁判所による管理を正当化した仲裁制度の分析の基礎的命題によってしか説明できない。

この控訴の問題については、別の学者のフェリエールが『辞典』の仲裁判断の項で、特別の正当化を持ち込む必要性を明らかにしている。フェリエールは当事者が仲裁付託契約のなかで仲裁判断に対する控訴の権利を放棄することはできないとした。「それは、オールドナンスが仲裁判断に与えている以上の価値を、当事者が合意によって仲裁判断に与えることはできない」からである。「1560 年のフランソワ 1 世のオールドナンスにより、仲裁人の判断には国王の裁判所に控訴を申し立てられる効力しかない。当事者の双方が控訴の権利を放棄しても、第三者の権利を損なってはならないという条件が付いている。そうでなく、当事者のこうした合意が有効ならば、仲裁人の判断に判決と同様の効果が与えられ、国王の裁判所を損なう」からである。実務では、当事者が控訴権を放棄することはなく、控訴を避けたいならば、金銭上のきわめて高額な違約罰を定めることになった。フェリエールは、国王の裁判所への控訴によって裁判所が仲裁を管理することを正当化するために、一少なくとも現在の考え方では一おかしなことに権利と機能がごっちゃになった議論をしている。実務の証書のなかにも上級裁判所の判決に言及している例がある。

14. 18 世紀の後半にジュスも『司法行政概論』において、係属中の裁判を終了させるという仲裁の効用を述べている。しかし、当時の裁判が抱えていた問題—コスト、緩慢、審理における「不確実」—を強調し、裁判に訴えるより仲裁によるべきであるとして仲裁を賛美している<sup>(21)</sup>。調停による平和とい

---

(21) 『概論』は、1771 年パリ刊。第 II 卷 683 頁はつぎのとおりである。「仲裁の手段によって裁判を終わらせるのは公益にとって最も有益で利益がある。とくに裁判にあまりに多くの危険があり、終わるまでに苦労や疲労、さらに巨額の費用がかかり、事案の不安定性がある現代では、訴えを提起するよりも仲裁人に頼ることを望まない人がいない状況である。」

う点を挙げてはいないが、ジュスは革命期の改革の方向を先取りしていた。さて、学説は理論を繰り広げていたが、実務で仲裁はどうなったのだろうか。

## 第 2 部 仲裁実務

15. 代訴人、公証人といった実務家向けの文献は、仲裁付託契約から仲裁判断、さらにその後の控訴まで実務家の指針となるように工夫されていた。これらは手続規則を通じた国家の裁判との接合を確認しており、ドマのような学者は私法と公法の区別などの原則論を簡易、明快に分析したが、実務家向けの実用書は、規則と慣習を寄せ集めているので、内容が非常に複雑になっている。仲裁付託契約を起案する実務家に、人の能力、仲裁可能な事案、仲裁人の選択と権限、さらに仲裁判断が従うべき手続といった事項を説明した。ここで 2 つの側面が対立する。1 つは、パルルマンの判例が多様で仲裁に関して定まっていなかったことである。もう 1 つは、あまり複雑になって、予測できなくならないように慣習が定着したことである。

### A) 仲裁のさまざまな局面

#### 1) 仲裁付託契約

16. まず、当事者が仲裁を利用する第 1 の動機は裁判を終わらせたいという望みであったことを、仲裁付託契約の書式は踏まえていたことを言わねばなるまい。17 世紀なかば、公証人のボーヌは仲裁付託契約の書式を「裁判またはそのほかの争いを終わらせるための仲裁人指名の仲裁付託契約」と呼んだ。さらにこの書式は、当事者の間の裁判が「これこれのパルルマンにおいて係属し、未決である」と記していた<sup>(22)</sup>。同じころに、フェリエールは『万能公証人学』(*Science parfaite des notaires*) において、パルルマンでの手続を仲裁

---

(22) Cl. de Beaune, *Le vray et parfait instructif de la théorie et pratique générale des notaires de Paris*, Paris 1655, p. 406.

によって終結させる書式だけを挙げた。このように仲裁付託契約の一般書式は、当事者間の「裁判と争いを終了させる」ことを目的とするもので<sup>(23)</sup>、その後、遺言について裁判中の相続人と包括受遺者間の仲裁付託契約の書式が挙げられた<sup>(24)</sup>。最後に、仲裁判断によって当事者間に係属中の裁判を終了させるための仲裁人による和解の書式があった<sup>(25)</sup>。革命前夜、2人の「農夫」の間で地方裁判所に係属した裁判を終わらせるため、サントンジュ地方の公証人が提示したものは、書式としてはユニークであるが、仲裁付託契約であった<sup>(26)</sup>。これは1790年の革命期の立法までの一般的かつ継続的な傾向を示す書式である。

17. 公証人は、まず仲裁付託契約を結ぶにあたって当事者の能力を確認しなければならなかった。当事者は元本を失い、費用の支払いを命じられる可能性があるから、譲渡する能力のない者は仲裁付託契約を行うことができなかった。すなわち被後見人、浪費家、「精神障害者」、未成年者、既婚女性および特別の委任状がなく取消されうる「訴訟上」の代訴人である。仲裁判断の

- 
- (23) 「費用を避け、平和のうちに暮らすために、裁判と争いを納めるため、当事者は、その争いと異議を判断し終わらせるため仲裁人について合意する。」
- (24) 父系または母系の相続人と包括受遺者の間の仲裁付託契約。当事者は裁判中で、包括受遺者は遺贈分の引渡しを求め、相続人はとくに遺言が適法でないとして訴えている。「親族と友人の仲立ちで、当事者はその訴えを終わらせ、要求しているところのもの的大部分を費用に使ってしまうことを避けようと、当事者は仲裁の手段によって友誼的に終わらせることを合意する。」
- (25) 「争いを終わらせるために判断する代わりに仲裁人が当事者に結ばせた仲裁付託契約による和解。…に関して司法官掌請部 (*requêtes du Palais*) によってなされた判断につき、…によって控訴されパルマンの法院に係属している裁判の当事者であり、…この争いを終わらせるため、当事者は双方が…を仲裁人に指名する。当事者のすべての訴えと紛糾を和解的に終わらせるため、当事者は仲裁人の意見書に基づき以下のとおり行い、合意する。」
- (26) 個人所有のバロー作の古文書から。「その自由な意思により、サントの代官 (*Sénéchal*) に係属している裁判を終わらせた農夫…は…、王の評定官の報告により、その仲裁人、和解仲裁人および友誼的仲裁人を指名…。」

運不運あるいは仲裁付託契約上の違約罰の支払いリスクはあるものの、後見の場合などのように厳格に法を適用することが難しいときには、仲裁に頼ることは合理的で妥当であると考えられた。パリのバルルマンは1595年の判決で、後見人に仲裁付託契約に定められた違約罰の支払いを免じ、仲裁判断に対する控訴の申立てを認めている<sup>(27)</sup>。ブルターニュの慣習法は、両親の意見と裁判所の決定を得ることを条件に後見人が仲裁付託契約を結ぶことを認めた。バルルマンの初代長官ラモワニオンは『判決集』の中で、裁判官が未成年者の関係する争いを職権で指名した仲裁人に移送することができるとし、後見人が締結した仲裁付託契約を無効とした<sup>(28)</sup>。

18. ここで当事者自身の行動によって契約する、任意と呼ばれる仲裁と裁判官が職権で付託を命ずる仲裁という2つの形式を区別する必要がある。ランジュは『新民事実務』において、普通裁判官は、当事者の一方が国王のオルドナンスにしたがって仲裁を望むときは、近親者間での相続財産の分割、後見の報告、持参金・寡婦財産の回復から生じる争いを仲裁人に移送する慣わしであると説明している。このことは、裁判官に指名された仲裁人は法規と裁判手続を守らなければならないが、当事者が選任した仲裁人は、仲裁付託契約が明示的に強制する場合にのみ法規や手続に拘束されたことを意味する<sup>(29)</sup>。

任意の仲裁の場合、仲裁付託契約の起案を求められた公証人は、当事者の能力を確認した上で、仲裁の対象が許容の限度を超えていないことを確認した。メルラン（『判例集』仲裁の項）は、「将来の裁判も既存の裁判と同様に、また、一般に当事者が処分できる裁判」について仲裁付託契約を結ぶことができるとした上で、教会の宗教上の権利、婚姻の有効性、遺言による扶養料

---

(27) Louet, (revu par Brodeau), *Recueil d'aucuns notables arrêts donnés en la cour de Parlement de Paris*, 3e éd. Paris 1612, p. 76.

(28) J. Meslé, *Traité des minorités tutelles et curatelles...*, Paris, 1752, p. 191.

(29) Lange, *La nouvelle pratique civile, criminelle et beneficiale ou le nouveau praticien français réformé selon les nouvelles ordonnances*, 13e éd., Paris, 1729, p. 124.

と一般に公序にかかわる事項は仲裁付託契約の対象にすることができないと明記した。犯罪については仲裁付託契約を結ぶことができないが、民事上の利害や刑事犯罪の訴訟費用について、さらには民事の責任しか問えない軽犯罪についても仲裁付託契約を結ぶことができた。

一般に任意の仲裁では、仲裁付託契約は公正証書として公証人の前で締結された。契約は書面であることを要したが、一部の裁判所ではこの原則が確認されるのは後になってである。ツールーズのパルルマン<sup>(30)</sup>について、ロディエは「かつては仲裁人が仲裁付託契約の存在を保障すると、とくに仲裁人が弁護士または学士で、当事者の契約書や記録などを手にしていると、裁判所は書面がなくても仲裁付託契約の存在を容易に認定した」と記している。公正証書の様式はかならずしも必須ではなく、仲裁付託契約は私印証書によっても作られたが、この場合は和解との違いが判然としなくなる。仲裁付託契約で、弁護士を仲裁人として選任するのではなく、当事者が判断を委ねるような和解のための曖昧な委任状を弁護士に与えることもあった。これも18世紀のツールーズの例であるが、ロディエはパルルマンが1732年と1747年の判決ではこうして締結された和解を口頭の仲裁判断であると認めて、控訴を受理したこと、また1752年と1754年の判決ではこのような控訴を却下し、和解はそのように執行されるとしたことを報告している。しかしながら、ロディエは1754年の判決ではいくつかの事実が「仲裁判断をうかがわせる」と付け加えた<sup>(31)</sup>。このように、控訴のリスクを完全には払拭されなかったが、当事者は仲裁付託契約の形式、とくに違約罰と税金を回避しようとした。というのは、徴税人がその権利を失うことはなく、公正証書、私印証書など仲裁付託契約の方式がどうであれ、1715年8月6日の評定院の判決により管理税を支払わなければならなかったからである。仲裁人と仲裁の書記は管理税

(30) Rodier, *Questions sur l'ordonnance de Louis XIV du mois d'avril 1667 relatives aux usages des cours de Parlement et principalement de celui de Toulouse*, Toulouse 1769, p. 424.

(31) Rodier, *op. cit.*, p. 425, no. 20.

未納の私印証書の仲裁付託契約には関与できなかった<sup>(32)</sup>。

仲裁付託契約の内容について、契約に記載すべきであると実務家が勧めているのは、仲裁人の指名、裁定すべき争いの対象、仲裁人が言い渡すべき期限、当事者が仲裁人の判断に服す旨の約束である。

19. 書式自体が権限を暗黙のうちに決めることになるから、判断を求められる者の呼称は重要な問題であった。この点について、ランジュが17世紀のなかばに提案した仲裁付託契約の定義、すなわち「当事者がその争いを託し、敗者が相手方に一定の額の違約罰を支払うことを互いに約して、1ないし複数の者を選んで判断を託す契約または協定」という定義は曖昧であった。「仲裁付託契約と仲裁人」という章の1節であるが、判断する者としか言っておらず、正式に仲裁人とは呼んでいない。別の個所で、ランジュは「『固有の意味』の仲裁人は、審理と判断にあたって裁判の方式と法にしたがわなければならない者であり、和解仲裁人と友誼的仲裁人は、法の規則や裁判の様式にしたがうことなく、当事者を和解させ、簡易に争いを和解させる者である」とした。この区別は広く受け容れられ、たとえば、フェリエール（『辞典』）は、当事者に指名された仲裁人は「任意であろうと厳格に法を適用しなければならない」ことを強調し、「法の仲裁人」として選任されたと明快に述べた。しかし、仲裁付託契約を起案する実務家の目からは、友誼的仲裁人の判断と比べても、仲裁判断には控訴の可能性がきわめて高いため、はっきりと分けてしまうことにはリスクが多かった。このため以前から慣行として、判断を求められる者を仲裁付託契約の書式上、仲裁人であると同時に和解仲裁人・友誼的仲裁人でもあるとして選任することが定着した。内容がどうあれ、仲裁人の判断をなんとか有効にし、控訴を諦めさせるため、問題を十分に承知した上で取られた配慮である。用語について表面的に動揺があったが、実務家は理論的な区分と長年の慣行が培った書式が与える安定の

---

(32) Merlin, *op. cit.*, vo. Compromis.

間で安心することができたに違いない<sup>(33)</sup>。

20. つぎに、実務家の注意は仲裁人の任務を行うのに必要な能力という点に向けられた。ギュヨ（『判例集』）は依然、精神障害者、聾啞者、名誉罰を受けた者、奴隷、修道士は仲裁人になりえないとした。フェリエールの『辞典』の仲裁人の項などでは、裁判官などの公的な任務にあたることができないからとして、女王、王女を除く女性も排除され、「執行を伴いあるいは国王の裁判所に控訴される仲裁判断を女性がするというのは愚である」と付け加えた。未成年者についてはそれ以上に議論となったが、ギュヨによれば、当時よく見られた 25 歳以下の未成年弁護士のように、能力が承認されれば、未成年者でも仲裁人に選任されることができるとする意見が支配的であった。これは職業上の能力であり、仲裁にあたってほかの職業の成人よりも弁護士を選ぶほうが望ましかった。

21. ここに 2 つの問題があった。1 つは、おそらくドマの影響であろうが、フェリエール（『辞典』）が言うように、仲裁人は選任の目的である争いについて事実を理解することのできる職業の者、すなわち法律家というより専門家でなければならないとされたことである。この考えは、法律問題について職人が行った仲裁判断を破毀したツールズのパルルマンの判例が原因である<sup>(34)</sup>。第 2 に、弁護士を優先的に仲裁人に選ぶ傾向が見られ、この傾向はとくにツールズの判例で見られた。おそらく、一般的にいて、弁護士は権限

---

(33) フェリエール父（『万能公証人学』508 頁以下）は、仲裁付託契約の最初の書式では、当事者が「争いを判断し終わらせるための仲裁人について合意した」、2 番目の書式では裁判を終わらせることを望んでいる当事者が「仲裁手段によって和解的に終わらせる事を合意した」と書いている。18 世紀末にサントンジュ（ジョンザク）の公証人であるパローは、その書式の中で、当事者によって選ばれた者が仲裁人、和解仲裁人兼友誼的仲裁人である仲裁付託契約を提示している。忍耐強く転写した手書きの辞典で、フェリエールの『辞典』が示した仲裁人兼友誼的仲裁人の定義を採用している。

(34) Rodier, *op. cit.*, p. 424.

の限界をよく承知しており、判例を考慮して、仲裁判断を起案するのに適当であると考えられたのであろう。実際に、仲裁付託契約の書式ではその地の弁護士を仲裁人にするようになっていた<sup>(35)</sup>。さらに書式では、意見が分かれた場合、仲裁人自身がほかの弁護士のなかから第三仲裁人を選ぶように定めた<sup>(36)</sup>。仲裁判断に関する裁判所の判決もこの点を裏づけている<sup>(37)</sup>。フェリエール（『万能公証人学』505頁）は「仲裁人は弁護士でなくてもよい」と述べる必要性があるとして、こうした慣行があったことを暗に確認している。

22. さて、裁判官を仲裁人に選任することは、裁判官が直接に事案に関係するおそれがあるので問題があるとされ、多様な解決策が示された。ブルターニュの慣習法は、原則として当事者の裁判官はその争いの仲裁人になれないという原則を立てたが、これはレンヌのパルルマンの判例の立場であった。1535年のオールドナンスはプロヴァンスのパルルマンの裁判官にその判決に服する、あるいはパルルマンの管轄地の裁判所の判決に服するような仲裁を担当することを禁じた。1539年のオールドナンスはこれを全国的な一般原則とした。しかし、パルルマンの中にはその固有の慣習にしたがったところもある。グルノーブルでは過去の特権を理由にしてこの禁止に反対し、ツールーズでは裁判官はパルルマンの許可があれば仲裁人になることができ、パリでは和解は公益のためになるという理由から、役人はだれでも仲裁人になることが

---

(35) Cl. de Beaune, *op. cit.*, p. 406. 当事者は各々パルルマン付きの弁護士を仲裁人に選任している。また、フェリエールは（『万能公証人学』508頁以下）、仲裁人の職業が明らかにされていない仲裁付託契約の書式を示し、相続の事案についての2番目の書式では2人のパルルマン付きの弁護士を関与させている。公証人のパローは18世紀末の手書きの書式で管轄裁判所の弁護士2人が仲裁人の簡単な書式を転写している（「サントのパルルマンと代官の弁護士」）。

(36) Cl. de Beaune, *op. cit.*, p. 406. 「仲裁人が当該争いの判断を与えることができない場合、当事者は第三者の弁護士を選ぶ権限を与え、この者が仲裁人とともに判断し決する。」

(37) Louet, *op. cit.*, p. 75. 仲裁人としてベラクの町の三人の弁護士を選任した仲裁付託契約がある。

できるとした<sup>(38)</sup>、この点はドマも支持した。

23. 仲裁付託契約のなかで選任する仲裁人の数の問題は、仲裁判断を決める際に意見が分かれ、まとまらないおそれがあるので重要である。フェリエール(『辞典』仲裁人の項)は「普通、奇数の仲裁人が選ばれ」、そうでない場合は、裁定のために第三仲裁人を選ぶ権限を仲裁人に与えるとした。しかし、書式集では、当事者が複数の仲裁人を合意することなく、それぞれが1人の仲裁人を指名するとして、偶数が採用された(ある意味では当事者が「その」仲裁人を選任するのである)。すなわち、一般的に当事者は仲裁付託契約で第三仲裁人(*surarbitre*)と呼ばれる第三者を指名する権限<sup>(39)</sup>、つまり「仲裁人が評価する第三者または第三仲裁人を選任する」権限を仲裁人に与えている<sup>(40)</sup>。ただし、妥協の余地がないほど意見が分かれたりすると、仲裁人がこの権限を使わないこともあったが、裁判官はそれを強制することができた。仮に仲裁人がこの点で合意できなければ、「慣行では適当と思われる3人ないし4人からくじ引きで選ぶ」というパリの慣習をデュ・ルソー・ド・ラ・コンブは紹介している<sup>(41)</sup>。

24. さらに仲裁付託契約では仲裁人の権限を定める必要があった。一方で、上述の通り、「仲裁人・友誼的仲裁人」というようにできるだけ広い書式を採用して、権限の性質や範囲が不安定になることを避けた。「わが国の慣習では、当事者に選任された仲裁人は友誼的仲裁人となんら変わるところがなく、当事者双方の要求に衡平と善によって解決するために選ばれる」とするジュスの説は実務上意味があった<sup>(42)</sup>。仲裁付託契約に基づいて、仲裁人は認

(38) Merlin, *op. cit.*, vo. *Arbitrage, Arbitres*.

(39) Ferrière, *Dictionnaire vo. Compromis*. フェリエールは、第三仲裁人を選ぶ権限を与えるならば、仲裁付託契約は常に奇数とすることを明記すべきとしている。

(40) 公証人パローの書式。

(41) G. du Rousseau de La Combe, *Revueil de jurisprudence civile du pays de droit écrit et coutumier par ordre alphabétique*, 5e éd. Paris 1749, vo. *Compromis* no. 3. 著者はパリのパルルマンの弁護士であった。

定した事実によって和解で事案を終了させることを正式に当事者に提案することができた。フェリエールは「仲裁付託契約」の章に続く「和解」の章でこの趣旨の書式を掲げている。包括受遺者と相続人との間の相続財産をめぐる争いの事案であるが、当事者はパルマンの審理部の判断に関してパルマンに係属している控訴の件で仲裁付託している。それぞれに指名された仲裁人は裁判では受遺者の地位は弱い（遺言者についての *suggestion. inofficiosité du testament*）とした。しかし、相続人有利の判断をするかわりに、仲裁人は和解を提案し、「すべての裁判と争いを和解で終わらせるため、本件当事者は仲裁人の意見によって、以下のとおり合意した」とした。フェリエールはこの和解の中身を書いていないが、当事者に示された *compromis*（仲裁付託契約の意と妥協の意がある）という名前から、仲裁付託契約に始まって仲裁人に仲裁判断と和解の 2 つの道が開かれていたのである<sup>(43)</sup>。

他方、仲裁人の権限は原則として仲裁付託契約の中で定められた争いの対象にかぎられたが、実務家は、たとえば「すべての争いと、当該当事者の一方が他方を相手にこれを理由として起こす裁判を決し、終了させる権限と権力」というように、きわめて広範な文言を求めた<sup>(44)</sup>。18 世紀末、公証人バローが記録している書式もいささかも変わっておらず、当事者は「当該裁判にかかわる異議をすべて決し、解決する権限を与える」とした。メルランは、仲裁人の権限は仲裁付託契約に記された事項にかぎられるが、当事者は仲裁人によって事案の検証中に生じた争いもこの仲裁人によって判断されるとした。これは 1617 年の判決に見られるところである<sup>(45)</sup>。さらに、メルランによれば、実務は仲裁付託契約の書式に、仲裁中に生じた争いをすべて判断するように権限を広げる条項が入れられた。正確には、こうした条項が前掲の

---

(42) Jousse, *Traité de l'administration de la justice*, Paris 1771, t. II, p. 683.

(43) Ferrière, *La Science parfaite des notaires*, p. 517. 「争いを終わらせるために判断する代わりに仲裁人が当事者に結ばせた仲裁付託契約による和解」

(44) Cl. de Beaune, *op. cit.*, p. 406.

書式に常に見られたわけではない。この種の条項として最も古いところでは 17 世紀なかばに「当該当事者はすべての要求と同じ判断によって解決され終了されるのが妥当と考えるような要求について、当該仲裁人の方々に口頭でさせ、提案することができる」という条項があった。当事者は仲裁人に「当該争い、その状況とその結果について判断し終了させるすべての権限」<sup>(46)</sup>を与えるとするフェリエールの提示する書式もこれに近いが、18 世紀の農村部の書式は、より無骨で係属中の裁判にかぎっていた。

25. 仲裁人の権限の範囲が決まると、つぎは実務家にとって仲裁付託契約で期限を設けるのが妥当であった。仲裁判断の期限は、当事者が証拠を引き渡してから 15 日、仲裁付託契約の署名から数ヶ月、たとえば 6 ヶ月などきわめてまちまちである。ここに 2 つの問題があった。1 つは、審理を行い、判断を下す期限を定めていない仲裁付託契約をどうするかという問題であり、もう 1 つは期間が足りない場合に期間の延長をどうするかという問題である。前者については意見が分かれるが、実務ではおそらく机上のことに過ぎなかったようである。フェリエール（『万能公証人学』425 頁）は、仲裁付託契約の有効性にとって期限は必須ではないが、一般に仲裁人に裁判官と同じような無限の権限を与えないために期限を定めるとした。ただし、期限が決まっていないとき、仲裁人が理由なく判断を遅らせるなどの詐害がある場合には、仲裁人の権限を終了させる異議を申し立てることができた。ロディエによれば<sup>(47)</sup>、仲裁付託契約が期限を定めていない場合には、仲裁付託契約を無効とする意見、当事者による取消しまでは有効とする意見、有効性を 3 年

---

(45) Merlin, *op. cit.*, vo. *Arbitrage*, II. 「しかし同時に仲裁人と普通裁判官に訴えることの不都合を避けるため、仲裁付託契約の中に仲裁人は仲裁付託契約に持ち込まれた異議ばかりでなく、仲裁廷に係属中に当事者間に生じた異議についても判断することができる旨の一般条項を含む慣習があった。」

(46) 「父系・母系相続人と包括受遺者間の仲裁付託契約」

(47) Rodier, *op. cit.*, p. 424. *Des sentences arbitrales*, no. 3.

に限る意見があったようである。ロディエ自身は「仲裁付託契約は3年間続く裁判の呼出しとみるべきであるから」として、3年に限る意見に賛成した。ここでも実務家は、仲裁を国家の裁判機構の手續に結びつけている。ショリエも3年とする意見に賛成し、グルノーブルのパルルマンの判例評釈集で、仲裁付託契約に期限の定めがない場合は「慣行により3年で仲裁は終了する」と書いている<sup>(48)</sup>。しかし、期限がないことが分かったときには、パルルマンは期限のない仲裁付託契約の期限を3ヶ月に短縮し、「正当な理由」があれば、パルルマンは「仲裁判断によって」より長いあるいはもっと短い期限を定めた。当事者は期間の延長をすることができ、フェリエール（『万能公証人学』）は書式まで提示した。当事者双方が合意して、すでに締結したと同じ期間、仲裁付託契約の延長を行うことを決めた。ロディエは「仲裁付託契約の期間中は、裁判官は裁判を行うことができない」とした。

26. 最後に、仲裁付託契約には、仲裁人に必要な証拠を提出し、その任務を果たせるようにしなければならないなどの当事者の義務が定められた。パルルマンに係属している裁判を終わらせるために公証人のボーンが示した書式は、当事者に「有益と思われるすべての証拠、記録を仲裁人の手中に引き渡す」義務があるとし、証拠の引渡しを期間を定めたが、この書式をフェリエールは「証券、証拠、記録その他有益なものすべて」と補充した。原則として、仲裁人は裁判官のように証拠と普通の手続にしたがって手中に提出されたものに基づいて判断しなければならないが、フェリエール（『辞典』仲裁判断の項）は、「当事者が証書等により主張、反論、立証するに値する事案であるときには」、裁判官がすると同様に審理するとした。しかし、実務家はこうした普通の手続方式に拘束されると控訴の可能性を拡大することになると懸念し、実務家はこのリスクを減らすため、仲裁付託契約の文言に注

---

(48) N. Chorier, *La jurisprudence du célèbre conseiller et juriste Guy Pape dans ses décisions*, Lyon 1692, p. 105. ショリエはグルノーブルのパルルマン付きの弁護士であった。

意を払った。仲裁人に同時に友誼的仲裁人の資格を与えるだけでなく、仲裁人に渡される証拠は「手続の方式によることなく」判断される（ポーヌの書式）、あるいは仲裁人は「失権、送達、呼出しによらず、手中に提出された」ものに基づいて言い渡す（フェリエールの書式）とした。

当事者の第 2 の義務は、仲裁判断に従うことであった。これは直接的には、仲裁判断に対する控訴の問題であり、違約罰条項に係る。公証人は、表面的にはきわめて古い書式を採用し、当事者は「…トゥール・リーブルの支払いの罰則のある国王裁判所の判決のように」仲裁判断にしたがうと約束した。違約罰は「敗者が当該仲裁判断に対して何かをいい、申し立てる前に」勝者に支払わなければならなかった（前述のポーヌの書式）。定義上、国王の裁判所の判決には控訴することができないが、このような仲裁付託契約の条項は、当事者の一方が控訴して仲裁判断が裁判所の判決ほどには尊重されない場合の違約罰を正当化することを目的としていた。違約罰は控訴の権利を否定することなく導入されたものである。18 世紀末、公証人のバローは依然としてこの条項を使用していた。一方、フェリエール（『万能公証人学』509 頁）は弁護士であり、公証人向けに書いているが、おそらくそのため、控訴についての曖昧さを避けるために、文言上、国王の裁判所の判決といういい方をしていない<sup>(49)</sup>。

学者は、違約罰条項が仲裁付託契約の有効性に不可欠ではないとしたが、控訴を提起する前に勝者にしかるべき金額を支払わなければならないことを強調した。違約罰は単に威嚇目的であると解釈した判例にしたがって、単なる脅しであるとして、控訴して支払いを遅らせようとする企みから勝者を守るため、公正証書ではこの点を明らかにしようとした。実際には、この点に

---

(49) 「敗者の違約罰についての条項：当事者はさらに、仲裁判断に対して主張、申立て、提出を行う前に敗者は勝者に 1000 リーブルの金額の違約罰を払うことを履行することを約し、この違約罰は敗者の損害となる。当事者が合意するのは違約罰が合意され、威嚇的なものでないからである。」

ついてパルルマン間で統一した判例はなかった。パリのパルルマンは一般に控訴の前に違約罰を支払わせたが、1742 年の判決は、仲裁付託契約の中の違約罰は単に威嚇的なもので、控訴手続の進行を妨げないとした<sup>(50)</sup>。ツールーズのパルルマンはそうではなかった<sup>(51)</sup>。セレスは、1560 年の勅令がツールーズのパルルマンには登録されなかったので、パリ、ボルドーなどと違って、金銭が「第三者の手中に寄託、供託されても」仲裁付託契約に予定された「違約罰」の支払いを命じたことがないとした<sup>(52)</sup>。グルノーブルのパルルマンは、違約罰が法外に高い (*usuraire*) ときはこれを減額し、控訴の前に支払うことを求めなかったが、仲裁判断の万一の執行に備えて控訴人に保証を立てることを命じた<sup>(53)</sup>。エクサン・プロヴァンスのパルルマンは、仲裁付託契約の違約罰条項をいっさい考慮しなかった。したがって、この点についての 1687 年のエクサン・プロヴァンスのパルルマンの検察官による公正証書が示したように<sup>(54)</sup>、違約金の名目で供託された金銭の回復が命じられた。公正証書実務は、金銭価値の低下に応じたのであろうが、仲裁付託契約の中の違約罰を解除する方向にあったようである。

## 2) 仲裁手続と判断

27. 仲裁付託契約によって、仲裁人は事案を審理し、提出されたものにしたがって判断しなければならず、仲裁人は証人を尋問し、あるいは争いの場所を専門家に鑑定させることもできた。当事者に選任された仲裁人が複数の場合、審理は全員が出席して行う必要があり、仲裁付託契約に明示されていな

---

(50) G. du Rousseau de la Combe, *op. cit.*, vo. *Compromis*, no. 6.

(51) Rodier, *op. cit.*, p. 425.

(52) Cl. Serres, *Les institutions du droit français suivant l'ordre de celles de Justinien*, Paris 1771, p. 376. セレスは弁護士であり、モンペリエ大学のフランス法教授であった。

(53) Chorier, *op. cit.*, p. 106.

(54) Denisart, *op. cit.*, vo. *Compromis*. (訳注：前掲がない)

ければ、当事者を分けて行うことはできなかつた。さらに、仲裁判断の執行に拘束が必要であることが明らかになれば、仲裁人にはこの権限は与えられていないから、すぐに普通裁判官に申し立てなければならなかつた。代わりに、仲裁人は仲裁判断に当事者の一方の誓約を条件とし、その誓約を受けることができた。事案の審理は、仲裁付託契約に多少とも明示されたところにしたがって行われ、あとは仲裁人が判断するだけであるが、これについても多くの問題があつた。

28. 仲裁判断の様式について言えば、これは「意見書」であり、書面で普通裁判官の判決と同様の方式で行われたが、そこで使用される用語については議論があつた。ショリエ(前掲書)は、控訴された仲裁判断の仲裁人がそのなかで「ほどほどに判断した (*bien ou mal jugé*)」と述べている例を挙げ、こうした表現は「適切ではない」が、仲裁判断は無効ではないとした。「とんでもない言い方 (*expression incongrue*)」であっても仲裁判断の実質を無効にはしないのである。その代わりに、仲裁判断の書面は署名を要し、仲裁人間で意見が不一致ならば、一方が不満を抱き、署名を拒絶することもある。ルエは1585年のパリのパルルマンの事案でこの例を報告している。この仲裁付託契約は、仲裁人としてベラクの町の3人の弁護士を選任したが、そのうちの1人は仲裁判断が「合意した条件になっていない」として、仲裁判断への署名を拒絶した。判決は署名を拒絶した仲裁人に署名を命じ、その拒絶に対して、残る2人の仲裁人の署名があれば、当該仲裁判断は3人が署名したと同様の効果があるとした<sup>(55)</sup>。

29. 実体審理については、まず仲裁付託契約に定めた最終の期限までに、仲裁判断を出すという条件があるので、当事者の一方が期限内に必要な証拠を提出する義務を果たさなくても、仲裁人は判断した。つぎに、仲裁人が当事者間の争いについて言い渡すときには、罰金 (*amende*) の支払いを命じるこ

---

(55) Louet, *op. cit.*, p. 75.

とはできず、普通裁判官のように、仲裁人は本案で生じた費用の支払いを命じなければならなかったが、上述の通り、仲裁人には固有の裁判権（*jurisdiction*）はなく、仲裁付託契約で権限が明示的に与えられていなければ、費用の支払いなしに、本案の判断を言い渡した。ただし、フェリエール（『辞典』仲裁判断の項）も、費用を償う余地があり、裁判官がいつもそうしているような場合は、費用を減免、緩和しあるいは支払いを命じることができるとした。ここでも、仲裁人の権限が無限でないことは、メルラン（『判例集』仲裁付託契約、仲裁人の項）が記しているとおりであり、司法補助職の異議があれば、裁判官に申し立てなければならなかった<sup>(56)</sup>。

仲裁判断が最終的に出されても、少なくともつぎの場合は、仲裁人の任務はまだ完了しなかった。1つは、仲裁人はその判断にいっさい訂正を加えることができなかったが、仲裁判断の執行に至るまで、仲裁判断に不明瞭や曖昧な点があれば、文言の解釈の問題があった。この場合、必要な説明を求めるには控訴ではなく、仲裁人に求めることができた。仲裁付託契約に定めた仲裁期間の満了後も、解釈が求められることがあったが、この点について1631年のグルノーブルのパルルマンにこれと反対の判例がある。第2に、原則として仲裁人は純粋に私人であるから、その判断はそれ自体では執行力がないが、一定の場合にはそうではなかった。実際には、普通裁判官が仲裁人に判断の執行を保障する権限を授権していることもあった。ブルターニュ慣習法（18条）では、紛争の目的物が仲裁人に預けられたときは、仲裁人は勝者に物を渡すことで、仲裁判断を執行することができた。

30. しかし、普通の場合は、仲裁人の最後の行為は判断を起案することであ

---

(56) 当事者が権限を与えていたならば、仲裁人は費用を定めることができた。「しかし、仮に代訴人が金額を不十分であったとしても、この査定は支払いを命じられた当事者と代訴人の間では法にならなかった。この点で異議が生じると、この裁判権を有するのは普通裁判官であった。仲裁判断を受け取る書記の手数料も同様である。仲裁人はこれを解決する権限がなかった。」

った。執行してもらうためには、勝者は認可の手続によって裁判官に仲裁判断について裁判上の権威を付与するように求める必要があった。学者の多くは、2つの理由から認可が不可欠であるとした。1つは、いったん認可されれば、1560年のオールドナンスにより、仲裁判断は異議や控訴にかかわらず執行可能となったからである。第2に、敗者の財産の上に抵当権を設定することができたからである。ただし、仲裁判断がこうした効力を得るためには、厳格な手続が必要であった。ここでも、学説や国王の裁判所の判例は分かれていた。第1に、仲裁付託契約に定める期間内に判断した仲裁人が当事者に判断を言い渡す問題があった。1667年のオールドナンスは判決や決定の言渡しという方式を廃止したが、仲裁の国家の裁判への統合の一環として、仲裁判断も言渡しを免除されたとする学者もいたが、多数説は、反対に、仲裁判断はこの範疇に入らないとした。多数説は、この趣旨でなされた1698年のパリのバルルマンの判決を根拠とした。一方、ツールーズのバルルマンは、このオールドナンスの精神は手続の簡素化にあり、言渡しは不要であるとした。第2に、仲裁判断が言い渡されてもされなくても、24時間以内に仲裁人は公証人を選んでそこに仲裁判断を預託し、確定日付を得なければならなかった。これは仲裁人が仲裁付託契約に定めた期限後に行われた仲裁判断の日付を繰り上げることを防ぐものであるともいわれた。公証人は当事者に判断の正本を引き渡した。フェリエール（『辞典』仲裁判断の項）は、「公証人がその事務所に集めるのは仲裁判断の書記の負担としてであり、公証人だけが要求する者に正本を引き渡す権利がある」と説明している。第3に、勝者は仲裁判断の正本を得て、その地の裁判官へ申し立てて、認可の手続を取ることができ、裁判官は本案を再審理せずに、判決によって執行を命じた<sup>(57)</sup>。最後に、仲裁判断と預託は1737年の最高評定院決定にあるように<sup>(58)</sup>15日以内に裁判

(57) G. du Rousseau de la Combe, *op. cit.*, vo. *Compromis*, no. 18. ラ・コンブは1630年のパリ判決を引用する。

(58) Rodier, *op. cit.*, p. 426.

所の管理に服さなければならなかったが、この決定はなんども繰り返された規則を取り上げただけである<sup>(59)</sup>。

31. ここでもうひとつ問題となるのは、仲裁の全体の費用である。税金もその1つであるが、主なものは仲裁人の費用と手続費用である。原則として、1682年3月16日の最高評定院決定は、仲裁人に自分の利益になる謝礼金や謝金を査定することを禁じたが、1696年のパリのパルマンの判例では、仲裁人に選任された弁護士は、これは上述の通りきわめて頻繁であったが、謝礼を受け取ることができた。この点についても、パルマンの間で統一はなかった。同じころにブザンソンのパルマンの判決は、仲裁人と司法補助職は「善意から」仲裁にあたっているのであるから、その謝礼は国王の裁判所に提起された事案で慣行となっている料率を適用できないとした。謝礼は当事者の心付けだったのである<sup>(60)</sup>。この決定はこのパルマンの管轄地の外で当時普及していた慣行に対立しており、慣行では司法補助職が仲裁人の主要な人材供給源となっており、自身に関係することについては、仲裁を国家の裁判に組み込もうとした。ブザンソンのパルマンの管轄地域ではこうした判決が現実には有効であったのか分からないが、他の地域では仲裁費用は問題になっていなかったようである。この点についてはさらに調査すべきであろう。仲裁の利点として学説が言うところをあらためて問題にするのではない

---

(59) ドニサールは「仲裁付託契約が事前に無効、罰金などの制裁によって管理されていない私署証書の仲裁付託契約上の仲裁判断を仲裁人と仲裁書記に言い渡し、受取り、原本とすることを禁じた」1715年の評定院判決を引用する。

(60) Merlin, *op. cit.*, *vo Arbitrage, Arbitres*, no. XXX. 1698年2月27日ブザンソンのパルマンの判決は「仲裁人が命ずる違約罰は任意であり、これは王の臣下として裁判行政職を拒絶できない普通裁判官が命ずる罰と同じではない。法院は仲裁のために当事者により採用され、選ばれ、合意されたすべての仲裁人、書記、弁護士、代訴人が謝礼金、謝金、礼金を定め、当事者にその支払いのために供託させ、あるいはいかなる名目であれ当事者の物を留置することを禁ずる、ただし、妥当として当事者が選任した者に任意に支払うものを除く。」としている。

が、結果を予測できない裁判を続けるよりも仲裁に進んだほうが望ましかったとしても、判例は仲裁にコストがかかったことを示している。1698 年にすでに実務と結びついたブザンソンの裁判所は、強制によって革命的な議論を告げる仲裁のきわめて寛容な概念を定着させようとしていたからなおさらである。他方、こうした手続の実情を前にしながら、憲法制定議会は仲裁を自然な司法の形式であって、本来安価であるとして優遇したが、議会に法律家や弁護士が多かったことを考えるとこうした教条的な主張はなぞである。

32. 仲裁判断が認可されると、1560 年と 1629 年のオールドナンスによれば、本案または費用について控訴や異議があろうとも執行された。控訴の権利は正式に認められていたが、この場合控訴には執行停止の効果がなかった。オールドナンスは裁判所による登録を要したので、実際はパルルマンの管轄地によって異なっていた。たとえば、グルノーブルのパルルマンは、当事者が公証人によって適式に通知されることを条件にし、一方、ボルドーのパルルマンはこの点について仲裁判断に対する控訴に執行停止の効果を認め、普通裁判官の判決と同様に扱った。さらに、原則として控訴はパルルマンか、仲裁付託契約の目的的事案が上級裁判所の権限ならば、当該裁判所に申し立てなければならなかった。しかし、パリのパルルマンは、このオールドナンスを登録しておらず、上級裁判所の控訴受理を排除した。ツールーズのパルルマンも同様で、1651 年規則でこうした事案についての管轄権を確認した。さらに、オールドナンスの原則によれば、仲裁付託契約が定めているのであれば、違約罰を支払う前は控訴人の控訴を受け付けられなかった。しかし、上述と同じように登録の有無という前記の理由から、パルルマンの判例はこの点についてきわめて多様であった。たとえば、ボルドーのパルルマンは、違約罰の事前支払いを条件に、控訴の執行停止の効果を認めていた<sup>61)</sup>。

## B) 商事仲裁と仲裁人兼報告人

33. 最後に、商事に関する仲裁について取り上げることにしよう。1560 年 8

月の勅令は商人間のすべての争いに強制仲裁を導入したが、奏功したとは言えず、1566年さらに1629年にもこの規定の適用について注意が喚起されている。1563年に王の勅令によってパリに商人の事案を管轄する商事裁判所が設けられ、その後、商事裁判所が全国に設けられた。この勅令は商事裁判所の手続の特則を定めたが、仲裁の定めはなかった。前述した1673年と1681年のオルドナンスは、それぞれ陸上商事と海商について定めたが、強制仲裁を社員間の争いのみとした。このために1560年勅令は一般的な射程を有したが、利用されることなく廃止されたとする意見があり、また、パリ商事裁判所では適用されて、商事裁判官が職権で事案の調査のために仲裁人兼報告人 (*arbitres-rapporteurs*) を指名したとする意見もある。パリの実務では1673年オルドナンスの規定にかかわらず、多くの商人間の争いが直接、商事裁判所に持ち込まれた。同裁判所の文書は18世紀に仲裁人兼報告人の制度が機能したことを知ることができるので<sup>(62)</sup>、ここではこの点について論じてみよう。

34. 商事の性格は、商事裁判所内での仲裁実務の特性を明らかにしてくれる。民事の実務との第1の最も注目すべき違いは、仲裁人が当事者によって選ばれず、商事裁判官が職権で指名し、商事裁判官が与えた任務の遂行について直接に監督したことである。パリの商事裁判官は仲裁人兼報告人の選任において完全に自由であり、仲裁人兼報告人は商事裁判所の下に認められた団体 (*corps*) として司法補助職以上に厳格に構成された。したがって、民事実務では仲裁付託契約上、仲裁人は友誼的仲裁人でもあったが、仲裁人兼報告人

---

(61) Merlin, *op. cit.*, vo *Compromis* no. XLII. ボルドーのパルルマンの1629年オルドナンス152条登録判決は「仲裁判断について、控訴は本案について執行を停止させるが、仲裁付託契約に違約罰が明記されているならば、通常裁判所におけるように違約罰の支払いを停止させない。」としている。

(62) J. L. Lafon, *L'arbitre près la juridiction consulaire de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle*, *Revue historique de droit français et étranger*, Paris 1973, pp 217-270. この問題はラフォンが長い間研究した。

が友誼的仲裁人を兼ねることはなかった。

同様に、商事裁判所の運営における仲裁人兼報告人の役割は、商事裁判官が普通は 1 人しか仲裁人兼報告人を選任しなかった理由も明らかにしてくれる。慣行上複数の仲裁人がいるのは、仲裁付託契約を締結するとき、当事者がそれぞれ 1 名の仲裁人を選ぶからであるが、仲裁人兼報告人は職権で選任された。また、民事の裁判官は申し立てられた仲裁判断を本案の審理なしに認可したが、これと異なり、商事裁判官は仲裁人兼報告人の報告書または意見書を受取るだけで、事案の判断するにはそれに従うかどうか自由であった。したがって、1 人の報告者の意見書で充分であったのである。商事裁判官が 2 人または 3 人の仲裁人を選任するのは例外的であった。民事では、証書の様式は一般に偶数 (2 当事者) とすることが普及していたが、商事で複数の者を選任したのは重要な事案あるいは複雑な問題の事案の場合であり、仲裁人の意見が分かれることを懸念することはなかった。

もう 1 つの違いは、商事裁判官は事案の性質に関係のある職業の者を選ぶという配慮をしたことである。民事では、当事者は型どおり法律を知る者を仲裁人に選んだが、パリの商事裁判官がこのような者を選ぶことはまれで、事実上、仲裁人兼報告人は主に商人または職人であった。そうすると、仲裁とはいいながらも鑑定との境目にあることになる。原則としてその違いは明確で、鑑定人は宣誓をするが、仲裁人には強制されなかった。しかし、実際には状況は曖昧であった。職権で選任された職業人は「鑑定人兼仲裁人」または「鑑定仲裁人」と自称したが、単なる鑑定人が当事者の間を調停することで仲裁人の役を演じ、一方、鑑定仲裁人が、たとえば筆跡などの純粹の鑑定家として機能した。名称は曖昧ではないが、仲裁人がときに鑑定人の役割を担ったのである。

35. 制度の精神は職業倫理 (*déontologie*) においても異なった。商事の枠の中で行われた仲裁は、商事裁判所と同様に、原則として無償であった。これは商人や卸売商にひんばんに求められた奉仕であるとされ、選任された者は、

仲裁人として無償で選ばれた者と謝礼金を受取る鑑定人に公式には区別された。無償の仲裁は任意であって、商人は時間のないことを証明し、あるいは商売上の損失があることをいって、辞退することも多かった。また、商人が仲裁人の役割を応諾しても、たとえば、当事者がその公正に疑念を抱いたり、当事者の和解を得るに至らなかったり、あるいは事案を分析したところ解決策を提案するのに乗り越えがたい難しさがあることがわかった場合には、辞任することもあった。

36. 仲裁人兼報告人は事案を審理したが、パリ商事裁判所を創設した1563年の勅令が定めた簡易な手続が指針となり、仕事が容易であり、この点で民事の仲裁人との差は小さかった。仲裁人兼報告人は、当事者と証人の尋問、書証の検証、鑑定および評価を行うことができた。商事裁判所の慣行にしたがって、仲裁人兼報告人は証言を広く採用し、それが不可能な場合、とくに商人の評判を考慮して商人を分けて、「より妥当な者」を優先してその宣誓を採用した<sup>(63)</sup>。仲裁人兼報告人は、表面的には強制権がなかったが、そもそも商事裁判所の監督下にあったからなら痛痒はなく、仮に当事者の一方が出頭しなければ、状況を明らかにした意見書を付けて、商事裁判所に一件書類を移送した。

37. 審理が終了すると、仲裁人兼報告人は商事裁判所の書記に封印した報告書を提出しなければならなかった。この報告書または意見書は、パリ商事裁判所に18世紀の分が膨大な数、残されているが、仲裁人が一般に高い理想を持って、商事裁判官が行う裁判に参加していると理解して任務にあたっていたことを明らかにしている。仲裁人兼報告人は裁判所の歯車の一つと考えられていたようである。このことが事案の審理ととくに報告書の内容の点で多くの仲裁人兼報告人の行動を説明してくれる。仲裁人兼報告人の出身はさ

---

(63) J. L. Lafon, *op. cit.*, p. 225. 誓約は「善良かつ忠実な卸業者で、評判がよく、書面による証拠を添付している」申立人について行われる。

まごまであるが、主に実業界出身であり、職業法律家であることはまれであるが、こうした仲裁人は意見書の理由付けにあたって衡平、信義誠実をよりどころにし、同時に法律事項があれば分析し、判断に注意を払っている。とくに慣習をいつも参考にしていたが、選任の理由からして当然であろう。しかし、場合によって、法やそのほかの法源、すなわち 1673 年の商事に関するオルドナンスは当然のこととして、パリ慣習法、債務に関するローマ法についても知識があったことも報告書からうかがわれる。場合によっては、職業法律家でなくても、商事裁判官に渡されたこれらの報告書では、商事裁判官が明らかにすべき法的論点に確固とした意見をもたらしたのであろう。この点については、商事裁判官になるには長年準備したあとでなければならず、商事裁判所はその構成員の法律知識の涵養に留意していたことをいう必要があるだろう<sup>(64)</sup>。選任された裁判官が訳も分からず裁判にあたったということは、小さな裁判所の場合にはありえたであろうが、パリの商事裁判所については考えられない。商事裁判官は判断し、判決を下す際には報告者の意見書に積極的にしたがっている。1770 年ころ、商事裁判所の判決の三分の一は完全に仲裁人の報告書にしたがっていた<sup>(65)</sup>。いずれにせよ、仲裁人兼報告人の利用は、商事裁判所が日ごろきわめて多くの事案を処理し、迅速かつ廉価の裁判を保障して、国王政府の期待にこたえていたことを説明しよう<sup>(66)</sup>。

## 結論

- 
- (64) J. Hilaire, Perspectives historique de l'élection des juges consulaire, *L'élection des juges*, Etude historiques française et contemporaine, ouvrage collectif sous direction de J. Krynen, Paris 1999, III, *Le principe d'élection et la formation juridique*, pp. 153-163.
- (65) P. Dupieux, *Les attributions de la juridiction consulaire de Paris (1563-1792). L'arbitrage entre associé, commerçants, patrons et ouvriers au XVIIIe siècle*, Bibliothèque de l'Ecole des chartes, t. XCV, 1934, p. 125.
- (66) J. L. Lafon, *op. cit.*, p. 218, note 8. パリ商事裁判所は、一日あたり 100 件以上の判決を言い渡した。

38. ユスティニアヌス編纂のローマ法への回帰の影響の下で、きわめて自由であった中世の仲裁実務は、16世紀以降、和解できない事案やとくに女性についての仲裁人適格の制限など明らかに範囲が狭められた。

こうした制約の中でも、仲裁は依然として公的裁判所での手続に比べて簡単なものであった。実務では仲裁付託契約で常に仲裁人には友誼的仲裁人としての拡大した権限が与えられ、意図的に仲裁を鑑定と和解の境目においていた。一般的に、仲裁付託契約の書式は、ローマ法には反するが、中世末以降に原則として認められて問題視されなかった仲裁判断に対する控訴をできるかぎり断念させようとした。こうして、裁判に比べ、一部の司法補助職による誤用はあったが、仲裁は断然迅速で、廉価な手段であった。

同時に、控訴についてのほかに立法者はなにも定めなかったので、学説と判例が仲裁を事実上動かしていたが、原則として仲裁を裁判に結び付け、仲裁を裁判制度に統合する方向に向かった。実務家向けの文献においてすでに、仲裁に依存することは紛糾して際限のない裁判を抜け出す手段—とくに国家の裁判の負担軽減手段—とみなされ、おそらくこのため、仲裁は一般に弁護士と司法補助職の仕事と考えられた。パルルマンは上級裁判所の権限を退けて、仲裁判断の控訴を認めたが、仲裁付託契約に含まれた違約罰条項には控訴を断念させる効果がなく、パルルマンがオルドナンスを登録したか否かによって判例がまちまちであったため、仲裁が不安定になるという問題があった。この統合の究極のものとして、パリ商事裁判所がその大部分を設計した商事における仲裁人兼報告人制度がある。

39. このように18世紀末には仲裁は、国家の裁判所の手続の付属物であったが、啓蒙思想は裁判に対して辛らつな批判を展開したものの、仲裁は重視していなかったようである。このことは、憲法制定議会議が断固としてアンシアン・レジームの裁判の墮落の一掃を望み、「市民の間の紛争を終了させるもっとも合理的な手段」である仲裁を再発見し、仲裁の神話を発展させたことを説明してくれる。したがって、仲裁は、自然の司法の優等者と考えられ、

国家の裁判所への申立てを防ぐという大きな役目を与えられ、1790年8月16-24日法の中に、ほぼ無償の和解という理想の中に実施されたのである。

訳注：

1. 松浦教授は「近代国家は私法の領域において、統一的な、国家による私権保護機能の独占」を達成したが、それは「私的仲裁を廃棄することによってではなく、それを国家の権利保護制度に統合ないし接合することによってであった」としている(松浦馨「仲裁と国家・裁判所」『現代仲裁法の論点』(有斐閣, 1998) 27頁)。

2. 谷口教授は「当事者の合意によって、仲裁判断を最終的なものとせず、これに対する裁判所の再審理を求めうるものとすることができるか」には、「そもそも仲裁の手続は当事者の合意によってどのようにも決めることができるのであれば、このような合意も有効」との考えと「裁判所は法律の認める限度においてのみ仲裁判断の取消しに関わることができるだけで、当事者の合意があるからといって、その限度を越えてこれに干渉することはできない」との考えのいずれの見解も可能とし、仲裁合意は裁判所の権限を停止するとの理解から裁判所への上訴の可能性を認め(谷口安平「仲裁判断の取消し」松浦馨=青山善充編著『現代仲裁法の論点』(有斐閣, 1998) 349頁)、さらに、仲裁判断の取消し事由を当事者の合意によって追加・創設することができるかという問題を「仲裁における私的合意の要素と公的制度の両要素をどのように調和させるべきか」という問題であり、「仲裁制度の本質に触れる問題」であるとし、「実務的には、とくにわが国において、仲裁の一審限りであることがその利用へのブレーキとなっている」ので「裁判所へのいわば上訴が認められることになれば、仲裁への抵抗感が取り除かれ、利用が促進されるのではないか」としている(谷口安平「仲裁判断取消事由の任意的拡張」『改革期の民事手続法』(法律文化社, 2000) 367頁)。三木教授は当事者による仲裁判断についての裁判所の再審理の申立てを仲裁合意によっていったん停止された裁判権の解除とする理解を有力な考え方と評価し、基本的には再審査の申立てを有効とする(三木浩一=山本和彦編『新仲裁法の理論と実務』ジュリスト増刊(有斐閣, 2006) 215頁[三木発言])。

3. 東京地判昭和42年10月20日下民集18巻9・10号1033頁(判タ215号169頁)は、仲裁判断の拘束力について「一般に仲裁判断は国家裁判権の行使としての判決とは本質的に異なり、一人の行為にすぎないにもかかわらず、右のように同法(旧公示催告手続及び仲裁手続に関する法律)第800条がこれを確定判決と同一の効力を有するものと規定したゆえんは、権利義務の主体として自己の権利関係の争いを自からの手で解決する権能を有する当事者が、この権能に基づき争いの解決を第三者たる仲裁人に委ね(同法第786条)、しかもその判断手続に関与して自己の攻撃防禦を尽した以上(同法第794条第1項、第801条第1項第4号)、その結論たる仲裁判断は、当事者の自治的紛争解決権能のあらわれ

であるから、これに拘束力をみとめて、その内容の当否を再び審査しない旨を明らかにしたものに他ならない。従つて、仲裁判断の拘束力の本体は、和解等の自治的紛争解決の場合と同様に、係争権利関係に対する実体法上の確定力にあるものということができ、訴訟法は右の確定力を容認するとともに、これを基礎として執行力等の訴訟法上の効果を付与したものと解するのが相当である」とした。東京地判平成16年1月26日（判時1847号123頁，判タ1157号267頁）は、第一次請求として仲裁判断の取消しを求めるとともに、選択的に仲裁判断の対象の事由についてあらためて裁判所の裁判を求めた事案であるが、裁判所は「仲裁とは、当事者間で締結された仲裁契約を基礎に、当事者間の一定の私法上の権利義務に関する争訟についての判断を、裁判所における通常の訴訟手続である裁判によることなく第三者である仲裁人による拘束力のある仲裁判断に委ね、これにより終局的な解決を図ろうとするものであり、それ故に、法は、仲裁判断に確定判決と同一の効力を付与しているものである（800条）。したがって、当事者間において仲裁契約が締結され、これに基づく仲裁判断がされた以上、当事者は、当該仲裁判断について取消理由が存するとしてこれを取り消す旨の判決が確定しない限りは、仲裁判断の既判力により、仲裁判断に反する主張をすることが許されず、当事者が仲裁判断で棄却されたのと同一の請求にかかわる訴えを裁判所に提起しても、裁判所も既判力に反した当事者の主張を排斥し（その点の審理に入らず）、したがって、請求を棄却すべきことになる」とした。

4. Uncitral 国際商事仲裁模範法 35条1項は、「仲裁判断は、それが行われた国にかかわらず、拘束力があると認められ」る（An arbitral award, irrespective of the country in which it was made, shall be recognized as binding）（La sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, est reconnue comme ayant force obligatoire）と規定する。

5. 谷口安平「仲裁判断の取消し」松浦馨＝青山善充編著『現代仲裁法の論点』（有斐閣，1998）352頁。イギリスでは、1889年仲裁法が従来の立法の結果と商取引の慣行を取り入れ、仲裁判断についての裁判所の審査権を認め、1950年仲裁法21条に継承された。この「特別事件」制度は仲裁手続を遅延させ、仲裁手続費用の増加を招いたため、1979年仲裁法には特別事件の制度はなく、法律問題に限って裁判所への不服申立てが許された（高桑昭「英国における1979年仲裁法について」ジュリ739号74頁，同「1979年英国仲裁法における裁判所の審査権」ジュリ766号86頁）。谷口教授はイギリス仲裁法の伝統的な特徴は「国王（家）の裁判所による仲裁への監督的介入」であり、特別事件と呼ばれる制定法上の制度と当事者の合意による仲裁に対する裁判所の介入権の排除の禁止という判例法上の原則があったが、1979年仲裁法は当事者の合意によって完全に裁判所の介入を遮断する可能性を認めたとしている（谷口安平「イギリスにおける仲裁」『民事紛争処理』（信山社，2000）170頁）。1996年仲裁法58条は、仲裁判断が最終であり、拘束力があるとする。

6. 大木雅夫「極東における徳治と法治」『日本人の法観念』（東京大学出版会，1983）204頁。内済については、石井良助『近世民事訴訟法史』（創文社，1984）150頁を参照。

7. フランスの現行仲裁法の翻訳として、服部弘「フランス仲裁法の改正－新民事訴訟法第 4 編仲裁について」JCA ジャーナル 1982 年 2 月号 14 頁がある。また、現行法に関する論説として、小山昇「フランスにおける仲裁」【仲裁の研究・著作集第 6 巻】(信山社, 1991) 427 頁, 同「フランスにおける仲裁の実態」同 497 頁, 小川秀樹「フランスにおける国際仲裁」際商 13 卷 7 号 457 頁, 多喜寛「主要国の仲裁制度－フランス共和国」小島武司＝高桑昭編著【注解仲裁法】(青林書院, 1988) 529 頁がある。

8. フランス仲裁法の歴史については、小山昇「裁判官仲裁と司法権の変容」前掲書 451 頁, 「フランス 1790 年仲裁法について」北法 31 卷 1 号 285 頁がある。また、フランス調停法については、小山昇「フランス調停法史 (一) ～ (三)」北國 22 卷 1 号 41 頁, 2 号 193 頁, 3 号 453 頁がある。なお、フランスの勸解とわが国の調停との関係について、勝田有恒「紛争処理法制継受の一断面－勸解制度が意味するもの」国際比較法制研究 1 号 6 頁がある。

9. 1790 年司法(裁判)組織法の仲裁については、小山昇「フランス 1790 年仲裁法について」北法 31 卷 1 号 285 頁を参照。

10. 小山教授は、強制仲裁に対する評価が 1795 年を境に急変し、たとえば 1796 年 2 月 28 日法律が前文で「強制仲裁は憲法に反し憲法により黙示的に廃止されたという理解を表示している」とし、「仲裁が過度に拡大された結果生じた悪用」が原因ではないかといわれていること、仲裁人に対する不信があったことを紹介し、仲裁人に人が得られなかったためではないかと推測されている(小山昇「フランス 1790 年仲裁法について」北法 31 卷 1 号 293, 294 頁)。イレル教授の論文ではこの点が明らかにされていない。フランス革命は 1792 年 9 月の共和制宣言, 1793 年 1 月のルイ 16 世の処刑の高揚の後, 1794 年 7 月 27 日のテルミドールの反動によりロベスピエール派が一掃され, 当初ブルジョアの革命と民衆の革命, 農民の革命の 3 つの革命が同時に進行したフランス革命が急速に後の 2 つの革命を押しつぶし, ブルジョアの支配に収束して, 安定が求められたこと, これにともないロベスピエール派の徳の理想主義が放棄されたこと, そして 1793 年秋以降のキリスト教否定運動のなかで衡平に立脚する仲裁が忌避されたといった社会経済的な背景が原因ではないかと思われる。

11. *arbitre, arbitrateur, amiable compositeur* をそれぞれ仲裁人, 和解仲裁人, 友誼的仲裁人と訳した。フランス仲裁法(新民事訴訟法典第 4 部) 1474 条は「当事者が仲裁契約において, 友誼的仲裁人 (*amiable compositeur*) として判断する任務を与えないかぎり, 仲裁人 (*arbitre*) は, 法の規則に従って紛争を裁定する」, 同 1482 条は「当事者が仲裁契約において控訴を放棄しないかぎり, 仲裁判断は控訴される。ただし, 当事者が仲裁契約において明示的にこの権能を留保しないかぎり, 仲裁人が友誼的仲裁人として裁定する任務を受けたときは, 仲裁判断は控訴されない」, さらに国際仲裁に関する同 1497 条は「当事者の契約が友誼的仲裁人の任務を与えるときは, 仲裁人はそのように裁定する」と規定している。

一方、和解仲裁人 (*arbitrateur*) の語は見られない。小山教授は仲裁にはローマ法とカノン法の二つの起源があり、ローマ法の「仲裁人のなすことの性質は裁判であり、カノン法の仲裁は、仲裁人を通じての友誼的仲裁 (*amicabilis compositioli*)」であると区別している（小山昇「仲裁法の沿革の概観とその余恵」前掲書 248頁）。さらにフランス法の *amicable compositeur* は、中世ヨーロッパの *amicabilis compositor* に由来し、1216年の Tancredus の *Ordo iudiciarius* から「*arbiter* らの種類は二つあることは注目すべきである。一つは、事案を、裁判人と同じく裁判の形式で審理するところの *arbiter* であり、その判決は公正であれ不公正であれ確固たるべきものである。他の一つは、*arbitrator* といわれるところの (*arbiter* であり)、裁判人のごとくでなく裁判の形式でなくて、善人のごとく、事案を決し当事者の間を合致させるところの *arbiter* であり、その判決は、だからただ善人からもたらされるべきである（＝善人が裁定したらそうなる）のと同じであるかのごとく定立されることになろう」を引用し、*arbitrator* としてというのは、「中世の最盛期には、*amicabilis compositor* としてというのと同じであるととらえられた」としている（同「*amicabilis compositor* について」前掲書 331頁、339頁、348頁）。ジャンクロ教授は、13世紀の学者ギヨーム・デュラン (Guillaume Durand) が *arbitrato* と *amicabilis compositor* を統合し、*arbitrateur* とは *bonus vir* であって法を知る者ではなく、平和をもたらす者であり、その判断には控訴が可能としたことを紹介している (Jeanclos, *L'arbitrage en Bourgogne et en Champagne du XIIe au XVe siècle*, Dijon, 1977, p. 115)。

補足：2006年6月、本論文の著者であるジャン・イレール教授をモンペリエのご自宅に訪問し、あらためて本論文の訳出を承諾いただいたことについて謝意を表し、同時にいくつかの不明個所についてご教示いただいた。心地よい雨仏の初夏の一日であった。