

ロエスレル商法草案における仲裁人と フランスの仲裁報告人

小 梁 吉 章

1. はじめに

わが国の初めての近代的な商法は、明治23年(1890年)4月27日に公布され、翌24年1月1日から施行されることが予定されていた、いわゆる旧商法典である。同法典は総則2条の後に、第1編「商の通則」、第2編「海商」、第3編「破産」という全3編1064条で構成されていた。もとよりそれ以前にも資本主義的貨幣経済があったから、商取引は存在したが体系的な商法としては初めての立法である⁽¹⁾。一方、同法の基になったロエスレルによる商法草案は、第1編「商い一般の事」、第2編「海商」、第3編「倒産」のあとに、第4編「商事に係る争論」として1119条から1133条までの15条の規定を設けていた。そのうち1119条から1126条までの8条が商事仲裁に関する規定であり、1127条から1133条までの7条は商事に関する通常裁判所の判決の執行を規定したものであった。

商事に関する紛争の解決については、職業裁判官ではなく、商事の世界・慣習に通暁した商人に委ねる商事裁判所という特別裁判所を設けるという考え方がある。しかし、ロエスレルは商事裁判所を設置することを排除し、商事に関する裁判管轄を通常裁判所とし、商事の専門性という制約については、

(1) 政治家清浦奎吾元首相・元法相の著した『明治法制史』(明法堂、1899)は徳川時代には「商事に関する特別な法令の備わりたるものなし」「時々単行令あるのみ」「慣例は地方及び商業の種類に因りて一定ならず」と記している(590, 591頁)。

商事鑑定人を設けることによって解決を図ることとした。その一方で、取引所の取引に関する紛争については仲裁を強制し、その他の商事紛争についても仲裁による解決を認めて、商事仲裁の活用によって商事裁判所の不在という問題を解決することを想定していた。

しかし、ロエスレル草案の第4編「商事に係る争論」は旧商法典には取り入れられなかった。

本稿では、まずロエスレル草案の「商事に係る争論」のうち仲裁に関する規定を検討する。つぎに、フランスでは商事にかかわる紛争の解決に仲裁を強制した経緯もあり、商事紛争の解決における仲裁人の役割とロエスレル草案との関係を見ることとする。最後に、ロエスレル草案第4編の規定の削除の経緯について検討することとする。

2. ロエスレル草案の「商事に係る争論」規定

(1) 商事裁判所の排除

商法草案の編成に見られるとおり、ロエスレルはわが国商法典の起草にあたって、フランス商法典を参考としている。ロエスレルは「商法草案脱稿報告書」で「仏国商法は編纂上より論ずるも事項についていうも、立法上公認の模範なり」としている。商法草案の各条文に付されたロエスレル本人による注を見ると、ロエスレルが参考にした外国法典はフランス商法にとどまらず、きわめて広範であるが、商法の編成はフランス法を踏襲している。すなわち、1807年商法典 (Code de commerce) は第1編「商事一般」(de commerce en général)、第2編「海商」(de commerce maritime)、第3編「破産と詐欺破産」(des faillites et des banqueroutes) および第4編「商事裁判所」(de la juridiction commerciale) から構成されていた⁽²⁾ので、これはほぼロエスレル草案の編の構成に対応する。同法典第3編「破産」はその後わが国の旧商法におおむね採用されている⁽³⁾。

ロエスレルは商事裁判所制度を採用しなかった。この点について、ロエス

レルは草案の緒言で「商事裁判法は商人の特権に帰す」が、「商人は通例その一身に関する商事にのみ通曉し、他の商事は事実を弁するものきわめて少なし。ゆえにもし彼の主義（商事裁判の主義）をもってただちに商事裁判法の目的を達せんと欲せば商業各種の商事裁判所を設立せざるを得ず」、「商人のその自ら従事する商業の規則習慣に熟知するは裁判官の及ばざるところなりといえども裁判官に有用なる法律職能はこれを併有するなし」、「法律博識の裁判官にしてもし商業習慣および商業事情に通せざることあるときは証人鑑定人を召し出して容易にこの缺を補うを得べし」とし、「これをもってこれを観れば特別商事裁判所を開設すべき理由なし」と結論づけている⁽⁴⁾。さらに第4編の各条文の追加説明では、ドイツ、オーストリア、イギリス、アメリカ、スペインなど「もっとも強大著名なる諸国においては一つも商事裁判所あることなく、またそのあるものは近来これを廃せり」の状況にあり、商事裁判所があるフランスでも「商人より出づる裁判人はたとえその職業の練達あるも裁判職を執るに必要な法律上の識に乏しく重大困難なる場合にいたれば法律に練達する書記あるいは仲裁裁判人に任せられたる代言人の断決するところとなること常」であるとし、さらに「新制商法の原則を熟知するを商人に望むこと難く、もし商事裁判所を設けるときはために新商法の浸

-
- (2) 第1編は1条（商人の定義）から189条まで、第2編は190条（船舶を動産とする）から436条まで、第3編は437条（支払停止を破産手続開始原因とする）から614条まで、第4編の商事裁判所については、615条から648条までの34条で構成されている。
- (3) ロエスレルの商法草案第3編破産は倒産申渡、倒産の効驗、別取権、警備処分、倒産品の管理及び売却、債主（債権者）、和解（協諾契約）、配当、有罪倒産、一身上に係る倒産の結果、支払猶予の12巻1034条から1118条の85条で構成される。978条から1064条の87条の旧商法破産編は使用する用語が異なるが、草案1037条を981条と982条に、1069条を1014条と1015条にそれぞれ分けるなどごく一部を除き、同一の編成であり、条文はすべて対応する。
- (4) 『ロエスレル氏起稿 商法草案上巻（復刻版）』（新青出版、1995）28頁。なお現代仮名遣いに改めている。

染をいっそう困難にする」とした⁽⁵⁾。商事に関する紛争の裁判にあたっては、商業知識と法律知識が必要になることが多いが、商業知識を鑑定人や商人によって補充することは可能であっても、法律知識を欠く者が裁判官になることは適当でないとするものである。そして、「今日司法権を国権に集合するの主義と調和せず」として、商事裁判所制度の採用は排した⁽⁶⁾。

草案 1119 条は「商事に係る争論は普通の訴訟手続をもって通常裁判所これを判決す」とし、後段で「必要なる場合においては商事鑑定人を立会わしむ」と規定した。商事鑑定人は「純然たる商事の問題、ことに商業帳簿の検査その他商業上の書類を判定することにかかわりて説明する」ための機関であって、裁判官の資格を有せず、判決はあくまでも通常裁判官が行うこととしていた。

後記のとおりフランスの古法では、商事裁判所が仲裁報告人 (*arbitre-rapporteur*) を指名することが広く行われていたが、仲裁報告人は当事者の尋問のほか、場合によって証拠調べを行い、証人を尋問し、鑑定を実施し、評価を行った⁽⁷⁾とされており、この点で商事鑑定人は商事裁判には必要な存在といえよう。

(2) 仲裁人

一方、商事に関しては裁判に代えて仲裁を制度化することとし、「相場会

(5) 【ロエスレル氏起稿 商法草案下巻（復刻版）】（新青出版，1995）1033 頁。なお、上記同様。

(6) フランス商法典の商事裁判所に関する条文は、商事裁判所の構成（615 条から 630 条）、商事裁判所の事物管轄・土地管轄（631 条から 641 条）、裁判手続（642 条で民事訴訟手続を準用）、控訴院手続（645 条から 648 条）で構成されている。現在も商事裁判所に関する規定は商法典 L 721 - 1 条から L 743 - 13 条までに規定されている。

(7) J.-L. Lafon, *L'arbitre près de la juridiction consulaire de Paris au XVIIIe siècle*, *Revue historique de droit français et étranger*, 1973, p. 224.

所において取り結びたる取引に関する争論は相場会所規則に従い仲裁裁判人」が判断することとし、「その他商事に関する争論は、法律、商業習慣、契約あるいは官権をもって仲裁裁判人の判決に付することを得」るものとした(草案1120条)。この規定の仕方からすると、前者は強制的に仲裁により解決し、後者は任意または裁判所の職権で仲裁に付すことができるとしたもののである。また、草案1122条は通常裁判官が係属した事件を職権で仲裁に移すことを認めることとしている。なお、ロエスレル自身が仲裁規定を一般に訴訟法に規定することを認めているが、フランス商法が仲裁規定を有することを理由として⁽⁸⁾、商法に仲裁規定を設けることを根拠づけている。さらにロエスレルは、仲裁に付される商事に係る争論を「商品の品質、分量、計算書あるいは商業帳簿の検査、商業習慣の有無およびその意義等」に関するものと想定し、仲裁は双方の知信者に解決を委ねること、手続が急速簡単であること、費用は少ないことから、仲裁が発達することによって商事裁判はおのずから不要となると見込んでいた。仲裁人は荣誉職であり、一種の公職と位置づけられた(草案1126条)。

(3) 仲裁手続

仲裁契約は書面で行うか、裁判所において契約を結ぶかのいずれかによって行い、契約には当事者双方の氏名、仲裁に付すべき事件および仲裁人を指名することとした(草案1121条)。ロエスレルは紛争が生じた後に、仲裁に付託する事件や選任する仲裁人を記すことに問題はないが、紛争が起きていない時点であらかじめこれらを合意することの効力について自問し、あらかじめ仲裁に付託するとの契約は「極論すればいまだ真個の契約にあらず、仲

(8) 1807年フランス商法典は、第1編第3部で会社法規定を設けているが、その第2節で「社員間の争いと解決方法」を定め、51条で「社員間の会社にかかわるすべての争いは仲裁人によって判断される」と定め、以下64条まで仲裁規定が続く。詳細は後記のとおりである。

裁契約をなすべき予約」であり、紛争が現実起きたときに双方が「仲裁契約を結ぶの義務ありしめる契約であり、効力を肯定している。また、仲裁人は双方が1人を選任することとし、2人の仲裁人の意見が分かれた場合、仲裁人が「上席人」として1人を選任し、上席人の判断によって決することとしている（草案1123条）。さらに仲裁判断は仲裁人の選任から3ヶ月以内に行うこととし、かつ「判然たる条理および公然たる秩序にもとることなく、また法律に背馳することなくして成りたるにあらざれば無効とす」（草案1124条）とされた。仲裁判断についての通常裁判所への上訴の可能性については、条文には規定がないが、1124条の注で、仲裁を紛争当事者の間接的な和解であるとして「直接に自ら和解したると間接にその委任したる者によって同意したるとに差別あるの理なければ、これに対して控訴するを得ざるは自然の理」であると説明している。ただし、仲裁判断における法律の適用の誤りについては、仲裁判断の効力についての異議であるとして、通常裁判所への訴えを認めているが、これは仲裁判断自体についての上訴とは区別している。さらに、1125条は1項で「仲裁裁判の判決は確定判決の効力を有し、これを相手双方に申し渡したる後3日を経て裁判所の執行に付するものとす。ただしその効力に異議を唱ふるの権を放棄する旨を表示するを得ず」、2項で「異議は右申渡しの日付より1ヶ月以内に申し立つべし」と定めている。

（4）現行仲裁法との異同

ロエスレル草案の仲裁規定は、ドイツ、フランス、オーストリア、イギリス等の各国の訴訟法を参照し、また商法に仲裁規定を設けることについてはフランス、ボリビア、スペインの商法、取引所取引に関する紛争についてはドイツ、オーストリア等を参考にしており、いずれか一国の仲裁制度を写したものである。

現行のわが国仲裁法と比較すると草案の特徴として、商事に限定している

こと、条文数の少ないこと、強制仲裁を設けていること、裁判所の書類の送達、証拠調べ、保全処分等の支援の規定がないことに気がつくが、下記の諸点も大きく異なっている。

第1に、ロエスレル草案は原則として当事者双方が1名の仲裁人を選任し、この2名で紛争解決を判断するとしていることである。この2名の仲裁人では決定できない場合に、仲裁人が上席仲裁人1名を選任する。これは、フランス中世での仲裁実務と同様であり、「仲裁契約の書式集では、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）」とされていたことと共通である⁽⁹⁾。一方、現行の仲裁法は仲裁人数は当事者の合意によるとしながら、デフォルト・ルールとして3人としている（仲裁法16条2項）。

第2に、仲裁判断の基準について草案は必ずしも明らかではない。同1124条は、「判然たる条理および公然たる秩序にもとることなく、また法律に背馳することなくして成」ることを要とし、説明では、法式違反として期限の逸脱、書面によらない判断の交付を挙げ、判決の文面として条理・秩序に反するような不正、不法、無理、無道あるいは不可能を意味するとし、例として当事者を全然審尋しない場合、調査をまったく行わない場合を挙げている。さらに、法律に背馳とは仲裁規定違反をいい、仲裁人の選任、仲裁人の能力が仲裁規定に反する場合を指しているとしている。法律違反が仲裁手続違反に限られるとすると、仲裁判断にあたってはもっぱら条理と公序にもとづいて行うことになるようであり、現行仲裁法は、当事者双方が善と衡平によることを明示しない場合には、いずれかの国の法にもとづいて判断するとしている（同36条1項）ことと対照的である。

(9) J. Hilaire, *L'arbitrage dans la période moderne (XVIe - XVIIIe siècle)*, *Rev. arb.*, 2000, no. 2, p. 210. 拙訳「16世紀から18世紀のフランスの仲裁」*広法*30巻4号掲載予定。

第3に、草案は仲裁判断に対する上訴を認めていない。これは現行仲裁法と同様である。

3. フランス商事仲裁との関係

ロエスレルが商事仲裁を起草するにあたって参照した法律は多方面にのぼるが、草案全体としてはフランス商法典を参考としていることは否めず、ここではロエスレルの商事仲裁法案とフランスの仲裁法との関係を見ることとしたい。

商事の紛争の解決について裁判ではなく、仲裁を強制することはロエスレル草案の独創とは言えないようである。この点にまず、ロエスレル草案とフランス商法典の関係を見ることができる。1807年フランス商法典では会社の社員間の紛争については仲裁を強制しているが、社員間の紛争について仲裁を強制することは、すでにルイ14世時代の1673年商事オールドナンス（いわゆるサヴァリー法典）9条で設けられており⁽¹⁰⁾、さらにさかのぼると、1560年8月のフォンテーヌブローのオールドナンスは、商人間の商事に関する争いすべてについて仲裁を強制していたところである⁽¹¹⁾。このようにフランスでは商事について仲裁を優先させる歴史がある。イレール教授は1563年のパリ商事裁判所の設置は1560年オールドナンスによる仲裁強制の結果ではないかと推測している⁽¹²⁾。仲裁を重用したことの背景には、通常裁判所が繁忙を極めていたこともあるが、それ以上に仲裁を国家の機構に取り込むことによって国王権力の権威の強化を図ったものと考えられる。

また仲裁判断を出すまでの期間をロエスレル草案は3ヶ月としているが、フランスの古法では仲裁付託契約に期限が規定されていないときは、バルル

(10) *Ibid.*, p. 195. 7条は「すべての会社は社員間に生じた争いを仲裁人に服する条項を含むものとする。さらに条項がなくとも、社員の一人は仲裁人を選任することができ、他方も選任しなければならない。そうでない場合には、拒絶する側について裁判官によって選任される。」と規定した。

マンは3ヶ月と判断したとされており⁽¹³⁾、この点にも類似がみられる。ただし、1807年商法典は、仲裁判断について上訴を予定しており(同52条)、また仲裁判断を出す期限については当事者が仲裁人の選任のさいに定めることとし、とくに期限を設定していない(同54条)。この点はロエスレル草案とは異なる点である。仲裁人の数については、1807年商法典は明確に述べていないが、仲裁人間で意見の一致が見られない場合には、上席仲裁人(*sur-arbitre*)を選任することとしており、この点はロエスレル草案も同様である。1807年商法典では、仲裁判断には理由を付し(同61条1項)、商事裁判所の書記課に届け出て(同2項)、同裁判所の命令によって執行される(同3条)。ロエスレル草案には判断の理由の要否について明らかでない。

イレール教授は、上記の「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報告人(*arbitres-rapporteurs*)を指名したとする意見もある」としている⁽¹⁴⁾。商人間の争いに

(11) *Id.*, p. 193. イレール教授の論文によれば同オールドナンスは「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ない。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。」と定めていた。ただし、1560年の商事に関する仲裁強制は守られることなく、通常裁判所に提起されていたようであり、1566年、1629年に注意を喚起するオールドナンスが出されている。

(12) *Ibid.*, p. 194.

(13) *Ibid.*, p. 213.

(14) *Ibid.*, p. 221.

ついでに商事仲裁を強制するというオルドナンスの精神が残存していたとすると、後者の考え方のとおり、商事裁判所に訴えが提起されても仲裁人を選任し、この者に事案の解明と解決のための判断を委ねることもありえないことではない。

ラフォン教授は、パリ商事裁判所に選任された仲裁報告人のなかには、「食料品商人組合の管理人、仕立屋職人・商人組合の陪審員・審査員、ガラス職人の親方、蹄鉄職人の親方、道路舗装の親方、印刷業者など、関係する職業の者であることが多かった。また、元商事裁判官が選ばれ、法律家はめったになかった。さらにパリ商事裁判所の主席書記、シャトレ親任官、パリのバルルマンの弁護士もいた」と調査結果を報告している⁽¹⁵⁾。この点は、ロエスレル草案が「商事の問題ことに商業帳簿の検査その他商業上の書類を判定」することを想定した商事鑑定人に近いようではある。しかし、フランスで商事裁判所に選任される仲裁報告人は、単なる鑑定人ではなく事案を審理する者であって、この点で民事の仲裁人との差は小さかったとされている。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、商事裁判所の慣行にしたがって、仲裁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とされている⁽¹⁶⁾。

4. 旧商法からのロエスレル草案第4編の削除

法律取調委員会がロエスレル草案第4編の「商事に係る争論」の規定をすべて削除したことについて、伊東弁護士は、「その理由は不明であるが、以後商事裁判の処理に適切な立法的措置をとる機会が失われたことは遺憾の情を禁じえない」と述べておられる⁽¹⁷⁾。なぜ削除されたのだろうか。

(15) Lafon, *op. cit.*, p. 220.

(16) Hilaire, *op. cit.*, p. 224.

ロエスレルの商法草案の完成は明治17年(1884年)1月29日であるが、明治19年(1886年)8月6日に外務大臣井上馨の主張に基づき外務省に法律取調委員会が設置された⁽¹⁸⁾。明治20年(1887年)4月19日の商法典に関する第二読会⁽¹⁹⁾第32回は、午前の海上保険等に関する議論の後、午後に入って草案第4編「商事に係る争論」の審議に入っている。その第1章仲裁裁判人については、草案1119条について「異議なし」とあり、同1120条の強制仲裁と裁判所による仲裁への移送の規定については、岸本委員から「官権は職権なるべし」との意見があるのみであり、1121条から1124条までと1126条については「異議なし」、1125条については、細川委員から「確定裁判とはあるいは裁判所のなしたる裁判と同一なりというの意味にはあらざるか」との質問があり、岸本委員が「しかるときは大いに理論に適するなり」と答えている。以上のとおり、読会ではほとんど議論らしい議論がないまま異議なしとして散会となっている⁽²⁰⁾。

その後明治21年(1888年)6月27日の第72回に提示された法案では、第4編はすべて削除されている。この間の経緯については推測せざるを得ないが、民事訴訟法案に仲裁規定が設けられたことと無縁ではなからう。すなわち明治21年(1888年)10月11日の民事訴訟法草案議事録筆記第53回は、

(17) 伊東すみ子「ロエスレル商法草案の立法史的意義について」『石井良助先生還暦祝賀 法制史論集』(創文社、1976) 252頁。

(18) 高倉史人「商法典の成立」ジュリ1155号7頁。

(19) 民法典に関する元老院での審議について、大久保・高橋両教授は「元老院での審議は、一般に、三読会方式と呼ばれるやり方、つまり、本会議を3回に分けて開き、3回の議決により決定する方式で行われ」、第二読会は原則として逐条審議でもっとも実質的な審議がされたとしている(大久保泰甫＝高橋良彰『ボアソナード民法典の編纂』(雄松社、1999) 81頁)。法律取調委員会においても同様な方式がとられたのだろうか。

(20) 『日本近代立法資料叢書17－法律取調委員会商法第2読会会議筆記』(商事法務研究会、1985) 140頁。

民事訴訟法案第9編「仲裁裁判手続」を審議している。同草案761条は「1名または数名の仲裁人をして争訟の裁判をなさしむるの合意は原告被告が訴訟物につき和解契約を取り結ぶ権利ある場合にかぎり法律上の効力を有す」と定めたが、これは旧仲裁法（公示催告手続及び仲裁手続に関する法律）第786条とまったく同じである。審議では、南部委員が「これはよくわかっている和解を取り結ぶだけの力があれば仲裁を受けることができるだけのこと」との発言があったのち、小松委員から「商法には、ありましよう、これは私どものほうから商法の報告委員会の方に審査を乞うたのであります」との発言が見られ、議論の後「これは宜しい」として了解を得ている。その後、旧仲裁法の787条から805条までの19条に相当する草案762条から780条まで一日で審議が終了している。草案と旧仲裁法の条文で異なる点は、草案が原告被告とした点を旧仲裁法は当事者としたこと、草案762条の1項の後段を2項としたこと程度であり、ほぼ草案のまま成文法となっている。ただし、草案781条の「遺言上の処分またはその他合意に基づかざる処分により法律の許せる方法をもって設けたる仲裁裁判所には本編の規定を準用す」という条文のみ採用されなかった⁽²¹⁾。

このように仲裁手続規定を民事訴訟法に規定し、商法から仲裁の規定がすべて削除されたことについては、時期的に見て、明治20年（1887年）12月1日の日付のあるモッセの意見書が考慮されたためではないと思われる。

モッセはこの意見書のなかで、民事訴訟法草案を審査修正するにあたって意見を求められ、民事訴訟法草案の基礎を動かすことなく、当時の治罪法、裁判所構成法草案（ルードルフ起草）、民法草案、商法草案（ロエスレル起草）との整合性をとるべきであるとし、商法草案についてはとくに第3編「破産」（ロエスレル草案では「倒産」）と第4編「商事に関する争訟」のす

(21) 『日本近代立法資料叢書22－法律取調委員会民事訴訟法草案按議事筆記』（商事法務研究会，1985）589頁。

べてについて再検討を要するとの意見を出した。モッセは、民法・商法は事物法（実体法）であり、民事訴訟法は訴訟法であるから、民法草案・商法草案の多くの条文の「大半は削除せざるべからざるもの」であり、実体法である民法・商法相互の必要な調和を保つためにも「大いに変更せざるべからざる」としたが、実体法である民法草案・商法草案にある「訴訟法に属すべき数多くの規定を削除するがために」、民法草案・商法草案の審議にあたって、民事訴訟法草案・裁判所構成法草案を斟酌することが必要であるとした⁽²²⁾。

モッセがロエスレルの商法草案の第3編破産についてロエスレルと意見が対立したことは、明治20年（1887年）11月16日の帝国司法裁判所構成法草案第3回で、三好（退蔵）委員⁽²³⁾が報告しているところである。この日、委員長から南部委員に対して「訴訟法には破産事件はどうなっていますか」との質問があり、南部委員が訴訟法には特に手続がない旨の答えがあった後、三好委員は「この間モッセーに聞きましたが、破産法というものをルードルフが起案することに委員長から託せられたが、ちょうど商事と民事と両方支配すべきものをルードルフが起案することになって取り掛かっておりました、そのことについて彼方は商事だけになって民事は関係ないという。モッセーは訴訟法をやるにしても関係があるからお決め下されたい、やはり自分はどうしても商事ばかりではない、民事上の身代限も商業上から起こる身代限もともに支配する法律を立てられたい意見であると。それでロエスレーとたびたび議論するけれども始終議論が合いません」と述べ、さらに「けれどもモッセーがこのごろの話しに、ロエスレーとは誠に論が合いませんという⁽²⁴⁾。ロエスレーは実地のことを考えて呉れんで自分のことばかり決め居てするから困ると申します」と報告しているとおりで⁽²⁵⁾。

(22) 『日本近代立法資料叢書 24 -モッセ氏意見書』(商事法務研究会, 1985) 2頁以下, とくに6頁。

(23) 三好委員の経歴は、向井健「民事訴訟法典編纂の先達たち」ジュリ 971号 21頁を参照。

すなわち商法草案と同時並行的に審議が進められた民事訴訟法草案に仲裁手続規定が設けられ、両者の調整を要するところとなり、実体法規定である商法から、商事という限定された範囲であったとはいえ、手続規定である仲裁規定が削除されたものと推測される。

5. 結語

仲裁には、ローマ法とカノン法の2つの起源があるとされる⁽²⁶⁾。カノン法としては、13世紀の教皇グレゴリウス9世の教令（*Décrétales*）に仲裁の規定があるとされている。フランスでは12世紀以降、紛争の平和的な解決方法として仲裁は重要な役割を担ってきた。ジャンクロ教授は「12世紀以降の西ヨーロッパにおけるローマ法の再生によって、仲裁は紛争の停止の法的実際の技術の地位を得た」と説明している⁽²⁷⁾。12, 13世紀には教会関係者によって「平和の法廷」として仲裁は利用されたが、14, 15世紀と時代が下るにしたがって、一般世俗の間にも紛争解決手段として定着してきた。さらに中央集権国家の形成が進行するにつれて、国家権力は仲裁を通常裁判所の管理下におくことによって、国家裁判機構の集中に務め、その過程で仲裁の強制、仲裁判断についての上訴の許可、仲裁判断の裁判所による認可といった手段

(24) 鈴木教授は、モッセ夫人の明治19年（1886年）10月22日の手紙の引用に続いて「モッセ夫妻は、ユダヤ人であっただけに、東京にいるそれほど多くないドイツ人の間でも窮屈な思いをしたようである」と記されている（鈴木正裕『近代民事訴訟法史・日本』（有斐閣，2004）105頁）。

(25) 『日本近代立法資料叢書25—帝国司法裁判所構成法草案議事筆記』（商事法務研究会，1986）45頁，46頁。

(26) 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 compositio*）」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」『仲裁の研究・著作集第6巻』（信山社，1991）248頁）。

(27) Y. Jeanclos, *La pratique d'arbitrage du XIIe siècle au XVe siècle : Éléments d'analyse*, *Rev. arb.*, 1999, p. 419. 拙訳「12世紀から15世紀のフランスの仲裁」広法30巻3号214頁。

がとられた。ヨーロッパでは仲裁は紛争解決手段として長い伝統を有している。フランスにおける仲裁の例として、ジャンクロ教授は「トロア、ディジョン、スミュールあるいはボヌなどの各都市のブルジョアが12世紀から14世紀の仲裁付託契約に加わっている。かれらのほとんどは毛皮職人、ラシヤ職人、皮鞣し職人、養鶏業者、釜鍋製造職人、樽職人、葡萄業者など、社会経済的生活のための職業を営んでいる。かれらは領主あるいは共同体の通常の裁判組織の外の仲裁廷を選んだのである」と説明している⁽²⁸⁾。

これに対してわが国には仲裁の伝統がない。もとより江戸時代には庶民の紛争解決は一般に和解によるとされてきたが、仲裁は当事者の自治に基礎をおく紛争解決手段であり、士農工商の階級差別が歴然とする社会には仲裁が活用される素地がない。アルペラン教授が「周知のように、人々のメンタリティや生活は、数十年あるいは1世紀といったリズムで変化するもの」で、「国家の法規によって私法を急に一変させることは困難」⁽²⁹⁾というように、この意味では、仮にロエスレル草案のとおり、商事仲裁規定が設けられたとしても、どこまで利用されたか疑問がないこともない。しかしフランスの近代の仲裁の担い手が商工業者（ブルジョア階級）であったことを想起すると、少なくとも商事について仲裁を優先することを設けていたら仲裁が定着した可能性はある。伊東弁護士の「機会が失われたことは遺憾の情を禁じえない」とする評価を共有せざるを得ない。明治10年代20年代の法典編纂作業は条約改正に必要であるという至上命題があったために、法典制定作業が急がされたことは否めない。

最後に

後藤紀一先生の退職記念号に本稿を掲載することができたことは、筆者の

(28) Jeanclos, *op. cit.*, p. 425. 前掲 207 頁。

(29) J.-L. Halpérin, *L'impossible code civil.*, Paris, 1992, p. 15.

望外の喜びである。先生には筆者の広島大学での面接以来多くのご高配を賜ってきた。また、先生からは元銀行員である筆者に最近の金融実務についてしばしばご質問をいただいたが、充分にお答えができたためしがなく、心苦しいかぎりである。引続き、後藤先生には研究者と弁護士という2つの世界でご活躍いただくことを念じて止まない。