

ドイツ仲裁鑑定法の形成（一）

豊田博昭

- 一 はじめに
- 二 仲裁人と仲裁鑑定人
- 三 プロイセン最上級裁判所（以上、本号）
- 四 ライヒ高等商事裁判所
- 五 ライヒ裁判所
- 六 自由仲裁
- 七 まとめ

一 はじめに

ドイツ仲裁鑑定法の法構造について考察した際に、^①H. J. ヴィンターの研究書『一九世紀の判例および学説の考慮に基づき、契約当事者または第三者による給付の確定（民法三二五条ないし三一九条）——同時に、仲裁鑑定法の現在地の確定、ならびに、仲裁鑑定人および仲裁人の区別についての歴史のおよび比較法的研究——』（フランクフルト大学デッセルタツイオン、一九七九年）に接した。ヴィンターは、その歴史的考察部分において、^②ローマ法の仲裁人（*arbiter*）と *arbitrator*

の区別基準から説き起こして、現代のドイツ仲裁鑑定法までの発展を跡づけている。とりわけプロイセン最上級裁判所 (preussischen Obergericht)、ライヒ高等商事裁判所 (Reichsoberhandelsgericht)、そしてライヒ裁判所 (Reichsgericht) の各判例を分析しながら、arbitrator ないし仲裁鑑定が、どのような背景をもって登場し、いかにして現代のドイツ仲裁鑑定法が形成されていったかを分析するプロセスは、従来あまり紹介されていない視点として、大変興味深く読むことができた。結論を先取ると、ヴィンターは、一九世紀における私人による仲裁判断の発展に面して、国家や司法機関が私人の判断の取消しを認めるための理論構成が、ローマ法に起源を有する arbitrator であつたと指摘する。⁽³⁾

その後、筆者も当時の判例や文献の検討を試みてはいるが、ローマ法や普通法などの法制、また広く法制史に関してまったくの不勉強という事情も加わって、今日まで研究はいっこうに進展していない。法務研究科の創設を祝賀する記念号に寄稿するのにふさわしい研究テーマとはいえないが、従来まで検討した部分をひとまず整理しておきたいと考えて、まだまだ不十分なものではあるが、本稿を寄稿させて頂くことにした。

(1) 豊田「仲裁鑑定契約の法構造(一)」、「(二)」、「(三・完)」修道法学一三卷一号八九頁、一四卷一号三九頁、二号三六五頁。

(2) H. J. Winter, Die Bestimmung der Leistung durch den Vertragspartner oder Dritte (§§315 bis §§319BGB) unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung und Lehre des 19. Jahrhunderts-Zugleich eine historische und rechtsvergleichende Studie zur Standortbestimmung des Schiedsgerichtesrechts und zur Unterscheidung zwischen Schiedsgutachter und Schiedsrichter, 1979, S.88ff. なお、ヴィンターは、結論部分で、P・シュロツサーの説く機能的仲裁人説を評価している。Winter, aa.O., S.168f. シュロツサー説については、豊田・前掲論文(二)「修道法学一四卷一号五一頁参照。

(3) Winter, aa.O., S.88ff.

二 仲裁鑑定人と仲裁人

(一) arbiter と arbitrator

(1) いわゆる arbitrator は、arbiter (仲裁人) に類似した、しかし、それとは異なる法現象として、ドイツ民法の注釈書や教科書では取り上げられ、両者の区別基準が検討されてきた。⁽¹⁾ それは、最近の注釈書や教科書においても同様である。⁽²⁾ すでにドイツ民事訴訟法の理由書(一八八一年)も、仲裁人(arbiter)とともに、評価人(Schätzungsmänner) (arbitrator) を指摘し、評価人について、ライヒ高等商事裁判所の普通法(IV四二八頁以下) およびプロイセン法(III七五頁、七六頁)の二つの判例を引用している。⁽³⁾ ただし、両者の区別が難しいことは、すでに当時の学説が指摘する。⁽⁴⁾

(2) 現在の実務でも一般的に用いられる「仲裁鑑定」および「仲裁鑑定人」という概念を最初に用いたのは、ワイズマンといわれる。⁽⁵⁾ ワイズマンは、その論文「仲裁鑑定」(一八八八年)の冒頭で、つぎのように述べている。当事者間で合意ができない場合に、争いを判断する中立の裁判官が必要である。その中立性ゆえに、当事者間で争いが生じる場合に備えて、あらかじめその確定を委ねておくことができる。そうした中立の第三者を、注釈学派(Glosse)は「Arbitrator」と命名し、その名称が今日まで引き継がれた。すでにローマ法の学説は、仲裁人と arbitrator との関係に注目していたと。⁽⁶⁾ ワイズマンは、arbitrator を「仲裁鑑定人」と称し、その任務は、専門知識に基づく認識・判断・鑑定であるとする。仲裁鑑定人(arbitrator)による鑑定が「仲裁鑑定」であり、それは、契約の締結だけでなく、契約の実現のためにも奉仕する。⁽⁷⁾

(3) エケルトは、その学位論文『仲裁鑑定人(民法三二七条以下)』(ゲッチンゲン大学デイセルタツイオン、一九二八年)で、つぎのように説く。⁽⁸⁾ すなわち、ローマ法は arbiter (仲裁人) に多様な意義を認めていた。第一に、当事者の合

意により、当事者間の争いを、その判断 (*arbitrium*) によって裁断したものを受諾する、今日的な意味での仲裁人である。第二に、当事者ではなく当局が任命する、陪審裁判官の意味での裁判官 (*index*) である。第三に、特定の役人により下級裁判官として任命される *arbiter datus* である。そして第四に、契約当事者が給付の確定を委ねる第三者も *arbiter* に含まれる。その後、注釈学派は、この第四の *arbiter* を「*arbitrator*」と名付けることになる。第四の *arbiter* は、①売買の際に売買価格を第三者が確定する場合、②遺贈に際して第三者が遺贈額について定める場合、③請負仕事及要求通りに行われた否かについて第三者が確定する場合、④組合の個々の組合委員の持分権の確定が第三者に委ねられる場合 (1.75.80 D.pr.soc.17.2) に認められたが、特に組合持分の確定に、その後の仲裁鑑定人の発展の出発点があるとする。しかし、持分の確定につき組合員の期待に反するケースが生じた。その解決策として、ローマの法律家は、仲裁人である *arbiter* と、給付の確定権限を有する第三者である *arbiter* の区別を試みた。プロクルス (*Proculus*) による「一方の *arbiter* の判断は当事者を絶対的に拘束するが、別の *arbiter* の判断は原状回復 (*restitutio*) が可能である」と⁽⁹⁾

(二) 仲裁制度の転回

(1) 中世や普通法時代の *arbiter* および *arbitrator* の発展について、本稿で検討するだけの準備がまだできていない⁽¹⁰⁾。しかし、普通法時代⁽¹¹⁾、またプロイセン法のもとでも、仲裁制度はほとんど利用されていなかったことが指摘されている。以下、主としてヴィンターの研究に従って、当時の状況を回顧してみることとする。一九世紀の初めにドイツの仲裁制度は、その制度の歴史上、ドン底の状態に陥った。その原因として、第一に、普通法時代の仲裁人の中心的機能であった友好的和解による紛争解決という役割が、通常の裁判手続において裁判官によっても行われるようになると、裁判外での仲

裁の考え方は後退していった。第二に、従来、仲裁判断には上訴（不服申立て）⁽¹³⁾ができないものとされてきたが、普通法の上訴の混乱を反映して、多様な上訴が認められるようになった。第三に、仲裁判断に基づき直接的な執行はできないため、仲裁制度は訴訟を遅延させる前駆手続になった。⁽¹³⁾

しかし、一九世紀半ばになり、とりわけ経済界の要請によって仲裁制度は復活した。⁽¹⁴⁾ 国際取引が拡大し、業務処理や紛争解決について統一的規整を求める要求が高まった。商業地はそれぞれ商慣習を発展させたが、遠隔の商業地間の取引ではその調整が必要になった。そこで経済団体が設立され、商慣習の文化が試みられた。たとえば、①一八五八年五月一日、都市の商人の代表者がベルリンに集合して、「生産物および商品取引のための普通商慣習 (Allgemeine Usancen)」を承認する決定を行ったが、同決定中で、「商品および生産物の品質に対する異議は、鑑定人が終局的に判断する。鑑定人は、各商業都市の役員 (Handelsvorsänden) が選任し、裁判所で宣誓を行う」と定められていた。②一八六三年のダンツイヒの穀物取引の取引慣習 (Handelsbräuche) 一二条は、品質の争いの解決に関して、「穀物の品質について、重量以外の非難がなされた場合、その原因の有無は、契約当事者がシーズマン (Schiedsmänner) として選任し、商人組合に属する二人の商人で構成される鑑定によって確定しなければならない。商人は、穀物は見本通りか、購入者が受取りを拒否した場合に、市場価格からみて、売買された穀物と受取のために申し立てられた穀物との間にどれだけの価格の開きがあるかについて、鑑定を行わなければならない。鑑定人の中で合意ができなかった場合は、一名の審判人 (Obmann) を選任し、三名のシーズマンの多数決によって終局的判断をしなければならない」と規定していた。③さらに、一八五七年の「プロイセン国家のための商法典 (Handelsgesetzbuch) 草案」の理由書は、商事事件ではしばしば仲裁裁判所が利用されていると指摘している。⁽¹⁵⁾

(2) 商事仲裁と並び、保険制度が発展の中心になった。⁽¹⁶⁾ たとえば、*Goffare* 火災保険銀行の約款(一八二二年)は、「紛争はすべて仲裁人の判断に服する。当該判断は、厳格な法に従う以上に、自然な公平性に従って行われる」と規定していた。この約款では、ゴータにある公爵の司法官会議 (*Herzogliche Justizkollegium*) への控訴がいかなる場合にも許されていたが、一八四五年の約款はそれを廃止した。大手保険会社の「普通保険約款」はほとんどすべて、とりわけ損害額について一致ができない場合に、紛争解決のための委員会手続を定めていた。たとえば、火災保険会社 (*Assurantie Compagnie te Amsterdam*) の普通保険約款八条は、「火災による損害の確定は、友好的合意または仲裁人による判断によって行う。後者の場合、各当事者は一名の専門家を選任する。専門家は、終審として判断する第三者を審判人として選任しなければならない」と規定していた。

(3) 一九世紀の仲裁制度を前世紀のそれと比較したとき、ヴィンターは仲裁裁判権の目的に大きな変化が生じたとする。⁽¹⁷⁾ 第一に、仲裁裁判権は、従来、主としてすでに発生した法的紛争の調停や判断に寄与してきたが、一九世紀になると、将来発生する紛争のための仲裁合意が顕著な特徴となった。商人の商慣習や普通保険約款中の仲裁条項がそれであり、アド・ホック仲裁は常設仲裁裁判所による仲裁に取って代わられた。⁽¹⁸⁾ 第二に、仲裁判断の対象とする事件が拡大し、商慣習や普通保険約款にみられるように、その中心は専門家による鑑定となった。仲裁人は品質問題について判断し、損害を認定すべきものとされた。仲裁人は、今日の仲裁鑑定人の活動領域とされる任務を果たすものとされた。しかし、仲裁鑑定人の制度は、当時は成立していなかったため、選択肢としては、通常の裁判官による紛争解決か、仲裁人による紛争解決しかなかった。

- (1) Poertmann, Schiedsrichter und staatliches Recht, ZJP Bd.47 (1918), S.131f.; WKisch, Einige Bemerkungen zum Wesen des Schiedsvertrages, ZJP Bd.51 (1922), S.321ff.; ders., Deutsches Zivilprozessrecht, 3.Bd., 1934, S.135; A.Förster/RKann, Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl., 1926, §1025 II 3, S.1024f.; L.Rosenberg, Zivilprozessrecht, 1927, S.523.
- (2) たんねち^{たんねち} vgl.K.H.Schwab/G.Walter/ABaumbach, Schiedsgerichtsbarkeit, 6. Aufl., 2000, Kap.2, Rn.11f., S.8f.; Baumbach/Lauterbach/Albers, Zivilprozessordnung, 62.Aufl., 2004, Grundz §1025, 3, Rn.12ff., S.2535ff.
- (3) C.Hahn, Die gesamten Materialien zur Zivilprozessordnung, 1881, S.490.
- (4) Goldschmidt, Ein Reglement für internationale Schiedsgerichte, GrhStZ 2 (1875), S.72f.; Förster/Kann, ZPO, §1025 2 a aa, S.997.
- (5) 豊田「仲裁鑑定契約の法構造 (一)」修道法学二二卷一四頁以下参照。
- (6) Weismann, Das Schiedsgutachten, AcP 72 (1888), S.269ff.フレイスマンの所説については、豊田・前掲論文(一)修道法学二二卷一四頁以下参照。
- (7) Weismann, a.a.O., S.303ff., 329.
- (8) H.Eckert, Der Schiedsgutachter (§§317ff.BGB.), insbesondere sein Verhältnis zum Schiedsrichter, 1928, S.1f.
- (9) ヴァイスターによると「ローマ法の「二種類の仲裁 duo genera arbitrorum」(D.17, 2, 76) (プロクルス Proculus)説が、その後の仲裁鑑定人と仲裁人の区別および発展の理論的出发点として重要である。すなわち、仲裁には二種類ある。まず、*arbitr ex compromisso* (仲裁付託による *arbitr*) であり、その判断は「正しくないときも、拘束力を有する。判断に対して、不服申立てはできない。これに対し、公平な裁量により判断する仲裁人 (善き人の裁断 *boni viri arbitrium*) がある。一定の法律関係にある当事者 (Dig.17, 2, 75-80) は、第三者により詳細な内容の形成を委ねることができ、第三者は善き人 (*boni vir*) という公平性基準によって確定しなければならず、確定がその基準に合っていない場合には、当事者は「善き人の裁断からの回復 (*reductio ad arbitrium boni viri*)」によって、裁判官による是正を求めることができない。H.J.Winter, Die Bestimmung der Leistung durch den Vertragspartner oder Dritte (§§315 bis §§319BGB) unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung und Leitsätze仲裁鑑定法の形成 (一) (豊田)

hre des 19. Jahrhunderts, 1979, S.48ff.

- (10) 下記の通り、vgl. C. Bormhak, Schiedsvertrag und Schiedsgericht nach geschichtlicher Entwicklung und geltendem Rechte, ZJP Bd.30 (1902), S.1ff.; Winter, aa.O., S.64ff.; W. Wenger, Zum obligationenrechtlichen Schiedsverfahren im schweizerischen Recht, 1968, S.83ff.; A. Wittmann, Struktur und Grundprobleme des Schiedsgerichtlichen Schiedsvertrages, 1978, S.145ff.; R. Lüttauer, Schiedsgerichtsbarkeit und materielles Recht, ZJP Bd. 55 (1930), S.7ff. 仲裁制度の歴史全般については、小山昇「仲裁法の沿革の概観とその余恵」北大法学論集一九卷三二四号三四九頁（その後、『小山昇著作集第六卷 仲裁の研究』一二三三頁（信山社、平成三年）所収）、同「amicablis compositor について」山口俊夫編集代表『野田良之先生古稀記念 東西法文化の比較と交流』五八九頁（有斐閣、昭和五八年）（その後、『小山昇著作集第六卷』三三二頁所収）などを参照。
- (11) たとえば、バイエルン州の裁判官であるボルフガンガ・ハインリッヒ・プフタは、その論文「仲裁人の制度について」（一八一三年）において、仲裁人制度は、武器庫の古い装備と同様に、人が一度くらいはそれを利用しようと思いつく場合に備えて、法律や訴訟法で所定の場所を占めているが、最古参の裁判官であっても、形式的な和解が成立したような事例を思い起すことにはほとんどなれど述べている。A. Nußbaum, Neuere Entwicklung und Ausbau des Schiedsgerichtswesens, ZJP Bd.42 (1912), S.254 の引用を参照。
- (12) C.F.Koch, Der Preussische Civil-Prozeß, 2.Ausg., 1855, hrsg.von W.Schubert, Kodifikationsgeschichte Zivilprozessrecht, Edition Preußen, 1994, S.6.
- (13) Winter, aa.O., S.61f.
- (14) Winter, aa.O., S.64ff. ヌスbaum は、訴訟の遅延および形式主義という通常裁判所の訴訟手続が抱える問題点が、仲裁裁判所における紛争解決に人々の注目を向けさせたとする。Nußbaum, aa.O., S.256.
- (15) Nußbaum, aa.O., S.256.
- (16) Winter, aa.O., S.71ff.
- (17) Winter, aa.O., S.76ff.
- (18) ヌスbaum によると、そのモデルとなったのが、株式取引所の仲裁裁判所（Börschiedsgerichte）である。その構成員は、穀

物、アルコール、皮製品、木材、卵などの大量生産物を扱う卸商であった。他方、アド・ホック仲裁は、たとえば公的な社團 (Korporationen) が請負仕事の実施を委ねる企業との間の契約、建築契約や組合契約に定められていた。Nussbaum, a. a. O., S. 257f.

三 プロイセン最上級裁判所

(一) 以下では、ヴィンターの引用する arbitrator に関するプロイセン最上級裁判所 (Ober-Tribunal) の判例を検討する。同裁判所は、プロイセンの最上級審裁判所であった。¹⁾

(1) 【1】プロイセン最上級裁判所一八四四年二月二四日判決 (ObTrib 11, S. 180ff.) 事案は、つぎのとおりである。X とレンガ職マイスター (Maurermeister) Y は、X の住宅建築のレンガ積み工事の委任契約を締結し、同工事につき特定の報酬額は合意せずに、その確定は、建築を監督する道路建築監督官 (Wegebaumeister) K に、労働および使用資材の評価とともに委ね、紛争が発生したときはその解決も同人に委ねる旨の合意を行った (一八四〇年二月一八日)。建築終了後における K の報酬額の確定に従って、X は Y に七八一五ターレル (Rthlr.) の報酬を支払ったが、その後、建築の瑕疵や、資材の計算が高すぎることを理由に、五二三七ターレル余 (5137Rthlr. 27Sgr. 6Pf.) の金員の返還を裁判所に請求した。これに対し Y は、合意により、K という仲裁人の判断が決定的であり、それは一八四一年二月一九日付文書で判断済みである、X の訴えは却下すべきであるとの抗弁 (Präjudizialreden) を提起した。第一審は、Y の抗弁を却下して本案訴訟の続行を命じた。Y の控訴 (Appellation) により、控訴審 (Oberlandesgericht) は、当事者間の合意は有効な和解 (Kompromiss) であり、K の判断は有効な仲裁判断であると判示した。Y の上告 (Revision) により、最上級裁判所は原判決を破棄し、第一審判決を復活 (Wiederherstellung) させた。

最上級裁判所は、(i) Yがレンガ積み工事を引き受けた契約中では、Yの金銭報酬は金額で事前に定められず、建築を監督するKに、労働および使用資材とともに請求書は確定のために提出されることになっており、つぎの合意文がそれに結び付いている。すなわち、「建築主と建築請負人との双務的な要求(Forderungen)について疑問となる事項が生じたときは、Kが中立的な考慮を行い、それについて判断する。双方当事人はこれに満足するものとする」。その後の公証人の手続で、XはYの要求額を暫定的に承認し、計算に対する異議は保留するが、その重要性についてはKのみが判断することとされた。(ii) 最上級裁判所は、右合意の文言について、控訴審裁判官は、それを「和解(Kompromiss)と解」、公正証書がそれを証明するとしている。その見解が正当であるとすると、「仲裁人としてのKの判断はすでになされて」おり、「問題の判断は、双方当事人の尋問が事前に行われていない以上は、無効とみなして、その取消しがなお適法であるか」という問題のみが発生することになる(訴訟法(Prozessordnung)第二章一七一条ないし一七四条)。(iii) しかし、最上級裁判所は、「和解、すなわち、当事者が当該建築について生じた法的紛争は、Kの判断に服する義務を負うとの契約である(訴訟法一七六条)」と認めることはできないとする。むしろ「評価(Berechnung)」、つまり計算によって作成され、労働と資材につき被告に支払われるべき報酬は、Kが当事者に対して拘束力をもって認定し、Kはその際に生ずる疑問点を解決する」というのが、右合意の意図である。「Kに認められたそのような権限からして、Kはいわゆるarbitratorの關係に立ち(Glück's Pundekten-Kommentar, Bd.6, S.66)」「裁判官の地位につくarbitrator」とはまったく別の關係である。「われわれの法典もその違いを認めており、仲裁人とその判断については、訴訟法第二章一六七条以下が規定し、しかし、いわゆるarbitratorについては、一般ラント法第一編第五章七二条・七三条および第一章四八条以下で扱われている」。最後の規定では、物の売買価格を第三者の判断(Gutbefinden)の引用によって確定し、双方当事人はその第三者の判断に

服さなければならぬと緩和されているが、それと同様に、職人の労働、その供給資材、報酬に関する契約の場合にも、その価格を第三者の判断に委ねることができる。(iv) Kは、YとXとの合意により、Yに帰属する報酬を確定し、実際にもそれを確定した第三者である。それにより、Kが仲裁人であるとして、建築後にXがYに提起した請求権について、Yが裁判所での応訴を拒否する権限を有するとはいえない。そのような拒否が許されるのは、当事者の疑いのない合意の趣旨が、通常の裁判官を排除したうえで、Kが、当該建築に関して当事者間で生ずるいかなる法的紛争もその判断によって解決しようとしている場合に限られる。そのような合意がなければ、通常の出訴の途(Rechtsweg)は残されている。そして「当事者間の合意の効果」は、唯一、「双方当事者は、建築の際にYが供給した労働および資材についてのKの認定を、あたかも当事者自らそれを行い、その結論に従ってすでに契約を締結したかのように、承認しなければならない」という点にある。(v) 以上により、最上級裁判所は、Yの抗弁についての控訴審裁判官の判断は正当ではなく、それを却下した第一審の判断を復活すべきであるとす。

(2) 本件の合意は、レンガ積み工事の委任契約とともに、行われたケースである。最上級裁判所は、① Kをいわゆる *arbiter* と認定する際に、その「権限」に注目している。当事者の合意の意図は、Kは、当該建築の「法的紛争」ではなく、「被告に支払われるべき報酬」の認定、または、「評価」を行うのであり、それは、裁判官の地位につく仲裁人 (*arbiter*) とは異なるものであると解している。ただし、ヴァンターも指摘するように、「建築主と建築請負人との双務的な要求 (*Forderungen*) について疑問となる事項」は、現在の建築紛争を考えると、むしろ「法的紛争」と解することもできるように思われる。その場合、ヴァンターは、ひとつの合意中で、報酬の確定に関しては *arbitrator* が確定するという合意と、双務的な要求に関する争いについては、*arbiter* が判断するという合意が、複合的に行われているものと解する。②⁽²⁾ として本

件最上級裁判所によると、Kを *arbiter* と解するか、*arbitrator* と解するかによって、適用すべき法規が区別される。すなわち、前者には「一般裁判所法第一編第二章一六七条以下」が適用になり、他方、後者には「一般ラント法第一編第五章七二条・七三条、第一一章四八条以下」が適用になる。③さらに、最上級裁判所は、Yの応訴拒否権限が認められるのは、「通常の裁判官を排除し」、当事者間の「いかなる法的紛争」もKの判断によって解決すると合意している場合のみであり、右合意がなければ、出訴は可能であるとする。本件の「合意の効果」は、Kの認定を、当事者自らそれを行い、その結論に従ってすでに契約を締結したように承認しなければならないという点にある。最上級裁判所のこの判示は、あのゴルドシュミットの所説⁽³⁾を想起させるものであり、最上級裁判所が、Kは、X・Y間の契約関係を「補充」する任務を負っているものとみていることがうかがえる。④ヴェインターによると、最上級裁判所が、Kの認定の拘束力、その判断に不服申立てができないことをまったく疑わずに、当事者が合意により第三者の判断に無条件に従うことを強調しているところに本判決の特徴があるとす。プロイセン法によると、*arbitrator* と *arbiter* の違いは、*arbiter* の判断が一定の要件のもとに取り消される（一般裁判所法一七二条一号、二号）が、*arbitrator* の判断にはそのような無効事由は主張できないという形できわめてはつきり現れるという捉え方は、その後の最上級裁判所の判例でもみられるとする。

(3) 判旨の理解に必要な限度で、当時の法規整について若干に検討をしてみることとする。プロイセン一般裁判所法 (*Allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten*. 一七九三年)⁽⁵⁾ は、その第一編 (*Theil*) 第二章 (*Titel*) で「裁判籍 (*Gerichtsstande*)」に関する規定をおいているが、その最後の 一六七条から 一七六条までの 一〇か条が「仲裁人 (*Schiedsrichter*)」について定める。裁判籍という章のタイトルにもかかわらず、これら一〇か条の内容は仲裁制度に関する一般的な規定とみることができる。

①まず冒頭の「一六七条が、仲裁合意について、「争いのある目的物について、まったく自由かつ制限のない処分権限が当事者に帰属する場合、その目的物について、当事者間の争いの裁判を、和解 (Kompromis) により、仲裁人の判断に服させることができる」と規定する。C・F・コッホの教科書『プロイセン民事訴訟(第二版)』(一八五五年)によると、仲裁裁判所は、争いのある当事者の合意 (Übereinkunft) (和解 Kompromis) によって、当事者間に発生している法的紛争の裁判のために任命した私的裁判官の制度 (Privatrichter-Anstalt) であり、ローマ法で創設され、カノン法で当時の時勢に適合したものにされ、ドイツの法典においても承認された制度である。そして、プロイセンの法典もそれを探り入れたと指摘する⁽⁶⁾。一六七条は「和解」という概念を用いているが、これはコッホも同様であり、当事者の仲裁「合意」を「和解」と特に区別していない。また本件の原判決も同様の考え方を前提にしている。仲裁契約を和解と同視することによる⁽⁷⁾うな考え方は、普通法が、仲裁契約を和解と類似した制度として扱ったカノン法の考え方を継受したことによるもの⁽⁸⁾とされる。

他方で、一六八条は、そのような仲裁合意によっては、「公共の利益 (das gemeine Beste)、君主の利益、その他利害関係者の權益 (die Gerechsamte der etwa dabei nicht zugezogenen Interessenten)」を削減すること⁽⁹⁾はできず、「婚姻事件、君主または公共の租税 (Abgaben) に関する争い」については、仲裁人に付託することはできないと定める。

②仲裁人となりうるのは、裁判官の職務にある者、および、その他争いの裁判に必要な知識を有する者であり(一六九条)、仲裁人が双方当事者によって同数選任され、意見の一致をみなかったときは、当事者は審判人を選任するものとし、当事者間でその合意ができないときは、仲裁人自身が審判人を選任する(一七〇条)。これは、二人の仲裁人の判断が一致しなかった場合に、合意は消滅するかという普通法当時の論点を解決しようとする規定である⁽⁹⁾。

③ つづいて、一七一条は、仲裁人が遵守すべき規定について定める。すなわち、仲裁人は、事件の弁論および裁判に際しては、ラント法の重要な規定に従わなければならない。他方で、一七二条は、そうした仲裁判断が無効である場合として、二つの事由をあげている。すなわち、当事者がまったく審尋を受けていない場合、または、明らかに重要な事実がまったく討議されていない場合(同条一号)、また、当該事件にまさしく明らかに決定的であるラント法に違反して、判断が下された場合(同条二号)に、仲裁人の判断は無効である。仲裁人がどの程度に実定法に拘束されるかは、制度の歴史上、常に重要な課題であったが、一七一条および一七二条二号からは、プロイセン法は仲裁人が厳格に実定法に拘束されるという考え方に立っていることがうかがえる。エルトマンは、国家行政、とりわけプロイセンのそれは、実体法ではなく、「公平性」原則に基づく仲裁人の判断では、国家と企業間の紛争を自己に有利に解決するには不適であるとの警戒感が強かったと指摘する。⁽¹¹⁾

④ また、当事者が和解(Kompromis)中において、仲裁人の判断(Laudam)を異論なく通用させることについて、明示的に義務を負っている場合には、その契約(Vertrage)をもって終了することにしなければならないと定められていた(一七三条)。言い換えると、和解契約中において、出訴の途を排除する条項、またはそれに類する無条件の拘束意思の文言によって、控訴(Appellation)が事前に放棄されていた場合に限り、控訴ができなかったことになる。⁽¹²⁾ただし、後掲プロイセン最上級裁判所(一八七〇年二月一日判決 O5Trib 63, S.434, 440)が指摘するが、一七三条のその種の合意は行われないのが通常であった。

⑤ 一七四条以下は、さらに、仲裁人の判断に対する不服申立てと、その場合の裁判所の措置について規定している。すなわち、当事者が一七二条によって仲裁判断の無効を主張する場合、または、一七三条の合意(Verabredung)が和解中

に含まれていない場合は、当事者は、判断の通知を受けた日から一〇日以内に、通常の裁判官に不服を申し立てることができる(一七四条)。不服申立て(Provokation)が法的に根拠のある場合、本案について弁論を行い、さらに判断が無効であることが判明したときは、第一審において、さらにまた第二審において、通常の判決がなされなければならない(一七五条)。

⑥以上、一七二条から一七五条までの規定の関係については、利益賃貸借契約中の仲裁合意に基づく仲裁人の判断に対する上訴(Rechtsmittel)が問題になった別の事件で、プロイセン最上級裁判所(一八七〇年二月一八日判決)がつぎのように判示している。⁽¹³⁾すなわち、(i)一七三条および一七四条において、当事者が和解中で、仲裁判断に異論なく従う義務を負っているか、そのような合意をしていないかで区別され、前者の場合には、一七二条一号および二号の場合にのみ、仲裁人の判断は無効として取り消される。無効の訴え(Nichtigkeitsklage)は、第一審の通常の裁判官に提起すべきであり、裁判官が、訴えに根拠があり(一七二条)、かつ一七四条の期間が遵守されていると判断したときは、第一審として判決を行うことになる。この判決に対しては、通常の上訴を提起できる。(ii)他方で、第二の、仲裁人の判断の無制限の通用性が和解中で取り決められていない場合は、一七四条によって、当事者には通常の裁判官への控訴(Appellation)が開かれる。一七五条は、仲裁人の判断に対する不服申立てとして、二つの上訴、すなわち、一七二条および一七三条の場合の無効の訴え(Nichtigkeitsklage)と、控訴(Appellation)(一七四条)を扱っている。仲裁人の判断に対する控訴の場合、裁判官は第二審として判決することになる。ただし、この場合も、当事者は無効事由を主張することができる。(iii)控訴判決により侵害されたとする当事者は、さらに無効抗告(Nichtigkeitsbeschwerde)あるいは上告(Revision)を提起することができる。

プロイセン法における仲裁規定は普通法の知識なくして理解できないといわれるが、普通法の複雑な上訴の仕組みが仲裁判断についても取り込まれていることがうかがえる。これに対しては、早晚忘却される法規整であるといった批判がみられた。⁽¹⁶⁾

⑦ 仲裁判断の執行について、一七六条によると、仲裁人は仲裁判断を自ら執行することはできず、勝訴した当事者は、締結した和解と仲裁判断を所轄の裁判官に提出して、執行 (Erektion) を求めることができる。つまり、強制執行は通常の裁判官の命令に基づき行われる。⁽¹⁷⁾ この点は普通法と異なり、仲裁契約中の実体法上の義務からではなく、特別に設けられた訴訟手続により執行が行われる。⁽¹⁸⁾

⑧ コッホによれば、プロイセン法が継受した仲裁制度は、しかし、発展せず、人々はそれをまったく利用していなかったと指摘する。⁽¹⁹⁾

(4) これに対し、プロイセン一般ラント法 (Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten. 一七九四年)⁽²⁰⁾ はその第五章 (Titel) 「契約について」において、「未確定の契約について」という標題のもとに、【一】四四年の最上級裁判所が arbitrator についての法規整として引用する規定を、七一条以下においている。①七一条によると、「その目的物がまったく確定されていない、もしくは、その確定または履行がもつぱら義務者の恣意 (Willkür) に委ねられた契約は、拘束力を有しない」。これに対し、七二条によると、「未確定で引き受けられた債務 (Verbindlichkeit) についてのより詳細な確定が、第三者の判断に委ねられている場合は、第三者が右判断を行ったときに、契約は有効なものになる」。

②また、同法「第一編第一章契約」中、「生存に基づく財産の取得について」の章中、「第一節 (Abschnitt) 売買取引」に関する規定をみると、売買価格は特定の金額を定めなければならないが (四六条)、他方で、四八条によれば、「売

買価格が第三者の判断と関連して確定される場合には、双方当事人は、その第三者の判断に従わなければならない」。またその場合に、売主は価格不均衡の異議（五八条以下）⁽²¹⁾を主張できない。なお、一方または相手方の詐欺的行為によって価格が確定されたときは、売買は締結されていないものとみなされ、詐欺者が給付の義務を負うものとされる（四九条）。

③五〇条によると、価格の確定が複数の第三者に委ねられ、その判断の一致をみなかつたときは、各確定額を合算したうえで、その平均価格が真実の売買価格とされる。④他方で、五一条によると、一人の仲裁人（Schiedsrichter）が判断を下すことができなかつたとき、または、その判断を拒絶しているときは、売買は締結されていないものとみなされる。なお、本条にいう「仲裁人」については、本稿では未検討である。⑤売買価格の確定は、別のところにすでに存在する価格の引用によっても、確定できる（五二条）。ただし、契約当事者が指摘した額を、確実に突き止めることができる場合に限られる（五三条）。また、売買が特定地域の市場価格に関連して締結されたときは、契約締結当時の中間的な市場価格が選択されたものと解される（五四条）。

（二）その後の判例

(1) 【2】プロイセン最上級裁判所一八五四年二月七日判決（Obertrib 27, S.457ff.）当時の法制の基礎を検討していないため事案の詳細を正確に描けないが、つぎのような事案と思われる。⁽²²⁾一八四七年の大火で原告Xの住宅が全焼、復興計画の遂行過程でXとY市の間で争いが生じ、Xが補償（4317Thlr. 10 Sgr.）請求をした訴訟において、XY間で、補償額として、土地価格、宅地の縮小に伴う改築費用、パン屋の営業が受ける損失のうち、土地価格と将来の損害査定については、X側の査定人（Taxatoren）としてパン屋マイスター（Bäckermeister）BおよびR、Y側の査定人としてパン屋マイスター

WおよびTがそれらを査定し、XおよびYは、査定の結果を、和解(Compromisse)として、あらかじめそれに服するという趣旨の合意を調書(一八四八年二月八日付け、および一八四九年一月九日付け)で行ったことが裁判所の確定判決中に定められた。Yの申立てに基づき損害査定が実施されたが、その額が一致しなかった(平均額42Thlr. 15 Sgr. 3/4)。双方でパン屋マイスターSを審判人(Ohnann)に選任、X側は代理人が関与した。審判人Sによる補償額の確定(年当り40 Thlr.)に対し、Xは、双方とも四人の仲裁人の鑑定に服する意図であり、審判人の判断は不適法である、損失額はもっと高額である(81Thlr. 14Sgr.)などと主張した。Yは訴えの却下とともに、反訴の申立てをした。第一審裁判所は、本訴および反訴を、差し当たり理由なしとして棄却した。控訴裁判所も同旨の判断をした(判決確定)。そこでXは本訴を提起し、査定価格が相違した場合、一般裁判所法第一編第二章一七〇条によると審判人の選任が必要であるが、Yの判断はすでに確定しているとして、Yに対し審判人の選任を命ずる旨の申立てをした。第一審はXの請求認容、控訴裁判所(Appellations-Gericht)は、当事者間の和解は、四人の仲裁人の判断—上述した査定はそのようにみるべきである—to事前に服したという趣旨で確定したとみなすべきであるが、右合意があっても、一般裁判所法第一編第二章一七〇条の場合には、審判人の選任は排除されることはなく、その選任は当事者によって有効に行われたとして、Yに対し、補償額として年当り四〇ターレル(Thler)の支払いを命じた。Xの上告(Revision)に基づき、最上級裁判所は補償額を変更して(42 Thler. 15Sgr. 3/4 Pf.)、自判した。

最上級裁判所は、(i)「一般裁判所法第一編第二章一六七条以下は、仲裁人、すなわち、当事者が、和解(Compromisse)契約によって、当事者間に存する法的紛争を裁判し、当事者をもその判断に服させようとする人物」について定めている。それと区別されるのが、「一般ラント法第一編第五章七二条および七三条が言及し、同法第一編第二章四八条以下でそ

の適用がみられる契約であり、右「契約により、未確定で引き受けられた債務につき、そのより詳細な確定が第三者の判断に委ねられる」。「普通法において、前者の場合に仲裁人として登場する第三者は *arbitrator* という名称であり、かつ、後者の場合に、未確定で引き受けられた債務の確定を委ねられる第三者は *arbitrator* という呼称である」。(ii) ローマ法源は両者の違いを認めているが、プロイセン法においては、①「当事者がまったく審尋されていない、または、明らかに重要な事実をまったく論議されていない場合」、②「当該事案を明らかに判断するラント法に反して判断がなされた場合、*arbitrator* の判断は無効とみなされる」(一般裁判所法第一編第二章一七二条) 点で、「その違いがはっきりする」。ただし、「そのような無効事由は、原則として、*arbitrator* の判断には適用できない、または適用できるとはみなせないからである」。

(iii) 確定判決(一八四九年一月一日) 中で、一八四八年二月八日、および一八四九年一月九日の審理において、YがXに補償すると合意したことが確定的に定められており、「補償の権利および義務については、判断がなされている。それに対し、Yが未確定で引き受けた補償義務の確定は、第三者」、つまり、「各当事者が選任する、補償額を確定する人物」で、「当事者が事前にその査定に服するとしている査定人」に委ねられている。したがって、「本件には【1】最上級裁判所一八四四年判決で判示されたところが適用され、仲裁裁判所を考えることはできない」(第一審裁判官)。なぜなら「当事者の合意の効果」は、「選任した第三者によって行われる契約の確定を、それが、当事者の契約の重要部分であるのと同じように扱わなければならない」ということだからである。その査定を、仲裁人の判断であるとして、査定人に仲裁人たる適格を付与することはできない。

(iv) 最上級裁判所は、補償額の査定については、一般裁判所法第二編第六章六条を適用して定めるべきであるとして、平均額の四二ターレル余 (42 Thaler 15Sgr. 3/4 Pf 42) とする。

本件の合意は、別訴の口頭弁論の「調書」でなされている。本件の最上級裁判所は、① *arbitier* と *arbitrator* の区別につき、「法的紛争の判断」と「未確定の債務の確定」を対立させ、それにつきローマ法源を引用していること、②特にプロイセン法においては、一般裁判所法第一編第二章一七二条に規定された無効事由を指摘して、その場合に *arbitier* の判断は無効になるが、他方で、右無効事由は *arbitrator* の判断には適用できないことを、【一】四四年判決以上にはつきりと指摘している点が特徴的といえよう。③また合意の効果は、【一】四四年判決と同様に、第三者の確定を、当事者の契約の重要部分と同様に扱うとして、契約の補充として捉えているものと解される。④なお、最上級裁判所は事件の解決としては、原判決の定めた補償額を変更している。その際に引用された一般裁判所法第二編は、「非争訟事件 (*nicht streitigen Angelegenheiten*) の裁判手続について」の規定を定めたものである。その第六章には「裁判所の査定実施手続について」、全体で一九か条の規定がおかれている。裁判所の査定は、裁判所による売却、共同相続人間の争い、その他共同所有関係、物の損害の確定、その際の改良または劣化の確定のために行われる手続である(一条)。六条は、査定人の数に関する規定であり、価格を一致させる必要がある場合には、「平均により」それを定めるものとしている。最上級裁判所は、自判するに当たり、この六条を適用して四人の鑑定人による異った鑑定の平均値を導いている。

(2) 【3】プロイセン最上級裁判所一八五七年九月二四日判決 (*StreithArch 27, S.59ff.*) 事案はつぎのとおりである。
 レンガ職・大工マイスター (*Maurer- und Zimmermeister*) Xが建築作業を請け負った際に使用された、ヴェストファーレン鉄道管理局 (*Dirktion*) Y作成の請負約款 (*Submissions-Bedingungen*) 一四条によると、Yの技術者 (*technischen Mitglied*) の判断で、建築作業の履行が、請負人の不注意、無能力または無資力のために不当に長引き、建築の適時の完

成が難しくなるほどに遅延した場合には、請負人の建築を中止し、別途の履行のために生ずる増加費用を請負人に請求することは、管理局が裁量によって行うことができる旨定められていた。適時の完成は不可能であるとの技術者H (Geh. Regierungsrath H.) の判断に従って、YはXを工事からはずし、Xに対し増加費用の支払いを請求した。第一審において、Xは、一四条の合意は、契約の履行が国庫の恣意に委ねられている点で、法律上許されないと主張したが、右主張は退けられた。控訴審において、Xは、右合意は仲裁判断を求める和解 (Kompromiß) を含んでいるが、仲裁人はX自身をまったく審尋していないとして、仲裁判断の無効を主張した。控訴審裁判官 (Appellations-Richter) は、右合意は解除条件 (auflösenden Bedingung) の合意である、Hは鑑定を行い、条件の発生が認められるとして、控訴を棄却した。Xの無効抗告 (Nichtigkeitsbeschwerde) は、最上級裁判所により却下された。

最上級裁判所は、(i) 「請負約款 (Submissions-Bedingungen) 一四条は、仲裁人の判断を求める和解を含むものではない」とする。ただし、Hは、裁判官による判断のように法的紛争を判断するものではなく、また、プロイセン法によっても、ローマ法によっても——一般裁判所法第二章一六七条、Dig.4.8.fr.1——仲裁判断の本質とされている、「裁判官としての裁判によって判断する (ad similitudinem iudiciorum hinc finire)」ものでもないからである。Hは、「建築請負業者の責任によって、建築の適時の完成が難しい状況にあるか否かについてのみ判断」し、それが「請負業者に不利となったときは、管理局の裁量により、請負業者から建築を取り上げ、別途の履行によって増加する費用を請負業者に請求」できる。しかし、「そのような契約による判断の効果は、判断自体を仲裁判断にするものではなくて、管理局がその権限を実際に行使したときに、契約当事者の双務的な権利および義務に関する将来の裁判官の判断の基礎資料になるにすぎない」。(ii) しかし、「意思表示によって基礎づけられた法律関係のそのような基礎資料は、条件 (Bedingungen) である」。ただし、一

般ラント法第一編第四章一〇〇条によると、権利の発生が、発生するまたは発生しない事象に係っている場合、意思表示は条件付きであり、それには停止条件(一〇一条)と解除条件(一一四条)がある。権利の取得・喪失の発生・不発生に係る事象として、「法律は、自由な行為、特に鑑定(Gutachten)、『第三者の判断も承認している』。すでにローマ法において、売買価格(Inst.3.23.(24.) §1.)、賃貸料(Inst.24.(25.) §1.)、組合持分(Dig.17.2.fr.76.fr.)の確定を第三者(arbitrator)の裁量に委ねることができたのと同様に、一般ラント法でも、売買の章において、所有権の移転する人物についての確定(第一編第二章一三条以下)、および売買価額(第一編第一章四八条)を第三者の判断に委ねてよい旨規定されている。それだけでなく、第五章七二条においては、契約に際して未確定のままに引き受けた債務(Verbindlichkeit)の詳細な確定を、第三者の判断に法律上有効に委ねることができると規定され、そして、第四章一〇五条および一一九条においては、条件は第三者の自由な行為に係らせることができると、一般的に述べられている。したがって、当事者の右合意は、「和解(Kompromiss)ではなく、条件の合意を含むものであり、かつ、「その第三者の判断は、仲裁判断ではなく、単に条件の発生であることが」判明する。(ii)これにより、和解も仲裁判断も存在せず、一般裁判所法第一編第二章一七二条以下において、仲裁人の判断の取消しのために定められた規定も適用してはならない。控訴審裁判官は、条件が実際に発生したか否か、条件は実際に発生したが、法律上は発生していないとみなしうる事由がないか否かについてのみ、調査しなくてはならなかったのである。

本件の合意は、先例とは異なり、ヴェストファーレン鉄道管理局作成の請負契約の「約款」に定められていたものである。①そして本件の最上級裁判所は、技術者Hの権限の内容は、「法的紛争」を判断することではなく、「建築の適時の完

成が難しい状況にあるか否かについての判断」であるとしている。②しかし【1】四四年判決や【2】五四年判決と異なり、最上級裁判所は、Hの判断を、契約当事者の双務的法律関係に関する「将来の裁判官の判断の基礎資料」になるものであり、それはまた、「条件」の発生であると判示しているところに、その特徴がある。③もっとも最上級裁判所は、Hの右判断を仲裁人の判断ではなく、仲裁鑑定と解することで、仲裁人の判断の取消し規定の適用を否定する結論を導いている点では、先例と同じ手法をとっている。

ところで、仲裁鑑定を法律関係の「条件」とする考え方は、その後には支配的な見解となるが、本判決は、その根拠として実体法の規定を指摘する。①引用された規定をみると、一般ラント法第一編第四章「意思表示について」中の一〇〇条によると、意思表示は、それから生じる権利が、発生するまたは発生しない結果に係っているときは、条件付きとされる。右条件が、その発生により、権利の取得が初めて完成するような形で付加されている場合が停止条件であり（一〇一条）、その発生により、意思表示の効果が再び消滅するような形で付加されている場合が、解除条件である（一一四条）。②つぎに、第五章七二条によると、未確定のまま引受けのなされた債務の詳細な確定が第三者の判断に委ねられている場合に、第三者が右判断を下したとき、契約は有効になる。そして条件が、権利者または第三者の自由な行為に係っている場合には、義務者が故意に条件の現実化を妨げたとき、条件は満たされたものとみなされる（二〇五条）。また条件が、それが発生したときに権利を喪失する者または第三者の自由な行為に係っている場合には、権利の帰属する者が、詐欺またはその他の不法手段によって、解除条件が現実化する決定を生じさせたときは、条件は発生しなかったものとみなされる（一九九条）。⑤さらに、一般ラント法第一編第一章第一節「売買取引について」中の規定によると、売買契約の締結に当たっては、所有権が譲渡される人物の表示は、その詳細な確定が誰の判断によるか、または、どのような出来事に係っている

か契約から判明すればよいが(一二三条)、所有権を取得する人物の確定に係る出来事または事件は一定期間内に確実に発生し、それにより当該人物が確実に確定するような状態でなければならず(二四条)、その要件を欠くときは、契約は締結されていないものとみなされる(一五条)。また、上述したように、四八条によると、売買価格が第三者の判断によって確定される場合、双方当事者はその第三者の判断に服さなければならぬ。

学説をみると、シーズマン契約について、当事者が法律関係を係らせている条件と解する説⁽²⁴⁾や、条件付き内容の和解と解する説がある⁽²⁵⁾。しかし、これに反対する見解もみられる⁽²⁶⁾。また本判決は、Hの判断を、法律関係に関する「将来の裁判官の判断の基礎資料」とも判示する。これは、仲裁鑑定を証拠契約と解する考え方(証拠契約説)⁽²⁷⁾と思われるが、この説は現在でもなお有力である。

(3) 【4】プロイセン最上級裁判所一八七〇年一月一三日判決(StreithArch 76, S.348ff.) 事案の詳細は明らかではないが、売主Xと買主Yは、レンガ圧縮機(Ziegelpresmaschine)の設置に際して、「いかなる裁判手続も排除する。機械の量および質について争いが生じたときは、Herrn Professor Fink、およびF. BaumannまたはL. Marchの判断を基準にする」との合意を行った。Xが右機械の売買価格をYに訴求した事案で、控訴審は、請求をさしあたり理由なしとして棄却した(zur Zeit abgewiesen)。Xの無効抗告(Nichtigkeitsbeschwerde)に基づき、最上級裁判所は原判決を破棄し、事件を第一審に差し戻した。

最上級裁判所によると、(i) 第一に、控訴審裁判官が、当事者の契約により、レンガ圧縮機は、給付の量および質に関して契約通りであるかという前提問題の争いについて、いかなる裁判手続も排除して(mit Ausschluss jeden gericht-

lichen Verfahrens)、事前に仲裁裁判所が判断する旨の合意がなされているとの見解にたち、Xは仲裁人の判断をまだ提出してなく、請求をさしあたり理由なしとして棄却した第一審判決を正当とした点、(ii) 第二に、控訴審裁判官は、仲裁人は財産に関する争い全体について判断するのではなく、給付物の有能性と契約適合性の問題についてのみ判断するとして、一般裁判所法第一編第二章一六七条によると、当事者は法律関係全体だけでなく、それに係る任意の問題点についても、仲裁裁判所の判断に委ねることができることを理由に、合意の有効性に対するXの異議を退けている点、(iii) 第三に、控訴審裁判官が、仲裁人は当事者を審尋しなければならない、特に機械の性能はYの示す一定の要件により条件付けられるとのXの主張を判断しなければならなかった、そして場合によってはその判断を無効とみなすことがXに許されると判示している点、以上から、控訴審裁判官は、一般裁判所法第一編第二章一六九条ないし一七六条に定められた規定を本件に適用できるとみなしていることが明らかになる。(iv) しかし最上級裁判所は、控訴審の右判断は、【2】五四年判決および【3】五七年判決に違反しているとする。右判決においては、「一般裁判所法第一編第二章一六七条以下にいう和解 (Kompromiss) の本質は、仲裁人が当事者間に存する法的紛争を、裁判官としての裁判よって判断することであり (ad similitudinem iudiciorum litem finire)、それにより、「当事者間の法的紛争を条件づける争点についての終局的判断それ自体を、仲裁人の判断だけに委ね、かつ、その判断がなされた後に初めて通常の裁判官に出訴することは禁じられている」旨判示されている。その原則により、一般裁判所法一六七条違反の異議は、理由があるものとみなさなければならず、その結果、不服を申し立てられた判決は無効である。

本件の合意は、売買契約に際して行われたものである。個別的な合意という点では、【1】四四年判決や【2】五四年

判決と同様である。そして最上級裁判所は、【2】五四年判決と【3】五七年判決を引用して、ここでは、仲裁合意の本質は、仲裁人による法的紛争の判断であり、他方で、「法的紛争を条件づける争点についての終局的判断」を仲裁人に委ねることはできないことが明らかにされたと指摘している。つまり本件合意の対象である「機械の量および質についての争い」の判断は、「法的紛争を条件付ける争点の判断」と解されている。本判決は、前掲判例にみられる *arbiter* と *arbitrator* の区別(基準)について、もはや検討していない。また最上級裁判所は、「いかなる裁判手続も排除する」との文言の意義についても、特に検討していない。

(三) 小 括

プロイセン最上級裁判所の判例からは、つぎのような点が指摘できよう。第一に、最上級裁判所は、仲裁人 (*arbiter*) とは異なる法現象として仲裁鑑定人 (*arbitrator*) を位置づけている。仲裁人 (*arbiter*) は裁判官のように法的紛争を判断するのに対して、委任契約の報酬額の確定【1】四四年判決、補償額の確定【2】五四年判決、建築の適時の完成の可能性についての判断【3】五七年判決、給付物の契約適合性についての判断【4】七〇年判決) は、仲裁鑑定人 (*arbitrator*) の権限と解される。その際に、ローマ法源が手がかりになっている【2】五四年判決、【3】五七年判決)。第二に、このような仲裁鑑定人 (*arbitrator*) の判断が果たす機能について、最上級裁判所は、二つの見方を示している。ひとつは、当事者間の契約関係を補充するという機能であり【1】四四年判決、【2】五四年判決、【4】七〇年判決)、もうひとつは、法律関係を発生させる条件であり、かつ、将来の訴訟の証拠資料になるという機能である【3】五七年判決)。前者の契約関係の補充機能説は、その後、現行ドイツ民法三一七条の立法を導く基礎となる見解である。⁽²⁸⁾ 他方、後者の

条件説はプロイセン一般ラント法の明文規定によって基礎付けられている。条件説については、その後学説においては肯定説と否定説がみられた。⁽²⁹⁾ また並列的に示された証拠契約として機能するという証拠契約説は、その後、狭義型の仲裁鑑定契約の法的性質論で、それを否定する実体法説と肯定する訴訟法説のひとつの論点になる。⁽³⁰⁾

第三に、私人の判断の拘束力という点では、最上級裁判所は、*arbitrier* の判断よりも *arbitrator* の判断に、より強い拘束力を認めていたという印象がある。すなわち、プロイセン一般裁判所法によると、仲裁人の判断に無効事由があれば、それは無効として取り消される（一七二条一号・二号）のに対して、当事者は *arbitrator* の判断には事前に拘束力をもって服する旨の合意を行っている。ヴァインターによると、仮に仲裁人の判断と解した場合、最上級裁判所は法的審尋違背を理由に当該判断を無効と宣言しなければならなかった。しかし最上級裁判所は、手続規定のない *arbitrator* 像を援用すること⁽³¹⁾で、それを回避することができた。

- (1) この裁判所については、石部雅亮「プロイセン一般國法の成立をめぐる」法制史学会編集『法制史研究第一四号別冊 法典編纂史の基本的諸問題 近代』五二頁（創文社、昭和三九年）、同『啓蒙的絶対主義の法構造』一七頁（有斐閣、昭和四四年）を参照。
 - (2) H.J. Winter, Die Bestimmung der Leistung durch den Vertragspartner oder Dritte (§§315 bis §§319BGB) unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung und Lehrdes 19. Jahrhunderts, 1979, S.100.
 - (3) 豊田「仲裁鑑定契約の法構造（一）」修道法学二二卷一号九八頁注（12）参照。
 - (4) Winter a.a.O., S.93f.
 - (5) プロイセン一般裁判所法については、鈴木正裕「18世紀のプロイセン民事訴訟法（一）」神戸法学雑誌三三卷二・四号一一五頁以下、特に「18世紀のプロイセン民事訴訟法（三）」二四卷四号三三四頁以下、石部・前掲書八一頁以下を参照。
- ドイツ仲裁鑑定法の形成（一）（豊田）

- (6) C.F.Koch, *Der Preussische Civil-Prozeß*, 2. Ausg., 1855, Hrg.von W.Schubert, *Kodifikationsgeschichte Zivilprozessrecht*, Edition Preußen, 1994, S.6.
- (7) パンデクテン法学の教科書においても、仲裁契約と和解は同一視されている。たとえば、F・G・プフタ『パンデクテン』（一八七七年）は「和解（Compromiß）」の章において、法的紛争を、裁判官ではなく、私人、仲裁人、arbitr によって裁判させようとする当事者の合意は、今日の法によれば、和解（Vergleich）の効果をもつと指摘する。FG.Puchta/Th.Schimmer, *Pandekten*, 12.Aufl., 1877, S.454. 同書 L.Arndts R. v. Amesberg/R/L.Plaß u. F.Hofmann, *Lehrbuch der Pandekten*, 14.Aufl., 1889, S.553. それに代り、B.Windscheid/T.Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9.Aufl., 2.Bd., Neudruck der Ausgabe Frankfurt am Main 1906, 1963, S.844ff. はこの問題に特に触れていない。
- (8) Rittauer, *Schiedsgerichtsbarkeit und materielles Recht*, ZJP Bd.55 (1930), S.13.
- (9) C.Bornhak, *Schiedsvertrag und Schiedsgericht nach geschichtlicher Entwicklung und geltendem Rechte*, ZJP Bd.30 (1902), S.27.
- (10) なおもたゞ、vgl. Poertmann, *Schiedsrichter und staatliches Recht*, ZJP Bd.47 (1918), S.105ff.
- (11) Poertmann, aa.O., S.106.
- (12) Winter, aa.O.S.96.
- (13) OberTribunal U.v.18.2.1870, ObTrib. 63, S.434ff.
- (14) Bornhak, aa.O., S.27.
- (15) 普通法の上訴制度については、鈴木正裕「上告の歴史」『裁判と上訴』編集委員会『小室直人・小山昇先生還暦記念 裁判と上訴 下』一二頁以下（有斐閣、昭和五五年）参照。
- (16) Winter, aa.O., S.96.
- (17) Bornhak, aa.O., S.28.
- (18) Rittauer, aa.O., S.13f.
- (19) Koch, aa.O., なお、ロツホは、仲裁人とは別に「シースマンの和解（Schiedsmännischer Vergleich）」を取り上げている。シー

ズマンは最近の制度であり、争いある問題を友好的な和解によって調停する (schlichten) ためにおかれる。ただし、シーズマンは、地域住民から選任され、裁判所 (Obergericht der Provinz) で承認等を受ける必要がある。Koch.a.O., S.5f. 十分な検討はできていないが、これは現行のシーズマンの前身かと思われる。シーズマンについては、豊田・前掲論文(一) 修道法学一三三卷一頁一三三頁参照。

- (20) プロイセン一般ラント法(一七九四年)については、吉川直人「プロイセンの法と国家」上山安敏編『近代ヨーロッパ法社会史』一三六頁(ミネルヴァ書房、一九八七年)、石部・前掲書一五九頁以下、F・ヴィーアッカー・鈴木祿弥訳『近世私法史』四一三頁以下(創文社、昭和五三年)参照。

- (21) 引用条文によると、売買価格が物の価値と不均衡であるとの異議は、それ自体で契約を失効させることはできない(五八条)が、売買価格が物の価値の二倍の額を超える程に不均衡である場合、契約の失効を導く錯誤について法律上の推定が生ずる(五九条)。
- (22) 豊田・前掲論文(一) 修道法学一三三卷一頁九六頁注6の②事件の紹介を、本文のように訂正・補充する。

- (23) W.Buchdall, Die Rechtsnatur der Schiedsgutachterklausel und des Schiedsgutachtens, 1931, S.17.
- (24) W.Kisch, Der Schiedsmann im Versicherungsrecht, 1924, S.111.

- (25) J.Kohler, Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß, 1894, S.264. 停止条件付き和解の特殊ケースという説(R・シュミット)もみられる。Vgl.F.Wagner, Der Schiedsgutachter, 1908, S.62, Fn.1.

- (26) Weismann, Das Schiedsgutachten, AcP 72 (1888), S.324f.; ders.Die §§ 355-357 des Entwurfs bürgerlichen Gesetzsbuchs (Leistung nach Ermessen eines Dritten "Arbitrator", AcP 74 (1889), S.424; F.Wagner, a.a.O., S.35. フラングナーによると、第三者の判断は意思表示である。

- (27) Buchdall, a.a.O., S.24ff.

- (28) 豊田・前掲論文(一) 修道法学一三三卷一頁九五頁参照。

- (29) その議論については、vgl.Eckert, a.a.O., S.18f.; Buchdall, a.a.O., S.17ff.; Kann, a.a.O., 19ff.

- (30) 豊田・前掲論文(二) 修道法学一四卷一頁四六頁参照。ただし、判例の事案においては、仲裁鑑定が証拠契約として用いられたケースはあまりみられない。豊田・前掲論文(三・完) 修道法学一四卷一頁三九七頁注(一) 参照。

ドイツ仲裁鑑定法の形成(一)(豊田)

△論 説▽

修道法学 二八卷 一号

三〇(三〇)

(31) Winter, a.a.O., S.88ff.

(以下、次号に続く)

(大学院法務研究科・法学部教授)