

II. ロイク・カディエ*

フランス法における 代替的紛争解決方式の展望

西澤宗英** (訳)

1. この報告は、フランスにおける代替的紛争解決方式、すなわちアングロ・アメリカ語でADR (Alternative Dispute Resolution) といわれているものに関する問題状況を提示しようとするものであるが、完全性を狙ったものではない；単に、現にその途上にある進化について、いくつかのことを示そうとするものである。このように限定すると、本論の論点は、以下の2つである：ひとつは、代替的紛争解決方式は、いわれているほど最近の現象ではなく、フランスの観点からすれば、伝統と現代性という矛盾することのない二つの刻印で特徴づけられているように思われること；いまひとつは、これらが裁判上の解決方式と対立して発達したのではなく、反対に、裁判上の解決方式と、複数の同じ裁判制度の中に組み込まれているということである。以下には、引き続いて取り上げる2つの問題から始めて、そのことを示そうと思う：すなわち、代替的紛争解決方式とはどのようなものか (I)、および、代替的紛争解決方式は今日どこに行こうとしているのか (II) である。

* ロイク・カディエ パリ第1大学法学部教授 司法・訴訟研究センター所長 国際訴訟法学会理事長

** にしざわ・むねひで 青山学院大学法学部教授

訳注について：訳文中に [] と () を付している箇所があるが、[] は本文にはない表現を訳文で補っているところ、() は訳語の言替えや説明である。

I. ——代替的紛争解決方式とはどのようなものか？

2. 「代替的紛争解決方式」という表現は、一方で最近のものであるが（A）、他方で、それが示す現実、きわめて古い淵源を持つものでもある（B）。

A. ——表現の新規性

3. 《代替的紛争解決方式 (*Modes alternatifs de règlement des conflits*)》, すなわち MARC という略語で示される表現は、アメリカの Alternative Dispute Resolution (ADR)¹⁾ という概念のフランス語の類義語として1990年代の半ばに現われたものである。この表現は、ケベックの法律家が用いていた《*Solutions de rechange au règlement des litiges*》(SORREL) とか、同じくフランスの立法者が採用した《*Résolution amiable des conflits*》(des différends ou des litiges) (RAC)²⁾, あるいは学説³⁾が時に用いた《*Modes alternatifs de règlement des litiges*》(MARL) などの表現よりも好まれて、徐々に、法律家の叙述の中で認められるようになってきた。これらの表現は、すべて、ことばの慣用によって、類似のものと考えられることも知れない。

1) L. Cadet, 《Compte rendu de l'ouvrage de C. Samson et J. McBride (sous la direction de), *Solutions de rechange au règlement des conflits—Alternative Dispute Resolution*》, Sainte-Foy, Les Presses de l'université Laval, Québec, 1993, in *Revue internationale de droit comparé* 1994, n°, pp. 1213~1217. 参照。

2) Loi n° 98-1163, 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits.

3) たとえば, P. Chevalier, Y. Desdevises, Ph. Milburn (sous la direction de), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Avant-propos de P. Catala et G. Flédheux, Paris, La documentation française, 2003.

しかしながら、この類似性には、2つの点でニュアンスがあるはずである。

まず、「紛争 (conflict)」という概念を用いるか「法的紛争 (litige)」という概念を用いるかは同じことではない。過度に理論的な議論に立ち入らずに、簡単にいえば、「紛争」という概念 [と「法的紛争」という概念と] は類似的ではない：「法的紛争」とは法的に対応しうる「紛争」、すなわち法規範を適用することによって法的な解決の対象となし得る「紛争」であるという意味で、「紛争」という概念は、「法的紛争」という概念を含ませる資格を備えている。別の言い方をすれば、一方で、あらゆる「紛争」が「法的紛争」であるというわけではない：たとえば、愛情に関する言い争いは「紛争」ではあるが、「法的紛争」ではない；他方で、「法的紛争」は、これを生じさせた「紛争」がどのようなものであるかと無関係に解決することはできない：こうして、労働条件に関する企業内の労使「紛争」は、工場の占拠の理由となり得るものであり、[この「紛争」は、]もし使用者が裁判官に提訴すれば、排除の裁判に至り得るものである：工場の [ストライキによる] 占拠から生じた「法的紛争」は、排除の裁判によって終結するが、だからといって使用者と被用者を対立させる「紛争」が解決されるわけではない。

とりわけ、MARC は、考えられているほど法的な範疇ではない。一般的には、MARC は、「紛争」を合意に基づく (amiable) 解決に導く方式の総体を指すものである。代替的方式とは、裁判に基づく方式、すなわち伝統的には強権的な方式と考えられてきたものに対して、合意に基づく方式である：裁判官は、民事訴訟法典第12条が定めるように、「法的紛争」を《[法に従って] 一刀両断に解決する》。

4. これに基づくと、MARC の範囲は、程度の差こそあれ、広く定義さ

れる。

もっとも自由な概念においては、MARC の範疇は、仲裁⁴⁾、調停 (médiation) および和解 (conciliation)、オンブズマン、専門職による自己調整、さらには、市場管理機関のような行政的なものであると否とを問わず権限ある機関の介入のように、極めて多様な形式を包括する⁵⁾。代替的な方式は、契約当事者が契約の改定や衝突 (différends) の解決に適合した条項によって、たまさかの「法的紛争」を予定したり予想したりするまでに至る場合には、神髄に到達しさえする⁶⁾。

より限定された意味では、1998年にアメリカ合衆国で採択された連邦法、いわゆる *Alternative Dispute resolution Act of 1998* (P.L. 105~315 du 30 oct 1998, codifié au USC tit. 28, §§ 651~658) が、代替的方式を、「紛争」の争点を解決することを援助するために選ばれた中立な第三者を想定する方法に限定しており、これには仲裁を含む⁷⁾。

ある論者達にとっては、フランスの概念はなお異なっている。そこでは、MARC の数の中に仲裁を採り上げない。それは、仲裁が「法的紛争」

4) たとえば、G. Alpa, 《La circulation des modèles de résolution extrajudiciaire des conflits》, *Revue internationale de droit comparé* 1993, pp. 755 sq, 参照。ここで、論者は専ら仲裁を扱っている。

5) C. Samson et J. McBride (sous la direction de), 《*Solutions de rechange au règlement des conflits—Alternative Dispute Resolution*》, précité 参照。

6) L. Cadet, 《Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges》, *Petites affiches* 5 mai 2000, pp. 30 sq; Les conventions relatives au procès en droit français—Sur la contractualisation du règlement des litiges, in *Accorde di parte e processo*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milan, Giuffrè éd., 2008, pp. 7~35 参照。

7) P. E. Herzog, 《Tendances actuelles concernant les méthodes alternatives de résolution des controverses (ADR) aux Etats-Unis》, *Revue générale des procédures* 1999, pp. 774 sq et V° 《Alternative Dispute Resolution》 in L. Cadet (sous la direction de), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004 参照。

の裁判的な解決の方式だからである。また、そこでは、MARC を第三者を想定する手続に限定しており⁸⁾、これは、交渉の手続を排除していた。私は、そうは思わないが。

まず、歴史的には、仲裁は、国家の裁判に代替するものとして現われ、かりに、仲裁人が裁判官であり、仲裁判断が判決であるということが正しいとしても（民事訴訟法典第1476条）、それでもなお仲裁は、当事者の合意にその淵源を見出し、仲裁の手続は、契約主義に感化されている⁹⁾。仲裁の契約性（contractualité）は、仲裁人が、法的に、法規範を適用してではなく、衡平に、[仲裁合意に基づく] 仲裁人（amiable compositeur）として「法的紛争」を解決する任務を負うだけに一層強くなる¹⁰⁾。要するに、後に見るように、MARC は、裁判所の入口で立ち止まることはない；それは法廷で [も] 展開され、したがって、これらの方式が裁判官自身の前で公認される場合には、代替的方式の領域から仲裁を排除する理由はないことになる。

だからといって、私は、MARC を「紛争」の解決において第三者を介入させる手続のみに限定しなければならないと考えるわけではない。実際のところ、フランス法においては、当事者が自ら互いに一致する（和解すること）ができるという伝統がある¹¹⁾。ところで、和解（conciliation）

8) C. Jarrosson, 《Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale》, *Revue internationale de droit comparé* 1997, pp. 311~435, spéc. pp. 325-345, n° 11 et n° 15 参照。

9) L. Cadet, La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure d'arbitrage, *Revue de l'arbitrage* 1996, pp. 3 sq 参照。

10) 民事訴訟法典第1474条：仲裁人は、仲裁合意において、当事者が仲裁人に [仲裁合意に基づく] 仲裁人として裁定する任務を与えない限り、litige を法規範に従って解決する。

11) たとえば、民事訴訟法典第127条：当事者は、自らまたは裁判官の提案に基づいて、審理の係属中、互いに一致する（和解する）ことができる。

は、フランスの概念の中では、MARCであり；第三者による和解である調停（*médiation*）は、[その]変形でしかない。フランス破毀院が判示したように、《その目的が調停人によって提案された合意に至るために当事者双方の主張の突き合わせを行うことにある調停は、紛争の合意による解決を目的とする民事訴訟法典第21条を適用し、したがって、裁判権を排除する方式である¹²⁾。》「紛争」の合意による解決は、何よりもまず、ことばのアリストテレス学派のいう意味での友情の関係、すなわち第三者の仲介なしに、《近隣性（*toi à moi*）》という関係に基礎を置くものである¹³⁾。交渉の範疇に入るものはみな、それゆえまた、MARCに属する。

もっとも賢明なことは、代替的方式の公式な範疇というものはなく、この点について明らかにされた真実はあまりない、と柔軟に考えることである。MARCは、裁判制度の外にも中にも存在し得るもので、そのことは、なお、その歴史的進化と合致する。

B. ——現実の古さ

5. 受け入れられている考え方に反して、MARCは、ADRの移し替えでもなければ、模倣でもない。アメリカ合衆国から輸入された制度ではない。[模倣と見るような]見方は、歴史の近視眼的で不十分な見方であり、アメリカ合衆国という国が、とりわけヨーロッパから始まって作られたということを忘れることになろう。しかし、古いヨーロッパは、固有の宝物を持っている。

争点決定 (*litis contestatio*) に特徴づけられる、ローマ [時代] の訴訟

12) Cour de cassation, 2^{ème} chambre civile, 16 juin 1993, *La Semaine Juridique (JCP)* 1993, I, 3723, n° 3, obs. L. Cadet.

13) L. Cadet, 《Une justice contractuelle, l'autre》, in *Mélanges Jacques Ghestin*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, pp. 177 sq 参照。

の契約的な起源にまで遡らないにしても、MARC の現代的な発展は、淵源へのある種の回帰である。MARC がもっぱら当事者の合意、すなわち約束上の基礎に基づいている範囲で、これらの方式は、見方によっては、この1000年ほどの歴史に帰るものである¹⁴⁾。第二千年紀の中世の夜明け、カペー朝の初期において、「紛争」の解決に関する法は、実際のところ、契約が浸透した法、妥協 (composition)、仲裁、和解 [による解決] (transaction) から作られた法であった。

フランス語の歴史的辞書である、大ロベール・フランス語辞典 (*Grand Robert de la langue française*) は、その上に、《訴訟 (*Procès*)》という語の1174年に実証された最初の意味は、《法的な証書、契約》という意味であることを示している；このもともとの意味の痕跡は、なおまた、今日の言語の中でも、合意を取りまとめた証書を示す《合意の調書 (*procès-verbal*)》という表現に見られる。

訴訟を徐々に契約から切り離すことになる、衝突の解決の [裁判官に委ねるという意味での] 裁判行為化 (juridictionnalisation) は、実際には、フィリップ尊厳王 (フィリップ 2 世)、聖王ルイ (ルイ 9 世) およびフィリップ美男王 (フィリップ 4 世) の 3 代の長い治世が続いた 13 世紀および 14 世紀にしか現われない。この現象は、カペー朝の発展と王権の強化から発している：裁判は、実際、貴族や教会という封建権力に対する君主国家による征服の道具の一つである¹⁵⁾。結局のところ、同じくこの時代に、

14) S. Dauchy, 《La médiation: bref survol historique》, in C. H. Rhee, D. Heirbaut et M. Storme (éd.), *Le bicentenaire du Code de procédure civile (1806)*, Kluwer, 2008, pp. 77~88. C. Jallamion, 《Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire》: *Gazette du Palais* 16~17 janv. 2009, 3 参照。法律家によるもの以外では、C. Gauvard et alii, *Le règlement des conflits au Moyen-Age*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001 参照。

15) 17世紀に、ドマは、その *Traité des loix civiles* ではなく、*Traité du droit public* でそ

契約にかかわる者となった公証人職と訴訟にかかわる者となった書記が、恒久的に分離してゆき、現在のこれらの職となった¹⁶⁾。その結果、「紛争」解決の裁判による方式と合意による方式とが、近隣の争訟、とりわけ隣人関係で有用性を保持した後者を前者が制しつつ、別々に進化してきた。

「紛争」の合意による解決方式は、しかし、18世紀末期には、フランス革命と共に、専らイデオロギー的な理由で、現実の前に復帰した：公式な裁判は、アンシャン・レジームの王政をあまりに具象化していたのに対して、仲裁、和解（conciliation, transaction）は、反対に、単純、直接的な裁判の道具として現われ、新しい共和政の市民の考え方と合致し、それは、ルソーの社会契約論に着想を得ていた。この時代の政治論争が、そのことを証言しており、1790年7月7日の国民議会の演壇で代議員ルイ・プロニオンがした演説の概略に現われている：《裁判をすることとは、社会の二次的な負債でしかない。訴訟を防ぐことこそ、第一次的なことである。社会は、当事者に言わなければならない：裁判の神殿に到るためには、合意の神殿を通ってきなさい、と。そう考えることによって、あなた方が譲歩することを私は期待する¹⁷⁾。》サン・ジュストは、法律は、《毎年、風月（ventôse）の期間に繰り返される》友情の公式な宣言を強制することができ、《友人は、互いに主張することはできない》と予定することができると考えるまでに至っていた¹⁸⁾。

↘のことを扱っている。アンシャン・レジーム下での民事訴訟の政治的性格については、J. Krynen, *L'Etat de justice, France, XIIIe-XXe siècle*, tome 1 : L' idéologie de la magistrature ancienne, Editions Gallimard, NRF, 2009 参照。

16) J. Hilaire, *Histoire des institutions judiciaires*, Paris, Les cours de droit, 1990~1991, pp. 113~119 参照。

17) L. Prugnon, *Archives parlementaires*, tome XVI, p. 739.

18) L.-A. Saint-Just, 《6^{ème} fragment sur les institutions républicaines》, in *L'esprit de la révolution*, collection 10/18, § 2 *Des affections*.

おそらく、革命法のすべての制度は、家族事件における強制仲裁のように、1790年から共和暦4年¹⁹⁾に至るフランス社会のナポレオンの秩序の回復の中で、生き残ることはなかった。けれども、1806年の民事訴訟法典は、革命期から、民事の「法的紛争」の解決において、良心と和解的 (conciliatoire) 手続とに重要な位置を与える意思を保持した。この配慮は、トゥレイアールが民事訴訟法典草案第1部第1巻および第2巻提案理由書について立法府 (Corps législatif) でした報告に示されていた。ここでは、治安判事 (juge de la paix) に関して、この《道徳的かつ有用な》制度の力を褒めそやし、これを《子供たちの間に、宣告をするというよりは合意を導くべく、その真の栄光を位置づけなければならない、判事というよりはむしろ父親》(13頁) とみなし、これに《熱情を静め、憎しみを和らげること

に務める、平和をもたらす天使》(20頁) を見るまでに至っている²⁰⁾。

これらの条件においては、1806年の民事訴訟法典 (第48条から第58条) が、当事者がその権利について自由な処分権を有し、「法的紛争」を解決する緊急性がいささかもないことを条件に、第1審の争訟 [手続] の大半において、本案のかつ審理開始の申立てについて、必要的和解前置手続 (préliminaire obligatoire de conciliation) を組織することを続けたことは、驚くべきことではない。これが《大和解 (grande conciliation)》と呼ばれるもので、これは、1949年まで行われた。和解は、都市よりも田舎でしばしば行われた。1834年の統計によると、事件の65%が和解され、これはかなり多いと思われる。いずれにしても、この数字は、後になって、1879年には事件の36%、1942年には9%と減少するのみで、それによって、1949

19) 1795年から1796年。なお、J.-P. Royer, *Histoire de la justice*, Paris, Presses Universitaires de France, 3ème éd., 2001, spécialement pp. 272~321 参照。

20) T. Clay, 《Le modèle pour éviter le procès》, in T. Revet (sous la direction de), *Code civil et Modèles—Des modèles du Code au Code comme modèle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004, pp. 51 sq 参照。

年に、予めの必要的手続としては廃止されることになった。和解前置手続は、もはや治安裁判所（1958年に、小審裁判所となった）において当事者に提示された単なる権能の状態でしか残っておらず、これが《小和解（*petite conciliation*）》と呼ばれていた²¹⁾。

6. しかしながら、1958年以降、民事訴訟の改革に着手された際、1975年に日の目を見た新訴訟法典の起草者たちは、合意による裁判がもともと持っている溝をより深いものにした。

それは、彼らとしては哲学的であると同時に政治的な選択であり、新法典の生みの親の一人であるジェラルド・コルニュ学部長²²⁾のことはよれば、《裁判の夢》、すなわち《テクノクラートによる、あるいはきこちない裁判の対極にある》人間らしい裁判という《夢の役割》として示されていた。この選択は、とりわけ、訴訟の指導原理の中に和解を容認すること（民事訴訟法典第21条）、審理の開始の方式の中に共同申請（*requête conjointe*）（第57条および第58条）を創設すること、および裁判官のために当事者の申立てについて〔仲裁契約による〕仲裁人として裁判する権限を認める（第12条第4項）ことによって表されている。1970年代の半ばにおけるこの選択は、かなり予言的であったが、以来20年ほどでの MARC の発達は、立法者の夢がそのとおりの現実になってきてはいないのではないかと自問することを可能にする。刑事の和解²³⁾や刑事の調停²⁴⁾と共に、伝統的に、より糾問的形態で、必然的に裁判手続として示されてきた刑事訴訟

21) Loi du 9 février 1949, Dalloz 1949, Législation, pp. 269 sq. この進化については、P. Couvrat et G. Giudicelli-Delage, 《Conciliation et médiation》, *Jurisque de procédure civile*, Fascicule 160, spécialement n° 31 sq 参照。

22) G. Cornu, 《L'élaboration du code de procédure civile》, in B. Beigner (sous la direction de), *La codification*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 71 sq, spécialement p. 80.

23) 刑事訴訟法典第41-2条。

24) 刑事訴訟法典第41-1条

自体も、同じ名前の療法のように、魅力に欠けるところのない、この《代替的裁判》、穏やかな裁判という誘惑を免れなかった。進化は終わっていない。なぜなら、シユラメック報告と呼ばれるコンセイユ・デタの最近の報告²⁵⁾を承けて、行政争訟の領域でも、同様に、弁護士の関与による予めの交渉の手続を認めることを提案するガンシャール報告²⁶⁾や、裁判上の調停という装置を鼓舞する改革を勧めるマジヤンディ第3報告²⁷⁾を承けて、民事事件においても熟慮は続いているからである。

このような進化をどのように説明すべきか？

おそらく、二つの要素が組み合わさった効果を認めなければならない。ひとつは一時的な、今ひとつは構造的な効果である。

MARC の現在の発展の第一の理由は、おそらく、裁判上の争訟の爆発とその結果である裁判所の役割の飽和とによって特徴づけられ、安易に《裁判（司法）の危機》と名付けられるものに起因している²⁸⁾。現象は、フランスに固有のものではない²⁹⁾。いずれにしても、代替的解決は、そ

25) Conseil d'Etat, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, Paris, La documentation française, 2008: *Gazette du Palais*, 19~20 sept. 2008, pp. 26~28.

26) *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Paris, La documentation française, 2008.

27) *Célérité et qualité de la justice. La médiation: une autre voie*, Paris, Cour d'appel, 2008.

28) いくつかの統計データと《裁判（司法）の危機》によって理解すべきことについては、L. Cadet, 《Civil Justice Reform: Access, Cost and Delay. The French Perspective》, in A. A.S. Zuckerman, *Civil Justice in Crisis—Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 290 sq. spécialement pp. 304~308. 参照。

29) 異なる国々の貢献については、Adrian A.S. Zuckerman, *Civil Justice in Crisis—Comparative Perspectives of Civil Procedure*, 前掲。なお、N. Trocker and V. Varano, Concluding remarks, in N. Trocker and V. Varano (éd.), *The Reformes of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2005, oo. 242 sq. spécialement VIII, pp. 259~261 参照。

れが当事者，とりわけ企業³⁰⁾に対して及ぼすことができる魅力を予測する流れの道筋と同じくらい，それが司法予算の軽減手段を検討する国家の期待にも同様に対応すると疑う（推測する）流れの道筋である。この第一の理由は，明らかに実践的であり，のみならず功利主義的で，さもなければ楽観主義的である。とくに顕著なことは，政府自身が，2005年に50以上の大企業やフランス職業連盟との間で，パリ調停仲裁センター（Centre de médiation et d'arbitrage de Paris）³¹⁾の保護の下に締結された企業間調停憲章（Charte de la médiation interentreprises）の締結に協力したこと，および重大な経済的社会的困難が現われた場合に，特別な調停人の任命を行うことをためらわないことである。こうして，近時の財政危機が，与信に関する調停人やリスクを伴う地方公共団体の借入れのための調停人などの任命をもたらした³²⁾。

しかし，現象の肯定において，おそらくなお，社会調整の方式の進化，すなわちフランス社会の構造自体にかかわる第二のより根本的な理由がある。後悔しようとしまいと，国家はもはやかつてそうであったものではないし，その結果，法的世界の中心でではなくなった法律も同様である。この法律中心主義（légicentrisme）の衰退は，性質上，一般に，社会関係の契約化と，とくに「法的紛争」の解決の契約化とを助長すべきものである³³⁾。それは，経済社会生活を営む者に，あらゆる種類の合意および契約が与える自由の新しい空間を提供する。強制される法秩序から交渉される法秩序へのこの移行を形容するために，契約化主義（contractualisme）

30) J.-F. Guillemin, 《Les nouvelles attentes des entreprises en matière de règlement des conflits》, *Revue de l'arbitrage*, 1966, pp. 583 sq. -Adde A. Bemard, 《L'optimisation du contentieux par les entreprises》, *Dalloz* 2009, 1701.

31) <http://www.mediationetarbitrage.com/interne.php?page=64&niveau=1>

32) J.-Ph. Tricoit à la *Revue de l'arbitrage*, 2010, n° 7, pp. 158~159 参照。

33) L. Cadiet, 《Les jeux du contrat et du procès》, *Mélanges Gérard Farjat*, Paris, Editions Frison-Roche, 1999, pp. 23 sq 参照。

あるいは契約社会のことが語られる³⁴⁾。この簡潔な歴史的回顧は、要約であるにもかかわらず、裁判上のものであり得ると同様、裁判外のものでもあり得るフランスにおける MARC の現在の状況を明らかにすることを可能にし、そのことは、私の報告を第 2 部に導く。

II. ——代替的紛争解決方式は今日どのように現われているか？

7. 「紛争」の、裁判上というよりむしろ合意による解決の研究が、それゆえ、新しいものではないとしても、現象は、この数年間でかなり重要性を増し、同時に多様化してきた。しばしば受け入れられてきた考え方に反して、MARC は、「法的紛争」の裁判上の解決の代替物にすぎないものではない。これらが、たしかに、裁判所による「法的紛争」の解決の代替物と理解されてきたとしても、MARC は、「法的紛争」を合意により解決する手段として現われることによって、裁判官自身の前で発達するようになってきた。こうして、MARC には裁判外のもの (A) と裁判上のもの (B) とが存在する。

A. ——裁判外の合意による解決方式

8. これらの裁判外の代替的方式の主要な特徴は、裁判制度の外で運営されるということである。しかしながら、一見したときにそう考えられたことに反して、MARC は、国家の裁判と対立して発展してきたものではなく、反対に、MARC に対する好意を示してきた国家の裁判と調和して発達してきたものである：フランスでは、合意に対する好意 (*favor accordandum*) と同じくらい強い仲裁に対する好意 (*favor arbitrandum*) が存在する³⁵⁾。この好意は、とりわけ、破産院という最上級水準を含む

34) A. Pirovano (sous la direction de), *Changement social et droit négocié. De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, Paris, economica, 1988.

35) 2010年12月22日の法律2010-1609号による参加型手続の合意のフランス法への導入が

判例を通して、衝突条項 (clauses de différends) と呼ばれるものに留保された好意的な運命に現われている。その第一のものに仲裁条項 (clauses compromissoires) および調停条項 (clauses de médiation) がある、これらの条項は専門職と消費者との間で締結された契約に追加される場合には、濫用的な性格を示さないからである³⁶⁾。こうして、たとえば、2003年2月14日に破毀院混合部がした重要な判決が、裁判官へのあらゆる提訴に先立つ調停条項は、当事者にこの和解 (conciliation) を試みるよう強制するものであって、この条項を無視して提起された訴訟は不受理とされると明確に判示した³⁷⁾。この判例は、以後、否定されていない。この判例は、また、ヨーロッパ連合法に関して、ヨーロッパ連合裁判所において採用される立場にも合致している³⁸⁾。これらのきわめて多様である裁判外の代替的方式の中に多少の秩序を求めるのであれば、これらを、和解 (conciliation) (1°) と調停 (médiation) (2°) という2つの表象の周りに再編成することができる。そこでは、一方で、その異なった名称にもかかわらず、同じ原則に対応しているこれら2つの表象が、しばしば当事者間の和解 [による解決] (transaction) に通ずる適格を備えていること、もっとも、ここではそのことに言及しないが³⁹⁾、他方で、ヨーロッパ連合の

示したところである：同法第2062条から第2068条参照。第2062条は、この合意を、《未だ裁判官または仲裁人への提訴の理由となっていない衝突 (différends) の当事者が、協同し、かつ誠意を持ってその衝突の合意による解決を行うことを約する》ものと定義している。

36) 消費法典第 R.132-2 条第10号は、これらの条項が消費者に対して MARC によることを義務づけている場合には、濫用的であると推定している。これについては、J.-Ph. Tricoit à la *Revue de l'arbitrage*, 2010, n° 6, pp. 157-158.

37) Cour de cassation, chambre mixte, 14 février 2003, Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation, chambre mixte, n° 1; *Revue des contrats* 2003, 182, observations Cadet, et 189, obs. Lagarde.

38) Cour de justice de l'Union européenne, 18 mars 2010, aff. C-317/08, C-319/08 et C-320/08; *Procédures* 2010, n° 179, obs. Nourissat; *Semaine juridique (JCP)* 2010, n° 19-20, 546, n° 5, obs. Clay. 裁判官への提訴に先立つ裁判外の調停を義務づける手続を行う規定に関しては、対等性と実効性の原則が尊重され、実効的な裁判上の保護の原則が確保されているからである。

39) L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 6ème éd., 2009, n° 549-552 参照。

立法が、当初、来るべき数か月においては、裁判外調停、より一般的には、「紛争」の合意による解決方式のフランス法における新しい進化となるはずであるということが明らかにされる⁴⁰⁾。

1°) 裁判外の和解 (conciliation)

9. フランスでは、裁判外の和解は、(そのようなものとして、) 法律によって組織された衝突の解決方式である。1978年3月20日のデクレ78-381号が、これらの裁判外の和解の制度を明らかにし、和解人 (conciliateur de justice) の地位を定めている。この規定は、MARC の復活の出発点とみなされている。

1978年3月20日のデクレで組織されたような裁判外の和解は、消費、隣人関係または賃貸借関係争訟のような小規模の民事「法的紛争」によく適合する。2010年1月1日には、和解人の数は、1,777名で、その職務上の理由から明らかにされるある種の支出の支弁を別にすれば、無償でその職務を行っていた。2008年には、和解人は、475の小審裁判所に提訴された493,939件にかかわる112,828件を受理し、その和解率は59.6%⁴¹⁾であった。この数は、無視することのできないものであり、それゆえ、重大に考えられるに値する。

和解人は、任期1年で任命され、期間満了時には、さらに更新可能な2年の期間その職務を継続することができる。和解人は、少なくとも3年間の法的経験を要する。和解人は、その職務を小審裁判所で行う。

40) その理由は、民事および商事に関する調停のある種の態様に関する2008年5月21日の指令第2008/52/CE。2010年9月22日に元老院に提出された〔政府提出〕法律案第718号参照。その第9条は、調停に関する2008/52指令の置換えに関するものである。

41) 出典 : <http://www.justice.gouv.fr/chiffres/Chiffrescles2009.pdf>

和解人の職務は、《裁判手続外で、当事者が自由な処分〔権〕を有している権利を対象とする衝突の合意による解決を容易にする》ことである（1978年3月20日デクレ第1条）。和解人は、当事者によって事件を受理する。この事件受理は、いかなる形式にも服さず、裁判上の請求に結びつくいかなる訴訟上の効果も有しない；とりわけ、時効、失権または訴権喪失の期間を中断することも停止することもない。和解人は、当事者を聴聞することができるが、当事者は、その聴取が衝突の解決に有用と思われる者をその選択によって伴うことができる；和解人は、現場に赴くことができる。和解人は、いかなる場合にも守秘義務を負う。この秘密性は、その性質上、当事者の信頼を生じさせるものであるために、和解の成功の諸条件の一つである。和解〔成立〕の場合には、一部であっても、当事者および和解人が署名した合意の調書が作成される。和解が権利放棄の効果を生じさせる場合には、調書の作成が必要的である。小審裁判官は、この合意を表示する証書に執行力を与えることができ、これは、裁判外の和解の執行命令の形式である。

裁判外の和解というこの歴史的な表象については、より複雑なあるいは他の性質を有する争訟において、他の必要に対応する、より柔軟な裁判外の調停という仮説を区別しなければならない。

2°) 裁判外の調停 (médiation extrajudiciaire)

10. 和解という形態が様々な形式の無限の多様性をとるものではないとしても、裁判外の調停については同様ではない。これは、きわめて多様な形式に応じて、徐々に発展している。整理の試みは、実務から生まれた裁判外の方式 (a) と法律によって設けられた裁判外の方式 (b) との区別に至る。

a) 実務から生まれた裁判外的方式

11. 実務を通じて組織された裁判外の調停の最初の形式は、時に合意による調停と呼ばれる自発的な調停によって構成される。その性質自体で、この調停の形式は、それが純粹に私的なものであり、拘束力も、強制される形式もなく運営されるものであるので、きわめて明白である。「紛争」がどのようなものであっても、第三者が、当事者を接近させ、合意に至ることを可能にするために、当事者を聴聞することができる。上述したように、この合意による調停は、契約の締結 [時] から一つの可能性として考慮されることができる。当事者は、その際、原則を定め、条項をまとめる衝突条項、和解条項または調停条項をこの契約に追加する。調停というこの純化された形式は、当事者がその権利について自由な処分権（民法典第2044条）を有する場合に和解 [による解決] (transaction) に至らないかぎり、当事者がこれに与えようとした強制力（民法典第1134条）のみを有する。この場合には、法律は、民事訴訟法典に最近導入された条文（第1441-4条：《大審裁判所所長は、和解の当事者による申請を受理し、提出された証書に執行力を付与する⁴²⁾。》）に基づいて、このための裁判官への提訴を条件に執行力を付与することによって、その合意の權威を強化する可能性を、ごく最近、当事者に与えている。当事者は、また、それを望む場合には、その合意を確証するために、公証人に依頼することもできると思われる：その場合は、公署証書の価値を有する公証された契約となる。強制力へのもう一步は、制度上の調停で越えられる。

12. もっとも多く実務によって組織される、裁判外の調停のこの第二の形態は、その活動領域を調停に拡張してきた仲裁センターによって、度々提案される。フランスで、もっともよく知られた機関は、パリ調停仲裁センター (Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris)⁴³⁾ および国際商工

42) 1998年12月28日デクレ98-1231号による。

43) <http://www.mediationetarbitrage.com>. 2008年には、300事件が調停によって、平均

会議所 (Chambre de commerce internationale)⁴⁴⁾ である。

けれども、この形態の調停は、仲裁機関によって提案されているだけではない。契約当事者に突発し得る「紛争」を解決するために、裁判所に提訴することを避けることに心を砕く活動をしている部門において組織されるものも見られる。調停は、そこでは、企業または専門機関によって提案される。こうして、パリ交通営団 (Régie autonome des transports parisiens) およびフランス国鉄 (Société nationale des chemins de fer) が、その固有の調停員を創設し、1993年には、フランスの保険会社全体を結集し、資本家部門または共済組合員部門に属する保険連携委員会 (Comité de Liaison de l'Assurance) が、保険調停員 (Médiateur des assurances) という措置を行ったが、これは保険会社に提案される調停憲章に基礎を置いている。

この裁判外の調停は、同様に、インターネット上におけるオンライン調停手続⁴⁵⁾の発展によっても例証される。実務は豊富である。裁判外の調停の利益は、立法者から逃れることはなかった。今度は立法者が数多くの様々な領域でこれを組織した：こうして調停が制度化される。

b) 法律によって制度化された裁判外的方式

13. これらの調停の仮説は、審理の外で作用するが、そのことは、しか

↘ 2か月の期間で CMAP によって扱われ、その成功率は70%に達した。

44) <http://www.iccwbo.org/court/adr/>

45) とりわけ、フランス共同ドメインネーム割当協会 (Association française pour le nommage Internet en coopération: AFNIC) が提案する代替的 litige 解決手続 : <http://www.afnic.fr/doc/ref/juridique/parl/>。合意は、同様に、パリ控訴院とインターネット上の権利フォーラムとの間で、審理前または審理中のインターネット上の litige のオンラインでの解決を助長するために、2009年4月7日に締結された。J.-Ph. Tricoit à la *Revue de l'arbitrage* 2010, n° 14, p. 162 参照。

し、それらが裁判制度と対立して、さらには無関係に発達しているということを示すものではない。反対に、いくつかの場合においては、フランス法の傾向は、むしろ、「法的紛争」の合意による解決の方式と裁判による方式との組合せにある。これらの裁判外の和解は、私的な事案と同様、公的な事案においても、きわめて多様な活動の部門にかかわる。

14. 公的な事案について裁判外の和解の仮説は、参考としてのみ示される。

オンブズマンというスカンディナヴィアのモデルを想起させる、もっとも古く、もっとも著名なものは、共和国調停人 (*Médiateur de la République*) であり、これは、市民の国家に対する衝突を扱うものであり (1973年 1 月 3 日法律)、これは、ごく近い将来、権利保護者 (*Défenseur des droits*) (憲法第71-1条) によって置き換えられる。このモデルから、たとえば、教育調停人 (*Médiateur de l'Éducation nationale*)、経済財政産業省調停人 (*Médiateur du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*) (2002年 4 月 26 日デクレ2002-612号) あるいは児童保護者 (*Défenseur des enfants*) (2000年 3 月 6 日法律2000-196号) のようないくつかの特殊な調停人が分離した。これらの存在は、今日、共和国調停人に代わるよう求められた、前述の権利保護者の制度と共に再検討されている。これらの調停は、時に、郵便に関する、電子通信郵便調整当局 (*Autorité de régulation des communications électroniques et des postes*) のような独立の公的機関や医療事故、医原性疾患または院内感染に関する医療事故、医原性疾患および院内感染の和解および補償に関する地域委員会 (*Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales*)—この委員会は、私的領域にもかかわることができるが—、あるいは公取引に関しては、公取引に関する衝突または「法的紛争」の合意による解決諮問委員

会 (*Comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics*) (公的取引法典第127条) のような行政形態の委員会によって保証されている。

15. 私的事案については、ある種の個人の「法的紛争」および集团的争訟の解決を目的として、裁判外の調停が法律によって制度化された。

個人レベルの「法的紛争」においては、裁判外の調停は、今日、多くの形式をとっている。

純粹に専門的な「法的紛争」を解決するために法律によって調停手続が組織されることがある。こうして、1982年の法律が、映画の製作者と配給者の間の「法的紛争」を扱う映画調停人 (*Médiateur du cinéma*)⁴⁶⁾ および1997年に、知的作品のラジオ放送、衛星テレビ放送およびケーブル送信に関する (*en matière de radiodiffusion, de télédiffusion par satellite et de transmission par câble d'une œuvre*) 調停人 (知的財産法典第 L.132-20-2 条および第 L.217-3 条) を設けた。

しばしば、調停手続は、弱者と推定される当事者を均衡を欠いた争訟に関与させるものが、法律で予定されている。そのようなものとしては、消費について消費「法的紛争」解決委員会 (*Commissions des règlement des litiges de la consommation*) (1994年12月20日アレテおよび1994年8月28日通達)、賃貸借について住居賃貸借の賃料のための県和解委員会 (*Commissions départementales de conciliation pour le loyer des baux d'habitation*) (1989年7月6日法律89-462号第20条、これを補う2001年7月19日デクレ2001-653号)、銀行について⁴⁷⁾、および労働法においてモラ

46) 映画法典第 L.213-1 条 (2009年11月5日オールドナンス2009-1358で修正)。

47) 金融財政法典第 L.315-1 条。これによると、あらゆる与信・支払機関は、職業上の必

ル・ハラスメント⁴⁸⁾についてなどのためのものがある。労働法においては、経済法におけるように、法律によって組織されるものは、とりわけ集団的和解の手段である。

集団的な争訟においては、和解の仮説は言及するにとどめられる。

労働法においては、それらは、使用者被用者間の集団的労働「紛争」の解決のために組織される。仲裁に関する規定に先立ち、労働法典は、その第 L.2523-1 条および第 R.2523-1 条以下に、労働に関する集団的「紛争」について仲裁手続を組織する。この手続は、当事者間の直接の和解手続の挫折後に、和解委員会委員長によって、あるいは当事者の申立てに基づきもしくは自らの主導で労働大臣によって、開始される。この種の調停は、公権力にかなり従属したままである。

労働法以外では、集団的和解は、とりわけ債権者債務者間の経済的な不履行について観察され、たとえば、手工業および商事企業のために予定された合意による解決の手続（商法典第 L.611-3 条から第 L.611-15 条および

ㄨ 要のために活動しない自然人に関する「法的紛争」の解決を勧告する任務を負った一人または複数の調停員を指名する。この措置は、銀行取引、支払業務、投資業務、instruments financiers および貯蓄収益に関する「法的紛争」にも適用される。調停人は、その受理から 2 か月の期間内に裁定する義務を負い、この受理は、民法典第 2238 条の要件に従って、時効を中断する。この調停手続は無料である。各銀行調停人は、フランス銀行総裁に提出される年間活動報告書を作成しなければならない。調停人の報告書を審査し、毎年銀行調停の総括〔報告書〕を作成する任務を負った銀行調停委員会が設けられ、この総括は、与信および証券全国評議会 (Conseil national du crédit et du titre) (第 R.615-9 条から第 R.615-12 条) に提出される。

48) 労働法典第 L.1152-6 条は、この形態の調停について柔軟な規定をしており、この調停は、被害者であると主張する者によっても、嫌疑をかけられた者によっても開始することができ、当事者は、共に自由に調停人を選任する。調停人は、当事者を歩み寄らせることを試み、書面で記載された提案を提出させ、課されることのあり得る制裁を提示し、併せて被害者のために予定された手続保障を提示する。

これを補う商法典第 R.611-18 条から第 R.611-50 条)、同じく農業者のための手続(農事法典第 L.351-1 条から第 L.351-7 条および第 R.351-1 条から第 R.351-7 条、第 R.355-2 条)あるいは家計の過剰債務の処理に関する手続(消費法典第 L.330-1 条以下および第 R.331-1 条以下)などがある。これらの手続は、あるものは特別の和解人(農業者、および商事または手工業企業について)、あるものは恒久的な委員会(過剰債務の家計について)に託される。これに類する手続が、同様に、不動産共有権について予定された(1967年7月10日法律65-557号第29-1条から第29-6条)。これらの合意による手続は、裁判手続に強く結びつけられており、ある意味でこれらの前提条件であり、そのことは、合意による解決の裁判外の方式と裁判上の方式との間では、隔壁は隙間のないものではないことを強調している。

B. 合意による解決の裁判上の方式

16. 裁判官による「法的紛争」解決(litigiosité)の処理は、一様ではない。裁判官は、判断するのみであり、裁判官のための法が、必然的に判決のための法であるわけではない⁴⁹⁾。衡平にまたは[仲裁契約に基づく]仲裁人として裁定する任務を引き受けるきわめて多くの仮説(たとえば、民法典第1135条;民事訴訟法典第12条第4項)に加えて、裁判官は、また、当事者の和解を助けなければならない。この和解は、裁判上の直接の和解(1°)である伝統的な形式に従う。しかし、1990年代の中ごろ、和解の新しい形式が、代理された裁判上の和解(2°)と共に現われた。

49) N. Trocker and V. Varano, Concluding remarks, in N. Trocker and V. Varano (éd.), *The Reformes of Civil Procedure in Comparative Perspective*, précité, spécialement p. 259. と比較。これは、民法典の伝統を有する国における、《これらの手続制度は、伝統的に論争の解決の通常の方法として、裁判官による裁判に基礎を置く。訴えを起す権利は、裁判官と裁判官による裁判のための権利と看做される》という考え方を提示する。

1°) 直接の裁判上の和解

17. 最近のものではないこの直接の裁判上の和解については、言及するにとどめる。1806年の民事訴訟法典は、すでにこれを知っており、フランス新民事訴訟法典の編纂者達は、和解を訴訟の指導原理の地位に引き上げることによって、この遺産を継承した。民事訴訟法典第21条は、実際、《当事者を和解させることは裁判官の任務である》と規定している。この一般原理は、その後、一方で、すべての裁判所に共通な一般規定（民事訴訟法典第127条から第131条）を含み⁵⁰⁾、他方で、裁判所ごとに異なる独自の発現を規定する法典の中で後退している。

18. a) すべての裁判所に共通な規定は、反対の規定がある場合を除いて、あらゆる事案に適用される。これは、民事訴訟法典第127条から第131条に規定されている。この規定から、当事者は、自ら、または、レフェレの裁判官であっても、裁判官の提案に基づいて、事件の事前手続中を含む審理の期間中いつでも和解することができる。

和解は、特別の規定がある場合を除いて、裁判官が適切と考えた時機に試みられる（第128条）。けれども、当事者が審理の継続中に自発的に和解する場合には、つねに裁判官に対して、その和解を確認するよう求めることができる（第129条）。実務では、当事者が和解に至る機会がもっとも大きい（パリ商事裁判所では、事件の約3分の2）のは、しばしばレフェレの裁判官の前で、または鑑定⁵⁰⁾の継続中であるということを指摘しておくのがよい。その理由は、おそらく、当事者が、これら2つの状況においては、「法的紛争」との、また裁判官がこれを解決することができるやり方との関係で、その立場の長所短所をよりよく評価しているところにある。[また、]裁判官は、鑑定人に当事者を和解させる任務を与えることができ

50) 民事訴訟法典第127条から131条（2010年10月1日のデクレ2010-1165号による修正）。

ない（第240条）ということも明らかにしておくのがよい。しかしながら、当事者が鑑定の間中に和解するに至る場合には、鑑定人は、少なくとも、その任務が根拠を失うに至ったことを確認することができる。この場合には、鑑定人はこれを裁判官に報告し、当事者は、その合意を明示する証書に執行力を付与するよう裁判官に請求することができる（第281条）。

19. 特別規定に関しては、裁判所によって様々である。法典は、たとえば、大審裁判所（第768条）および商事裁判所（第863条）においてのように、裁判官は当事者の和解を確認ことができ、必要がある場合には、その申立てに基づいて当事者の合意を認証することができる（大審裁判所における手続準備裁判官：民事訴訟法典第768条第2項）ことを予定することで満足しており、規制は緩やかであり概括的である。けれども、その他の仮説においては、法典は、裁判官による「法的紛争」の裁判所による解決に前置されるものとして理解される和解という先行手続を明確に組織している。ときに、この前置手続は、小審裁判所および民事の小「法的紛争」（民事訴訟法典第830条から第836条、第845条）、あるいは農事賃貸借同数裁判所において（民事訴訟法典第887条から第888条）、単に提案される；ときに、労働事件争訟を裁判する労働審判所においては、より完全に強制される（労働法典第 R.1454-7 条から 1454-18 条）。和解の試みは、同様に、離婚および別居事件においては必要である（民法典第252条から第253条）。

フランス法の傾向は、それゆえ、争いの余地なく、当事者の和解に好意的である。さらに、ごく最近作られている法律の規定は、裁判官が、（前置手続が必要である場合以外で）、法律で命じられた和解の前置的な試みを行うために、当事者の合意を得なかった場合には、和解という方法の目的および進行について情報を与える目的で、そのためにとくに指名する者と会うよう当事者に命ずることができることを予定している。この者

は、裁判上の和解人でありうる⁵¹⁾。この規定の目的は、もとより、当事者が望まず、それゆえ何らの有用性もない和解を当事者に強制することではない；和解という方法の潜在的な利点に気づかせるために、教育的に、当事者に情報を与えるものである。

これに加えて、1995年以降、新しい技術が裁判上の和解の領域で、訴訟の契約化を充実させるようになった：それが、代理された裁判上の和解である。

2°) 代理された裁判上の和解

20. この第 2 の種類の裁判上の和解を發達させた理由は様々であり、それは、裁判官を法を宣言する根本的な任務に引き戻すことによって裁判官の任務を軽減する配慮と、法の尊重において公平な裁判官に合意による解決の成功を助ける配慮とを結びつけている。このことは、和解人と裁判官の役割を分けることになる。この代理された裁判上の和解は、審理の最初に予定されるもの (a) と継続中に予定されるもの (b) とに応じて、2 つの形式をとることができる。

a) 先行する和解

21. 小審裁判所および近隣裁判所において当初考えられていた、審理の入口におけるこの代理された裁判上の和解は、2010年10月1日のデクレによって、他の第一審裁判所においても可能となった。この仮説の下で、裁判所は、自ら予め和解を試みることなく、裁判上の和解人にその配慮を委ねる可能性を有している⁵²⁾。

51) 2002年9月9日法律2002-1138号によって追加された1995年2月8日法律95-125号第21条第6項。

52) 1995年2月8日法律95-125号および民事訴訟法典第129-1条から129-5条。

解決は重要である。それは、もともとは裁判外の和解を容易にするためにしか制度化されておらず、それゆえ今や、裁判上の和解という任務を託されていると見られ得る裁判上の和解人の権限の範囲をはっきりとわかるように拡大しているからである。このために、これらは今や裁判上の和解人と呼ばれるのである。

代理された裁判上の和解は、また、審理の途中でも行うことができる；それは、付帯的なものである。

b) 付帯的な和解、いわゆる《裁判上の調停》

22. 審理継続中の、この代理された裁判上の和解には、固有の意味での裁判上の調停の仮説が対応する。

裁判上の調停という考え方は、裁判所の実務、とりわけ大審裁判所およびパリ控訴院の実務において、1960年代から1970年代以降に現われた。これは、まず、会社の「紛争」の機会に、これを受理したレフェレの裁判官によって実施された。破毀院は、最終的に、民事訴訟法典第21条の一般規定という根拠に基づいて、その可能性を認めるに至った⁵³⁾。法律においてこの実務を認めさせるいくつかの試みの後に、先に引用した1995年2月8日の法律によって、決定的な歩みもたらされ、その後、1996年7月22日のデクレが、民事訴訟法典の一般規定の中にこれを追加した（民事訴訟法典第131-1条から131-15条）。

裁判上の調停は、「法的紛争」の全部または一部を対象とすることができ、広く開かれている。裁判官はすべて、実際、第三者を《当事者を対立させている「紛争」に解決を見出すことができるようにするために、当事

53) 上掲 Cass. 2^e civ., 16 juin 1993 préc.

者を審問し、その視点に突き合わせることを目的として》(131-1条) 第三者を指名することができる。区別がない場合には、[この] 裁判官は、民事訴訟法第749条の意味における民事裁判官一般、すなわち民事事件、商事事件、社会〔保障〕事件、農事事件または労働事件について、第一審または控訴審において裁判する裁判官で、レフェレの裁判官を含むが、その定義によって事実審裁判官ではなく法律審裁判官である破毀院の裁判官を除く、司法系列のあらゆる裁判所の裁判官の意味で理解されなければならない。裁判官は、調停を命ずる裁判官がいずれにせよ言及しなければならない当事者の合意を得た後でなければ調停によることができないので、裁判上の調停への入口は、しかし、その実施の条件に関して限定されている(第131-1条および第131-6条)。

調停が不調の場合には、調停人の任務は停止し、何事もなかったかのように、審理が通常の進行で継続する。部分的にであれ、合意があった場合には、当事者は、これを裁判官の承認のために提出することができ、裁判官は、これに執行力を付与する⁵⁴⁾。裁判官は、提出された合意が各当事者の権利を十分に保持していないと認める場合には、合意を承認する義務を負わない。一見、この規定は、民事訴訟法典第384条という、より一般的な規定の特殊な適用でしかないと思われ、同条によれば、当事者による裁判上の和解が得られた態様がどのようなものであっても、裁判官の役割は、成立した合意を確認し、それを確認する証書に執行力を付与することに限定されている。さらに、裁判上の契約の形式で行われた和解〔による解決〕(transaction)で締結された合意を分析することが論理的であるように思われる。ただ、民事訴訟法典第131-12条第2項は、行われる承認は《非訟事件の管轄に属する》と規定し、このことは、特別の規定がない場合には、当事者の合意を、非訟事件の判決に服させることになり、これに

54) 1995年2月8日法律、民事訴訟法典第25条および第131-12条。

は、代理された裁判上の和解を、上に述べた裁判上の和解人に委ねる場合のような、当事者がその対象とすることができる不服申立方法を含む⁵⁵⁾。合意の変性は意外なものであって、司法省が、すべての結果、とりわけ不服申立ての観点を正しく見定めたかどうか明らかでない。それでも、今一度、MARC を裁判上の手続に結びつけるというフランス法の傾向に関しては、それはなお重要である。

この調停は、原則として、あらゆる事案に適用できるが、法律は、ヨーロッパ評議会によって勧告された方向に進んで、家事事件について特別の条文を予定した⁵⁶⁾。裁判実務は、すでにこの方向にあったが、形式に応じて、また裁判所によって情熱も様々であった。この可能性は、まず、親権事件、とりわけ子の居住の態様に関する両親の不一致の場合に予定された（民法典第373-2-10条）。ついで、可能性は、離婚の手続に拡大された（民法典第255条）。夫婦の合意がない場合、裁判官は、子の措置の目的と展開について情報を与える家事事件調停人に面会するよう命じる（民事訴訟法第1071条）。法律による家事調停の組織は、この規定に留まっていない。その結果、全国家事調停諮問委員会（*Comité national consultatif de la médiation familiale*）がこれに関する実務を標準化し、強化するために設けられ（2001年10月8日アレテ）⁵⁷⁾、同様に、家事事件調停人の国家免許が家事事件調停人の権限を保証する目的で創設された⁵⁸⁾。



55) 民事訴訟法典第131条および前述 n° 22 参照。

56) 家事調停に関する1998年1月21日のRecommandation n° R (98) 1, Éditions du Conseil de l'Europe, 1999.

57) 実務的な観点については、www.apmf.fr および www.mediation-familiale.org.

58) 家事事件調停人の国家免許に関する2004年2月12日のアレテで補充された、家事事件調停人の国家免許を創設する2003年12月2日デクレ2003-1166号。

23. 結論として、MARC は、疑いの余地なく、育成されなければならない。これらは、法的規律制度の完全な資格を備えた要素となり、多様性と安定性とを同時に強固にしなければならない。

実際、多様性というのは、合意による解決方式が裁判上のものでも裁判外のものでもあり得るからである；これらは、第三者を介入させることもさせないこともできる；審理に先立つこともできるし、審理の継続中に生じることでもできる；契約から生じることでもできるし、判決から生じることでもできる。「紛争」の解決方式の現代的な進化が明らかにさせるもの、それは、全くの裁判上のものと同様、全くの契約上のものを拒絶することであり、絶対的にこの方向で追及されなければならない。すべての「紛争」が裁判外の解決に適するわけではなく、反対に、すべての「紛争」が裁判による解決に適するわけでもない：すべての疾病が、直ちに病院の特別な部門に行く理由がないのと同様に、すべての「紛争」が直ちに裁判所に行く理由はない。裁判上の手続と代替的方式を結びつける配慮は、フランスに固有のものではない；それは明確に、ヨーロッパ連合法の目的の一つとして現われている⁵⁹⁾。

けれども、法的規律制度の完全な一部、和解の様々な措置は、その実効性が当事者の基本的な権利の侵害になることなく、その発展を可能にする適切な技術的制度を適用したいのであれば、法的に考えられなければならない。安定性は、多様性を伴わなければならない。MARC は、訴訟的ないし手続的秩序の保証、すなわち争訟性のある訴訟について指導原理があるように、合意による解決のある種の指導原理を必要とする。これらの和

59) ヨーロッパ議会の第2008/52/CE 指令第1条および民事事件および商事事件の調停の態様に関する2008年5月21日勸告は：《この指令は、調停に依ることを奨励し、調停と裁判上の手続の十分な結びつきを保障することによって、「法的紛争」の代替的解決手続への入口を容易にし、litige の合意による解決を助長する目的を有する》という。

解の指導原理の中のあるものは、公平な訴訟に関する法の要素から着想を得ている：こうして、時に対審の原理に準拠して性格づけられる、当事者によってなされる誠実さの要請；また、裁判官についてそうであるように第三者である和解人に求められる公平さの要請、この資格は、裁判官の資格によるのではなく第三者の資格による；さらにまた、その当然の結果である、第三者である和解人の中立性および当事者間における武器の平等の要請などである。けれども、合意による解決の指導原理は、公平な訴訟に着想を得た保証だけに帰するわけではない。MARCの契約的性質は、主要なものは2つである他の特別の保証をにじみ出させる。[一つは]もとより、秘密性である：いかなるものも和解の手続を検閲してはならない。それは、当事者の誠実性の保証であり、第三者に対するその信頼の要素である。けれどもまた、当事者の合意については、保証の前者ほどにはいわれていない。その展開と結果におけるように、その実施（開始）において、当事者の自由で明確な合意なしに行われる代替的方式はない。当事者がある合意や出席さえなしに判断され得るのであれば、「紛争 [状態]」にある当事者は、その意に反して、その欠席の場合でも、和解されることはあり得ない。

24. 要するに、和解が裁判上の領域におけると同様、裁判外の領域においても発達する時代において、境界線は、「法的紛争」の裁判による解決と合意による解決の間で、かなり狭くなっているように思われる。そのことから、もし望まれるのであれば、複数の司法モデルを想起しよう⁶⁰⁾。MARCは、今日、フランスでは、衝突の解決のために国家によって当事者に提案されることができ対応を多様化させる目的を持つ公共政策の一

60) L. Cadet, «Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits», in M. Delmas-Marty, H. Muir-Watt et H. Ruiz-Fabri (sous la direction de), *Variations autour d'un droit commun—Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, Société de législation comparée, 2002, pp. 89 sq.

つの選択を示している。それはいわば、《「紛争」のそれぞれのタイプについてその解決の方式》でありうる裁判の多元性の提供である。その発展を助長すること、それは、単に、社会的なつながりを織り直すことに貢献し、これらの方式が裁判上の制度と絶えず連携して発展するときには、より参加的な、すなわちより市民的な裁判（司法）を促進することである。MARC を脱裁判化という企てに結びつける議論と反対に、おそらく、合意による解決方式が衝突の解決の裁判上の方式に結びつけられなければならないという考え方を防禦することが好ましい。MARC は、また、裁判管理の道具の一つである。あるものは他のものを排除しない。また、同じ「紛争」について、どちらにもまた反対にも行くことができなければならない。それぞれが同一でないときでも、これら2つの「紛争」の解決方式が提示する保証は、それゆえ、同等でなければならない。公正な和解や調停のための権利は、公正な訴訟のための権利に対応しなければならないのである⁶¹⁾。

61) L. Cadet, 《Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits》, in M. Delmas-Marty, H. Muir-Watt et H. Ruiz-Fabri (sous la direction de), *Variations autour d'un droit commun—Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, Société de législation comparée, 2002, pp. 89 sq.