



Title	裁判官仲裁と司法権の変容
Author(s)	小山, 昇; KOYAMA, Noboru
Citation	北大法学論集, 36(1-2), 315-363
Issue Date	1985-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16480
Type	departmental bulletin paper
File Information	36(1-2)_p315-363.pdf



裁判官仲裁と司法権の変容

小
山
昇

はじめに

- 一 フランスにおいて現職の裁判官に仲裁付託をすることが許されているか
 - 二 新民訴第一二条五項のホルニユ解釈——その一、第一二条の目的——
 - 三 新民訴第一二条五項のホルニユ解釈——その二、第一二条の手続面——
 - 四 ラセール議長の発言
 - 五 ベレ報告
 - 六 討 論
- おわりに

はじめに

フランスの新民事訴訟法典(一九七五年二月五日デクレ七五—一二三号)は、紛争(jingō)が現に生じた状態において、両当事者が裁判官に紛争を *amicable compositeur* として裁断する任務を付与することを認めた(一二条四項、五八条)。*amicable compositeur* は、法律上、伝統的に、仲裁人に *amicable compositeur* として裁断する任務を仲裁契約の両当事者が付与した場合のものであった(二八〇六年四月二九日デクレ、一〇一九条、新民訴一四八二条)。だからであろう、わが国では友誼的仲裁人と訳された。だが、*amicable compositeur* は *amicable composition* (友誼的和合調整)をする人である。仲裁人だけがこれをするとは限らない。新民訴は *judge amiable compositeur* を創設したのである。これは *arbitre amiable compositeur* とは区別されるべきである。かくて、*amicable compositeur* は、友誼的和合調整人と訳すほうが紛れが少ないであろう。それよりも重大なのは、*amicable compositeur* として裁断する任務を付与された *judge* の性質はなにかを決定することである。

amicable composition の歴史は長くその実績は大である(Eric Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international*, 1980)。これを紹介することは他日に譲る。本稿においては、*amicable compositeur* として裁断する任務を付与された裁判官を、*le juge-arbitre* と称し、*le juge-arbitre* という題の下で、ユルニエ教授(Gérard Cornu 第二天学)とベルン破毀院長(Pierre Belle)とが報告をし、これについて参加者が討論をした、その内容を手掛りとして、筆者がなにを知ろうとしたかを記すものである。たんなる翻訳ではない。

右の討論集会(colloque)は、司法研究所(Des instituts d'études judiciaires)の第一一回集会で、「裁判官と仲裁」という

会議名の下で、一九七七年一〇月六日から同八日まで三日間デジョンにおいて催されたものである。テーマは、四つあった。仲裁の手続―仲裁条項から仲裁判決に至る―における裁判官の介入、仲裁におけるもろもろの救済手段、国際仲裁の特殊問題、裁判官―仲裁人、の四つであった。この討論集会は、*Revue de l'arbitrage*, 1980, n°2 に記録されている。

(注) コルニュ報告を単にC、ベレ報告を単にBと表記し、その下に頁数を示すことにする。

一 フランスにおいて現職の裁判官に仲裁付託をすることが許されているか

1 問題

フランスにおいて現職の裁判官に仲裁付託をすることが許されるか、という問題を考えるには、二つの場合を区別すべきであろう。すなわち、①訴訟に係属していない紛争を、現職裁判官を仲裁人に選任して、仲裁に付する合意をした場合と、②紛争につき民事裁判権に基づく解決を求めるものではあるが、事件につき管轄すべき裁判官に仲裁人の機能を付与する合意をした場合とである。①における問題はいわば裁判官の職にあること自体は仲裁人として適格を欠くものたらしめるかである。②における問題は、裁判と仲裁(国の司法権の作用と私的裁判の作用)とは合流することができるかと考えるか否かである。仲裁人には当事者が *amiable compositeur* として事案を裁く機能を付与することができる。このことは、②の場合において、仲裁人の権能を付与された裁判官の任務は、国の裁判権の行使の性質をもつのかという問題を生ぜしめるのである。

裁判官への仲裁付託に存する問題をコルニュは次のような形でとらえる。コルニュはまず、*la justice étatique* (国

の裁判)と la justice arbitrale (仲裁による裁判)とを区別する。そして、後者の中に、前者と同じものが存する反面前者にないものも存する」と認識する(三三三—三四頁)。そして、国の裁判官(より広義には、司法の官職者 un magistrat de l'ordre judiciaire)が、国の司法裁判権の内または外で、仲裁の任務を受けることができるか、という問題を、国の裁判官は、当事者の意思により、右にいう「前者と同じもの」でなく、右にいう「前者にないもの」を、仲裁による裁判から借りてくることができるか、という問題であると同らえる(同上)。借りてくることができるとすれば、そこに、わたくしのいう、仲裁の性質の裁判への合流という現象が生ずる。

2 沿革

(イ) 中世 一六三五年一〇月オールドナンスは、プロヴァンス州のパルルマン〔最高の司法裁判権行使機関。Dictionnaire encyclopédique Quillet, N-PQ, 1970 を見よ—筆者〕の裁判長たちや裁判官たちに、la Cour〔高等法院のこと—筆者〕または管轄司法機関(justices du ressort)の決定に付すべき事案につき仲裁の任をもつことを禁じた。一五三九年二月二三日のアベビル(Abbeville)のオールドナンスは、一般的の形で、すべての裁判官に、同様のことを禁じた。

これらのオールドナンスを、グルノーブルのパルルマンは、受けいれなかった。その理由を Gui-Pape が述べている。Humbert 二世が、conseil〔評議会。これは裁判機関でもあった—筆者〕を設置したとき、裁判官に、当事者間の仲裁人たることを許し、Louis 一世は、この conseil を直ちにパルルマンに変え、パルルマンに従前の権利と特権とを保持させた、ということである。

トゥルーズのパルルマンには、その裁判長たち、その裁判官たち、及びそこで働く王の官吏(gens du roi)たちは、la Cour の許可なしには仲裁を受諾することができない、旨の規則が見られる。ディジョンのパルルマンは、一五七一年一月二九日の判決によって、この cour の裁判官で juge nécessaire であったものは(例外はあるが)仲裁人であ

ることはできない、と裁判した。

パリのパルルマンは、officier [officier de justice のことであらう—筆者が(だれでも)、裁判官として管轄すべき訴訟につき、仲裁人と考えられることを許した。しかし、裁判所に係属中の訴訟につき仲裁付託をすることの場合には、当該訴訟の報告判事たるものは仲裁人の中に加えられることはできない、のであった。

[以上、Merlin, Répertoire de Jurisprudence, tome 1, 1827 p. 441 にある。コルニユはこれに基づき、昔の法律は分裂していた、と述べている]

(ロ) 旧民訴前夜 一七二八年一月三日の決定に基づく特許状の第一七条によって、アルトワ(Artois)の conseil の officier に対して裁判所として(en corps)仲裁を受諾して裁くことが禁止された。この禁止は、officier は各人が個人として仲裁人とされることができ、それを明らかに前提している。そしてこの禁止は、アルトワの conseil が、裁判所として仲裁を受諾することによって、州(province)の下級裁判所が、第一審としては conseil の前に提起されえない事件について、裁判することを、奪いとすることを妨げることを目的としたものであった。

パルム(Parme)とプレザンス(Plaisance)の各三部会における司法の管理に関する革命暦一三年 Prairial(牧月)二〇日のデクレの第五条及びジェヌス(Gènes)県、モントノット(Montenotte)県、アペニン(Apenins)県、マンンチ(Marengo)県における司法の管理に関する同年 messidor (收穫月、牧月)につづく次の月)一五日のデクレの第五条は次のように定めている。《平和の裁判官 [Juge de Paix、治安判事と訳されているもの—筆者] もその他の裁判官も、当事者を和合調整するに到った場合に、もしくは当事者の仲裁人として選任された場合に、そのために時間を費したということを理由にもしくはそのために労力を費したということを理由に、報酬を、後からも前以てでも、請求することも受領することもできない》。この規定は、明らかに、裁判官が仲裁を受諾することができることを前提としている [以上、Merlin p. 441]。

一七九〇年八月一六—二四日の司法（裁判）組織に関するデクレ第一章は仲裁人裁判官についてという表題の下に六か条の規定をもった。そこに、狭義の裁判官が仲裁を受諾することができるかについての明文の規定は見られない（同デクレの詳細は、小山昇「フランス一七九〇年仲裁法について」、北大法学論集三二卷一—二八五頁）。

(ハ) 旧民訴 旧民訴とは、一八〇六年四月二十九日に制定され同年五月九日に公布されたところの民事訴訟法をいう。その第二部第三編がすなわち、単章 (Titre unique) 仲裁について、である。「その制定の経緯については、小山昇「フランス一八〇六年仲裁法の制定の経緯」、北大法学論集三〇卷四号二二五頁」。

一八〇六年民訴法典には、現職裁判官の仲裁人資格に関する明文の規定は存しない。このことに関する学説判例の状況は、*Repertoire Général Alphabétique du Droit Français, 1888, Arbitrage* によれば次のようなものである。

一八〇六年民訴法典第三七八条は、裁判官の忌避事由を列挙した。その第八号の中に、裁判官が、かつて、当該紛争につき、仲裁人として裁判をした場合が含まれている。この条文は、裁判官が仲裁人たることができることを前提しているものであると解された。「コルニユは、すくなくとも訴訟になる前には、と付け加えている。三七三頁注(2)」。この条文については、本条項は、裁判官が裁判官に任命される以前に仲裁人として裁判した場合についての規定であると解される余地がたしかに存する。しかし、裁判官に任命された後に仲裁人として裁判した場合を除かなければならないことを示すものはなにも存せず、むしろ、一般的なしかたでことがらを規制したものである。

判例は次の通りである。平和の裁判官は、当事者双方が和合調整のためにその前に出頭するとき、当事者双方によって彼らの紛争の仲裁人として選任されることができ (Colmar, 21 déc. 1813; Grenoble, 17 janv. 1822)。裁判官は、彼が所屬する裁判所に提起された争訟において仲裁人として選任されることができ (Cass. 30 juill. 1856, S. 57. I. 133, D. 56. I. 405)。右の場合、仲裁人として選任された裁判官が、付託された事案につき、以前に、*juge-commissaire* [判決を

する裁判官ではなく、手続を進める裁判官（筆者）に指名された場合でも右に同じ（同上判決）。上記判例の考え方は事案につき管轄権を有する商事裁判所の裁判官にも通用する（Cass. 3 mars 1863, S. 63. 1. 119, D. 63. 1. 225）。検事（公益職（ministère public）—いわば検察官—のメンバー）は、判事と同様、仲裁人として、選任されることが出来る（Cass. 25 avr. 1864, D. 54. 1. 250）。法律が、絶対的に、平和の裁判官の管轄を排除しており、従って、合意によって平和の裁判官の管轄にすることができない事件であっても、平和の裁判官を仲裁人に指名することは妨げられない（Chambery, 30 juin 1885, D. 86. 2. 271）。仲裁付託契約において、仲裁人の選任をA裁判所にまかせる旨の約定がある場合には、A裁判所はA裁判所に所属する裁判官を仲裁人に任命することはできない（Paris, 30 juill. 1852, S. 63. 1. 119; Angers, 5 fév. 1842, S. 42. 2. 247）。

以上は、判事・検事が個人的に仲裁人に選任されることに関するものである。裁判所として仲裁人に選任されることのできるかは別問題である。この問題に対する答えは否定である。裁判所に仲裁人として裁判することを禁ずる明文の規定は存しない。だが、この禁止は法の原則（les principes de droit）によって命ぜられるところのものである。裁判所というものは、法律により定立された権限と手続に従って正義を行なう（rendre la justice 判決を下す）ために設立されたものである。権限と手続の法定は、裁判のよき管理運営を確保しすべての関係当事者の権利を擁護することを目的とする。かかる権限と手続とが遵守されることは「公序」である。かくして、裁判所を仲裁裁判管轄機関に変え、法律により定立された保護形式（les formes protectrices）を廃して裁判管轄権の秩序をさまざまにする合意は、公序に反し、無効（nulle et non avenue）であると考えるべきである（Cass. 30 août 1813 ほか）。以上が上記 Répertoire に述べられている。

（二） 現行法 一九七二年七月五日法律七二—六二六号は、一方で、旧民訴三七八条（及び三七九条）を廃止し〔第一六条一項〕、他方で、一九五八年一月二二日オールドナンス五八一—二七三号の第一章の後に、第一章の二（忌避について）を追加した。その第八—一条は、裁判官の忌避事由を列挙し、列挙の中に《5°彼が以前に事案につき裁判官と

説 してまたは仲裁人として裁判した場合または……』というのがある〔第一〇条〕。これとは別に、一九七五年二月五日デクレ七五—一二三三号（新民事訴訟法典）は、その第二条〔第六項であったがその後一九七九年に第三項が取り消されて繰り上って〕第五項に、紛争が現に生じた場合に、当事者は裁判官に *amiable compositeur* として裁断する任務を付与することができる旨の規定を定めた。これにつき、コルニユは、裁判官を仲裁人に選任できるかの問題を、右条項は、部分的に、明白に、規制したととらえ、その上に、条文中の「裁判官に」の語を、「裁判官（国の裁判所）」と理解している（C三七四頁）。

新民訴一二条は、訴訟を裁断する基準は法の規定であることに關する総則的な規定である。この点では、仲裁人が訴訟を裁断する基準を定める新民訴一四七四条と比べるべきものである。裁判官に關する第一二条と仲裁人に關する第一四七四条及び第一四八二条の間に存する異同の簡単な比較対照はすでに小山昇「フランス民訴改正の一齣」（新・実務民事訴訟講座月報7、一九八二年七月、日本評論社）において見られる。

3 新民訴一二条の立法過程

(イ) 司法省に設けられた民事訴訟研究委員会には、問題は、裁判官の仲裁裁判への参加の問題という形で、広い意味で出された。委員の中で活動的であったものの中でも、H. Motulsky, Bellet, Caron が注目された。後の二者は、裁判官が仲裁をすることに賛成であった。そして、一九六七年四月付の右の趣旨の報告書を出している（C三七四頁）。

(ロ) Bellet と Motulsky が一九六七年六月に委員会に案を提出した。この案の中に、《国の裁判所によって行なわれる仲裁裁判管轄権》という節があった。この案は、裁判官仲裁人の選任及び報酬というもつともデリケートな問題をも、扱っていた。Le Comité du patronat français（企業のトップで構成するものか「筆者」の代表者たちは、司法省における一九六八年三月二五日の研究委員会において、「裁判官の「筆者」」氏名のリストが必要であること、及び裁判官仲裁人に

報酬を払うことを欲することを明言した。他の人たちは、国の裁判所の中に仲裁部を設置することは已むを得ないとするに止まり、仲裁をした裁判官が当事者からどんなものであれなにかを受けとることができる、そうでないとしても、報酬 (honoraires) 徴収の係りを一人だけ公的機関として置いて、この者が一定の関係裁判官に「報酬として徴収したものを―筆者」手当 (indemnite) として支給する、ということに注視しなかった。

報酬については、次のような問題があったのである。一九五八年一月二日オールドナンス五八一―一二七〇号第八条は次のように規定した。

△magistrat〔判検事の総称―筆者〕の職務の行使は、一切の公職務の行使及び一切のプロフェッショナルなまたはサラリーを受ける活動と、不両立である。

前項の規定にかかわらず、magistratsが、彼らの権限事項に照応する教えを与える場合〔例えば、法律の論文を書くことがこれに当たるか―筆者〕、または、magistratsの威信及びその独立を性質上害しないような任務または活動を行なう場合には、所属の裁判所 (conseil) の長の決定によって、magistratsに、前項の規定から外れることを個別に、同意することができる▽。

裁判官が仲裁人の任務を行なうことを一般的に認めることは右の第八条に反することである〔筆者〕。このような、二つのテーゼの対立は解消できないものであった。かくて、裁判官は一般的に仲裁人たりうるという案は廃案となった〔以上、C三七四―五頁〕。

(ハ) 友誼的和解調整について

草案巻頭規定〔dispositions liminaires〕の訳、法務資料四三四号の訳の第一〇条は次のような規定を含むものであった〔現在の第二二条―筆者〕。

△当事者は、処分権を有する事項において、共同の一致により、裁判官に、衡平により裁く任務を与えることができる。裁判官は、友誼的和解調整人にされていなきときは、適用しうべき法の規定に従って訴訟を裁断しなければならない▽ (一九七〇年二月の草案)。

この規定は一九七〇年三月九日に司法省において討議された。その記録においては、右の第一〇条は、次のようになっている。

△裁判官は、訴訟を適用しうべき法の規定に従って裁断すべきものとする。

前項の規定にかかわらず、当事者は、処分権を有する事項においては、明示の一致によって、裁判官を法によって裁く義務から免かれさせることができ、当事者が弁論の枠を法的性質決定及び法の規定を通じて限定するその法的性質決定及び法の規定に縛られる義務から免かれさせることもできる。▽。

右の改正案には前置きがついており、その中に、第一〇条のために、次のような注釈がついていた。

△重要な規定。第一〇条は三つの連続する肯定を含む。

—原則の肯定〔法の規定に従うことの原則の肯定—筆者〕—このことはほとんど争うべくもない。このことは、純粋な状態においては、訴訟事項 (*matière contentieuse*) における司法裁判機能 (*fonction juridictionnelle*) の定義 (*Juris dictio*—法を語ること) それ自体である。

—原則の緩和—二つのことが、正反対の意味において、しかし同一の条件(当事者が処分できる事項について合致すること)の下で、規定される。第一は、全く新しいことであるが、裁判官に衡平により裁断する権限を与えるなどにより、裁判官を法により裁く義務から解放する権能を当事者に認めたことである。▽。

小委員会の審議に付され(一九七〇年二月二日に、右の点について修正して可決され)た改正案においては、第一〇条は次のように起草されていた。

△裁判官は訴訟を適用しうべき法の規定に従って裁断すべきものとする。裁判官は法の規定に叶う正確な性質決定を復元しなければならぬ、……。前項の規定にかかわらず、当事者は、自由な処分権を有する権利については、明示の台致に基づき、弁論の枠を法的性質決定及び法の規定を通じて限定するその法的性質決定及び法の規定に裁判官を縛ることができぬ。

当事者は、また、前項と同一の条件において、とくに控訴院上訴を放棄したのではないときは控訴院上訴を留保して、法により裁くことから裁判官を免れさせることができる。▽。

右の条項は、コンセイユ・データの（一九七一年七月の）討議の後に、次のような文言となった。

△紛争が現に生じているとき、その者ら〔当事者〕は、また、「前項と」同じ事項につき、「前項と」同じ条件の下において、とくに控訴院上訴を放棄したのではないときは控訴院上訴を留保して、裁判官に友誼的和解調整人として裁く権限を与えることができる。▽

これが、一九七一年九月九日デクレレ七一―七四〇号第一二条の第三項となり、ついで、新民訴訟法典第一二条第五項となつたのである。（以上、C三七五頁。コルニユは、ここで、裁判官が友誼的和解調整人として裁いた実例はパリ大審裁判所一九七二年一月二二日の判決一件だけであると報告している。そして、この事件においては、衡平と善による（*ex aequo et bono*）判決は被害者が請求した金額と保険会社が提示した金額の中間に大へん近い賠償金を相当と認めるといふものであったということに留意すべきである、と述べている。』

4 ま と め

以上から、フランスにおいて、裁判所たる裁判官に、仲裁付託をすることが許されているか、という問いに対しては、すくなくとも、友誼的和解調整人として事実を裁くことは許されている、と答えることができる。仲裁付託においては、仲裁人に友誼的和解調整人として裁くことを託することができるのであるが、（裁判所たる）裁判官が友誼的和解調整人として裁くことは、裁判基準に関する限り、仲裁人が友誼的和解調整人として裁く作業と変るところはないであろう。しかし、友誼的和解調整をする（当該訴訟を管轄する）裁判官の裁判と（裁判官に非ざる）仲裁人の裁判とは、行為の性質において、司法権の有無の区別から、異なるものが存するのであろうか、を問題とすることができよう。

二 新民訴訟第一二条五項の「コルニユ解釈」——その一、第二二条の目的——

新民訴訟第一二条五項の目的は、友誼的和解調整にあり、裁判官のなす友誼的和解調整人としての決定に終審性を与え

ることがこれを補充する、とコルニユはとらえる(三七八頁)。

1 友誼的和合調整

A 解釈の指導原則

(イ) 第一二条は、司法の扉を、友誼的和合調整人に開いた。しかも、その決定について控訴院上訴の放棄を認め終審性の余地を置いた。

(ロ) 第一二条は裁判官を友誼的和合調整人とすることを認めた。裁判官を仲裁人とする、という文言を使用していない。とはいえ、友誼的和合調整はもとも仲裁における伝統的なその一部分である。第一二条により友誼的和合調整の権限授与が国の裁判官になされるのである。仲裁において馴染んだことが国の機構の中に取り込まれたとなると、友誼的和合調整ということの意味を明らかにし、これを国の機構という異境の受皿に移すことが必要である(二七八頁)。

(ハ) 友誼的和合調整の観念において、これと国の機構という受皿を結びつける基準は二つある。第一は、法により裁くことを免れしめることである。第一二条の友誼的和合調整は仲裁からの借物である。このことは、第一二条の立法の経過(前掲一三(ハ)をみよ)から明らかである。母法たる仲裁制度と結びつかせるには、*amiable* と *compositieur* の二語をいうことで足りよう。*Secundum legem* (法に従つて)を仲裁に移したと同じように、*amiable compositeur* を意識的に使用したことは、仲裁事件において友誼的和合調整が有した意味を、第一二条の解釈の中に、置き換えることを、勧めるものであろう(三七八―九頁)。

これに対し、仲裁の司法(裁判)は友誼的和合調整を必然的に含むものではない(仲裁人にかかる任務を与えるためには特別の約定が現実要求されるのであるから)と反論することは重要であろう。この反論に答えるに、目下研究中の改正は、推定を転倒して、反対の約定がないかぎり友誼的和合調整の権限を仲裁人は帶有するものとみなすことを考えている、と

答えることは、適切な答ではないであろう（なぜならば、このようにみなしても、右の権限を仲裁人に許さないことができるのであるから）。かくて、次のようにいうことで足りる。第一二条において仲裁を援用することは、仲裁を全部的に援用するのではなく、仲裁のなから信頼に根ざす任務（une mission de confiance）を選んで援用したのである。この任務は、たとい仲裁という司法（裁判）に内在するものではないとしても、仲裁における優れた点を印するものである。すなわち、第一二条は仲裁の頂上「もっともよいところ―筆者」を借りたのである。「コルニユのこのような見方に筆者は興味を覚える」。

第二の結びつけは、いっそう主観的なものである。友誼的和合調整が当事者を合意させる方向に決定的に推し進める原因（cause）である。これがこの結びつけの本質的な目的である。友誼的和合調整によることに一致することは付録の約定条項ではなく主たる合意なのである。友誼的和合調整の任務はもっとも根源的なもの（l'objet primordial）である。しかしに当事者が合意により裁判官を選ぶことに止まってこれを友誼的和合調整人とせずこれを仲裁人に指名する、ということを観念することはできない。だが、それには別の規定を草しなければならず、第一二条の原則はこれと異なり裁判官は友誼的和合調整人とされるといふものである（以上、C三七九頁）。「友誼的和合調整が主であるというところえ方は注目に値する―筆者」。

(三) 当事者の合意の中で友誼的和合調整は中心の位置を占める。このことから、友誼的和合調整の任務（「の範囲」）については、これを嚴格に解釈すべきではなく、その反対に、もっとも豊かな内容を認める（donner la plénitude de son application）べきである、という指導原理が導かれる。この任務を果すことは強められた信頼を基礎とする行為であり、それが友誼的和合調整の全ての作業の目的原因をなすから、この任務の中に当事者の共通の意図（民法第一一五六条の意味における）の最重要の方向を認識して、この任務に豊かな内容を認めるべきであって、規範（la norme）から外れることを問題にするといった動機から嚴格に制限すべきものではない（以上、C三七九頁）。

(イ) 友誼的和解調整裁判官が帶有させられるのは真の意味の mission であつて単なる pouvoir (権限) ではない (コンセイユ・デタの討議の後に草された条文にある pouvoir の語が(前掲一・八)その後 mission に改訂された) ともこのことを証する)。友誼的和解調整人として裁くことは、裁判官にとつては、権限 (特權たる pouvoir) であると同時に責務 (devoir) であるのであり、裁判官は任務の受諾を強要され任務の遂行は裁判官の裁量にまかされる。この点で権能 (faculté) たる pouvoir ではないのである。原理的には、裁判官は、この任務を拒絶するときまたはこの任務の遂行において法の規定により裁断せねばならぬと考えるときは、自分のやるべきことをしていないことになるのである (以上、C 三〇頁)。

(ロ) 友誼的和解調整の眼玉は適用しうべき法の諸規定に適合して訴訟を裁断する義務から裁判官を原則として解放することである。第一二条第五項は第一項が宣言する規則にある緩和をもたらす。仲裁事件におけると同じく、右の免除は、裁判官が衡平によつてすなわち法律に逆らつて (praeter legem または contra legem) 裁判する任務を受けたときでも、司法的解決 (solution juridique) が彼の考えでは衡平な解決法であるときに彼が法律に従つて (secundum legem) 裁断することは根拠がないわけではない、ということの意味する。人は彼をある法の規定を適用することを非難することはできない。ただ、彼が (嚴格法に縛られると表明して) 嚴格法に拘束されることのみを非難することができるのである。友誼的和解調整の任務は裁判官に法によつて裁断することを禁止するものではない。それは、法の規定の通常の適用が彼の考えでは不衡平な結果に至る場合に、法の規定を外に置き衡平により裁断することに根拠を与えることが本来的なのである。

右の法の規定からの解放は、伝統的に、すくなくとも原則として、手続の諸規定からの解放を含む。例外を除き、友誼的和解調整人は « sans aucune formalité de justice » (司法裁判のもつ形式・方式を一切もたずに。このことは争いのないとい

ろである。裁判することが許されており、そのように勧められさえしているのである。

友誼的和解調整は国の裁判権の中で発現するから、実体規定からの解放においても手続規定からの解放においても、伝統的に、公序による限界は存する。友誼的和解調整は裁判官を公序の諸規定に従う義務の下に置く (Paris 21 février 1966, J. C. P. 1966 II 14828 参照)。たとえば、対審の原則、判決を理由づける義務は友誼的和解調整人に課せられる (Paris 10 novembre 1961, 7 décembre 1965, J. C. P. 1966 II 14625; Civ. 25 janvier 1963, J. C. P. 1964 II 13172 参照) (以上、C 380—1頁)。〔仲裁判断に理由を付することが友誼的和解調整の場合にも、公序であるという評価に筆者は注目する〕。

だが、訴訟における代理が義務的である裁判所〔たとえば、大審裁判所—民訴七五一一条、控訴院—民訴八九九条。筆者〕において、この義務性は友誼的和解調整をする場合にもなお存するかは厄介な問題である。義務的代理及び一定の司法補助職〔弁護士・代訴士のこと—筆者〕の独占に関する規定は第二二一条の適用の場合に容易に曲がるものではないことは十分に理由がある。〔ところで、小審裁判所—民訴八二七条—や商事裁判所—民訴八五三条—においては代理は義務的でない。筆者〕。たとえ当事者が管轄の諸規定の全てから解放されることを認めるとしても (これを認めるか否かは留保するが)、国の裁判管轄 (jurisdiction) の中で友誼的和解調整の任務を授けることは (国の管轄権から免れることを認めるのではなく—筆者) 当事者が選んだ裁判管轄 (jurisdiction) (小審裁判所、大審裁判所) の特種性 (identité spécifique) を、国家機関たる属性をいささかも損うことなく、無色にする (neutraliser) 〔に止まる—筆者〕ものである、と考えることができるということになる。かかる障害がないとするならば、代理〔させること〕の自由は、上述とは逆に、友誼的和解調整に結びつく法からの解放及び法からの解放が訴訟のためにもたらすところの法律性 (juridicité) の最小性の自然の延長として、現われることになる。

別の視点からの検討であるが、友誼的和解調整の中味は関係人の意思に依存するものであることは認めなければならぬであろう。たとえば、当事者が、合意により、裁判官をこれこれの規定から解放するという特別の定めをすること

は妨げられないであろう。当事者が特別の定めをしない場合には、国の裁判所において友誼的和解調整に訴えるということは、当事者が彼らの信頼に基づく行為に自然のなりゆきとして随伴するところのものをすべて欲したのであるという想定を許すものである。すなわち、弁論の非公開を欲したと想定すべきであろう。友誼的和解調整は公開の黙示的免除を含む。弁論の公開を定めた民訴四三三条の違反を主張することは理由があると人は思わないであろう。逆に、弁論が公開の審問においてなされた場合につき、和合調整の裁判を攻撃することができることを認めることは、しかし、もっと困難であろう(以上、c三八一頁)。「つまり、公開してもしなくても裁判を取消するような瑕疵にはならぬと解する、ということか。筆者」。

2 初審の決定または終審の決定

第一二条は、控訴(院上訴)を留保するか放棄するかを選択している。この選択がないときは、控訴ができるものとして処理される。

A 当事者が控訴を放棄しなかった場合

この場合、控訴をするか否かは任意である。控訴を放棄しない限り控訴ができるとするか控訴を留保しない限り控訴はできないとするかは立法政策である。友誼的和解調整は当然に控訴の放棄を含むものではない。この点、仲裁の場合とは逆である。新法においては、仲裁人に友誼的和解調整人の任務を与えたときは、控訴を明示的に留保しない限り控訴できない(民訴一四八二条)。放棄がないときは控訴を留保したものと法律上推定した(第一二条)ことの結果が次のようなものであることは明らかである。

控訴ができる以上は、破毀申立もできるということになる。控訴ができることは第一二条が存するからである。破毀申立については定めがない。このことは救済の非常の道が開かれたままであることを引き出すことを許すことになる

う。もっとも、この道が作動する場合には友誼的和合調整の反映を蒙ることになる。すなわち、友誼的和合調整は、控訴、破毀申立の道を閉ざすものではないとしても、これらの道を修正するものである。控訴判事または最高法院が行うコントロールの性質は、基盤は合意〔友誼的和合調整とする旨の合意(筆者)〕という刻印を必然的に帯びる。第一審判事が友誼的和合調整人であるときは、その後の控訴判事は友誼的和合調整人となる。適法に厳格法から解放された第一審和合調整を厳格法からの吟味に服させることは愚かなことであろう。第一審和合調整判決の矯正(formation)は法適用の誤りまたは手続の瑕疵を理由となさねばならない(公序の規定に違反した場合を除いて)。控訴判事はただ別の和合調整人であるに止まる。彼が、衡平の見地から異なるヴァージョンをもつときに、一審判事のそれとは別の判決のしかた(modus iudicandi)を優越させる者である。このことは、破毀申立の審級においては存しない。最高法院は、逆に、職務上、法の判事であって衡平の判事ではない。最高法院においては、原則として、攻撃された判決につき、法の規定の違反しか咎めることができない。これと同じく、友誼的和合調整判決は公序の規定の違反のゆえにのみ破毀を蒙るに止まる。(このように破毀院の役割を狭くすることは―筆者―神経質であるが見かけほど特殊なものではないであろう(三八二頁)。

B 当事者が特別に控訴を放棄した場合

友誼的和合調整が終審としてなされるには、当事者の信頼の増大によることから、当事者のその旨の意思の特別の表明が必要であり、それが控訴の放棄であり、これを法文は要求している。控訴の放棄の実現においてはそのいろいろの結果を吟味する必要がある。控訴の放棄の効果は制限的に解釈するのが合理的であろう。

すなわち、控訴という救済の途を全面的に閉ぢたと解すべきではない。むしろ、公序の規定の違反を理由とする控訴(取消を求める控訴)は存続させるべきである。この点は、仲裁において、当事者が控訴を放棄した場合について、判例が従来採ってきたところのよく知られている解釈をそのまま移すことができる。だが、取消を求める控訴の控訴事由から

公序規定違反を除くその他の事由を理由とする控訴を認めることまでも国の裁判管轄に移すことはできないであろう。といつても、国の裁判管轄と仲裁の裁判管轄の間の差異は大きくはない。国の裁判管轄においては、控訴の裁判官は、衡平により裁判するために、本案の吟味を再度行なうよう訴えられることはできないのであって、公序の諸規定の無視に対するサクンクジョンということを保持するのである。

最高法院においては一切の差異は払拭される。最高法院が監査するポイントは、「彼此」同様の制限の中で、配置される（以上、C三八三頁）。

三 新民訴第一二条五項のクルニユ解釈——その二、第一二条の手続面——

一つの合致により一人の裁判官を指定する。これは明白である。だが、この裁判官に委ねられた機能の範囲は法文から直接に測ることはできない。

1 基盤における分節

第一二条のシステムは二つの要素の結合から成る。一は、合意的のものであり、他は、国家的のものである。友誼的
和合調整の任務は当事者の合致 (accord) により一人の裁判官に与えられる。裁判官は国の裁判官である。

A 当事者の合致

友誼的
和合調整の任務を与えることの合致の適法・有効の要件は普通法の定めるところによる。ところで、この合致の性質は仲裁付託と見るべきか？。仲裁付託と共通する点は二つある。①現に生じた紛争についてのみ右の合致が許されること。②当事者が自由に処分できる権利についてのみ右の合致が許されること（三八四頁）。このような制限がある。

けれども、このような制限は仲裁付託のみが被るものではない（和解、控訴の放棄―民訴五五六条、管轄の合意―民訴四一条、においても然り）。よって、このような制限に服するから仲裁付託の性質をもつということはできない。友誼的合調整に合致することを認める立法政策は、訴訟の（*contentieuses*）事件においてすら、友誼的な調整を可能にし奨励することに断乎として加担する宥和の政策である。この点において、仲裁付託とはやや異なる。仲裁付託が一定の分野において将来紛争仲裁付託を許されるのと異なり、裁判官に友誼的合調整の任務を将来紛争について与えることは許されない。

友誼的合調整の合致は明白でなければならぬが、明白であれば足りる。すなわち、その方式は自由である。友誼的仲裁人として裁断する任務、衡平により裁断する任務、法により裁断することの免除などそういう趣旨のことで足りる。第一二条は書面を要求していない（以上、C三八五頁）。

B 国の裁判官

友誼的合調整の任務は当事者の合意により与えられる。第一二条はこの任務に国の裁判管轄権（*jurisdiction étatique*）を与えた。すなわち、第一二条の裁判官は国の裁判管轄権の「行使の」機関（*organe*）なのである。

したがって、この友誼的合調整を自宅で私の名義で実施することは許されない。それは司法の（*l'ordre judiciaire*）裁判管轄権に属するものである。大審裁判所の部のごとき合議体はこの任務が与えられたときはこのことは一目瞭然である。実際には単独の裁判官にこの任務が与えられることが多いであろう。そのことはしかし裁判官の介入の名義の性質を変えるものではない。裁判官が法曹（*magistrat*）として有する個人的資質は介入の名義を特長づけるのに十分ではない。 *judge amiable compositeur* は裁判管轄権機構（*l'ordre des juridictions*）からはずれて宙に浮いているものではなく、この機構の裁判管轄権「そのもの」なのである。裁判官単独であれ、小審裁判所であれ、大審裁判所であれ、それは、要するに司法の範疇の裁判管轄権の機能の行使における友誼的合調整人である（C三八六頁）。

「コルニユは、注において、当事者が裁判官を選択することができるか、について述べている。彼は私見としていう。ある裁判所の中で、一人の裁判官を選んでこの者に、あるいは数人の裁判官を選んでこれにより構成される合議体に、友誼的和解調整の任務を与えることができる。実際問題としては、しかし、そのために、いろいろな手続が必要であろう。また、当該裁判所の長の同意を要するであろう。これらの問題はしかし、克服できないものではない。C三八六頁、注(38)」

この当事者の合意と国の裁判管轄権との連結は、当事者に、大きな利点を与える。この友誼的和解調整裁判官の決定は、執行許可を得ることを必要とせず、執行力を賦与されている。仲裁判決は、執行許可という形を必要とし、執行許可命令をすることを妨げる種々の訴訟手段に対抗されるが、右の決定には、そういうことはない。

このほかに、なお二つの重要な結果がある。まず、費用は、通常の裁判費用に属する。つぎに、当事者が裁判官に報酬を払うということは一切ない(「コルニユは、これは、いますこし、緩和することを考える余地がある、と評する」)(以上、C三八六七頁)。

2 現実の機能におけるゆとり

当事者の合致と国家の裁判管轄権という二つの節(ふし)が前述のような必然の結果をもたらす。だが、実務の上では、利用者が操作する余地があるので、その限界を探らねばならない。

A 当事者の自由が優先することが明らかな諸点

まず、紛争が生じていさえすれば、友誼的和解調整の合致は、訴訟係属中に管轄裁判官の前でなされてもよく、訴訟係属前になされてもよい。つぎに、右のいずれの場合についても、右の明示の合致がとりうる方式は、いろいろである。共同申立(「民訴五四条、五七条、両当事者揃っての訴え提起」)において友誼的和解調整の任務を与えることができる(「民訴五八条、共同申立においてでなければならぬことはない。右合致が訴提起(Instance)の開始)以前において商議されてい

る場合には、Instance（訴訟手続）が共同申立以外の行為（なかんずく、一方の申立たる召喚、Assignment、民訴五四条、五五條）によつて開始されることができ、（大審裁判所においては）当事者が友誼的和解調整の任務の授權という内容の符合した conclusions（主張抗弁書のこと、民訴八一五條一項参照―筆者）を交換する結果、右合致が成立することができる（大審裁判所における訴訟手続進行中において合致があつた場合には、このような交換が自然のやり方であろう）。また、右の合致は、手続が口頭でなされるもの（oral）である裁判所（たとえば、小審裁判所。とくに、裁判官の前に両当事者が任意出頭することによつて申立（demande）がなされる―民訴八二九條―場合。ただし、このような場合に限るものではない）においてであれ、その他の裁判所においてであれ―とくに、本人出頭（comparison personnelle。裁判官は本人出頭を命ずることができる。民訴一八四條―筆者）をしている間に右合致を宣言することによつて―口頭によるもので（verbal）あることができる（以上、c 三三七頁）。

B 議論がありうべき諸点

(イ) 弁論の公開　すくなくとも、両当事者が、その意思を特別に明示することによつて、弁論を公開しないことにすることが、法律上、できると思われる。黙示的でもよいとはいえないかも知れないとしても。民訴四三五條は、すべての当事者が弁論の非公開を求める場合に、裁判官はこれについて決定する権限をもつことを定めている（つまり、当然に、非公開というわけではない―筆者）。だが、この要求を拒否するというぶざま（Maladresse）は想像することはできない。当事者の意思と第一二條の趣旨とを優先させるのが論理にかなう。法律が友誼的和解調整に道を開いたときは、法律は、法律が目論んだ目的を達する手段を欲した、と考えるのが首尾一貫している。そして、非公開ということが友誼的和解調整の性質に由来することは誰もが知っているのである（c 三八七―八頁）。

(ロ) 期限　当事者は裁判官に裁断する期限を指定することができるか（仲裁人に対しては、仲裁判決をする期限を指定することができる―筆者）。この問題は微妙である。国の裁判権の機能を期限の指定により制約することはできないように

思われる「裁判所の判決には期限の定めはない——筆者」。しかし、司法裁判 (la justice) の前において市民は平等であるとの原則は、目録に示された順序 (le tour de rôle、裁判所の事件登録簿の順序、ここでは、あらかじめ定められたことの意——筆者補) を正当な理由をもってゆるめることを排斥するものではない。「法律上の原則をゆるめることか?——筆者」。右の原則の秩序の中で、訴訟手続以前から、「この人が担当すると——筆者補」予測される裁判官と期限のことを話し合い、事実の実質をしんじやくして期限を定めるならば、期限の問題は袋小路から抜け出すのである(以上、C三八八頁)。

また、友誼的和合調整裁判官は、手続において、——なかならず、証拠書類を提出させるために、及び、対審を尊重させるために——「提出命令、出頭命令などの——筆者」命令 (injonction) を出す権能を保有するかという問題が、当事者がこのことについて沈黙している場合に、あるいはとりきめた期限を守るために必要である場合に、存する。肯定すべきものであろう。友誼的和合調整の任務は国の裁判権に内在する諸権能を裁判官から切り取るものではない(以上、C三八八頁)。

(ハ) 管轄権 (compétence) 友誼的和合調整人とされる裁判官に事案が係属するのは、彼が管轄権を有することにおいて係属する (compétement saisi) ということを第一二条は前提としているのか。これはもつともデリケートな問題である。第一二条は右のごとくであることを要求しているのか。第一二条は管轄の規定を一言二言で全て一掃した、と解することは困難である。友誼的和合調整は、国の裁判権の中でさえも管轄権の全体制を覆えす結果に至るような役目 (charge) を細目の規定ももたずに保有する、と解釈することは困難である。問題を細目において検討しよう。

友誼的和合調整が許されない争訟はすべて管轄外に置かれる。これを除くその他の争訟については、管轄の規定が適用されるので、合意管轄が認められる場合には問題はない。その他の点では以下のような状態である。多くの友誼的和合調整にかかる争訟は(契約より生ずる) 訴訟事件 (un contentieux) に属し、こういう事件においては事項割当管轄 (compétence d'attribution) に関する諸規定はほとんど邪魔にならない。管轄の規定の違反に対するサンクションは不完全で

柔軟性があるので結果として管轄は拡がる（裁判官は、公序に属する管轄の規定の不遵守の場合にすら、その無管轄を職権で取り上げる義務を行使せず、取り上げることができる (caution) のでしかない。民訴九二条一項、九三条）。無管轄の抗弁を制限する規定がある（民訴七四条）（以上、三八八―九頁）。

それでもなお、二つの障害が残存する。第一の障害は、当事者の一人が友誼的和合調整人の管轄権を拒否する場合に見られるであろう。しかし、この場合でも、友誼的和合調整の合致を後悔しているか訴訟手続の開始を後悔しているものと推測すべきであろう。この場合以外の場合には、原告は、無管轄を主張する権利を失っているだろう。（第二の障害は、職権無管轄宣言の制度であろう。）裁判官の側においては、事項割当管轄（民訴九二条一項）または土地管轄（民訴九三条）における公序の規定の違反の場合には、自己の無管轄を職権で取り上げる権能を有するであろう。公序の規定以外の事項割当管轄規定の不遵守の場合には、被告が出頭しない場合に裁判官が職権で無管轄を宣言する（民訴九二条一項）。被告もまた出頭しているときはこの限りでない。民訴四八条は、直接または間接に土地管轄の規定に抵触する約定条項はすべて、（ある例外を除き）、記載されていないものとみなすと定めている。民訴九三条は、訴訟の事件については、身分に関する争訟の場合、法律が他の裁判所に専属管轄を与えている場合、または被告が出頭（応訴）しない場合のみ、土地無管轄を職権で宣言することができるとする。したがって、被告もまた出頭している場合には職権による無管轄宣言はできない。この限度で、右の民訴四八条の効果は弱められることができる、と解する。

かくて、第一二条により、管轄の障害を大胆に越えることができよう。しかし、重大な条件がある。それは、訴訟手続の開始のときから、裁判官と両当事者は、一緒になって、このことに注意を払い、友誼的和合調整の任務につき合致し、必要とあらば、この任務が必要とする管轄の大幅な延長につき合致することである。法律上は、彼等の合致に優先することのできるものはないであろう（以上、C三八九頁）。

四 ラセール議長の発言

コルニユ報告の後、ラセール議長（パリ控訴院付弁護士）は、次のような発言をしてベレ報告を求めた。

われわれは、大きな興味をもって拝聴した。あなたは全く新しい主題を扱った。あまりにも新しく、われわれの認識 (connaissances) に訴えるよりも多くわれわれの想像 (imagination) に訴えた。あなたはまず、第二二条の立法者は古い法源からインスピレーションを汲みとったと述べた。それは、人が信頼するべき裁判官を探し求めることである。あなたは、ついで、立法者の狙ったものを問うた。それは裁判を求めざる者 (le justiciable) の利益である。当事者兩人が誠実に一人の裁判官に信頼して任せ、これに大幅な裁量権を与え、もって訴訟が限りなく延引するのを避けるということを考えることは不可能ではない。これが第二二条がかかわるポイントである。

だが、この第二二条が適用されるケースが少ないのはなぜか。ひとつは、第二二条が簡潔すぎて、どのように利用することができるかが明らかでないことである。仲裁人となるべき裁判官はどういうものか。それは裁判所長なのか。友誼的和解調整人の任務を与えるやり方は、どうなのか。仲裁付託によるのか。仲裁付託をどういうふうにしてするのか。友誼的和解調整裁判官はどういう決定をするのか。その決定は judgement (裁判所の判決) なのか sentence (仲裁人の判決) なのか。こういった多くの問題に第二二条は答えていない。こういう状態では、実務家は、不確かさゆえに、第二二条を使おうとしないのである。

他のひとつは、裁判官は仲裁人となるのに適しているかに問題があることである。ローマの発想に淵源する、従って書かれた成文の法の中で昼も夜も働いた一人の人間が友誼的和解調整人として裁断することを望んで危険な道に自分を引き込む、ということは容易にあることではないであろう。あなたは、裁判官はつねに友誼的和解調整人であると述べた。しかし、法律は当事者の保障であり、裁判官は彼が負荷している法条文によって縛られるのである。こういう枠組の中で昼も夜も働いた人で、問題に別の角度の下で接近するために、従前馴れてきた理由づけのやり方から去ろうとする人が、はたしているものだろうか。これこそ、ベレ氏にその見解を期待する問題である。

五ペレ報告

1 序

人は裁判官を仲裁人に対立させることに馴れている。裁判官は国家の名において法律のために活動する。これに対し、仲裁人は私的個人により選ばれこの者のために活動ししば法律よりも衡平をより好む。仲裁判決の強制執行の段階においては仲裁判決の有効条件を裁判官がコントロールするという意味において、裁判官は仲裁人よりも上位にある。このように考え馴れているのである。

かくて、「裁判官仲裁人」という表現は矛盾の刻印に見える。第一二条は、この二つの種類の人物の総合を試みた。だが、この規定は六年前から適用されていない。裁判官仲裁人は死産だったのか。わたしはそのようには考えない（B三九四頁）。

歴史上の最初の裁判官は仲裁人であったと人はいう（「ローマの *arbiter* のことであろうか―筆者）。次第に仲裁の機能と裁判の機能がいろいろの理由から分別してきた。しかし、これらを近づける余地はないとはいわれない。したがって、最後の仲裁人は裁判官であることができるのである（「語呂合わせに注意―筆者」）。

それ「裁判官仲裁人」に至るのに二種の道がある。ひとつは、裁判官がその本来の機能の外で仲裁人になることを習得することである（このことについて、後述する。「後掲2」）。他のひとつは、裁判官の機能の中で仲裁人の役割を演ずることを裁判官の権限とすることである（このことについて、後述する。「後掲3」）。だが、職業裁判官が仲裁人たることを習得するには彼等がそれを望むのでなければならぬ。だから、まず、裁判官たちが、仲裁人・仲裁・仲裁の利点についてど

んな見解をもっているかを知ることが重要である。

有名な破毀院一八四三年七月一日判決 [S. 1843. I. 561 ; D. 1843. I. 343 に掲載。将来紛争仲裁付託約款 clause compromis-saire を無効なりとしたものである―筆者]、が示した将来紛争仲裁付託約款に関する不評は、一九二五年〔二月三一日法律―筆者〕に立法者により「商事事件について将来紛争仲裁付託約款を有効とされたことにより―筆者」部分的に取り除かれたが、この不評は仲裁に関する不信を表わすものであった [Jean Robert, Arbitrage civil et commercial, 4^{ed}. 1967 p. 126 参照―筆者]。というのは、当時の民訴一〇〇六条の文言からは右判決の結論が当然に出てくるものではなかったからである〔一〇〇六条は、仲裁付託は訴訟物と仲裁人の氏名とを指定してなすべし、これに反するものは無効とする、と定めたものである―筆者〕。この不信はフランス革命の立法者の過度の熱狂に後続したものであり、このような過度そのものに起因したのであった〔B三九四頁〕〔小山昇「フランス一八〇六年仲裁法の制定の経緯」北大法学論集三〇巻四号八一七頁参照―筆者〕。

だが、商取引の発展、国際的な諸関係の発展、技術上の諸問題の繁殖、これらは、おそらく、裁判官の仕事が豊富になりすぎるといふ虞れを起こし、裁判官たちは、次第に、仲裁に、好意的局外中立たらざるをえなくなった。そして、この局外中立は無条件の援助に変わった。なかんづく、国際私法の分野でこの協力があつた。だが、国内法の分野でもこの協力があつた。〔中略―筆者〕。

そうなつてみると、こんどは、仲裁に付託される事件を裁判官が取り戻すという企てが起こることがありはしないか、と問うてみる事ができよう。このことに関しては次のようなことがはっきりしている。

① 離婚事件と交通事故事件とで民事事件のほぼ半分になる。海事または国際的大訴訟はほとんどないといつてよい。商事取引契約の八九パーセントは将来紛争仲裁付託約款付きである。これは正常なことである。裁判官たちが右の企てをもつとすれば大きな期待はずれとなる。裁判官たちが国際商事法及び経済問題に関心をもち、そういう事件の

裁判をしたい―筆者補〕ならそれだけ深刻な期待はずれである。裁判官は、社会的に心理的に、孤立することになる（B三九五頁）。

② 第一審においてであれ控訴審においてであれ、破毀院審理においてさえも、ある種の分野において、法の規定よりも衡平に依拠したいと感ずることがある。集団的〔労働〕協約、ストライキ権、〔民事の〕組合の分裂、社團（association）の運営（fonctionnement） 顧客の譲渡が問題になるケースにおいてである。また、裁判所は、自由業の人への報酬や受任者への報酬については大幅の自由をもつが、この自由は、法よりも友誼的和合調整に接触するものである。パリのレフェレ⁽¹⁾〔Petite 民訴四八四条、八〇八条、八四八条、八七二条、九五六条。日本の仮処分に相当する―筆者〕の裁判官は、レフェレの処分として〔係争物件を第三者の手に〕保管したり（sequester） 調整したり（aménager） 立ち退かせたり（expulser） 清算したり（liquidier）〔間接強制を宣言し、この間接強制を仮りに清算する―民訴四九一条―ことをいうのであろう―筆者〕するが、これは裁判官というよりはむしろ行政官である。当事者双方が彼を信頼し控訴をしないという限りで、彼は法の規定から免れるのである。これは仲裁を予め型どつたもの（préfiguration）である。レフェレの裁判官が用いるいろいろなやり方はすべて争いを仲裁する（arbitrer）方法の一つであるのである。「中略―筆者」。契約を調整するまたは適応させることをしなければならぬ場合は、裁判官はもはや仲裁人であるのではないか。

右の二つの理由から、裁判官たちは仲裁をする準備ができていくということができる。そこで、前述した二種の道を検討しよう（B三九六頁）。

2 裁判所外における裁判官仲裁人について

裁判官が裁判官職の遂行において得た経験は人が仲裁人に期待する資質の存在を保證するものであると考える私人が裁判（所）外において裁判官を自由に仲裁人として指名する、という道が考えられる。

たしかに、裁判官には、公役務 (service public) の觀念、公序の觀念、一般の利益 (intérêt général) の觀念がしみこんでいる。裁判官は法律家の教養をもつ。裁判官は、聴訟 (audience) の公開 (audience) における débats が public であること、民訴三條、四三三條一筆者を、自分のした判決の公表をしなければならぬ。裁判官は、判例の統一性と首尾一貫性を保たなければならない。ところが、裁判官が仲裁人になれば事柄についていささか違った見方を自由にもつことができ、またたなければならない。破毀院のコントロールから免れるということはそれだけ右の変化を容易にする。そこで、しかし、A、裁判官はかかる任務を受諾することを法律上なしうるか。B、もしなしうるとするならば、事実上、多くの障害に出会わないものであるのか (以上、B三九六頁)。

A 退官した裁判官については現役の裁判官に対する禁止は適用がない。よつて、現役の裁判官について検討する。

(1) まず、外国法を比較する。きわめてまちまちである。裁判官が仲裁人となることを禁ずる国がある。アルゼンチン、オーストリア、オランダ、ポーランドがその例である。これを許す国もある。ドイツ、ベルギー、ギリシヤ、イタリヤ、スイスがその例である。ドイツ、イタリヤ、スイスにおいては、所屬系統の長 [ses chefs hiérarchiques 複数] から、たとえば、大審裁判所の判事ならば大審裁判所長のみならずこれを管轄する控訴院の長も含まれるか「筆者」の許可を要する。ギリシヤにおいては裁判官仲裁人が報酬 (honoraires) を受けとることさえも許されている。イギリスでは、裁判官に、すべての時間を裁判事務に捧ぐべきものとそうでないものがあり、前者は仲裁人になることができず、後者 (たとえば、平和の裁判官—治安判事) は仲裁人となることができる。アメリカでは州によってちがうようである。ニューヨーク州憲法は控訴院判事及び最高裁判所判事に仲裁を行なうことを許さない。アメリカ法律家協会 (American Bar Association) の倫理綱領の最新の条項によれば、裁判官は、法律に反対の定めがなくかつその本来の職務の正常な遂行に支障を来たさないときは、仲裁人として活動することができ報酬を与えられることができる。国際司法裁判所の裁判官は、後に同

裁判所にこれに対する訴えが起こされるような仲裁を受諾することを禁止されている（以上B三九七頁）。

(2) フランスではどうか。(イ) 法律上、(ロ) 判例上、(ハ) 学説上、どうか。

(イ) 法律 三つの条文がこのことに関するものである。

まず、一九五八年二月二日オールドナンス五八一―一二七三号第八一条である。これは旧民訴三七八条八号にとって替わったものである。それは、裁判官は以前に仲裁人として関与した事件については忌避されうるという規定である。「仲裁人」としてというのが職業裁判官でないものに限るとか裁判官が裁判官になる以前に限るとかいうことは考えられない。すなわち、裁判官が裁判官職にあるときに仲裁人であった場合をも含む。かくて、この条文から、裁判官は仲裁人たりうる、と結論しなければならぬ。

つぎに、労働法典法律第七六一―一五条になったところの労働法第一編第二九条である。これはジャーナリストの解雇の事案における仲裁についての規定である。この条文が定める仲裁裁判所（委員会）は、《現役または退役の高級公務員、とくに司法に属するそれ》が司宰する。実際の慣行は、高級司法官が委員会を司宰し、委員会に権威と技術上の資質を齊らし、すべての当事者に満足を与えている、と報告されている（Flecheux, *Revue de l'arbitrage*, 1964 p. 43）
[Georges Flecheux, *La commission d'arbitrage des Journalistes*—筆者補]

さいごに、一九五八年二月二日のオールドナンス五八一―一二七〇号第八条である。これは裁判官の兼職禁止を定めたものである。ただし、一定の場合に控訴院長が例外を決定することができる。仲裁は禁止される活動に該当するか。全く副としてするならばそのようには思われぬ。仲裁させてくれと物乞いするのでない限り、仲裁の仕事をする事により裁判官の威信が傷つけられるとはいいがたい。独立という点では、裁判官は居中仲裁人（*surabrite*）の機能しか受諾しないということになる。当事者の一方の仲裁人は危険な傾斜に引きこまれやすいことはよく知られているから

である。裁判官は仲裁の任務を受諾するためには、いずれにせよ、所屬長の同意を——儀礼的なものでしかないだろうが——得なければならぬであらう。(B三九八頁〔後略—筆者〕)。

(ロ) 判例 すべて一九世紀のものである。非常に個性的な精神状態を表現するかなり珍らしいものであるが、疑なくいささか時代おくれのものである。

一八一三年八月三〇日破毀院審理部 (Chambre des requêtes) 判決 (D. A. 1813. 1. 514)

商事裁判所の事件で、当事者双方は、裁判所での弁論 (débats) の後に、控訴を放棄して、商事裁判官を友誼的の合調整人に任命した。商事裁判官はそういうことで決定をした。控訴院はこの決定を無効とした。破毀申立があった。申立人の主張『ローマ法王の勅令、いくつかの地方的慣習、そしてアンシアン・レジームの多くのパルマンの判例は裁判官として裁判権を有する訴訟において仲裁人とされることを裁判官に禁止したのであるが、かかる法律はすくなくともパリのパルマンでは遵守されなかつたのであり、近代の諸法律はこのことを禁止しなかつたのであり、皇帝のデクレはこのことを——裁判官仲裁人に報酬を貰うことを禁止して——許したのである。相手方の主張『両立しない二つの権能を同じ手の中におくという畸型の事物割当に対しては、理性も、慎みも、公序も、これに反対する。破毀院は破毀申立を棄却した。形式の上で、jugements et sentence を分ける区別と、実質の上で裁判官の権能と仲裁人の権能を分ける区別とを根拠とした。』の判決は Sirey, 4 ème vol. (1812-1814) I p. 431 にも見られる〔筆者〕。

一八二五年一月五日アジャン (Agen) 控訴院判決 (D. 1825. 2. 165)

法律の沈黙の中で、裁判官に仲裁人になる権利を認めた。ただし、賃金 (salaire) を受けないことを条件とした。そして、仲裁の任務を受諾することをできる限り抑制することを望んだ。『この判決は、Sirey, 8 ème vol. (1825-1827) II p. 3 に見られる〔筆者〕』。

一八五二年五月二六日破毀院判決 (D. 1852. 1. 152)

ポルタリスが裁判長。裁判官はその時間及びその労働を自分が責任を負う intérêts〔裁判官が守るべき利益—筆者〕に盡くす義務があり、もし裁判官が仲裁の任務を負うことになったときは仲裁判決はやはり裁判所の判決と同じく無償でなされなければならない、という原則

を喚起した。

一八五六年七月三〇日破毀院審理部判決 (D. 1856. 1. 405)

民訴三七八条を根拠として裁判官に仲裁人となる権利を認めた。ただ、裁判官は仲裁の任務を受諾しないのがより似つかわしく、一七九〇年の法律の第二部の第二条とは反対に、賃金を自分に帰すべきものとする (s'attribuer) ことはできない、とした。

一八六一年二月二日パリ控訴院判決 (D. 1862. 2. 46)

裁判官に仲裁を禁止した。仲裁をすることは、法律の「権利の一筆者」保護 (protectrice) の形式を放棄する結果を、司法裁判の秩序へ干渉する結果を、そして司法官の威信を深く傷ける結果をもたらす、とした。

一八六三年三月三日破毀院判決 (D. P. 1863. 1. 225)

法律のいかなる規定も商事裁判所のメモバーに自分を一員とする裁判所の管轄する紛争につき仲裁の任務を受諾し遂行することを禁止しない、と宣言した。

これ以後の判例は見当たらない。行政裁判所の裁判官に仲裁人になる権利を拒否したコンセイユ・デタの判決はあったのではないかと思う (以上、B三九八―九頁)。

(ハ) 学説 Ch. Carabier はいう。裁判官が仲裁人、なかんずく居中仲裁人、友誼的合調整人になることにはおおいに利点がある。そうなれば、仲裁判決の起草及び理由づけが改善されることだらう。H. Moutsky はいう。仲裁の中には裁判官の任務の最高の完成が見られる。Jean Robert (Arbitrage civil et commercial, 4e éd. p. 109) はいう。裁判官が仲裁人であることを妨げるものはなにもないのみならず、裁判官は仲裁人であることを許されている。仲裁人報酬に裁判官が権利を有することは向後論争を蒙らないと思われる。Vincent (Précis de procédure civile, N° 166) はいう。裁判官に仲裁を禁止するものはなにもないと民訴法の忌避の規定から結論される。仲裁人として選ばれた裁判官が、彼

の仲裁人としての活動が裁判官職の役務の外においてなされる限り、報酬を受けることを妨げるものは（個人として慎重であれという条件を除けば）なにもないとさえ考えることができる（以上、B三九一四〇〇頁）。

B 裁判官が仲裁人になることについての障害

物的な (*d'ordre materiel*) 支障と倫理的な (*d'ordre moral*) 支障とを検討すべきである。

(イ) ポルタリスが前掲一八五二年判決において述べているように、裁判官の義務は彼等の全時間全労働を国家に捧げることであり、これは Vincent が正当に喚起するところである。国家の役務のために国家により徵募され養成され報償される裁判官の活動は、一時でも、友誼的和合調整の喜び……そして副次的収入の喜びを経験することができるとの誘惑により、その本来の目的から逸脱することはできない。以上から必然的に、裁判官は多くの仲裁を受諾することはできないということになる。もし、仲裁の仕事が裁判官を独占することになれば、それは彼の第二の職業を成し裁判官規程 (*statut de la magistrature* 一九五八年二月二日オールドナンス五八一二七〇号) 第八条により禁止されるものに該当しよう（以上、B四〇〇頁）。

(ロ) 裁判官が自分が属する裁判所にすでに係属したまたは係属さるべき事件につき仲裁人として裁判権をもつことを受諾するのは相当でないとと思われる（パリ控訴院一八六一年二月二日判決についての注参照）。なぜならそれはまさに自分の本務を減ずることの問題になるからである。一九世紀の判例が裁判官の仲裁に好意をもたなかったのはほとんどこの種のケースにおいてであった。このようなことはアンシャン・レジームの慣行であった。この慣行は国庫支出の減を狙ったものである。だが、仲裁人が報償されるものであるならば、裁判を受けるものにとつては、自分の裁判官は司法裁判の仕事の外でしか裁判することを受諾しないことになり、これは奇妙なことであろう。ある判例は、裁判所そのものを仲裁人とすることを禁止した。これは前述の理由により根拠づけることができる。破毀院は、裁判所のメンバーのうち

の一人または二人を個人として——裁判官ということではなく——仲裁人を選ぶことができるといっている。

新民訴訟法第一二条はこれと逆のことを規定したものと考える。だが、新法の友誼的合調調整裁判官は、国家によってしか支払われないものであり、国家のために働くものなのである。このような適度の違いが存する（以上、B四〇〇頁）。

(ハ) 居中仲裁人の任務以外の任務をもつことは裁判官にとって勤めるべきことでなく、これを認めることには支障がある。一方当事者の仲裁人というものは、誠実な人であっても、その当事者を代弁しその者の利益を防衛しがちのものである。もし、裁判官が当事者の一方の仲裁人となるのならば、この者によって指名されるのではなく、裁判所を介してまたはある公の機関を介して指名されることが望ましいであろう（以上、B四〇〇—一頁）。

(ニ) ある高い地位にある裁判官が、階級的に自分の下にいる裁判官により自分の仲裁判決が破られる（*infrmer*）というリスクは懸念に満ちたものであった、と述べた。私はそういう懸念は無用と考える。破棄はわれわれの職業において *monnaie courante*（通貨）〔普通のこと—筆者〕である。パリ控訴院の第一四部はパリ裁判所長が単独でなしたレフェレのオルドナンスを破ったことがある（以上、B四〇一頁）。

(ホ) もっと重大なリスクは、裁判官たちが二つ〔の部類—筆者〕に切り裂かれることである。二つにとは、仲裁を託されて仲裁をしそういう者として利得と威信をえる者たちとそうでない者たちである。たしかに、そこに一分の真実がある。だが、裁判官に信託される仲裁はきわめて僅かではないであろう。また、裁判官が、控え目と慎重とでもって対処するならば、真の危険はないと信ずる（以上、B四〇一頁）。

(ヘ) むしろ、たいへん微妙な問題は裁判官仲裁人の報償の問題である。破毀院は報償を原則としなかった。今日もっとも信頼できる学説は報償を認める。判例の方針変更を待たねばならないか。私見は述べないことにする。ポルタリスのごとき人物が裁判長としてなした原則判決が帶有する力がどういいうものであれ、あれから一二五年が経過してお

説 り、問題を考え直すことが許されよう。このことについては、三通りの解決が可能である。

論 第一―裁判官については仲裁を無償とすること この問題の専門家は、この解決を、裁判官が単独仲裁人である場合に於いてさえ、思い止まらせる。仲裁の苦勞は賃金 (salarie) に値し、当事者自身も〔無償であることにより―筆者〕仲裁

人の働きがよくないものになることを心配することがありうる。アメリカ仲裁協会は無償の方針を立てた。しかし、何年前かに、有償の主義を認めた。また、仲裁人の立替金というものがかなり存在し、一八九二年の判決はその返済を認めた。そして、時に、立替金と報酬を識別することが困難であった。裁判官が合議体仲裁裁判所のメンバーである場合にはどうなのだろうか。新法典第一二条の先を狙う〔その細則を定めるの意か―筆者〕条文によって体系を制度化するのになければ、仲裁人のうち一人は無償で働き他の二人は報酬を受けるといふのは困難だろうと思われる。

第二―裁判官仲裁人に報酬に關し十全の自由を認めること 詳論は他の人に譲る。濫用が心配である。裁判官は質素な官吏であるから、ある数字〔報酬額のことを指すのであろう―筆者〕を示されてびっくり仰天しこれに対し心の準備がよくできていないことを心配する。

第三―報酬につき特別の料金表を作るとか、報酬を分配することにするとか、の中間の解決 だが、誰が料金表を制定するか。なにを根拠として料金の額・率を定めるか。分配は、誰とするのか、どのようにするのか。一部は裁判官仲裁人に、残部は司法省の事業 (bonnes oeuvres、直訳すれば慈善事業) に、といふふうに分配するのか。一八五二年以来建設省 (Les Pons et Chaussées―橋と道路―土木―筆者) が実施しているやり方にヒントを得て、補償金庫 (Caisse de Compensation) を創設し、そこが全体の七〇パーセントを受けとり、三〇パーセントが仲裁人に還元されるようにすべきか。

以上、これを要するに、「裁判所外における裁判官仲裁人」については、一方において、一八五二年判決及び一八五六年判決はいまなお權威を有するのかを問うべきであり、他方において、裁判官に多くの思慮深さと中庸とを勧告すべ

きであろう。すなわち、仲裁を——求められても——僅かしか受諾しないに止めるべきであり、より望ましくは居中仲裁人としてのみ受諾すべきであり、所属長の同意を得てのみ受諾すべきであり、本務の時間に喰い込まない限りで受諾すべきであり、自分の報償にかかることのためには他人の仲裁に任かせることにしてのみ受諾すべきである。

3 仲裁を裁判官としての権限とすることについて

前述のように、裁判官が裁判外で仲裁人であることには、いろいろ難しい問題がある。そこで、裁判所に仲裁を導入することを考えたものがあつた。新法第一二条はこうして生まれたのである。立法の経過についてはコルニエ教授が述べたとおりである。だが、この規定は六年間に一度しか適用されなかつたようである〔C三七五頁参照—筆者〕。この規定は失敗である。

この不成功の原因はなにか。疑なくいろいろの原因がある。新しいものについての危惧、未知のものについての用心、は一番小さい原因ではない。訴訟当事者及び弁護士が新しい権能 (facultés) または手続を利用しようと決断するには、しばしば、一年または二年を数えねばならない。旧来の仲裁に馴れた当事者は第一二条最終項を眼に入れず、弁護士は試用のイニシヤチヴをとることを躊躇する。〔中略—筆者〕。つまり、第一二条の最終項の不利用から、第一二条は利用に値しない、とわれわれは結論しないのである。〔中略—筆者〕。

この第一二条最終項の将来を検討しなければならぬ。二つの道が開かれている。ひとつは、(A) 第一二条自体に取り組むことである。(イ) 条文の修正を提案するか、(ロ) 条文の自由な解釈をするか、である。でなければ (B) 仲裁を、すくなくとも友誼的の和合調整を、裁判所に導入するために新しい手続を開始 (inaugurer) しなければならない (以上、B四〇二—三頁)。

A (イ) 第一二条の条文自体を修正するとしても、新訴訟法典の指導原則 [principes directeurs 第一卷第一編第一章の

表題をみよ―筆者⁽¹⁾に、とくに、新法典が、時期前の放棄 (renoncations anticipées⁽²⁾) の効果または管轄の時機に適しない (intempestives) 延⁽³⁾長の効果から訴訟当事者を守ることを目的として訴訟当事者のために、また、事件がある一定の裁判所に過度に集中することを避けることを目的として司法のよき運営のために、あらゆる種類の措置を講じたこと、反することになることはできないであろう。

一方、Hebraud 教授が述べるように、裁判官友誼的和合調整人の主義自体は、新法典が保持するところの事実と法の基本的な区別〔第一巻第一編第一章第三節の表題は「事実」で、同第五節の表題は「法」である―筆者〕と無関係である。したがって、特殊の裁判官にオリジナルな規制を適用することがおそらく許される。しかも、最近数年の間の経験に鑑みると、裁判を利用する人々は特殊の裁判官に決して過度に殺到することはないだろうと想定することができる。要するに、友誼的和合調整はある数の場合に相当の利点を有するから、これを利用することを奨励することは甲斐のあることである。そして、裁判所の内部に仲裁を設営することは、裁判官仲裁人がその全俸給を国から支払われるものしか受けないということから、裁判官仲裁人の報償という神経に障わる問題を優雅に解決することをえさせる。

さて、まず、現行法上、裁判所での友誼的和合調整を利用することを私人が決するためには紛争が現に起っていることがまさに必要なのであるのか。破毀院は一八四三年に将来紛争仲裁付託条項に反感を示した。この反感を一九七二年七月五日に立法者は民法典新二〇六一一条の中に意識的に再現した。第一二条が紛争が生じていることを要求するのはこのことの結果である。ところが、一方において、商法六三一条は廃止されなかった。だから、すくなくとも商事事件については、裁判所に好意をもつ [en faveur des tribunaux] 裁判所に仲裁してもらうための―筆者〕将来紛争仲裁付託条項を認めることができないう理由はない。他方において、あらかじめ職業裁判官にまかせることは―友誼的和合調整人として裁断すべきものであるとしても―単なる仲裁人を信頼することよりも、心配が少い (moins grave) のではなか

ろうか（B四〇三頁）。たしかに、セネカは、原因理由がはっきりしているときは人は仲裁人よりも裁判官を選ぶといひ、キケロは、人はすべてを失うことがないそしてすべてを得ることがないという意図をもって仲裁人を雇うといった。訴訟を選ぶか仲裁を選ぶかをきめるには手続の眞の性質を知っていなければならぬ、ということをおこりの言は示している。現実に、当事者の質からいって、裁判官による友誼的合調整の性質を、前もって知ることができないのだから。

裁判官は数多く存する。当事者は、自分が信頼する裁判官が訴訟手続の日に常に必らずその地位にあるということが確かでないならば、ある裁判所に、またはある合議体に任かせることをためらうことがありえよう。そこで、将来紛争仲裁付託条項を作成することが役立つであろう。すなわち、両当事者は、紛争が生じたときは共同の合致により選択する裁判所を友誼的合調整人と成すことに合意する旨を明確にすることで足りるとすることができるであろう。

ここで、しかし、紛争が生じて、裁判所を選定するのに一致しない場合、誰が選定するか、という問題がある。両当事者は裁判官を信頼し裁判官を選定させるべきであろう。このほかに、また、両当事者は裁判所を選定するのにどれほどの自由をもつかという問題がある。新民訴訟典は管轄の延長ということに対しては厳しい。すなわち、商人がなす場合を除き、土地管轄の規定に抵触する管轄合意条項を禁止し（民訴四八条）、訴訟物の価額を基準とする管轄について、紛争が生じた場合にしか、合意による延長を許さず（同四一条）、さらに、ある一定の場合には、裁判官に職権で無管轄を宣言することを認める（同九三条）。Hebraud氏によれば、当事者は、正規に管轄権を有する裁判所においてしか第一二条最終項の恩恵に浴することはできない、したがって、将来紛争仲裁付託を許さなければならぬであろうのみならず、第四一条及び第四八条に記された禁止を解き、かつ、第九三条により裁判官に留保された権能を廃止する、もしくはすくなくともこれら三つの条文の作用を友誼的合調整の場合に自由解釈により除外しなければならぬであろう。以上

の、Hebraud氏のいうことは望ましいことである。というのは、これら三つの条文の規定の源にあるのは一部の裁判所が混み合う心配であり、かかる心配があるのではあるが、そういう心配は友誼的和合調整という分野については根拠が弱いからである。友誼的和合調整条項は、これが設けられる頻度は小さいものとどまり、これが設けられる事案はより広い自由を認めてよい特別の事案である。大きな裁判所においては、ある分野を専門とする弁護士とこれと専門を同じくする裁判官との間に、一定の時間が経過するうちに、信頼の關係が成立し、「弁護士は—筆者—原告の側にあるときであれ被告の側にあるときであれ、その相手方弁護士との共同の一致をもって、すでに何回も利用した裁判官に、法の適用においても衡平によることにおいてもまかせるということを受容することになるということ」をわれわれは確認している（以上、B四〇四頁）。専門の分野とは、たとえば、社会保障事案、労働組合事案、涉外事案、商事事案、そして、銀行事案である。これらの分野においては、友誼的和合調整は大きな利点を有するのである。

したがって、弁護士は、右のような裁判所を、それが正規には管轄を有しなくても、選択することが、しかも、その部を選択することができるのでなければならぬ。たしかに、原告の弁護士が彼の好みによりある裁判所またはある合議部に事件を係属させる自由をもつとなればどういう危険があるかを人は知っている。だが、被告が原告と合致するときはこういう危険は消え去ると考える。もし、ある部またはある裁判所が両当事者間の共同の合致に基づき出された請求で氾濫するならば、それはその裁判官が裁判を受ける人々に満足を与えていることの徴候であり、公序が問題にならないときは、そのこと自体なんの不都合もない。換言すれば、裁判所の内に仲裁をもちこむことを欲するならば、通常の仲裁の場合と同じように、ある選択の自由というものが君臨するのでなければならぬ。いうまでもなく、どんな訴訟当事者であってもこれにどんな裁判所に申立てることも許すということも立法者が認めることはよいことではない。しかし、例外裁判所 (les juridictions d'exception) が事実上右のような自由を利用しなければならぬということは

ありそうになく、法律上は、小審裁判所及び控訴院のみが管轄の延長を利用することができると予め定めることで足りよう。

ところで、訴訟手続の進行中においては、選択における自由は形式〔行為の形式（筆者）〕の自由を伴わざるをえないだろう。新民訴第一二条の文言自体からいっても、当事者双方が自由な処分のできる諸権利に関する訴訟しか問題にならない。だから、当事者は、とりわけ、弁論の公開または非公開を合意することができなければならない。そして、当事者は期限を——これが経過すると締結された約定がその効果を終熄する期限——合意することもできなければならないと思われる。ある一定の時が経った後は、裁判官の交代（*oulement*）または昇進（*Promotion*）によって、その裁判所で同じ裁判官の前に自分を見ない、というリスクを当事者は負うからである。ただし、以上はすべて指名された裁判官が〔当事者が合致したことを「筆者」〕受諾するならばのことである。裁判官は、この点について、当事者よりも、より少ない権利をもつことはできないからである。用いるべき形式を決定する権限が属するのは、原則としては、裁判官にである〔当事者ではない——筆者〕。しかも、司法組織の本質的な諸原則に深刻な打撃を与えない限りにおいては、裁判官は大幅の自由を享受すべきである。

わたくしは夢見物的に見える提案につき長々と詳しく述べることを欲しない。わたくしはただ単純に、裁判所に友誼的和解調整を導入することは新法典第一二条という唯一の根拠に基くときは解決しきれない問題を生じさせているということ肯定することができる、と思う（以上、B四〇五頁）。（ロ）に相当する表示は原文に欠けている。

B 人はしかし比較法あるいは歴史から示唆を受けてある別のシステムを採うことができるであろう（B四〇五頁）。

（イ） 数年前イギリスの Country（County の誤植か—筆者） Courts の機能が変更された、ということを知った。新法典第一二条以下の争訟については、裁判所書記官が事件を仲裁に（裁判所書記官の指揮する仲裁、または裁判官

の指揮する仲裁、または当事者双方により指名された人の指揮する仲裁) 移す権限を有する。つまり、裁判所書記官は当事者双方の同意がなくても移付を決することができるのである。そして当事者双方が仲裁に同意するときは訴価がいくらであるかを問わず裁判所書記官は事件を仲裁に移付することができるのである。仲裁における弁論は全く自由に進行する。非公開である。仲裁判断は、これに対し控訴は許されず、そのままで執行しうべきものである。このような改革の運命はどうであつたかを調べる時間はもたなかつた。このような事実があるということだけでも参考になるであらう。

(ロ) 他方、過去に遡ると、一七九〇年(4)から革命八年「一八〇〇年」までの間、平和の裁判官 (Juge de Paix) の決定に対する破毀申立は一切禁止されていたこと、及び、革命八年(5)から一九〇五年までの間、許される破毀申立は、無管轄と越権を理由とする場合のみであつたこと、を想起しなければならぬ。このことは、平和の裁判官及び仲裁に向けてフランス革命が示した愛顧の顕現の一つであつた〔小山昇「フランス一七九〇年仲裁法について」北大法学論集三一巻一九八〇年二八五頁参照〕。この破毀に訴えることの禁止は、仲裁に等しいものであるからである。管轄平和裁判官を自由に選ぶことはできなかつたことは確かである。規制の対象は強制仲裁であり、小規模訴訟に限られていたに止まつたのであつた。

今日においては、大規模訴訟について、一般的に、仲裁が考えられている。しかし、仲裁の利点、というものはまだ小規模訴訟のためにより確かなものであるのではなからうか。救済は控訴止まりで足りるのである。一九〇五年(6)に立法者がかかる法状態をなせ廃止したかを私は知らない。一九〇五年の改革がすべて進歩であつたわけではなく、mediateurの制度及び conciliateur の制度が古典的な枠組を爆発させるときには、旧に戻ることがすなわち再び前に進むことになつてはありえよう。旧に戻るといふことは、裁判官を選ぶ自由がないときは、裁判官の質が前提となるし、裁判官を選ぶ自由があるときは、一部の小審裁判所に事件が過剰になるといふ危険がある。だが、利点というものはすべて反面において不都合を伴うものである。よつて、どちらかを選ぶしかないのである。だが、選択は難しい。

つまるところ、裁判官は「衡平」に郷愁をもつのに、仲裁人は「衡平」よりも「法」にもとづき為す傾向にある、ではあるが、裁判官と仲裁人とは接近することが困難な根本的に相異なる二つの機能をもたないものかどうかを、自問することができるのである。だから、仲裁人になることを欲する裁判官は「否定の答を出すときは―筆者注〕退官の年齢に至ることを待つしかないのである（以上、B四〇六頁）。

- (1) その詳細は、若林安雄「レフェレ」仏における仮処分制度」(一) 法学(近畿大学)一六卷三・四号一九六八年九六頁、(二) 近大法学一七卷一・二号一九六九年一三三頁、(三) 完) 近大法学一八卷一号一九七〇年一三三頁。
- (2) 新民訴五七条が、控訴の放棄は紛争の発生に先立って存在することはできないと定めていることを指すのであろう。
- (3) 新民訴四一条が、管轄の合意の条件として、紛争が発生していることを定めていることを指すのであろう。
- (4) 一七九〇年一月二七日～二月一日デクレ第四条は、平和の裁判官により終審としてなされた裁判に対しては破毀の請求を立てることはできないと定めた (Recueil général des lois et des arrêtés, Lois annotées 1789-1830 p. 79)。
- (5) 革命八年風月二七日「一八〇〇年三月一八日法律第七七条は、平和の裁判官の終審としての裁判に対しては、無管轄または越権の理由のためでないときは、破毀の道は開かれない」と定めた (Recueil ibid. p. 530)。一八三八年五月二五日法律第一五条は、平和の裁判官によりなされた裁判は越権のためにしか破毀申立の道により攻撃されることはできない」と定めた (Recueil ibid, Lois annotées 1831-1848 p. 440, 無管轄は控訴(院上訴)事由ではあるが破毀申立事由ではないことになった)。
- (6) 一九〇五年七月二一―三日法律 (Dalloz 1905 IV 71) のことを指すと思われる。

六 討 論

討論のための発言者は、ペロ教授、ベルタン裁判所長、ジャン・ロベール弁護士⁽¹⁾、ジャンテット弁護士、アルベール・ミシュレ裁判官、エリック・ロカン氏⁽²⁾である。これらの発言に対し必要に応じ、コルニユまたはベレが答えている。発

言の順序に従って発言の内容を紹介するのではなく、いかなる主題についてどんな意見開陳があったかを紹介することにする。

(1) Jean Robert, *Arbitrage civil et commercial* の著者である。この書物の第五版一九八三年の表題は *L'Arbitrage, droit interne droit international privé* である。

(2) Eric Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international*, 1980 の著者である。

第一二条第五項は、一九七二年に一回利用されたに止まり(C三五頁)、それ以後一九七七年(本稿の討論集会現在に至る)までは一度も利用されていない(B三九四頁)。利用されない友誼的和解調整裁判官をなぜ設けたのか。フランス人でない筆者の知りたいところである。答えを意見開陳のなかに求めると、次の三つが得られる。①訴訟事件につき友誼的和解調整人であること(つまり、衡平により裁判すること)はすべての裁判官の夢であり(ベルタン、四〇九頁)、自分の義務を意識している裁判官はすべて友誼的和解調整人であり(ミシュレ、四一四頁)、かなりの数の裁判官は訴訟事件についての衡平な結論が心の中に湧き上ってくるのを感じるものであり、たんに諸原則を純粹に論理的に適用するものではない(コルニユ、四〇九頁)。②法律(Loi)の厳格な適用はしばしば遺憾な結果を生む危険があり(コルニユ、四〇八頁)、裁判官はしばしば法の拘束に堪えがたいと思うことがあり(ベルタン、四〇九頁)、ミシュレ自身は法律(Loi)が妨げになると考えたときはこれを脇におしやった(ミシュレ、四一四頁)。③当事者は、法規制がありあまるほど多量でいきすぎると拘束的なので、うんざりして、友誼的和解調整により、過重な煩瑣な規制を除去して費用と時間を切り詰めようとする(ジャンテット、四一四頁)。

だが、友誼的和解調整の作用と性質において同じ作用を裁判官が行なう制度はすでに存した。conciliation(新民訴二一条、一二七条ないし一二三条)である(法務資料四三四号において、和解と訳されている)。ところで、民法二〇四四条の transaction

が和解と訳されている。また、民法二五一条によれば離婚訴訟の審理の前に *une tentative de conciliation* をすることが義務的である。してみると *conciliation* を和解と訳すと混乱を生じさせるかも知れない。和合させることという趣旨で調停と訳しておくことにする。これは行われなかったのだろうか。ベルタンの経験によれば、民事部は受理事件が多く、弁論は六か月先とせざるをえず、調停は、満足する結果には至るが、当事者双方本人を相手にすることはたいへんに時間を喰うことであるので、多くの事件を処理することを遅らせることになる（ベルタン、四二〇頁）。本人同志をつきあわせたのでは、纏らないという欠点のほかに時間を喰うという欠点があるということらしい。

それでは、法規の適用の結果が遺憾なものに思われる場合に、ミシュレのように、法規を脇において、衡平により判決をすることをフランス人は肯定するのか否定するのか。否定するようである。このことはペロの発言からうかがうことができる。裁判官は衡平による裁判の権限を与えられることなくして衡平の裁判官を (*Juge d'équité*) 自任することができるという観念は危険な観念である。というのは、かかる観念は *justice* の観念を全面的に変えるものであるからである。かかる観念を警戒しないと、終りには、主観的権利の否定、法の規定 (*loi*) から派生する諸権利の否定、関係者 (*les intéressés*)、(一)ここでは契約当事者のことが念頭にあるのではない(筆者)がその細則 (*modalités*) を整えたところの法の規定の否定に至るであろう。訴訟という制度の上位に衡平を据えるという観念は射程距離の長い観念であり——当事者双方の一致なしにこれに依るときは——*justice* に基づく諸観念を完全に変えてしまふ危険がある観念である。ペロは以上のようにいう(四〇七頁)。そこで、下級裁判所の衡平の観点からする判決を上級裁判所が取り消すということになる。ミシュレは発言の中で自分が下級裁判所となした判決が上級裁判所により受け容れられなかった実例を一例挙げている(四一四頁)。建物賃借名義人たる夫が婚姻住所 (*domicile conjugal*) を放棄したので建物所有者が賃貸借の解除を求めた事件において、妻と子の居住をミシュレは認めただのである。すなわち、裁判官は往々にして事実在即さず衡平に適わ

ないと自分でわかっている決定を下し、第二審の裁判官は、往々にして、破毀院を控えて震えながら、第一審の裁判官の決定よりもより多く法律的な (juridique) より少なく衡平な (equitable) 決定を行なうことになる (ベルタン、四〇九頁)。

衡平により裁判をしたい、しかし、その権限なくしてそのような裁判をすると破毀院により破毀される。だから、當事者から衡平により裁判しても差支えないと指示されると、この難点が乗りこえられる。これが、第一二条が賛成をえている (ペロ、ベレその他が賛成) 理由であると思われる。このように、一般的に支持されていると思われるものであり、調停と異なり友誼的⁽³⁾和合調整ならば當事者の代理人も出頭するので調停ほどに時間を喰うことはないとするならば、なぜ、この制度が利用されなかったのか。その原因をわれわれ外国人は知りたい。意見開陳の中に見られる答は次のようなものである。①弁護士 (當事者の代理人) は未知の新しい道には不安を抱きあえて踏みこまないものである (ラセール、三九三頁、ベレ、四〇二頁)。

②仲裁の本質的要素は仲裁人選択の自由 (その根拠は當事者と仲裁人の間の人間的な信頼) であるところ、第一二条においては利用者は自分の裁判官を選ぶことができない⁽⁴⁾ (つまり、訴えを管轄する裁判所の裁判官に友誼的⁽³⁾和合調整の任務を与えるしかないということか―筆者) (ペロ、四〇七頁)。

③共同申立書による裁判要求が十分に宣伝されていなかった。原告による訴えの提起により開始された手続の係属中に當事者双方が友誼的⁽³⁾和合調整を欲するときは、conciliation を選ぶであらう。友誼的⁽³⁾和合調整を訴え提起前に兩當事者が欲するときは、共同申立書の提出の道があるのである (ペロ、四〇八頁)。

④共同申立書の道は離婚事件を除き利用されていない。裁判に付したくない當事者は裁判要求をするはずはなく、時間を稼ぐことを考えるから、迅速な解決をもたらす第一二条の制度を利用しようとは考えないのである (ベルタン、四〇九頁)。

⑤裁判官は、當事者本人同志を対決させること、自分が當事者本人と接触することを好まない (ベルタン、四一〇頁)。

⑥裁判官はそれだけでなくも過多の事件を抱えており、友誼的⁽³⁾和合調整のように時間を喰うことは裁判官の任務遂行の支障になる (ベルタン、四一〇頁)。

(3) このようにした理由をペロは説明する。もし、裁判官を選ぶ自由を徹底して認めると、ある一定の裁判官が繰り返して友誼的の和調整裁判官に指名されるという現象が生じ、そのことはその裁判官が優秀であることを示すものであり、その裁判官は昇進することになり、このようなことは私人が実質上昇進のリストを定立するに等しく、裁判官はこれにより精神的な外傷を負うことになり、望ましいことではないからであると。(四〇七—八頁)。

(4) 共同申立書は *requête conjointe* の訳である。原告と被告が共通の書面 (*acte commun*) に所定の事項を記載して管轄裁判所の事務局 (*secrétariat*) に提出するものである(新民訴五四条、五七条)。これは、訴えの提起(裁判要求 *la demande initiale en justice*) の方式のひとつである。訴えの提起を原告と被告が共同ですることの特徴のひとつとして、両当事者が共同申立書において、裁判官に友誼的の和調整人の任務を与えることができるということがある(新民訴五八条)。この共同申立書の提出による裁判官要求は新しい制度である(以上、筆者)。ペレ発言によれば、共同申立書のなかで第一条の任務授与をした例は二例である(四一三頁)。かくして、ペレは、共同申立書の利用促進は問題を問題によって少々解決するにすぎないと批判する(四一三頁)。

かくて、問題は、どうすれば第一二条の所期の目的を実現することができるか、に移る。ペレ報告の中には、将来紛争仲裁付託契約において、紛争が生じたときにこれにつき合意により選択する裁判所に友誼的の和調整人として裁断する任務を与えることを合意する、ということを確認することが示唆されている(B四〇四頁)。ロベールはこれに同調する。紛争が起つてから仲裁契約をすることは例が少ない[その理由は前掲⑤に同じ—筆者](ロベール、四二頁)。紛争中においては当事者は敵対と克服できぬ不信の關係にあるので友誼的の和調整裁判官の選択において一致することは困難である(ロベール、四二頁)。

それでは、第一二条は、将来紛争仲裁付託契約において紛争が生じたならばこれを友誼的の和調整人として裁断する任務を裁判官に与えることを約することを、許していないのか。これが問題になるであろう。通説的な解釈においては、第一二条第五項の冒頭に存する *«Le litige ne»* の三語は、紛争が生じてから後にはじめて裁判官に上記の任務を与

えることを定めたものと解釈されている。この解釈を前提とすると、「Le litige né»は「第一二条五項の利用の促進の脚を、引っぱっていることになる。では、いっそ「Le litige né»を削除したらどうか。コルニユは削除により第一二条の成功が得られることに懐疑的である。仲裁人を人を信頼して選ぶのが仲裁の本質である。上記三語を削除すると、将来紛争仲裁付託条項（Clause compromissoire）が許される。だが、この条項が約束されるとは限らない、つまり、削除すれば、紛争前に友誼的の和合調整条項の中に個人を選択して指名することになるといふものではない。これがコルニユの懐疑の理由である（四一三頁）。ベレは削除は問題を解決するのには十分ではないという。削除すると、将来紛争を第一二条の友誼的の和合調整に付託する契約が許されるであろう。その契約である裁判所のある合議部を指名することができよう。だが、いざ紛争が起ったときはその部を構成する裁判官が交替してしまっていることが多いだろう。この場合には指名された部は仲裁しないで終ることになる。かといって、「裁判所でない―筆者補」裁判官を指名することは第一二条が予定するところではない。第一二条は、その事件を処理する裁判官の職能において友誼的の和合調整人にその裁判官を指名するということを予定するものであって、何某という個人として指名することを予定してはいない。裁判官は一人の個人として指名することはできない。ベレはこのように述べる（四一三頁）。

さいごに、人が権利の保障を法律の中に求めた時代から、人々の諸利益の間を調整して平衡を打ちたてる必要の時代へと移行するにつれて、紛争の解決が、法規の適用によるものから友誼的の和合調整へと移行させられているという認識（ロベール、四一〇頁）、このような社会的需要である友誼的の和合調整の担当者としては知的にも感性的にも優れ多くの情報を用意する普通法裁判所（フランスにおいては、裁判所は普通法裁判所と例外裁判所とに分類される―筆者）が最適であるという評価（ロベール、四一二頁）、普通法裁判所がこのような役割を有することは、憲法との関連において、立法権との関係において、司法権を評価し直すことであるから、ひとつの革命であるという見方（ジャンテット、四一四頁）がわたくしの注目

を惹いた。

なお、ラセール議長の問いかけに対しては、ベルタンが次のように発言している。第二条の失敗は、裁判官の精神の状態〔ラセールが指摘したところの、裁判官は年から年中法規の適用に馴染んでいるということを指すのだから〕と思う一筆者〕が原因であるのではなく、裁判官の能力に起因するのでなく、裁判官という身分にかかる問題が障害となったのもなく、裁判官が自分の労働時間を国から報酬を受ける事柄〔訴訟の裁判を指す一筆者〕を行なうために捧げるのではなく当事者から報酬を受ける事柄〔友誼的和解調整を指す一筆者〕を行なうために捧げるという事物の性質が原因であるのではない、と（四〇九頁）。

おわりに

わたくしは、新・実務民事訴訟講座月報7（一九八二年）に、「フランス民訴改正の一齣」と題する一文を寄せた。そのなかで本稿で紹介した討論集会の記録（仲裁雑誌一九八〇年第二号）が存在することを指摘した。そして《裁判官が amiable compositeur として裁判することについても、その内容の詳細をだれかが紹介することを期待したい》と付け加えた。この期待はまだ現実のものになっていない。かくして、わたくしが紹介することになった。

最高裁によると、司法権の固有の内容として裁判所が審判しうる対象は裁判所法三条にいう「法律上の争訟」に限られる（最判昭四一・二・八民集二〇巻二号一九六頁）。つまり法律上の争訟を審判するのが司法権の固有の作用である。法律上の争訟を審判する作用とはどういう作用か。ある東京地判（昭二九・一一・一〇行例集五卷二二号二六四三頁）によると、司法権とは、当事者間に具体的な権利義務の紛争が存する場合に、法を適用実現して紛争を解決する国家作用をいう。右のごとき固有の意味の司法権は裁判所に属する（憲七六条一項）。しかし、裁判所には、固有の意味の司法権にあらざる権能が法律の定めるところにより与えられている。どのような権能が与えられているかを比較法的に実証的に確認

すべきであろう。この作業は後日に譲る。いまは、これらの権能が量的に優勢となりしかもこれらの権能が質的に変ってきた社会の需要に応ずるものであるならば、裁判所に与えられた権能のなかで、固有の意味の司法の権能の比重が低くなるか、と見るべきことになりはしないか、また、それは、比重の低下にとどまらず、司法の觀念の内包の質の変容に至るものであろうか、を問題として意識するのである。他方において、固有の意味の司法裁判により解決さるべき事項を裁判所が衡平により解決することが許されることがあるならば、またそのようなことが対象においてまた頻度において数の多いものになるならば——そのようになる傾向にあるか否かを実証的に確定すべきであるし、その作業を他日に譲るとして——そのことは固有の意味の司法の比重の低下を示すものととらえることにならう。そうなれば、そういうこともまた司法の觀念の内包の質に変容をもたらすものと見るべきものであろうか、ということも問題として意識するのである。

本稿においてその内容を紹介した討論集会の記録を読んで、前記二つの問題のうち後者をとくに意識したのである。当事者からの委託に基づくものであるとはいうものの、裁判官が裁判所として訴訟事件を衡平により裁判することは、ジャンテット（前掲六をみよ）によれば、司法権を評価し直すことにつながる。日本の裁判所について見るならば、裁判所が訴訟事件を衡平により裁判することは、日本においては固有の司法権の行使に含まれることなのか、法律により特に認められる権能ということになるのか。前者に当たると考えるにはなお問題が残り、後者に当たると考えるには後者の異例であるという問題がある。「衡平」の觀念は、しかし、各諸国において共通のものなのか、これを確かめなければなるまい。また、「衡平」と実定法規における不確定概念（たとえば、信義誠実）との異同も明確にしなければなるまい。裁判官が訴訟事件を衡平により裁判する権能が私人たる当事者の合意と委託に基づくものであるならば、そして衡平による裁判も司法権の作用であることになるとすれば、民事司法権の淵源は（市民をこえた）国家そのものにあるという

よりも、民事司法権は市民への奉仕たる公役務を果すために国家に与えられているものであるというべきであることにならう。以上のようないろいろの主題を、概念の混淆に陥いることなく研究し、民事司法権の——もしそういうものが生まれつつあるならば——新しい実質をつかまえてみたいという望みを抱くに至ったのである。もともとある事項を法規の適用により裁判するか、衡平により裁判するか、あるいは、将来を目的する相当性の判断により処理するかは、事柄の性質に左右される面はあるであらうが、民事立法政策の問題であるように思われる。司法権が政治的権力支配の表現形式の実質をもつところでは、民事司法権についても、法律の適用による裁判は右権力の行使を抑制する機能をもつものである。「法律による裁判」というものはそれ自体ひとつのイデオロギーであるという面を有するものではないのか。そうであるとするならば、政治的経済的社会的変革に伴って、司法権は支配の形式でなく調整の形式となり、これに呼応して裁判というものが法規のあてはめの作用から正義・衡平さらには相当性の端的な発現の作用（結果的には秩序形成の作用）へと移行していくことが、認識されうるのではあるまいか。このような想念を、北海道大学法文学部創設の時から法文学部に共に勤務して数々の思出をもつ、故富田容甫教授に、ぶつけてその独特の発想をひき出して見たかったと思うのである。

Le juge-arbitre et la réformation de la notion de la justice civile

Noboru KOYAMA*

Le XI^e Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires a été tenu à Paris du 6 au 8 octobre 1977. Le titre de ce Colloque est "Le juge et l'arbitrage". Ce colloque s'est composé de cinq séances. Les travaux de ce Colloque sont publiés dans "Revue de l'arbitrage", 1980. Les rapports et les débats sont tous intéressants.

Le sous-titre, auquel la quatrième séance a été consacrée, s'appelle "le juge-arbitre". Il m'a attiré. L'article 12 alinéa 5 du Nouveau Code de procédure civile a permis les parties de conférer, à certaines conditions, au juge (d'un tribunal d'Etat) mission de statuer comme amiable compositeur. Ce juge amiable compositeur au sein de la juridiction étatique est appelé le juge-arbitre.

Pourquoi le juge-arbitre? Est-il fréquent qu'un juge soit établi amiable compositeur en vertu de l'article 12 al. 5 N.C.P.C.? Adresse-t-on des critiques à l'article 12 al. 5 dans sa teneur actuelle? N'y a-t-il pas de difficultés d'établir les modalités de l'article 12 al. 5? Serait-il souhaitable de développer ce type d'arbitrage?

J'ai cherché des réponses dans ce que les participants ont parlé à la quatrième séance. Je n'ose les reproduire ici en français. Pour terminer je présuppose que le développement de ce type de juge s'accompagne de la réformation (ou de la déformation) de la notion du pouvoir judiciaire ou de la justice civile.

* Professeur honoraire, Université de Hokkaido.