

△紹介▽

マーチン・ボロウスキー『コモンローの仲裁鑑定』

(Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2001)

豊田博昭

はじめに

ドイツ法で「仲裁鑑定」と呼ばれる法現象は、世界各国でさまざまなバリエーションをもって存在する⁽¹⁾。ドイツ法の仲裁鑑定について、紹介者は若干の研究を試みたことがあるが、英米法系の研究まではまだ果たせていない。ここに紹介するマーチン・ボロウスキー著『コモンローの仲裁鑑定』は、そのタイトルからも明らかのように、イギリス法(同書第二章)およびアメリカ法(第三章)における仲裁鑑定について、仲裁との区別という古典的な問題にも触れながら検討している。著者によると、従来研究のなかったコモンローの仲裁鑑定の沿革についても、若干の検討が行われている(第一章)。そして最終章における比較法的考察(第四章)は、若干のドイツ法しか知らない紹介者にとって大変に興味深い内容となっている。本書で著者が語る内容は、コモンローの仲裁法制に関する紹介者自身の基礎的な知識の欠如という制約もあってなかなか難解ではあるが、この分野の世界的な潮流の一端を明らかにできるのでないか考えて、本書の概要を書き記し

ておくことにした。

「はしがき」によると、本書はミュンヘン大学法学部一九九八年夏学期にデッセルタツイオンとして提出されたモノグラフィであり(文献の引用頁を含めて二二八頁)、主査はペーター・シュロツサー教授、副査はダグマー・コースター・バルティエン教授である。

第一章 コモンローにおける仲裁鑑定⁽³⁾の歴史の概観

一 コモンローの仲裁鑑定は、ローマ法、フランス法を経てイギリス法に定着した「価格の確定」を除くと、ローマ法やゲルマン法の影響を受けずに成立した。イギリス法とアメリカ法のそれぞれ仲裁鑑定法の起源と発展は、仲裁法の発展と密接に関連している。

イギリスにおける仲裁裁判所はコモンローと同程度に古い⁽³⁾が、仲裁鑑定は当初は知られていなかった。一八世紀以降、裁判所は仲裁を効果的な紛争解決制度として評価するとともに、仲裁法の一部領域にはその介入を控えた。これが仲裁鑑定法の発展につながった。裁判所は、仲裁合意に裁判所による強制履行を認めず(一六〇九年)、当事者は仲裁判断までに仲裁合意を自由に撤回し、いつでも仲裁人を解任できた。当事者は合意によって裁判所の一般的管轄権を排除して、公序を侵害してはならないというのがその理由とされた(一七四六年)。他方で、第三者による価格の確定が問題になったケース(一七五四年)で、裁判所は紛争(dispute)という基準を持ち出した。紛争状況になれば、最初から第三者に「裁判権侵害」の批難は当たらない。仲裁鑑定は紛争の予防に仕えるが、仲裁裁判権は包括的な紛争の裁断を義務付けられるという、今日まで伝統的な基準が成立した。これにより同時に、裁判所はインフォーマルな仲裁鑑定手続を許容することが

可能になった。一九世紀になると、裁判所による仲裁合意の強制履行を保障する立法措置が行われたことで、仲裁鑑定の併合も予想された。しかし、イギリス法は仲裁鑑定を維持した。そして判例は今日まで、仲裁法の規定を仲裁鑑定には適用しないという立場をとり、一九五〇年および九六年の各仲裁法もそれを引き継いでいる。⁽⁴⁾ 仲裁鑑定は契約法で定着した。当事者は価格の確定を評価人 (valuer) に委ね、また経済界は有限会社社員持分 (Geschäftsanteile) の評価を第三者に委ねた。建築分野では前世紀の半ばまで、建築家や技術者は証明者 (certifier) として最終的な判断を下す活動を行っていたが、その後、建築契約中にその趣旨の条項が挿入された。一九世紀以来、建築家は紛争解決者として知られている。第二次大戦後、インフレーションに伴う賃料の改定のため、仲裁鑑定は賃貸借法で重要になった。

二 アメリカ合衆国における仲裁裁判所の起源は開拓時代にさかのぼるが、仲裁鑑定は当時まだなかった。イギリス法にならって、判例は仲裁合意は撤回自由として、裁判所による手続の強制履行 (judicial enforcement) も妨訴抗弁も認めなかった。しかし、一九二〇年のニューヨーク州仲裁法⁽⁶⁾が、仲裁合意の有効性、撤回の不可能、裁判所による強制履行を初めて規定した。仲裁鑑定という制度は、イギリスと同様に、それまで仲裁法に服してきた一定の事件群を区別して扱うのに用いられた。裁判所は「給付の確定」および「契約の適応」を仲裁法の適用外の事件とし、合意は自由に撤回できないとした。また開拓者は、建築企画の争いを自ら選任した第三者の判断に委ねた。一九世紀前半、建築家や技術者は中立の機関であるとともに、証明者としての役割も果たすようになった。鉄道建設では仲裁人的機能がみられるようになった。仲裁鑑定法は、一九世紀半ば以降の保険業界の大躍進により完成した。損害賠償事件を大量処理するため、陪審によらず、迅速に損害を認定する方法が必要になった。標準的な保険証書は、発生した損害の範囲と損害額については、第三者が拘束力をもって認定すると定めた。保険実務は、手続開始前または終了前に裁判所への訴え提起を阻止するため、第三者の

認定を訴え提起の条件(訴訟条件)とし、判例もそれを承認した。しかし、損害の範囲や損害額以外の問題、特に法律問題は裁判所に委ねられた。また第三者は仲裁人ではないことが確認された。

判例は、仲裁鑑定の合意を有効で、かつ、自由に撤回できない(irrevocable)ものとしたが、裁判所による手続の強制履行については、仲裁合意と同様に扱った。これに対して一九二〇年のニューヨーク州仲裁法は、仲裁合意と仲裁鑑定の合意を同列におき、裁判所による強制履行も承認した。それにより、仲裁法は仲裁鑑定にも適用されることになった。「仲裁適格(arbitrability)」に関して、訴訟の目的物に限定する州と、司法適格に関りなく、仲裁合意を有効とする州に分かれたが、後者の見解は、仲裁鑑定人の任務を仲裁裁判権に取り込む発展につながった。ニューヨーク州もそれに属する。立法者は、仲裁鑑定人の任務を仲裁付託できるとの規定を仲裁法におき(一九四一年民事手続法(CPR)一四四八条)、さらに仲裁付託しうる事項を当事者間の「争点と関りのない」問題と定めた(一九五二年)。しかし州最高裁判所は、インフォーマルな仲裁鑑定手続の終焉を危惧して、これを認めなかった(一九五五年)。一九六〇年の仲裁法改正で、立法者は、仲裁裁判所は仲裁鑑定人のすべての任務を行使できるとし、同時に、インフォーマルな仲裁鑑定手続も維持した。フォーマルな仲裁手続とインフォーマルな仲裁鑑定手続について、当事者に選択権が与えられた。現行CPR第七五〇一条第一文(一九六三年)は、将来または現在の紛争を仲裁付託するとの書面による合意は、紛争の司法適格に関りなく強制履行しうるものであり、州裁判所はその合意を強制して、審理に入ることができると規定する。この規定は、仲裁鑑定のすべての事例を包摂できるとみなされている。他方、ハワイ州では、判例が仲裁裁判所に仲裁鑑定人の機能を付与した。最高裁は、三名の評価人が「公正な市場価格」を確定する(従来は仲裁鑑定人の任務であった)ケースで、「仲裁委員会」の設置を認めた(一九六八年)。判例は、土地評価などでは仲裁鑑定と仲裁裁判所の双方を考慮することができると、疑わ

しいケースでは仲裁合意と解している（一九八八年など）。

仲裁鑑定法の発展は、仲裁法と実務の要請に基づくものであった。しかし、仲裁鑑定は伝統的に仲裁裁判所の影にあり、またADRの議論でもむしろ調停と仲裁の組み合わせの優位が指摘された。仲裁鑑定人の任務を仲裁裁判所に吸収し、仲裁鑑定人の独自の手続をなくすという解決も、判例法（コネチカット州）や立法（一九六一年カリフォルニア州民事訴訟法一二八〇条、一九六九年ネバダ州統一仲裁法）でみられた。

（１） 飯塚重男『契約的仲裁の諸問題』二二頁以下（有斐閣、一九九八年）。

（２） 豊田博昭「仲裁鑑定契約の法構造」（一）、（二）、（三・完）『修道法学』二三卷一号八九頁、一四卷一号三九頁、一四卷二号三六五頁以下。

（３） さしあたり、高田昇治『仲裁契約法の研究』四頁以下（信山社、一九九七年）を参照。

（４） イギリス仲裁法については、小島武司・高桑昭編『谷口安平執筆』『注解仲裁法』四九二頁以下（青林書院、一九八八年）、田島裕『英国における訴訟・仲裁制度と法律実務の現状と動向』一頁以下（社団法人国際商事仲裁協会、一九九二年）参照。

（５） これについては、喜多川篤典『国際商事仲裁の研究』四四頁以下（東京大学出版会、一九七八年）参照。

（６） 喜多川・前掲書四七頁、高田・前掲書一一頁以下など参照。

第二章 イギリスの法律状態

一 第三者は伝統的に評価人（valuer）、査定人（appraiser）、証明者（certifier）と呼ばれている。必ずしも特定の領域に限った呼称はないが、評価人は価格の確定だけを行うのに対して、査定人はさらにその量や品質の認定までも行う。

マーチン・ボロウスキー『コモンローの仲裁鑑定』（豊田）

建築契約法では証明者は証明のための確定や認定を行い、また賃貸借法と会社法の実務では、「専門家の決定」(expert determination)や「独立の専門家」(independent expert)という上位概念が多く用いられている。

(1) 当事者はさまざまな生活領域で仲裁鑑定人を用いるが、ドイツ法のような体系性や事例群はみられない。第三者が活動するのは、契約の成立・適応・履行の場面である。①一八世紀の半ばから、仲裁鑑定人の活動は、判例上、隙間の補充者(gap-filler)として承認され、立法者は一八九三年には商品売買契約における価格の確定に関して法規制を行った。

一九七九年の商品売買法(Sale of Goods Act)第九条は、当事者が価格の確定を第三者に委ねることを認める。⁽¹⁾ 賃貸借契約では、第三者は賃料を確定したり、契約更新時に新たな賃料を定めたり、契約上の権利譲渡に際してその価格を確定する。会社法では経済検査専門家(Wirtschaftsprüfer)(会計士 accountants、会計検査官 auditors)が、株式や社員持ち株の評価(資本金会社法)、また社員の退職金の確定(人的会社法)を行う。企業売買の際の企業評価もそれに含まれる。第三者の判断基準は当事者の合意により、合意がなければ、判例は第三者が自由に基準を選択してよいとする。当事者は通常、「公正で合理的な価格」を合意しており、「適正な価格」(会社法で多い)の合意は客観的で事後審査できる基準が適用になる。「随意」による確定は考えられない。

② つぎに変化した状態に契約を適応させるケースの中心は、反対給付の額をインフレーションの動きや市場の変化に適応させる活動である。純然たる交換契約、とりわけ継続的債務関係や長期契約において、賃料の改定は一般的実務でみられる。その任務は有力な土地測量技師(surveyor)の職能団体に委ねられる。

③ さらに、契約の履行において、第三者は確認的活動を行う。第三者は、当事者の要請通りの労働の有無やその対価、給付された商品の品質が合意通りであるか、給付量は適正であるかについて確定する(建築家の証明書)。建築契約法の

実務の標準的約款は、中立の機関としての建築家や技術者による「証明」(certification)⁽²⁾を定めている。建築家は、建築物の契約適合性を検査し、瑕疵がないことを証する「仮の証明書」を発行する。これにより請負業者は報酬の一部を請求できる。建築終了後に建築家は建築物全体に瑕疵がないことを証する最終的な証明書を発行し、これにより最終支払いが可能になる。また、第三者は賃貸物の毀損や損壊のケースで損害の認定を行う(海損調査人 average adjuster の活動)。イギリス法では「品質仲裁」や保険事故の損害額の認定は、仲裁法に属すると解されている。

(2) 仲裁鑑定人は、紛争回避の活動だけでなく、明示的に定められた紛争に関しても活動する。当事者は伝統的に、中古車価格・新しい賃料・株式価格の確定や基準通りの建築物の完成の認定のように、特定の争点についての判断を第三者に委ねている。長期ガス供給契約の価格変更やコンピュータソフトの契約適合性などの新しい技術領域でも同様である。少し前から実務は、契約上のあらゆる紛争を仲裁鑑定人に委ねるようになってきた。新しい技術分野(エネルギー、採掘、造船、コンピュータ)でも同様である。

紛争があれば、仲裁裁判所は仲裁鑑定人の任務も行使できる。その限りで、仲裁人の活動と仲裁鑑定人の活動に実質的な違いはない。「専門家」は伝統的に仲裁裁判所の任務であった包括的な法的紛争を終局的に裁断するケースが増えており、両者の任務は重なっている。建築契約法では、「宣告者」が紛争を解決している(一九九六年の住宅認可・建設・再建法 Housing Grants, Construction and Regeneration Act)。これにより、争いがある場合、当事者は二つの手続を自由に選択できる。争いの存在は両者の区別基準ではなく、争いがあるときも、仲裁鑑定人の活動はありうる。しかし、争いがなければ、当事者は仲裁鑑定人しか選択できない。

(3) 仲裁裁判所は仲裁鑑定人のすべての活動をその対象にできるか。「不完全な合意」の隙間の補充、売買価格の確定、

また賃貸借契約の更新時における賃料の新規確定、長期契約を変化した状況に適應させることについて、それは認められてきた。契約の適應については学説で議論があるが、著者は積極に解する。

二 仲裁鑑定人と仲裁裁判所との区別 伝統的な區別基準は「合意の目的」と「手続形成」である。第一に、合意の目的からみて、仲裁鑑定人の判断は紛争の予防または防止のためであるが、仲裁人の判断は紛争を裁判するためである。紛争予防の目的は、仲裁鑑定人が会社持ち分の評価や建物の証明をする場合に顕著である。他方で、判例は、当事者がどのような手続を意図しているか、第三者はどのような基礎に基づき判断するかにより區別する。仲裁鑑定人の手続はインフォーマルな手続であり、仲裁鑑定人は、当事者や証人を審尋せず、もっぱら専門知識と経験により判断を下す。しかし仲裁裁判所の手続は、原則として、裁判類似の手続である。そこで、仲裁鑑定人には単なる行政的任務、仲裁人には司法的機能が割り当てられ、また仲裁鑑定人の調査者としての機能、仲裁裁判権の対論的性質が指摘される。

第二基準の意義は、当事者に二つの手続の選択権が認められている点にある。学説は、とりわけ費用の節約から仲裁鑑定手続の選択を推奨する。賃貸借法において、当事者は二つの手続をほぼ同じ頻度で選択している。裁判実務は、第三者の呼称とその契約上の性格決定を起点に、原則として当事者の選択したレッテルを尊重する。

三 手続の開始・実施上の問題 (1) 仲裁鑑定人の合意は常に主たる契約または基本契約に挿入されており、契約法に属する。イギリス法では性質決定に関する議論はない。仲裁鑑定人の合意の成立・有効性は一般の契約法により規制される。合意は口頭かつ無方式で行われ、紛争の発生後も合意できる。主たる契約の無効は、仲裁鑑定人の合意もまた無効にする。仲裁法の分離可能性はない。第三者の任務が明確でない、またはそれについて争いがある場合、当事者は手続前または手続後に、裁判所に合意の解釈を求めることができる(一九九八年控訴院判例)。「独立の専門家」は当事者の単なる受任者

(代理人)ではなく、当事者は仲裁鑑定人の選任を一方的に無効にしたり、手続を攻撃できない。

(2) 仲裁鑑定の合意に基づき、各当事者はそれに協力すべき義務を負う。当事者は遅滞なく手続を進行させ、自らの仲裁鑑定人を選任しなければならない。同時に当事者は、手続が危殆に陥る行為をしてはならない。そのような契約上の義務を、裁判により強制できるか(直接的手段)。判例は従前からそれを認めてきたが(例えば、仲裁鑑定人の選任)、貴族院のリーディングケースでは見解が分かれた(一九八三年)。補助メカニズム(指名した権威者が代わって選任)を契約で定めておくことはできる。

(3) 合意に反して当事者が訴えを提起した場合、手続実施のための間接的手段として三つの方法が考えられる。第一に、契約違反に基づく損害賠償請求があるが、損害の証明が難しく、有効な武器といえない。第二に、当事者は、訴訟(仲裁手続を含む)の前置手続として仲裁鑑定手続を合意できる。仲裁鑑定手続の実施または仲裁鑑定の提示は停止条件として合意されており、裁判所(または仲裁裁判所)はそれを斟酌しなければならない(一八五六年貴族院判例)。仲裁鑑定手続を経ずに提起された訴えについて、裁判所は条件の未発生として請求を棄却する。そこで当事者は、仲裁鑑定がなければ実体的請求権は成立しない、または訴権がないと合意できる。その合意がなくとも、裁判所は、その趣旨の黙示の合意を前提にすべきである。ただし、選任された仲裁鑑定人が死亡したような特殊ケースでは、イギリス法は条件の免除(excuse of condition)を認める。建築家の証明書なしに請負業者が報酬を請求したケースで、貴族院は、建築家は仲裁鑑定を不当に遅延したとして、報酬額は未確定であるとの建築主の申立てを退け、請求を認容した(一九一三年)。少し前から第三の方法が認められており、当事者は仲裁鑑定まで訴訟手続の停止を求めることができる(一九九三年貴族院判例)。

(4) 商品売買法(一九七九年)によれば、価格の確定は第三者に委ねることができる。第三者の確定は契約の本質的部

分であり、原則として裁判官が代わってそれを確定することはできない（同法九条）。手続が実施されない場合、先行案件の不発生として主たる契約は効力を失うと解されているが、貴族院はこれに批判的である。しかしその他の契約では、裁判官による代替的確定は、判例上、承認されている。土地の購入選択権を伴った賃貸借契約で、賃貸人が評価人の選任を拒絶しているケースにおいて、貴族院は裁判所が任務を代替できるとした（一九八三年）。ただし、当事者が信頼するまたは有資格の特定の仲裁鑑定人を重視しているケース、あるいは特別な主体的基準による判断を合意しているケースは除かれる。

四 手続原則 (一) 当事者は、任意の第三者（法律家を含む）を仲裁鑑定人に選任できる。建築家、技術者、保険統計学者、経済検査専門家、測量技師、海損査定人（海損調査人）がその活動をしている。株券価格の評価は仲裁付託が禁じられているため、会社や銀行が仲裁鑑定人としてそれを行っている。第三者を特定した合意は少なく、適切な専門家の選任を権威者に委ねるのが圧倒的である。公認測量技師協会などは、専門家や鑑定人の名簿をおいている。

(1) 仲裁人には、公正かつ不偏的に行うべき義務が規定されているが（九六年仲裁法三三条）、これは仲裁鑑定人も同様であり、その公正さ（フェアネス）と完全無欠さは手続全体の中心的柱である。判例上問題になるのが、当事者の一方から支払いを受ける建築家や技術者である。彼らは、建築主に対して誠実な契約履行義務を負うとともに、できる限り中立で不偏性がなければならない。そこで建築業界は長年、従来建築に関与してこなかった第三者的な人物を優先的に選任する傾向にある。九六年の家屋譲渡・建築・再建法第一〇八条第二項eは中立的な行為義務を定める。ただし、イギリス法は第三者に対して当事者からの独立まで要求しない。当事者が明示的に禁じていない限り、偏頗性の回避を条件として、第三者は一方当事者の陣営に属してもよい。

(2) 判例は長年、司法類似の機能に基づき仲裁鑑定人の独立義務を指摘してきたが、貴族院（一九七四年）が免責問題で仲裁鑑定人について裁判所類似の機能を否定してからは、裁判官と仲裁人に適用される手続原則の安易な適用は禁じられた。共謀や詐欺のような重大な違反は許されないが、実際の偏見が要求される。一方当事者との相当程度の従属性だけでは、偏頗性があるといえない。仲裁鑑定人の不当な態度に対しては、裁判所の事後的コントロールしかない。中立性に重大な疑いがあるときも、裁判所による解任や交替はできない。仲裁鑑定を待つて、当事者はそれを批難できる。

(二) 仲裁鑑定人の審尋義務について、イギリス法はそれを否定する。仲裁鑑定人は専門家として純然たる技術的問題を判断するのであり、当事者の申立てを受けない。当事者はフォーマルな手続を望んでいない。仲裁鑑定人は迅速かつ低廉に、専門知識だけに基づき判断すればよい。判断の基礎が不完全であれば、仲裁鑑定人は自ら調査してよい。判例は仲裁鑑定人の調査義務を強調し、仲裁鑑定法では一種の職権探知主義が適用になる。また判例は、正義の要請から法的審尋を導くことを否定する。中立的司法またはデュープロセスのルールは、仲裁鑑定人には適用されない（一九七九年）。手続形成において、仲裁鑑定人は公正かつ自由に行為する（一九九九年）。こうした考え方は、プロフェシヨナルとして活動する仲裁鑑定人の専門知識と完全無欠さへの信頼に基づいている。仲裁人は当事者の申立てに基づき判断を行い、その専門知識は補助的に機能するが、仲裁鑑定は逆である。専門家は自己の知見を信頼し、必要があれば、当事者から必要な情報を収集する。当事者の申立ては、仲裁鑑定人の判断の基礎を広げるのに役立つにすぎない。ただし、一方当事者を審尋した場合、仲裁鑑定人は相手方に意見表明の機会を提供するのが相当である。

もっとも、多くの実務家が、当事者を手続過程から原則的に排除する手続文化には不快感を示しており、賃料増額条項についての書式に関する最近の共同研究会議の報告書もそれを指摘する。また賃貸借法の実務では仲裁人の選任の際の一

般的な方法を採用し、選任された専門家も当事者の書面による申立てを認めている。

五 仲裁鑑定 (一) 仲裁鑑定は書面で行われ、評価 (valuation)、査定 (appraisal)、証明 (certificate)、最近では専門家の決定 (expert determination) と呼ばれる。建築分野では宣告 (adjudication) という。合意がなければ、仲裁鑑定人はその判断に理由を付さなくてよい。将来の攻撃および責任問題をできる限り避けるため、実務はこれを推奨する。当事者は仲裁鑑定人に判断過程について事後の公表を要求できない (一九九九年控訴院判例)。

(1) 第一に、仲裁鑑定は終局的または最終的なものであり、第二に、仲裁鑑定は拘束力を有する。第三に、仲裁鑑定は訴訟上、反証できない証拠方法となる。仲裁鑑定に対する上訴はない。原則として、仲裁鑑定は事後的に変更できない。ただし、明かな瑕疵があれば、仲裁鑑定後にも仲裁鑑定人は自らそれを修正できる。拘束力を有する点で、仲裁鑑定は他の ADR と異なる。当事者が自己に有利な仲裁鑑定を提出した場合、裁判所は仲裁鑑定を判断の基礎におかなければならない (積極的效果)。相手方は仲裁鑑定の内容を疑問とする証拠申立てを禁止される (消極的效果)。ただし、仲裁鑑定は、常に主たる契約とそこから導かれる請求権を実現するための補助的機能しかもたず、そこに仲裁との重要な違いがある。

(2) 有効な仲裁鑑定の合意がない場合、仲裁鑑定が不明確で矛盾している場合、結論がはっきりしない、または法律上の禁止に違反している場合、仲裁鑑定は無効である。しかし中心となる事由は、「詐欺」、「偏頗性」、そして特に難しいのが「過誤 (mistake)」である。判例が「過誤」や「誤り」を理由に仲裁鑑定への攻撃を認容することは多くない。従来、判例は理由を付した仲裁鑑定と理由を付さない仲裁鑑定を区別してきた。理由を付さない仲裁鑑定に対して、当事者は内容的瑕疵について攻撃できなかったが、理由を付した仲裁鑑定は、理由中の瑕疵について攻撃できた。迅速で終局的な仲裁鑑定には瑕疵が含まれるリスクがあることを当事者は承知している、また、理由を知らなければ瑕疵を判断できないと

というのがその根拠である。

一九八九年に控訴院は、理由の有無による区別を批判し、理由を付さない仲裁鑑定を再審査できる、専門家が契約上の定めと相当に乖離した場合、損害が発生すると判示した。北海油田の権利を新しく確定すべき場合に、仲裁鑑定人が契約に定められたコンピュータプログラムと別のものを用いたというケースでも、控訴院判例は損害の発生を認めた（一九九九年）。

仲裁鑑定人の法的に誤った評価や解釈、また契約証書の誤った解釈は、原則として仲裁鑑定人の瑕疵ではない。裁判所の抑制的態度の理由としては、仲裁鑑定の維持が当事者の意思に適っていること、裁判所は選任された仲裁鑑定人または別の仲裁鑑定人に新しい仲裁鑑定を命ずる権限をもたないこと、瑕疵ある仲裁鑑定によって損害を被った当事者は法的に保護されることを指摘できる。例外的に、契約上の定めからの逸脱が証明された場合や方法の適用を誤った場合、正当な額がいくらかを確認できない場合、仲裁鑑定は無効になる。

六 仲裁鑑定人の責任 通常の鑑定人は瑕疵ある鑑定に対して責任を負うが、仲裁人は仲裁判断について免責される（九六年仲裁法二九条）。判例は仲裁鑑定人も仲裁人と同様に扱ってきたが（一九〇一年）、貴族院は一九七四年にこれを変更して、建築家の責任免除の特権を認めず、七六年にそれを公認会計士にも及ぼした。貴族院は、仲裁鑑定人と仲裁人の活動が基本的に同じであるからといって、仲裁鑑定人の免責を正当化するものではないと判示する。仲裁鑑定人は、専門家の責任を負わなければならない。

責任の根拠として、契約および不法行為が競合的に考えられる。仲裁鑑定人との合意（仲裁鑑定人契約）には、少なくとも相当の配慮義務が含まれる。ドイツ法ではその義務違反に対しては積極的債権侵害が考えられるが、イギリス法はす

べての契約上の義務を保証約束として、それを果たせなかった場合、当事者は契約違反を理由に損害賠償請求ができる。不法行為法上は、合理的な注意および技術を行使すべき黙示的な義務が考えられる。その違反はネグリジェンスの要件を満たす。

判例は、仲裁鑑定の後審査を制限しながら、仲裁鑑定人の責任をより多く認める傾向にある。通常の鑑定の無効に関して貴族院判例がかける、損害発生の予見可能性、第三者との十分な近接関係、相当な慎重義務という三つの要件は、仲裁鑑定人にも原則として肯定される。ただし、仲裁鑑定人の職務上の慎重義務違反の証明は難しい。なお、仲裁鑑定人は責任の免除を合意することができる。

(1) 同法第九条が、第三者の評価による売買の合意 (Agreement to sell at valuation) に関する規定であるが、その前条の第八条 (価格の確定 (Ascertainment of price)) が、売買契約の価格は契約で確定するか、契約で合意した方法または当事者間の取引過程において確定するが (一項)、そのようにして価格が確定されない場合、買主は適正な価格 (a reasonable price) を支払わなければならない (二項)、適正な価格がいくらかは、個別的ケースの事実問題である (三項) と定めている。それを受けて、第九条第一項は、商品売買契約で、第三者の評価により価格を確定するとの条件が付されているが、第三者が評価できない、または、評価をしない場合、契約は無効とする、しかし、商品またはその一部が買主に引き渡された場合、買主は適正な価格 (a reasonable price) を支払わなければならない旨規定する。

(2) ICE (民事技術者協会) 標準約款は、技術者に一般的な紛争の裁判を委ねている。また一九九六年の住宅認可・建設・再建法第一〇八条第一項は、建築契約に「裁決手続」の開始を求める当事者の権利を規定している。

第三章 アメリカ合衆国における法律状態

一 合衆国⁽¹⁾でも仲裁鑑定について一般的・統一的な概念はなく、保険法では査定 (appraisal) や値踏み (appraisement) と呼ばれる。そのほか評価 (valuation)、限定的仲裁 (limited arbitration)、事実の発見 (fact-finding)、査定の性質をもつた仲裁 (arbitration in the nature of an appraisal) などの名称が用いられるが、「専門家の決定」は多くない。第三者について、不動産事件では「評価人 (valuer)」、保険法では「査定人 (appraiser)」、建築契約では「証明者 (certifier)」と呼ぶ傾向がある。

(1) 仲裁鑑定人の任務をみると、仲裁鑑定人は給付の確定や契約の適応において契約補助者として活動する。また損害の認定について仲裁鑑定人は裁判所では鑑定人の役割を果たし、証明についてはコントロール機能を果たす。さらに建築契約法において、仲裁鑑定人は紛争の解決者となる。

(2) 実務は仲裁鑑定人に迅速で廉価な紛争解決を委ねており、商品売買法、保険法、建築契約法、賃貸借法の実務は仲裁鑑定なしにもはや考えられない。主たる適用領域としては、多くの保険領域、とりわけ火災保険法がある。保険事故の損害額について、陪審によらず、査定人が迅速・簡易・廉価に調査する。保険業界は仲裁鑑定手続を保険証書に定めていたが、その後に各州の立法者は、これを保険法上の義務的手続とした。ただし、手続の開始は当事者の裁量に委ねられていた。ニューヨーク州の立法者が火災保険証書にその条項を定め、他の多くの州が続いた。

建築契約法では、一方当事者の支払義務の条件として、第三者の書面による承認を定める合意は多い。建築家や技術者 (デザインプロフェッショナル design professional) は建築施工に際してのコントロール機関であるとともに、契約書を暫定

的に解釈し、紛争について判断を下す。アメリカ建築家協会(AIA)の標準約款によると、建築家は建築を企画し、土地所有者または建築主の独立した契約パートナーとして活動する。また建築家は土地所有者の依頼者として、建築施工を監視する。これに加えて、建築家は施工中の個別問題について拘束力のある最終的判断を下す「証明者」となり、請負業者による建築施工の適切性について判断する。建築家の証明書が、建築主の支払義務を条件づける。一定期間後に行う中間的証明は、請負業者の暫定的融資を保証する仮払いの要件となる。建築物が完成すると、建築家は瑕疵について調査し、終了証明書を発行する。これにより最終支払いの履行期が到来する。さらに建築家は、追加工事の質や使用建材の有用性などについて、証明書による事実認定を行う。また建築家は「いわば仲裁人 quasi-arbitrator」として、施工中のあらゆる争点について判断する。その判断は、その後に行われる仲裁手続の必要的要件となるが、判断に拘束力はない。典型的条項は、「建築家は、第一審として、契約証書の定めについての解釈者になる。建築家は、所有者と請負人のあらゆるクレームおよび争いを判断する。その決定はすべて、仲裁に服する。」と定めている。

賃貸借法・土地法の評価において、第三者は契約補助者として、新たな交渉を省き、その挫折の際に代理をつとめる。仲裁鑑定人は賃貸借・使用貸借契約の更新時に賃料を新規に定めたり、従前の賃料を修正する。また仲裁鑑定人は賃借人が加えた修繕の代価を定める。

二 仲裁鑑定人と仲裁人の活動の区別 多くの州の判例は、仲裁鑑定人と仲裁人の「任務」を厳密に区別する(アラバマ州最高裁判所など)。第三者の任務内容、判断すべき争いの性質からみると(争点アプローチ issue approach)、仲裁人は包括的な紛争解決を行うが、仲裁鑑定人は技術的な性質の限定的な争いを解決する。仲裁鑑定は仲裁より少し小ぶりで、単なる「事実上の」、「予備的な」、「補助的な」、「副次的な」、「付随的な」、「従属的な」、「限られた」、「付帯的な」争点が

問題になる。争点アプローチは保険法で有効であり、仲裁鑑定人は評価手続において損害の程度を確定するが、責任問題のような法律問題は扱わない。

これに対し、両者の任務の交差を認める州でも、「任務」による区別基準は無意義なものではなく、第三者が仲裁鑑定人の伝統的任務を行う場合、仲裁鑑定人の合意と考えられる。しかしそれ以外に、「意図された手続」が区別基準として必要になる。疑問のある合意の場合、当事者はフォーマルな仲裁手続を選択したのか、それともインフォーマルな仲裁鑑定手続を選択したのか調査しなければならない。

三 手続の開始・実施上の問題 (一) (1) 仲裁鑑定人の合意は、副次的または補助的合意として通常は主たる契約に含まれる。特別な要式はないが、実務は書面で合意している。保険法の評価条項について、普通取引約款での引用は適法と解されている(一九九〇年判例)。疑わしい合意条項について、仲裁鑑定人がそれを自ら解釈したり、自己の権限の有無を最終的に判断することはできない。しかし当事者は、手続の開始後に、裁判所に仲裁鑑定条項の有効性、内容、射程について説明を求めることができる。

(2) 仲裁鑑定人の合意の有効性に異論はないが(保険法につき一八九〇年判例)、その公序違反が批難された。その合意により、手続保障を備えた国家の裁判所が回避され、その手続はデュープロセスと平等保護の保障を定めた憲法第一四条に違反する、陪審裁判を求める権利が保障されない、と。しかし裁判所は常にそれを退けてきた(一八九〇年判例など)。公序は仲裁鑑定を承認しており、紛争解決の公正な手段として裁判所での訴訟を回避できる。仲裁鑑定人は争いの一部を解決し、その後に裁判所が、フォーマルな手続で、憲法上の保障を伴って包括的に判断する。

(二) 裁判上の実施に関しては、仲裁鑑定人の合意の積極的・消極的な効果が問題になる。当事者は手続を実施するため

になすべきことをすべて行い、かつ不都合な行為をすべて控えなければならない。(1) 当事者は直接的な実施方法(特別な強制履行 specific performance)を合意できる。審判員(アンパイヤ)に代わって、裁判官が決定するとの保険証書の定めはそれである。第三者による仲裁鑑定人の選任について、実務は裁判所を指示していることがある。その趣旨の合意がない場合が問題になるが、多くの裁判所は、裁判所による実施は仲裁鑑定人の選任に関する当事者の裁量権を違法に介入するとして、それには消極的である。他方、少数の裁判所が契約の援助規定を拡張適用する。当事者の選任した二人の評価人が一人の審判人を合意できない場合、裁判所が審判人を選任するとの保険証書の定めを、オハイオ州最高裁判所は、保険会社が評価人の選任を拒否しているケースに適用した(一九五三年)。また仲裁法を類推適用する裁判所もみられる。現代の仲裁法によれば、当事者は仲裁手続の強制命令を申し立てることができるし、裁判所は仲裁人を選任できる。保険法でその類推適用が行われた(一九九五年判例)。

ニューヨーク州は、これについて唯一法規制を行っている(火災保険証書の仲裁鑑定合意を除く)。第一に、裁判所は特別な強制履行ができる(民事手続法 CPLR 七六〇一条一項一文)。これは、民事手続法第四章によって行われる簡易で迅速な手続である。第二に、裁判所は、仲裁鑑定人の合意を仲裁合意として扱うことができる(同条同項二文)。裁判所は懈怠当事者に選任のための期間を設定し、その違反があれば手続を仲裁手続とする旨定める。右期間が徒過すると、手続は通常の仲裁手続として進行する。ただし、裁判所はこの適用には抑制的である。

(2) 多くの裁判所が契約違反に対する損害賠償請求を認めるが、当事者が損害の証明に成功することはまれであり、これは名目的手段にすぎない。仲裁鑑定合意は、訴訟上、消極的效果を有する。合意された仲裁鑑定がない場合、裁判所は主たる契約に基づく早すぎた訴えを退けなければならない。その場合、訴えの不適法とするか、理由なしとして請求棄却

とするかは難しい。当事者が仲裁鑑定を提示しないで仲裁手続を開始した場合、ニューヨーク州の判例によると、当事者は国家の裁判所に仲裁手続の中止を求めることができる。

(三) すべての州が、仲裁鑑定人に代わって裁判官が確定することを認める。(1) 統一商法典 (UCC) によれば、商品売買契約は、当事者が契約成立の意思をもち、不履行の場合の救済手段を合理的に確定するのに十分な根拠があれば、内容不確定として契約が無効とされることはない (§ 2204 (3))。それで、価格が未確定の場合、裁判所は引渡し時の合理的な価格をもってそれを確定する (§ 2305 (1) S.2c)。ただし、第三者が特に信頼できる専門家で、当事者がその主体的判断を重視している場合は別である。裁判所は統一商法典の右規定を他の契約にも類推適用する。同様の規定は、統一州取引法 (ULTA § 2203 オープンプライス条項) にもみられる。賃貸借法の領域では、裁判官による代替的確定はすでに長い間、判例法上、承認されている。

(2) 建築契約法では建築家の証明書がないと、建築主の支払義務の条件は発生しないとして、裁判所の代替的確定はないとされる。ただし、建築家の死亡や不当な証明拒否の場合に、判例は相当緩やかにその例外を認める (一九八三年コネチカット州最高裁判所)。すでに一九三二年の第一次契約法リステイメント (Restatement of the Law of Contracts) 第三〇三条がその具体的事由をあげていた。建築家・技術者の能力喪失、契約者との共謀による証明書の発行拒絶、建築物を適当と判断しながら証明書の発行拒絶、適切に建築物を調査していない、誠実な判断をしていない、証明書発行の拒絶原因の事実に関して重大な過失がある場合がそれである。判例によると、建築家の悪意、不誠実、または詐欺的な行為によって仲裁鑑定を提示できない場合、裁判官が代替的に確定できるとする。保険法では仲裁鑑定人の拒絶はほとんどなく、問題はむしろ手続開始時の保険会社と契約者の共同から生ずる。保険会社が拒絶した場合、手続実施の権利放棄を認めて、

保険契約者は直ちに訴えを提起できる。保険会社の選任した仲裁鑑定人が不当に判断を遅延した場合も同様である。他方で、保険契約者が仲裁鑑定人の選任を拒否している場合、裁判所は仲裁鑑定なく提起された保険金請求の訴えを棄却できる。

四 手続原則 (一) 当事者は手続規制を合意できるが、合意がない場合が問題となる。仲裁裁判所との任務の交差を認めない州では、保険法の損害認定において法的審尋が問題となる。判例は、評価人は、専門知識と必要があれば中立の情報だけに依拠すべきであるとして、当事者の主張の機会を認めない消極説、仲裁手続と同様に、評価人は口頭弁論で当事者から得た情報だけに限るべきであるとする積極説、仲裁法のすべての形式性に従う必要はないが(例えば、規則に従った呼出しに基づく口頭弁論の実施、証人尋問・鑑定人尋問はいずれも不要)、当事者に少なくとも書面で主張する機会を与えるべきとする折衷説(一九七八年ニュージャージー州最高裁判所)に分かれる。

(1) 仲裁鑑定人は、手続形成と情報源の方法に関しては非常に広範な裁量権をもつ。仲裁鑑定人は紛争の一部を規制するのであり、訴訟上の防御手段も小さくてよい。また当事者は、もっぱら専門知識、経験、能力に基づき判断する専門家であることを意識して、仲裁鑑定人に選任したのである。さらにその専門的権限は当事者の協力を不要にする。評価人は、当事者の影響を受けずに任務を遂行し、もっぱらプロフェッションとしての専門的基準に導かれる。しかし仲裁鑑定人の専門的権限とそのため的情報源が十分でない場合、仲裁鑑定人は当事者の意見を聴取しなければならない。保険法では、鑑定人に専門知識が欠けている場合、評価人が具体的事件の特殊な問題に詳しくない場合、専門家の専門知識が役立たない場合があげられる。多くの裁判所は、仲裁鑑定人の専門知識が十分でない、または、当事者が審尋を望んでいるとして、個別的なケースで審尋付与義務を肯定して、折衷的な解決策をとる。

(2) 仲裁裁判所との任務の交差を認める州は、法的審尋を求める請求権を認めない。部分的な交差の承認とともに、判例や立法者はインフォーマルな紛争解決手段である仲裁鑑定手続を意識的に維持したのであって、その帰結である。ニューヨーク州仲裁法の手続法上の要請は、仲裁鑑定人には適用されない。仲裁鑑定人は宣誓の必要はなく、当事者を呼び出して審尋したり、当事者の申立てだけに基づいて判断する必要はない。ただし、仲裁鑑定人は誠実さを担保するために公平な努力が求められる。

(二) 当事者は、仲裁鑑定人の職務を任意の第三者に委ねることができる。仲裁鑑定人の能力や専門的資格について、法律上の要件はない。当事者は、専門家、特に建築家、不動産査定人 (real estate appraiser)、認証された公的会計士 ((certified) public accountant) に依頼するが、法律家の利用はほとんどない。仲裁鑑定人は当事者の受任者ではなく、当事者は仲裁鑑定人に指揮権をもたない。(1) 仲裁鑑定人は中立・公平でなければならないが、当事者の一方と従属関係にある場合に問題が生ずる。仲裁法は仲裁人に厳しい規制をしているが、仲裁鑑定法では当事者との距離は偏頗性の試金石ではない。建築契約法では、建築家は建築主から依頼と報酬を受ける点で当事者に近いが、仲裁鑑定人に就任している。証明ケースでも学説や判例は相当に緩やかであり、判例は、当事者がその使用人を仲裁鑑定人に選任するのを許容する。(2) 仲裁鑑定人は当事者から独立している必要はないが、中立性は裁判の本質である。判例は、必要な中立性を「公平で偏見がない」、「先入主のない」、「誠実な」、「背信のない」、「公平な」という概念でもって表している。従前の判例は仲裁鑑定人を仲裁人に近づけて「いわば裁判所」であるとしてそれを理由付けたが、最近の判例はそれを契約上の義務とする。保険証書は「適任で私心のない査定人」像を打ち出し、アメリカ建築家協会の標準約款は、建築家は「当事者性を示してはならない」とする。判例は黙示の合意も認める。

五 仲裁鑑定 (一) (1) 仲裁鑑定は、「査定」、「裁定」、「評価」、まれには「レポート」や「評決」と呼ばれ、さらに「価格の確定」または「価格の設定」と呼ばれることもある。別段の合意または法律に定めがない限り、仲裁鑑定は特別な形式を要しない。仲裁鑑定人は口頭または書面で仲裁鑑定を報告する。理由を付さず、主文だけでよい。実務では、事後的な攻撃を避けるため、理由を付さない仲裁鑑定が圧倒的である。

(2) 仲裁鑑定の拘束力は当事者だけに及び、第三者には生じない。当事者が拘束力を合意できることは、保険法と建築契約法で連邦裁判所がそれぞれ承認している(一八七八年、一九三二年)。当事者はそれを明示的に表現しなければならぬが、契約文言から導き出すことができれば足りる。先行条件の条項はそれに当たる。その後の仲裁裁判所または裁判所は、原則として仲裁鑑定を再審査せず、その判断の基礎におかなければならない。仲裁鑑定は終局的な証拠であり、反証は許されない。その拘束力は当事者の意思に基づく。

(二) 当事者が不利な仲裁鑑定の拘束力を問題にすることは多いが、その主たる理由は仲裁鑑定人の完全無欠さの瑕疵と権限違反である。判例は、原則として形式的コントロールにとどまる。「査定は限定的な司法審査に服する。司法審査は、詐欺、職権濫用、汚職、その他不当な結果を生じさせる不法行為に限られる。また、裁判所は査定人の権限の範囲およびその逸脱について審査してよい。」(一九九五年ペンシルベニア州最高裁判所)。仲裁鑑定人の瑕疵ある態度や誤りと結論(仲裁鑑定)との因果関係については、瑕疵ある態度で足りるとする判例と、当事者に不利益または損害が生じたことを要求する判例が対立する。仲裁鑑定に対する攻撃が成功すると、裁判官が代わって法的紛争全体を判断する。

(1) 仲裁鑑定の形式的コントロールは、仲裁鑑定人が遵守すべき手続規定に従ったか、厳密な中立的立場をとったか否かについての再審査にまで及ぶ。若干の裁判所が法的審尋を法的義務として、その拒絶により仲裁鑑定は無効とする。当

事者の定めた権限の範囲をこえたという批難は、仲裁鑑定人の権限を事実の調査や認定に限定する州で生ずる。仲裁鑑定人が別の事項（誤った土地）を判断した場合、仲裁鑑定は全体として効力を生じない。また仲裁鑑定人が権限外の付加的な問題を判断した場合（行き過ぎのケース）、分離が可能であれば、超越部分は効力を生じない。さらに仲裁鑑定人が契約上の定め（特別な評価方法など）を看過した場合もそうである。仲裁鑑定人たる人物またはその態度に関する瑕疵は特に重要であり、これは仲裁法と同様に扱われる。詐欺や買収などの可罰的態度、また偏頗性や偏見、その他すべての批難しうる態度を示す非行がそれである。判例は仲裁鑑定人の許しがたい動機を批難する。ただし、それに対応した故意が必要である。仲裁鑑定人が手続結果に実体的な利害関係をもつ場合、非違は明確である。建築契約法では請負人と建築家の共謀の批難は多いが、判例は抑制的である。建築家の従属性は、中立性の欠如の間接証拠ではなく、そのための具体的な証拠が求められる。

(2) 若干の裁判所が、仲裁鑑定の内容的な瑕疵について実体的な事後審査を許容する。判例は、「重大な誤り」、「明瞭なミス」、「重大な誤りのある決定」から「構造的な詐欺行為」などの文言を用いるが、純然たる判断の誤りまたは査定の単なる不適當では足りないとする。

六 仲裁鑑定人の責任 仲裁人は、裁判官と同じ絶対的免責が認められる（一九八三年カリフォルニア州控訴裁判所）。仲裁鑑定人の責任に関する判例をみると、建築契約法の「デザインプロフェッショナル」は「いわば仲裁人（quasiarbitrator）」として、多くの州で、限定的ではあるが、免責を認められる。しかし建築家が証明や契約の解釈をする場合、近時の判例は免責を認めない。建築法以外の領域では、判例は仲裁鑑定人の責任を一般的に肯定する（一九五五年ミネソタ州最高裁判所など）。理論的には、仲裁鑑定人と一方当事者との口頭の契約関係しかない場合も、双方当事者に対する契約違反の責

任、また補充的に不法行為法上のネグリジェンスが考えられる。

(1) 合衆国の仲裁法については、小島・高桑〔小島武司執筆〕・前掲書五〇七頁以下参照。

第四章 法 比 較

一 イギリス法、アメリカ法、ドイツ法のいずれの法秩序も、仲裁鑑定を独自の法制度として認めているが、アメリカの若干の州が仲裁裁判所の包括的な活動を理由に仲裁鑑定を放棄している。コモンローでは、仲裁裁判権以外に、第三者による判断についての集合的名称はない。仲裁法は、原則として仲裁鑑定人には適用されず、仲裁鑑定人はもっぱら契約法に属する。仲裁鑑定について特別な法規制をしているところは多くなく、一般的な契約法の規定から仲裁鑑定法を構想するのが裁判所の任務である。仲裁法と仲裁鑑定法の区別論議はドイツ法で顕著であるが、コモンローではそれはみられない。ドイツの判例・通説は仲裁鑑定をもっぱら実体法に位置づける。実務は、民訴法上の仲裁規定の仲裁鑑定への類推適用を認めず、民法第三一七条以下の規定による。これに対して訴訟法学説は、仲裁鑑定を実体法と訴訟法の交点におき、「小型の仲裁手続」と解する。この説によると、仲裁規定は仲裁鑑定の全部または一部のケースに準用できる。訴訟法学説は、特に手続保障の問題を一般的に自覚させたが、著者は、訴訟法学説は結局貫けないと指摘する。

二 いずれの法秩序においても、仲裁鑑定は契約実務の伝統的な補助手段である。著者によれば、仲裁鑑定が異論なく維持され、仲裁や訴訟の代替手段として発展しているのは、イギリス法である。賃貸借法の領域は、仲裁鑑定人の活動なくしては考えられないし、「専門家の決定」は包括的な紛争解決として行われている。建築領域の「裁定」はイギリス法

の影響下にある国際的レヴェルでも用いられているが、これは、特に裁定手続実施の当事者の権利を定めた、一九九六年の住宅認可・建設・再建法 (Housing Grants, Construction and Regeneration Act) によるところが大きい。

これに対して、ドイツ法では、品質仲裁、保険、建築、会社法の領域で仲裁鑑定は重要な役割を果たしてきた。そして仲裁鑑定は七〇年代から八〇年代に代替的紛争解決手段として注目されたが、当事者への手続保障が問題とされ、その後は調停が注目されるようになった。また連邦裁判所は、普通取引約款で仲裁鑑定手続を義務的に定める試みを認めなかった。仲裁鑑定合意について然るべき必要がない限り、それに伴う裁判官のコントロールや出訴制限は、普通取引約款規制法 (AGBG) 第九条にいう不当な侵害であるとする (BGH NJW 1992, 433, 434)⁽¹⁾。さらに一九九六年七月二五日の消費者契約の濫用条項に関する EG ガイドラインは、法治国家の裁判所による保護を保障しない排他的手続として、仲裁鑑定を排斥している。アメリカでも、調停と仲裁の組み合わせが好まれ、仲裁鑑定は背後に追いやられている。しかし、両国とも仲裁鑑定を放棄したわけではなく、仲裁鑑定はさまざまな生活レヴェルで当事者の争いを終局的に解決する。

(1) 各法秩序の仲裁鑑定人に共通する任務がみられる。第一に、仲裁鑑定人は、すでに締結された契約の不完全部分を定められた基準、それがなければ裁量によって補充する。ドイツ法では契約補充型ないし権利形成型、判例のいう広義の仲裁鑑定であり、コモンローは隙間の補充者 (gap-filler) と呼ぶ。第二に、仲裁鑑定人は、すでに締結され隙間のない契約を、変化した状況に合わせて変更または修正する。特に継続的債務関係、長期契約、オプション契約において、地代、賃料、その他の反復的給付の修正が行われる。第三に、仲裁鑑定人は、契約内容について拘束力をもって解明する。ドイツ法にいう権利解明型仲裁鑑定、確認型の仲裁鑑定であり、これはイギリス法でも知られている。

(2) しかし相違もみられる。コモンローでは建築家や技術者は仲裁鑑定人として、自らの給付についても判断するのに

対して、ドイツ法(他の大陸法も含む)は中立性を理由に否定的である。また品質仲裁はドイツ法の仲裁鑑定の典型例であるが、イギリス法やアメリカ法はこれを仲裁(look sniff-arbitration)に位置づける。コモンロー内でも違いがあり、アメリカ法は火災保険で仲裁鑑定を広く用いるが、イギリス法はこれを仲裁とする。ドイツ法はアメリカ法と同様である(保険契約法六四条・一八四条)。

(3) 仲裁鑑定人と仲裁裁判所は、契約当事者に対して拘束力ある判断を下す点で共通するが、伝統的にドイツ法とアメリカ法は両者の活動・分野を区別してきた。仲裁法により、仲裁鑑定人の任務が仲裁人に割り当てられる傾向があるが(ニューヨーク州)、依然としてアメリカの多くの州は任務による区別を維持する。ドイツ判例によると、仲裁裁判所は純然たる事実問題を扱うことはできず、その領域は仲裁鑑定人に委ねられる。その他の領域では部分的な任務の交差がみられる。

三 いずれの法秩序においても、仲裁鑑定は、仲裁法と相当に異なる契約法の規制に服する。両者の区別について、契約中の第三者の表示は重要でないことは各法秩序で共通している。当事者の用いた表現は間接的效果しかなく、当事者の意思を解釈しなければならない。疑わしい合意条項について、ドイツ判例は仲裁鑑定の合意とみるが、アメリカ判例は、逆に仲裁合意を優先させる傾向がある。イギリス判例は明確でない。

(1) 古典的な区別基準によると、仲裁裁判所は、国家の裁判所に代わり法的紛争を包括的かつ終局的に判断する。訴訟形式に則った手続でなされた判断は、裁判官の判断とはほぼ同じものである。他方、当事者は仲裁鑑定人に個別的な確定、契約の修正、裁判に重要な要件事実要素の認定のみを委ね、仲裁鑑定人は法的紛争全体について判断するものではない。補充的基準として、事実問題と法律問題の区別がこれに加えられる。

(2) しかし、任務の交差が生ずると、別の基準が必要になる。ドイツの判例・学説（訴訟法説を含む）は、仲裁鑑定の事後審査という基準をかかげる。当事者が民法第三一九条による裁判所の内容的な事後審査を考えている場合、それは仲裁鑑定の合意である。それがないと仲裁判断であり、民訴法第一〇五九条（一九九八年一月一日施行の新仲裁法によっても、同じ条数である）によるコントロールに服する。アメリカでは、当事者がインフォーマルな仲裁鑑定手続を意図しているか、フォーマルな仲裁手続を意図しているかという基準をかかげる。

イギリス法においては両者に違いはなく、実務上、事後審査もない。区別基準は、合意の目的と手続形成である。合意の目的からみて、第三者の活動が紛争の予防・防止に向けられるか、それとも紛争の裁判に向けられるか。紛争や対立がなければ、仲裁鑑定の合意である。紛争がなければ仲裁ではないが、判例は合意の試みの挫折で足りるとする。当事者に選択権が認められた現在では手続形成が重要であり、当事者がインフォーマルな手続でよいとしている場合は仲裁鑑定、手続保障を伴う裁判類似の手続を考えている場合は仲裁である。ただし、実務は二つの区別基準を緩和している。仲裁鑑定人は紛争を判断してよいし、品質仲裁で仲裁裁判所は手続規制から乖離する。

四 各法秩序とも、仲裁鑑定合意の原則的な有効性を認める。コモンローでは、当事者は、手続前または手続中に、裁判所に条項の有効性、内容、範囲の解明を求めることができる。イギリス法やニューヨーク州がそれを認める。仲裁鑑定手続の実施は、イギリスやアメリカでは最も論議がある。

(1) 当事者の懈怠や反対に関係なく、裁判所は仲裁鑑定人を選任できるとする州（ニューヨーク州）や、裁判所による代替的選任を定める仲裁法規の類推を認める州もあるが、大多数の州の裁判所は、手続前または手続中の裁判所の介入には消極的であり、仲裁法の類推適用を認めない。イギリス判例も同様である。ドイツ法は、裁判所のそのような措置につ

いての法規制を欠き、仲裁法規も類推適用できないとする。

(2) いずれの法秩序も、仲裁鑑定合意を実現する方法を用意する。コモンローの認める損害賠償請求は、シンボリックなものである。有効な方法は訴訟上も斟酌すべき消極的效果であり、当事者はそれを合意できる。仲裁鑑定がないのに提起された訴えは成功しない。アメリカ法では、仲裁鑑定を訴権または実体的請求権の先行的条件として、早すぎた訴えを棄却する見解がある。ドイツ法も、訴えは現在のところ理由なしとして棄却する。イギリス法やニューヨーク州では、仲裁鑑定が提出されるまで、訴訟手続または仲裁手続を中止する方法がある。

(3) いずれの法秩序も、仲裁鑑定を原則として代替可能としており、困難があれば、仲裁鑑定人に代わって、裁判所が価格の確定、契約の修正、損害額の確定をする。ドイツ法は、第三者が確定できない、確定しようとなし、確定を遅延している場合、裁判所が代わって確定する旨規定する(民法三一九条一項二文)が、判例はこれを確認型の仲裁鑑定にも準用する。今日のイギリス法も、仲裁鑑定手続を代替可能とみている(貴族院判例)。アメリカ法では、統一商法典が判例の認める裁判官の代替的確定を追認した。なお、ドイツ法は、第三者が自由な裁量で確定する場合に、裁判官による代替的確定を許さない(民法三一九条二項)。実務上、これは稀有なケースであるが、主たる契約は無効となる。コモンローでも、第三者の特殊な主観的判断が重視されている場合、ドイツ法と同様の見解がみられる。アメリカ法では、仲裁鑑定を先行的条件と解した場合、契約がないことになる。

五 いずれの法秩序も特別な手続規定を定めていない。別段の合意がない場合、第三者は裁量により自由に手続を形成してよい。しかし、いずれの法秩序も仲裁鑑定人にフェアプレーを求める。仲裁鑑定人は当事者から完全に独立している必要はないが、厳格な中立かつ公平な判断が必要である。

(1) 法的審尋の問題に触れている法制は少ない。裁判所も、厳格な形式性をもった仲裁法は準用できないとする。したがって、明示の合意がない限り、法的審尋を付与する必要はない。手続形成の自由は、ドイツ法、イギリス法、アメリカの一部の州で、仲裁鑑定法の本質的メルクマールとされている。ドイツ法では訴訟法説が当事者の審尋を主張する。アメリカにおいて、仲裁人の任務との交差を認める州では、仲裁鑑定人は法的審尋の付与について自由と解されている。これらの州は、仲裁手続の代替手段として、仲裁鑑定手続をインフォーマルな手続とする。他方、伝統的な任務で区別する州では、多数判例は当事者の意思を根拠に審尋義務を認めない。イギリス判例は、第三者の調査義務を強調する。仲裁鑑定法には一種の職権探知主義が適用される。ドイツ判例は、仲裁鑑定手続の意義は内容にあり、手続ではないとする。仲裁鑑定の正当性を保障するのは、当事者の審尋ではなく、専門家としての資格と倫理面での完璧さである。

(2) 当事者は任意の第三者を仲裁鑑定人に選任できるが、実務は専門家を優先する。第三者が当事者の一方と従属的關係または親密な関係にある場合も、各法秩序はそれを許容する。当事者の使用人を第三者に選任することも、問題なしとされる。コモンローの建築家や技術者がそうである。しかし、いずれの法秩序も、仲裁鑑定人に公正かつ公平な判断を要求して均衡をはかる。特にアングロサクソンの判例は、公正かつ偏見のない態度、または公正かつ中立的に行動すべき義務を強調する。ドイツ法は、手続中でも限定的に第三者の中立性を保証し、中立性に疑問があれば、当事者は仲裁鑑定人との契約を自由に解約できるとする（民法六二六条・六二七条）。それにより裁判官が代替的に確定する。コモンローはそれを認めない。ただし、仲裁鑑定人の偏頗性または不公平さは、事後的に仲裁鑑定の取消事由になる。

六 コモンローの実務では、理由を付さない仲裁鑑定が支配的である。ドイツ法では、理由の欠如は仲裁鑑定を無効にする。特に仲裁鑑定がまったく事後審査できない場合、それは拘束力を欠く。

(1) いずれの法秩序も、当事者が仲裁鑑定に明示的または黙示的に付与した拘束力を認める。コモンローでは、当事者は仲裁鑑定に三つの特性を認める。第一に、仲裁鑑定は終局的または最終的なものである。第二に、それに基づく拘束力が、原則として仲裁鑑定に対する攻撃を排斥する。第三に、仲裁鑑定は、訴訟上は反証できない証拠方法になる。裁判所は、原則として、仲裁鑑定人の確定・認定を判決の基礎にしなければならない。ドイツ法でも、当事者・裁判所の拘束は、その旨の当事者意思によるとする。有効な確定・認定は契約法の拘束によるものであり、裁判所はそれを尊重しなければならない。

(2) 各法秩序において、仲裁鑑定には強い存続力が認められる。仲裁鑑定人は仲裁鑑定を撤回または変更できない。当事者も、非常に狭い要件のもとでのみ、裁判所でその拘束力を奪うことができる。ドイツ法は、第三者の確定・認定は意思表示であるとして、当事者の取消権を認める(民法三二八条二項)。しかし、アメリカの多くの州は形式的審査にとどまり、イギリス法も、一九八九年以来、同様の方向にある。ドイツ法によると、当事者が提出した事実関係に照らして、明らかに不当または不公平な仲裁鑑定は拘束力を欠く(民法三一九条一項の直接適用または類推適用)。鑑定の誤りが、裁判所ではなく、専門知識をもった観察者に直ちに明らかになる場合、鑑定は明らかに不当または不公平である。保険契約法が同趣旨を規定する(六四条一項、一八四条一項)。七〇年代以降のドイツ判例は、仲裁鑑定人により高い慎重さを要求すると同時に、仲裁鑑定に対する当事者の攻撃の要件を引き下げた。判例は、仲裁鑑定人の用いた不当な方法に対する不服申立てを許容する。連邦裁判所の判例において、「専門家にも追証できないほどに、鑑定は重大な瑕疵がある」との判示はよく繰り返される。仲裁鑑定人は、鑑定の基礎になった要因を明らかにし、追証しなければならず、それができなければ鑑定は取り消さなければならない。コモンローの理由を付さない仲裁鑑定に対して、ドイツ法では、仲裁鑑定は

厳格な理由強制に服する。アメリカでも仲裁鑑定の内容的コントロールを認める州がないではないが、ドイツ法と同様に、顕著な瑕疵に限られている。しかしアメリカのたいていの州は、仲裁鑑定の事後審査を認めない。この点は、イギリスの最近の判例も同じである。

また、ドイツ法では、仲裁鑑定人たる人物または対第三者との関係で問題がある場合に、それが結論に影響があるときに限って、仲裁鑑定は明らかに不公平または不当であるとして、無効とされる。これに対してコモンローでは、長年、濫用ケースは重大な無効事由となる。仲裁鑑定人の誤りが結論に影響を及ぼしているか否かは問題ではない。ドイツ法と異なり、コモンローは有効な手続コントロールを後から保障する。

仲裁鑑定が例外的に無効となった場合、裁判所が代わって介入する。仲裁鑑定の存続力は、いかなる疑問にもさらされないとの当事者の意思になつたものであり、いずれの法秩序においても仲裁鑑定は一種の有効性の推定を有している。イギリス法では別の観点が加わり、瑕疵ある仲裁鑑定によって損害を被つた当事者は損害賠償請求という救済策が認められる。

七 いずれの法秩序も、瑕疵ある仲裁鑑定により損害を被つた当事者に、仲裁鑑定人に対する損害賠償を認める。イギリス法は伝統的に仲裁鑑定人の免責を認めてきたが、今日の判例は仲裁鑑定人に厳格に対処する。判例は仲裁鑑定に対する当事者の攻撃を抑えつつ、その調整策として仲裁鑑定人の責任を認める傾向が強い。アメリカのほとんどの州でも仲裁鑑定人は責任を負う。ドイツ法では、仲裁鑑定が拘束力を欠く場合にのみ、仲裁鑑定人は責任を負う。それは、当事者の意思によるものである（連邦裁判所判例）。ただし、損害がないとして、責任は問題にならないことが多い。

(1) この判例については、豊田・前掲論文修道法学二三卷一号一一〇頁で紹介している。

(2) これについては、猪股孝史「最近の立法動向にみる仲裁と調停の連係」民訴雑誌四五号二三五頁、同「仲裁と調停の連係許容性とその限界」(一)(二)(三・完)桐蔭法学五卷二四九頁、六卷一号一四七頁、六卷二号二九頁など参照。

最終章 展 望

著者は、カリフォルニア州やネバダ州にみられるような仲裁鑑定制度の廃止の方向には反対し、むしろ当事者に仲裁裁判権と仲裁鑑定の選択権を認めるニューヨーク州の行き方を評価する。仲裁裁判権と仲裁鑑定はそれぞれ異なった需要に応じている。仲裁鑑定の存在理由は、契約当事者が迅速かつ低廉に紛争回避または紛争解決に役立つインフォーマルな手続を利用できるという点にある。これが、ニューヨーク州における両手続並存の決定的理由である。第三者の専門知識と完全無欠さを信頼して、仲裁法ほどの訴訟上の安全装置はいらないとされた。しかし法治国家の観点からは、仲裁鑑定人が公正な手続の最低限の条件を守ることが必要である。裁判所は仲裁鑑定法の実務を監視し、個別的なケースでその条項を具体化するという任務を負うのに適している。解釈に疑問があるケースでは、仲裁裁判権が優先すべきである。

若干の感想

最後に若干の感想を記しておくことにする。本書によると、コモンローの仲裁鑑定は、仲裁合意に基づく仲裁手続の問題点を克服するための手続として登場したことがうかがえる。これに対してドイツ法の仲裁鑑定の起源については、国家の裁判所が仲裁の発展を抑制して、司法権を回復するための手段としてそれを用いたという指摘がある⁽¹⁾。しかしその後の

発展のなかで「仲裁鑑定人」が果たす任務やその手続形成は、法系を超えて、一定の共通性を示していることが認められる。また、コモンローにおいて仲裁鑑定は契約法に服するものと解され、ドイツ法のような法的性質に関する論議はみられない。なおドイツ法の性質決定に関する議論に触れて、著者は、ドイツ訴訟法説は貫けないと述べている。著者がそこで引用する文献は、マルクス・ゲールライン（肩書きによると、ザールブリュッケン地方裁判所の裁判官であり、かつ、連邦裁判所の *wiss. Mitarbeiter*）執筆の「仲裁鑑定の効力の瑕疵」（*VersR* 1994 S. 1009ff.）である。同論文は、仲裁鑑定の対象は事実または要件事実要素であり、法的紛争全体を裁判するものではなく、したがって、国家の裁判所の活動は排除されないという簡単な叙述から、仲裁鑑定契約を実体法上の契約と解している。しかしこれでドイツ訴訟法説を一般的に論破するのに十分な論証といえるかは、疑問である。

本書によると、仲裁鑑定はアメリカ法よりもイギリス法において評価され、建築契約法や新しい技術分野では紛争解決機能を果たしている。それに応じて、当事者には仲裁と仲裁鑑定の選択権が認められている。仲裁鑑定手続は現在もなおインフォーマルで廉価な手続である。また本書は、アメリカ法ではニューヨーク州の法規制を評価する。ここでも、仲裁鑑定はインフォーマルな紛争解決手段として、当事者には仲裁との選択権が認められる。ところで、わが国の平成一五年の新仲裁法は、仲裁鑑定契約に関する規定をおいていない。しかし立法論議の過程で、仲裁法研究会の一九八九年「仲裁法試案」は仲裁鑑定契約に関する二か条の規定を提案し、また二〇〇一年改訂試案はこれら二つの条文を一か条に統合する規定を提案していた。⁽³⁾ 確かにわが国の判例に現れた仲裁鑑定契約の例はきわめて少ないが、それはわが国の仲裁法自体の不振に原因がある⁽⁵⁾とみるべきであろう。たとえば、損害保険会社の損害保険普通保険約款における評価条項や、輸入綿花の品質仲裁⁽⁵⁾などは、狭義型の仲裁鑑定契約の例であろう。紹介者は新仲裁法の規定は、「その性質に反しない限り」、仲

裁鑑定にも「準用」することは差し支えないと考える。いかなる規定が準用可能かを検討するに当たり、本書の議論は参考になると思われる。⁽⁶⁾

（法学部・法務研究科教授）

（1） 豊田・前掲論文修道法学一二卷一号一一九頁参照。

（2） 第四九条（仲裁鑑定契約）この法律の規定は、その性質に反しない限り、仲裁鑑定契約（第三者をして事実関係についての争いにつき鑑定させ、その結論に服する旨の契約）についても適用する。

第五〇条（契約の適応及び補充）この法律の規定は、その性質に反しない限り、契約の適応及び補充（当事者の合意により、第三者をして、事情の変化等に対応して、既存の契約条項を変更すること、及び、既存の契約の契約条項において空白とされている部分を補充させ、それを契約の一部とすること）についても適用する。

（3） 第四九条（仲裁鑑定並びに契約の適応および補充）この法律の規定は、その性質に反しない限り、仲裁鑑定契約並びに契約の適応及び補充に関する合意にも適用する。

（4） 大判昭和二年四月三〇日（北澤有勝「火災保険に於ける仲裁条項に就て」損害保険研究二卷一号八七頁参照）、その原審判決が東京控判大正一五年九月二九日新聞二六二九号九頁。この判例については、小島武司・高桑昭『注解仲裁法』三九頁（小島・豊田）（青林書院、一九八八年）。

（5） 財団法人日本綿花裁定協会「綿花品質裁定規則」（昭和五六年九月二五日改訂）参照。

（6） 名城大学国際商事仲裁研究プロジェクト「仲裁法の立法的研究」について」の研究会において、紹介者は、本書の議論を取り込んだ報告を行ったことがある。その報告の概要は、名城大学社会経済紛争研究所編『第3回アジア・オセアニア国際商事シンポジウム』五二四頁以下（二〇〇三年）。