

# ドイツ仲裁鑑定法の形成 (二)

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、修道法字二八卷一号一頁以下)
- 四 ライヒ高等商事裁判所(以上、本号)
- 五 ライヒ裁判所
- 六 自由仲裁
- 七 まとめ

## 四 ライヒ高等商事裁判所

### (一) 保険約款上の arbitrator の判断

ライヒ高等商事裁判所 (Reichsoberhandelsgericht || ROHG) の活動期間はそれほど長くないが、<sup>(1)</sup> 同裁判所は、その創設当初は、プロイセン最上級裁判所の判例法理に従って、仲裁鑑定人 (arbitrator) の判断の拘束力を肯定していた。いずれも保険約款上の損害額確定条項の解釈が問題になったつぎの二件の判例が、それである。

(1) 【5】ライヒ高等商事裁判所一八七一年六月二〇日判決 (ROHGE 3, S.74ff.) ベルリンのプロイセンヒョウ災保険株式会社 (Preuß. Hagelvers. Aktien Gesellschaft zu Berlin) の普通保険約款中の条項が問題になった事案であり、ドイツ民法理由書 (一八八一年) は arbitrator ケースとして本件を引用する。<sup>(2)</sup> 原審 (ベルリン・カンマーグリヒト) において、控訴審裁判官 (Appellationsrichter) は、普通保険約款一七条の定めを、プロイセン一般裁判所法一六七条および一七五条を援用して、和解契約 (Compromissvertrag) とみなし、原告Xの損害賠償請求の終局的な確定は、仲裁人の判断に委ねられている、しかし、Xはその判断の取得を怠っていると理由により、訴えは理由がないとして、請求を棄却する判断を下した。Xが無効抗告 (Nichtigkeitsbeschwerde)。

ライヒ高等商事裁判所は、Xの無効抗告 (Nichtigkeitsbeschwerde) は、控訴審の「見解は約款一七条においてなされた合意の法的性質を誤解していることを、正当に非難している」と判示する。(i) 指摘された一七条は仲裁人ではなく、鑑定人 (Sachverständigen) といっており、かつ、仲裁人の判断ではなく、損害の査定 (Abschätzung) といっている。そして同条は、「損害の要求額の基礎資料として特に重要な三つの問題についての回答」、すなわち、①「土地のどれだけの部分がヒョウにより被害を被ったか」、②「ヒョウによる災害がなかった場合には、どれだけの収獲高があったか」、③「その収獲高うちのどれだけの割合がヒョウによって失われたか」という問題についての回答を、「鑑定人の鑑定 (Gutachten der Sachverständigen)」に委ねている。

(ii) 「これら三つの問題についてのみ、鑑定人の回答は、出訴の途を排除したうえで (mit Ausschluss des Rechtswegs) 終局的に確定するものである」。そのほかに、保険証書の価格表に従って確定しないし換算される被保険者の損害賠償要求、および、保険業者の損害填補義務の存在は、その専門家 (Experten) の審理 (Cognition) 外におかれる。契約により、そ

のような評価 (Schätzung) または査定 (Taxe) のみを行う鑑定人は、仲裁人 (arbiter) ではなく、仲裁鑑定人 (arbitrator) である。判旨は、(iii) で、プロイセン最上級裁判所【2】一八五四年二月七日判決、および【3】一八五七年九月二四日判決を引用している。Vgl. Glük Band. IV S. 66ff. — André *gemeinrechtliche Grunzüge über Schiedsgerichte* S. 38ff. — 1.76 — 80 Dig. pro socio (XXII. 2) — また契約当事者が、その評価に関して、仲裁鑑定人 (arbitrator) の判断に服する旨の定めは、「原則として、和解 (Compromis) ではなく、たいしては条件 (Bedingung) を定めた合意」であり、それは、「契約の成立または履行について、重要な価値または価額の確定を、第三者の確定に委ねた」合意である。プロイセン一般ラント法第一編第五章七二条・七三条、第一章四八条 (AL.R.Th.I Tr. 5 §. 72, 73; Tr. II §. 48), vgl. §. 1 Inst. de entione (III, 24); I. 25 pr. D. locate (XIX, 2).

(iii) 「この違いは、とりわけプロイセン法の領域では大きく、「それはさまざまな方向に現れる」。第一に、「仲裁人の判断は、当事者が審尋されていない場合、または、重要な事実が仲裁人によって看過されている場合、もしくは、仲裁人の判断が明らかなラント法に違反している場合には、無効である。しかし仲裁鑑定人 (arbitrator) の査定の有効性は、そのような要請とは無関係である」。プロイセン一般裁判所法第一編第二章一七一条 (§. 171 A.G.O.I, 2); プロイセン最上級裁判所【2】一八五四年二月七日判決参照。第二に、「さらに特別な契約上の合意がないときは、仲裁人の過半数、または、それによって選任される審判人が判断を行う。これに対して仲裁鑑定人 (arbitrator) の意見が異なったときは、原則として、その査定の平均が基準になる」。プロイセン一般裁判所法第一編第二章一七〇条、第二編六条 (A.G.O.I, 2 §. 170 II. 6, §. 6)。第三に、「仲裁人または仲裁鑑定人 (arbitrator) が、自己に求められた判断を拒否したときは、それに応じて、その効果は、当事者にとって相当に異なったものになる」。

以上から、ライヒ高等商事裁判所は、控訴審判決は異なった法律行為を混同した点で、無効と判示する。

本件は、プロイセン最上級裁判所の【3】一八五七年判決と同様に、ヒョウ災保険の保険約款上の合意条項が問題になったケースである。上述したように、一九世紀の半ば以降、ドイツ仲裁制度の復活の一翼を担ったのが保険約款における仲裁合意であったが、この種の合意は、最初は火災保険に登場し、その後ヒョウ災保険、傷害保険の順に導入されていた。そして、一九〇八年の保険契約法 (WVG) は、こうした実務を追認して、損害保険 (六四条一項)、および、傷害保険 (一八四条一項) に関してそれぞれ明文の規定を導入したものである。判旨は、①まず、約款一七条の文言 (鑑定人、損害の査定) に注目している。これは、プロイセン最上級裁判所の判例にはみられなかった点ではないかと思われる。②ついで判旨は、鑑定人の任務は、「損害額の基礎資料として特に重要な三つの問題についての回答」であるとす。具体的には、(ア) ヒョウによる被害の程度、(イ) 本来の収穫高、(ウ) ヒョウ災害による減収額という三つの問題についてのみ、合意により、出訴の途を排除して、専門家は終局的に確定する、そのような「評価または査定」のみを行う鑑定人は、仲裁人ではなく、仲裁鑑定人 (arbitrator) である、と解されている。<sup>(4)</sup> この際に判旨は、被保険者の損害賠償請求や保険業者の賠償義務はその権限外であると判示して、プロイセン最上級裁判所の判例【2】一八五四年判決、【3】一八五七年判決) を引用している。両判決は、「arbitrator Ⅱ 法的紛争」対「arbitrator Ⅱ 未確定の債務の確定、または、将来の裁判の基礎資料」の区別基準を明らかにしているが、ライヒ高等商事裁判所も右判例理論に従う趣旨であろう。また判旨は、その法的性質についても、【3】一八五七年判決に従って、和解ではなく、条件とする説に従っている。

③判旨は、仲裁人 (arbitrator) か、仲裁鑑定人 (arbitrator) かの違いは、プロイセン法の適用事件においては、三つの局

面で現われると指摘する。第一に、当事者を審尋していない場合や重要な事実を看過した場合の扱い〔2〕(五四年判決)である。<sup>(5)</sup>第二に、選任された第三者の判断が乖離した場合の解決方法〔3〕(五七年判決)である。いずれも、プロイセン最上級裁判所がすでに検討している。第三に、第三者が判断を拒絶した場合の扱いである。最後の問題について判旨は特に検討していないが、プロイセン一般裁判所法はそうした場合につき明文の規定をおいていないのではないかと思われる。<sup>(6)</sup>なお、一八七七年の民法訴訟法は、仲裁人が仲裁契約中で選任されていたか否かで区別して、仲裁契約中で選任されていない仲裁人が職務を拒絶した場合には、当事者は相手方当事者の要請に基づき、別の仲裁人を選任しなければならない(民法訴訟法八五七条)が、契約中で選任した仲裁人による職務拒絶の場合、別段の合意がない限り、仲裁契約は失効する(民法訴訟法八五九条一号)と規定する。これに対して、プロイセン一般ラント法によると、売買価格の確定につき、仲裁人が判断を下さない、または、それを拒絶した場合、売買は締結されていないものとみなされる(五一一条)(修道法学二八巻一号一七頁参照)。ワイズマンは、その場合、鑑定契約は実行できず、別段の合意がない限り、右契約は失効すると解している。<sup>(7)</sup>つぎの判例は、右〔5〕一八七一年判決を引用する。

(2) 【6】ライヒ高等商事裁判所一八七二年二月二三日判決 (ROHGE 5, S.110ff.) これは、プロイセン火災保険株式会社の普通保険約款が問題となった事案である。燐家からの火災で無価値になったオルゴール時計に対する損害保険の適用が争われ、被保険者Xは保険会社Yに対して保険金請求訴訟を提起した。本判決は控訴審判決を破棄して、Yに有利となる変更を加えて第一審判決を回復した。判旨事項は複数あるが、当面の問題点のみに限定する。

(i) 損害賠償の範囲に関して、判旨は、オルゴールの価額について保険会社の一方的な説明と、その価額の提示に応じた保険金の合意を、不当性の証明がある限度で当事者間の基準になる「双方が承認した査定」とみなし、保険価額は当

事者の合意によって一定の額に定められる場合にのみ、それは当事者間で基準なるとした原々審の判断(第一審裁判官)を批判して、そのような保険証書は国内保険では一般的なものではなく、明らかな合意が必要であるとす。保険価額は、疑わしいときは、合意された保険価額とする見解は、学説や判例、近時の立法でもみられるが、とりわけ火災保険の場合には、一般的な保険約款に示されている保険実務の現状に合っていない。それによると、合意された保険価額は、損害賠償の最高限度のみを示すのであり、保険者から保険価額の証明を免除するものではない。

(ii) Xは、「損害額、したがって、火災時のオルゴール時計の価値、および、火災によってどの程度に価値の減少が生じたかについて、証明すべき義務を負っている」。ただし、Yは、時計屋Oの査定は、「会社にとって望ましい、先決的なものではなく、かつ、おおよその価額調査」と主張している。Yは、Oの判断に基づき当事者間において和解(Compromiss)が締結されたことを否認しているが、「Oが査定を行うのを当事者間で合意したことまで否認しているのではない。しかし、後者が確かであるときは、時計屋Oは、仲裁人(arbiter)ではなく、単なる査定人(Schätzer)(仲裁鑑定人(arbitrator))とみなすべきであり、「保険約款九条および一〇条によると、被告はその査定を自分自身に対して認めなければならない」。ここで判旨は、【5】ライヒ高等商事裁判所一八七一年判決を引用する。

(iii) 保険約款九条・一〇条によると、「損害の額は、出訴の途を排除して、二名の鑑定人の査定(Abschätzung)、必要があれば、審判人の査定によって、双方当事者に対して拘束力をもって、かつ、共同の費用によって定められる」。当然ながら、当事者が同じ鑑定人を合意して、その場合には、第二の審判人、および必要ときに審判人を選任しないことは、何ら差し支えない。Y自身が申し立てているように、Yが提出していないOを鑑定人を選任するための選任記録は作成されていない。O鑑定は価格査定(Taxation)の一般的な形式でなされており、「Police 940 鑑定人記録」と表示され

ている。火災の三・五ヶ月後になされたその査定が、単に暫定的な査定にすぎず、保険約款九条および一〇条により定められた確定的な査定でないとは、決していえない。〇鑑定によると、火災当時のオルゴール時計の保険価額は、少なくとも、一六〇ターレル (Thlr.) と判断されるべきであった。そして、その価額は二四〇ターレル (Thlr.) に達していた、それどころか、購入価額の観点からみると、それをこえていたということは、非常にありうることである、とする。当初価額に対して、二四〇ターレル (Thlr.) の保険額に少なくとも近い価額への価額の低下を示す事情は、Y が提出しなければならなかったが、Y はそれを行っていない。

本件の合意も、保険約款上の合意条項によるものであるが、ここでは火災保険約款が問題となっている。①判旨は、【5】一八七一年判決を引用して、当事者間の「査定」の合意から、直ちに、時計屋は、仲裁人ではなく、単なる査定人（仲裁鑑定人）と解している。②また判旨は、保険約款九条および一〇条による、鑑定人による損害額の査定を「確定的」なものとみている。その限りで、本判決も仲裁鑑定の拘束力を肯定するプロイセン最上級裁判所の判例理論に従っていると解することができる。判旨は、最後に被告Yが、価額が低下したことを示す事情を鑑定人に提出していないと指摘している。

## (二) 判例の変化

しかしその後、ライヒ高等商事裁判所の判例に変化が生じた。仲裁人 (arbitr.) ではなく、仲裁鑑定人 (arbitrator) であるとの認定に基づき、プロイセン一般裁判所法第一編第二章一六七条以下ではなく、プロイセン一般ラント法第一編第五章七二条・七三条、第一章四八条以下を適用して、鑑定人（専門家）の判断の拘束力を承認してきた従来の判例理論

と異なり、むしろ鑑定人の判断の取消しを許容する判例が現れた。つぎのライヒ高等商事裁判所の一八七九年判決がそれである。

(1) 【7】ライヒ高等商事裁判所一八七九年六月二六日判決 (SeuffArch 38, S.24f.) 本件は、火災保険の保険証書の定めに基づき合意された鑑定人の査定に対して、保険契約者から不服申立てがなされたケースである。被災者Xと保険会社Yは、火災後に、「損害の額は二名の鑑定人の査定 (Abschätzung) によって、双方当事人に対して拘束力をもって認定する」との保険証書の定め (Policebestimmung) に基づき、二名の鑑定人の選任について合意した。しかし、Xがその査定結果に納得せず、鑑定は誤った事実上の要件に基づいているとして、訴えを提起した。第一審は請求棄却、原審は請求認容。

ライヒ高等商事裁判所は、原審の判断をつぎのように引用して、それを認容している。(i) すなわち、提出された事情においては、選任された専門家 (Experten) は、仲裁人 (Schiedsrichter) と解するよりも、シーズマン (Schiedsmänner) (評価人 (Schätzer)、仲裁鑑定人 (arbitratores)) とみなすべきである。しかし、その種の合意の場合に、明文の法律規定 (fr.30 de op.lit.38.1) によると、疑わしいときは (im Zweifel)、契約当事者は鑑定人の鑑定に無制限に服することが義務付けられているのではなく、その鑑定が法および公平 (Billigkeit) に従って行われたという前提においてのみ、その鑑定に服する意図であることを、前提にしなければならない。

(ii) したがって、侵害された側の当事者 (Verletzte) が、判断 (Arbitrium) は恣意 (Willkür) の行為である、または最高度に不公平である (in höchstem Grade unbillig) ことを証明したときは、いかなる場合にも、そのような評価人の判断の排除を裁判官に求めることは適法とみなされる (fr.76-80 pro socio 17.2; arg.fr.11 7 de leg.; fr.75 pr.de.leg.; ライヒ高

等商事裁判所の裁判 (Entsch. des ROHG) Bd.3 S.74; Bd.4 S.428)。また、判断が誤った事実上の要件に基づいている場合、したがって専門家が契約で引かれた客観的な限界線をこえている場合も、それに属するのであって、それを理由にしてむしろ和解 (Compromis) (仲裁判断 (Schiedsspruch)) は取消しに服することになる (Fr.32 8815, 18, 19; Fr.46 de rec.48)。つまり、厳格な法によらずに判断される単なる査定は、よりいっそのこと上訴 (Oberappellation) に服するのである。

①本件で問題になった合意は、火災後に、保険証書に基づき、当事者間で損害額の査定合意が個別的になされているように解しうる点では、その種の合意を含んだ保険約款の適用が問題になったライヒ高等商事裁判所の先例【5】一八七一年判決、【6】一八七二年判決とは異なるようにも思われるが、その対象は損害額の査定である点で共通している。そこで判旨は、これらの先例に従って、損害額の査定を委ねられた専門家は、「シーズマン (Schiedsmänner)」、「評価人 (Schätzer)」または「仲裁鑑定人 (arbitradores)」と解している。ここでは専門家の呼称に当たり、三つの概念が並列されている。学説においても、第三者 (専門家) の表示は、当事者意思の解釈にとって特に重要ではないと解されてきた。<sup>(8)</sup>②しかし判旨はそれに続けて、「疑わしいときは」、明文の法律規定 (Fr.30 de oplib.38.1) によると、当事者は鑑定人の鑑定に無制限に服する義務はなく、法および公平 (Billigkeit) に従った鑑定にのみ服する意図であるとの、解釈基準を明らかにしている。その根拠は、「疑わしいとき」のローマ法源 (Fr.30 de oplib.38.1) である。では、「疑わしいときは」とは、いかなる場合か。本件の保険証書の定めは、先例【5】判例、【6】判例の合意の文言と特に異なっているようにも読めないが、判旨はその点については特に言及していない。

③判旨は、その観点から、「法および公平 (Billigkeit) に従った鑑定」とはいえない鑑定である、すなわち、(ア) 鑑定

が恣意の行為である、(イ) 最高度に不公平である、(ウ) 判断が誤った事実上の要件に基づいていることを、不利益を受けた当事者が証明した場合には、裁判官によるその取消しを認める旨を明らかにした。仲裁鑑定を取り消しうる場合として判旨が引用するのは、ローマ法源 (fr:76-80 pro socio 17.2; arg.fr:11 7 de leg.; fr:75 pr.de.leg.) である。判旨は、鑑定が最高度に「不公平」であることの証明を要求しているが、最近の連邦裁判例および学説は、こうした損害額の査定を権利確認型の仲裁鑑定契約であると位置付け、「正当な損害額の査定」が目標であり、したがって、裁判所の事後審査の基準としては、「明らかな不公平」ではなく、「明らかな不当性」の証明が必要であるとする<sup>(9)</sup>。その点で、本件判旨は最近の連邦裁判例・学説とは異なる。

④ところで、このような本判判旨の論証方法について、ヴァインターは、当時、ドイツ法律学で支配的であった概念法学の影響を指摘する。そこでは、アド・ホックな合意か、それとも法的救済の途を排除した約款上の条項か、また、経済全体に影響するような問題かなど、事件の事実関係の相違は、裁判官の法発見にほとんど意味をもたない<sup>(10)</sup>。

⑤本判決は、仲裁鑑定人 (arbitrator) の判断の拘束力を前提に、そこに仲裁人との違いを強調してきた、プロイセン最上級裁判所やライヒ高等商事裁判所の判例理論を転換したものと見える。判旨はライヒ高等商事裁判所の二つの判例 (Bd.3 S.74; Bd.4 S.428) を引用しているが、前者 (Bd.3 S.74) は先に検討した【5】ライヒ高等商事裁判所一八七一年六月二〇日判決 (ROHGE 3, S.74ff.) である。【5】七一年判決も、同じローマ法源 (fr:76-80 pro socio 17.2) を引用しているが、しかし、同判決が仲裁鑑定人 (arbitrator) の判断の取消しについてまで言及しているか、判旨を読む限りでは、疑問である。むしろヴァインターの引用に従って、<sup>(11)</sup>ここではまずライヒ高等商事裁判所一八七一年九月二七日 (ROHGE 3, 167ff.) について検討することにする。

(2) 【8】ライヒ高等商事裁判所一八七一年九月二七日 (ROHGE 3, S.167ff.) ヘッセン州政府の新紙幣発行計画事業に受任申請をした印刷業者Yは、技師Xとの間で、申請はY名義で行う、申請成功時には共同出資で紙幣を製作し、利益・損失は均等割合とする業務内容の組合契約 (Sociätsvertrag) を締結したが、申請は成功しなかった。XはYに報酬を請求したが、報酬の要素および報酬額につき合意にいたらなかったため、三名の鑑定人による判断が合意され、Yに五〇〇フロレンス金貨 (fl.) の支払いを命ずる判断がなされた。Yは右判断の法的拘束力を認めないため、Xが五〇〇フロレンス金貨 (fl.) の支払請求を裁判所に提起した。Xは、本来の和解契約 (Compromißvertrag) は締結していない、「仲裁鑑定人 (arbitrators)」と称された専門家には、補償額の確定のみが委ねられていると主張したのに対し、Yは事実関係や争点について申立てをしておらず、とりわけ法的審尋をまったく受けていないとして、右仲裁判断 (Schiedsspruch) の無効を主張した。原審 (ダルムシュタット高裁) は、双方の合意または意図によると、補償額問題は専門家の判断に完全に委ねられている、問題点の要素の事前認定やYの審尋に拘束されないと判示した。Y上告。

ライヒ高等商事裁判所は、右専門家による仲裁判断を無効と判断した。(i) 判旨によると、鑑定人ないし仲裁人に手続 (Verfahren) 方法をすべて委ねる合意は、Xが主張する鑑定人が遵守すべき手続を正当と思わせるのに適切ではない。そうした合意の場合にも、まったくの恣意 (Willkühr) で手続を行ってはならず、裁判官によるものであれ、仲裁人によるものであれ、手続の基本原則は遵守しなければならず、とりわけ「双方当事者の審尋」はそれに該当する。その懈怠は、裁判を無効にする。(ii) 当事者がその争いを判断に委ねる旨の合意をした、いわゆる専門家 (Sachverständigen) としては、本来の意味での仲裁人 (arbitri) のみを考えることができる。当事者が、単に現在あるのではなく、すでに合意時に存在した争点に注目している場合、「単なる価格査定 (Taxation)」ではない。また、いわゆる専門家が、「仲裁鑑定人 (arbitri

tratores) (conf. 176. bis 80. Dig. 17, 2) として、「契約中では未確定の点を、いわば利害関係者の心で確定する」、または、「その後には裁判所または仲裁裁判所によってなされる判断の個別的な要素」、「そのようにして定めた証明原則 (Beweissatz)」を、必要があれば修正に服する「善き人の裁断 (arbitrium boni viri)」によって判断するところの、「単なる査定」ではない。

むしろ「当事者の意思は、いわゆる専門家は、YがXに支払うべき報酬に関する争いを、終局的かつ決定的に判断することにあつた」のは、疑いない (zweifellos)。当事者の報酬額に関する「争点」および「補償額の最終的な確定」を「専門家に委ねる」旨の当事者の合意は、「和解契約 (Compromiss-Vertrag)」であり、「ローマ法源 (I:32 §.15. Dig.4, 8a) 中の疑いのない規定によると、事実関係および争点の正確な陳述は、仲裁人の判断の基礎として、その法的有効性に含まれる」。仮にその専門家を「単なる仲裁鑑定人 (arbitratores)」とみなしうる場合にも、「その基礎は欠いてはならない」。その場合にも、「専門家は、当事者が自己に提供すべき情報を確認しなければならぬ」ず、「当事者の意図からすると、それは決定的なこと」であり、「自ら恣意的に裁判すべき問題を構成してはならない」からである。

(iii) Xの主張によると、仲裁人は、その判断に際して、Xから提出された計算書を無視し、それに対するYの異議について事情聴取は必要ないとみなし、「単にまったくの技術的な理由から、Xに支払うべき報酬を、紙幣の図案 (Papiergeld-Entwurf) を一瞥および調査した後に、確定したこと、紙幣の図案の作成に対する報酬に関するその技術的な翻訳は、一方またはもう一方の関係人の事実上の主張によって影響されるようなものではないのであるから、それについて、Yとのコミュニケーションはそれ以上必要なく、合目的とはいえない」との見解を示している。これにより、「仲裁人は、意識的に、当事者間の争点をまったく無視し、かつ、どちらの当事者も提出または承認していない基礎資料に基づき、まっ

多くの恣意の行為とみなしうる命令 (Machtspruch) を下したものである」。

本件の合意は、組合契約中に定められた報酬額の確定についての合意である。①判断の対象が「報酬額」という点で、プロイセン最上級裁判所の【1】一八四四年判決の事案と共通している。したがって、同判決に従えば、仲裁鑑定人 (arbitrator) の権限と解するべきではなかったかと思われるが、本判決は、むしろ、「仲裁人」による判断であり、「和解契約」であると解した。判旨は、まず当事者が、すでに合意時に存在した争点を対象にしていたことを指摘する。また判旨は、右判断は「単なる査定」とは異なるものであると指摘する。判旨によれば、単なる査定とは、(ア) 契約中で未確定の点を確定する、(イ) 裁判所や仲裁裁判所によるその後の判断のために個別的な要素を判断する、(ウ) 証明原則を定めることであるが、最近の分類によれば、列挙されたこれらの任務は、(ア) が権利形成型 (契約補充型)、(イ) と (ウ) が確認型 (要件事実要素の確認型) のそれぞれ仲裁鑑定に該当しようか。その点で、本判決はライヒ裁判所一九一九年五月二三日判決 (RGZ 96, S.57ff.)<sup>(13)</sup> に先立って仲裁鑑定契約の分類を試みた判例として意義を有するといえよう。

そのうえで判旨は、「当事者の意思」は、専門家が、報酬に関する争いを、終局的かつ決定的に判断することであったことに、疑いはないと強調している。先に検討したように、レンガ積み工事の報酬額の確定を道路建築監督官Kに委ねた委任契約中の合意について、プロイセン最上級裁判所【1】四四年判決は、「当事者の意思」は、「評価」であり、それは「当事者に対して拘束力をもって報酬を認定し、疑問点を解決することであると解して、仲裁鑑定人 (arbitrator) と認定している (修道法学二八卷一〇頁参照)。このケースと比較した場合に、判旨が強調するほど、第三者の権限や、引用された合意の文言から、「疑いがない」当事者の意思が明らかといえるかは、疑問である。

②また判旨は、プロイセン最上級裁判所【1】四四年判決と異なり、当事者の報酬額に関する争点および補償額の最終的な確定を専門家に委ねる合意は、和解契約 (Compromis-Vertrag) と解したうえで、ローマ法源 (I.32 s.15, Dig.4, 8a) を引用して、「事実関係および争点の正確な陳述」が右和解契約の有効要件であるとする。判旨は、さらに続けて、仮に専門家を仲裁鑑定人 (arbitrator) とみる場合にも、「当事者の意図」は、専門家が当事者の情報を確認することにあると指摘する。この判旨部分について、ヴィンターは、仲裁人の判断と解している以上は、これを傍論とみる。<sup>(14)</sup>これに対して、ワイズマンは、仲裁鑑定人 (arbitrator) の判断の場合、一般的に当事者の審尋は必要ないと所説を前提に、右判旨部分はまったく不正確であると批判する。<sup>(15)</sup>先にプロイセン最上級裁判所は、【2】一八五四年判決において、当事者の審尋の欠如による仲裁人 (arbitrier) の判断の無効 (プロイセン一般裁判所法一七二条一号) は、仲裁鑑定人 (arbitrator) の判断には適用できないと解している。本件判旨にいう「当事者の情報」としては、前掲判旨 (iii) 部分に掲げられたYの異議、報酬に関するその技術的な翻訳に関する事実上の主張、当事者の提出・承認した基礎資料が該当しよう。そうだとすると、それらの確認は、まさに「審尋」と同義といえるのではなからうか。このように解した場合、仮に右判旨部分を傍論とみても、やはり、プロイセン最上級裁判所の判例理論と乖離する考え方がそこに示されているように思われる。

(3) 【9】ライヒ高等商事裁判所一八七二年二月三三日判決 (ROHGE 4, S.42If.)<sup>(16)</sup>これは、海難救助料の確定が問題になった事案である。サバンナからブレーマーハーフェンへの航海中のイギリス船A号が座礁し、船長XはブレーマーハーフェンのY社と海難救助契約を締結した。X署名の契約証書によると、「海難救助料は、Y社の要請により、専門家の行う仲裁人によるか、または、裁判所によって (schiedsrichterlich durch Sachverständige oder gerichtlich) 確定すること」に船長は同意する。双方当事者が一名ずつ専門家を選任し、専門家が海難救助料を確定する際は、審判人 (Obmann) の選

任は、その二名の専門家に委ねられる。手続費用は、署名者Xが負担する。そのようにして確定された海難救助料は、双方当事者に対して、拘束力のある決定的効力を有し、かつ、Xは、その判断に対してすべての上訴を放棄する」旨記載されていた。ブレーマーハーフェンに曳航後、海難救助料の確定のため、A号側はJ（船舶検査官）、Y社側はG（船長）を選任し、両名は船舶価額および積荷価額を確認したが、救助料の額については見解が分かれた（Jは五万八〇〇〇 Ldr.Thlr.、Gは七万 Ldr.Thlr.）。審判人（船舶検査官W）を選任し、三名で一致した報酬額は六万二〇〇〇 Ldr.（六万八〇〇〇ターレル Thlr.）であった。この判断に対しXがブレーメン上訴裁判所（Obergericht）に控訴および無効抗告（Appellations- und Nichtigkeitsbeschwerden）を提起した。上訴裁判所は、JおよびGの判断は「仲裁判断」ではなく、専門家の判断、「鑑定人の鑑定」であり、上訴によって一般的に不服申立てはできないと判示した。上訴裁判所は、両者が専門家としてのみ活動し、仲裁判断を下す意図はなかったことなどをその理由にしている。X上告。

当面の問題点に関して、ライヒ高等商事裁判所は、つぎのように判示している。(i)「当事者間で、その双務的な法律関係にとって重要である」が、「友好的に合意できない、または合意する意図のない点について確定が必要な場合に」、裁判官による裁判を別にする、普通法では二つの途がある。「当事者は、仲裁人を選任する、または、解決すべき点を、善き人の裁断 (arbitrium boni viri) による確定に委ねることができ」る、いずれの途をとったかで、「法律効果が異なる」。普通法によると、当事者は、選任した仲裁人が、(おおよそ形式的な瑕疵を理由として、不服申立てのできない) 仲裁人たる知識 (Schiedserkenntnis) をもって判断したこと、それが実体的に不当、または、不公平な場合でさえも、拘束される」。後者は、高度に不公平なことが、それに該当する。I. 27. §. 2D. de receptis etc. (4, 8). Sibi debet sententiae arbitri, quam de re dixerit, sive aequa, sive iniqua sit. Sibi imputet, qui compromisit.

(ii) 「一人または複数の善き人 (gute Manner) に委ねられる、単なる評価 (Schätzung) の場合は、それと異なり、一般的には、確かに、そのような判断も拘束力を有する」、しかし「普通法だけは、疑わしいときは、善き人の裁断 (arbitrium boni viri) に解決すべき争点を付託するのはいずれも、たとえ一方または相手方が本来よりも有利に扱われたときでも、判断は、やはり、不利益を受けた一方当事者を重大に侵害するものではないとの、双方当事者の抱く要件の下で行われるものである、との前提に立っている」。L.30 D.de operas libertorum (38, 1). *Ea mens est personam arbitrio substituentium, quia spernit, eum recte arbitraturum; non, quia vel immodice obligari volunt.* これによると、「普通法は、ローマ法源 (L.76 Dig.pro socio (17, 2)) によって、本来の仲裁人 (arbitris) と評価人 (Schätzungsmännern) (現在は仲裁鑑定人 (arbitrator) とよばれている) を明確に区別して」いるが、「高度に不公平な善き人の裁断はいずれも (jedes in hohem Grade unbillige arbitrium boni viri) 侵害された当事者の側で、裁判官の救済による不服申立てをしてよいのであり、かつ、不服申立ての理由があるときは、裁判官の判断によって変更されなければならないことを承認している」。L.79 Dig.pro socio (17, 2): *“Si arbitrium ita pravum est, ut manifesta ejus iniquitas appareat, corrigi potest pre iudicium bona fidei.”*

(iii) しかし本件に適用されるブレーメンの地方特別法 (Bremische Partikularrecht) は、仲裁判断は、普通法に従えば、無効という理由 (権限の踰越、裁判官たる機能の重要な要件の違反など) によるだけでなく、一般的に、実体的に不当であるとの理由によって、通常の第二審 (上訴裁判所) への控訴によって不服申立てをしてよいとする点において、重要な変更を加えている。すなわち、ブレーメン裁判所法 (Bremischen Gerichtsordnung) では、仲裁人の手続に特別な章がおかれ (第二章三六条ないし五四条)、「すべての仲裁判断は、その有効性と不服申立ての可能性について、第一審の裁判官の裁判と同様に扱われる」。(iv) これにより、ブレーメン法と普通法は、つぎのような違いが明らかになる。「普通

法によると、不当または不公平な仲裁判断によって侵害された当事者は、不公平な善き人の裁断 (*arbitrium boni viri*) によって侵害された当事者に比べて、不利に扱われる。けだし、この当事者はその仲裁判断に対してまったく上訴することができないからである。これに対して、後者の不公平な善き人の裁断 (*arbitrium boni viri*) によって侵害された当事者は、その裁断 (*Arbitrium*) が重大な侵害 (*manifesta iniquitas*) を生じているときは、裁判官に対して保護を求めることができる。プレーメン法はその反対であり、仲裁判断によって侵害されたと信ずる当事者は、彼の方から一般的に、第二審に救済を求めることができる。他方で、善き人の裁断 (*arbitrium boni viri*) によって侵害された当事者は、普通法における同様に、高度に不公平な場合にのみ、法的救済を求めることができる。

(v) 以上により、自己に不利益となる真の仲裁判断を、第二審への不服申立てによって取り消そうとする当事者は、いかなる場合にも、その不服申立てが根拠のない方法で奪われない、または、削減されないと権利を承認されている点に、重要な利益を有している。判断者は、その判断を何らかの理由で変更したり、または、当初とは異なった判断を追加することはできず、「これらについては、裁判官のみが判断しなければならない」。

(vi) 「本件の判断は、仲裁人による判断が T および G によって実際に行われたという趣旨に解すべきで」あり、上訴裁判所に控訴して、事件の实体について判断を受けることができる。仲裁人の判断とする根拠として、判旨は債務証書の文言を検討している。第一に、和解の存在が明らかである、第二に、専門家の行う *arbitrator* の判断と、裁判所により (法に従って (*by law*)) なされる判断が、同列におかれている、第三に、その判断に対して (*against this decision*) あらゆる上訴を放棄するという文言があるが、「単なる評価」に「判断 (*decision*)」という概念はあまり使用されない、第四に、判断自体からも仲裁判断の存在は疑いない。

本件では、海難救助契約中の海難救助料の確定に関する合意が問題になっており、本判決はこれを仲裁合意と解している。①判旨は、普通法において双務的な法律関係に重要な点につき合意できない、または、合意する意図がない場合、当事者は、訴訟以外に、仲裁人による仲裁判断と、善き人の裁断 (*arbitrium boni viri*) による評価という二つの途を選択できる、そして、選択した二つの途は異なった法律効果を生じると指摘している点では、【5】一八七一年六月二〇日判決と同旨である。ただし、プロイセン最上級裁判所判例のような *arbitier* と *arbitrator* の区別基準に関する判示はみられない。②判旨は、さらにその判断の拘束力・判断に対する不服申立ての問題について言及する。すなわち、仲裁人の判断は、絶对的に拘束力を有するが、しかし、善き人の裁断 (*arbitrium boni viri*) による評価は、ローマ法源に従って、(当事者意思が)「疑わしい」ときは、当事者を重大に侵害するものではないことが前提である。つまり、仲裁人と区別された仲裁鑑定人 (*arbitrator*) の場合、高度に不公平な善き人の裁断は、当事者の不服申立てに基づき、裁判官による変更の余地を認めるといのが、普通法の立場であるとする。そのように解する理由として、判旨は、それが「双方当事者の抱く要件」であること、そして、ローマ法源 (L.30 D.de operas libertorum (38, 1); L.79 Dig.pro socio (17, 2)) を引用する。前掲【8】一八七一年判決が「必要があれば修正に服する」と指摘しながら、むしろ「審尋の欠如」という手続問題に重点をおいていたのに対して、本判決は、当事者の「重大な侵害」と述べている。重大な侵害という文言の意義は、前掲【7】一八七九年判決でその後に具体化されている。

③しかし本件で問題になるブレーメン法について、判旨は、仲裁判断に対する不服申立てを許容する点では普通法と異なるが、「高度に不公平な善き人の裁断」は、普通法(「高度に不公平な善き人の裁断」と同様に、通常裁判所による取消可能性を許容しているものと解する。判旨によると、通常裁判所への不服申立てができるのは、「裁断 (*Arbitrium*)」に

よって当事者が「重大な侵害 (manifesta iniqtias)」を被った場合である。

④本判決は、本件合意を仲裁合意と解しているが、ワイズマンはこれをまったく正当と評価している。<sup>(17)</sup>しかし、仲裁鑑定の合意と解する見解もみられる。たとえば、ライヒ裁判所は、一八九三年一〇月二八日判決 (HGZ 27 (1894), S.193ff., Nr.68) において、「ドイツ船の船長同士が外国で締結した海難救助契約中の、「当事者間の合意がないときは、海難救助の額 (Werth des Geborgenen) は仲裁裁判所によって確定する」との契約条項について、「専門家 (Arbitrator) がいわゆる善き人 (sog. Gute Maenner) として、その個別的な事実上の点について判断する」という趣旨であり、それはシーズマン (Schiedsmann) による確定であると判示している。学説もこれと同旨にたつものがある。<sup>(18)</sup>

### (三) 最上級審判例の実務および下級審への影響

(1) 最上級審判例の実務への影響は、とりわけ保険契約法の領域でみられた。ドイツ個人火災保険会社同盟 (Verbandes deutscher Privatfeuerversicherungsgesellschaften) は、一八八六年九月(二〇日から二九日)の総会決定において、一八七五年採択の普通保険約款 (Allgemeinen Versicherungsbedingungen)<sup>(19)</sup>を改訂して、新しい普通保険約款を採択した。<sup>(20)</sup>その九条は、つぎのような内容である。①保険会社および保険契約者の双方が、双方当事者に対する拘束力をもって、共同の費用により、保険の目的物についての損害額を、査定手続によって確定する権利を有する。②右手続実施のための原則として、各当事者は書面で鑑定人を選任し、鑑定人間で一致ができないときは、右二人の鑑定人は、審判人として第三の鑑定人を選任する。この第三の鑑定人は、争点についてのみ、鑑定人の査定の範囲内で判断を行う。第三の鑑定人の選任について合意できないときは、一方または双方の当事者の申立てにより、火災地の管轄区裁がそれを選任する。③鑑定人が

書面で判断すべき査定には、いかなるケースにおいても、火災直前、および、火災後のそれぞれ目的物の価額が記載されなければならない。④査定手続は、その要請に基づき、被保険者に書面で報告されなければならない。

右規定の欄外には、つぎのような注釈が付されている。<sup>(21)</sup>①建物損害の場合、双方が選任する専門家なしこれらの専門

家によって選任される審判人による査定は、義務的なものではなく、一方または相手方当事者の要求にかからせる。②対席的な査定手続の実施を求める権利は、動産に関しては、会社だけでなく、被保険者も有する。③査定手続は双方当事者に対して拘束力をもって行われるとの従来の規定(旧約款九条)は、失効する。査定の結果に対して、出訴の途(Rechtsweg)は排除されるとの従来の文言(旧約款九条)は、出訴の途はすべてのケースにおいて排除できないことを考慮して、削除する。④双方当事者に対して約款中で行われていた、審判人は被保険者の住居地から選任してはならないとした条件は、削除する。⑤被保険者が損害賠償請求権を失った場合、査定の終了するまで建物を現状のままにしておくべき義務を定めた規定を削除して、普通保険約款中の、保険の目的物の保護(Rettung)・保存・真実に従った清算についての被保険者の義務に関する規定を準用する。⑥査定手続は書面で記録して、当事者の要求があれば、その写しを送付する。

ヴィンターによると、査定手続のこうした改善の動きは、保険会社への圧力が強まったことによるものである。仲裁鑑定法を援用して、第三者の専門的判断に対する不服申立て・取消しを許容する方向への判例の転回は、経済的弱者である当事者の保護という考え方に導かれている。

(2) これに対して、商取引の領域では、直ちに最上級審判例の影響はみられなかった。保険領域に比べて、商事仲裁の当事者の立場は基本的に均衡がとれているため、経済力の強い当事者による仲裁条項の押付という要素は少なかった。商事事件における仲裁判断は、実務上、当事者によって承認された。他の取引業者のポイコットや団体からの除名などの間

接的な制裁装置も、機能した。もつとも、保険契約とともにドイツ仲裁制度の復興の一翼を担い、現在も仲裁鑑定の典型例とされる品質仲裁 (Qualitätsarbitrage)<sup>(22)</sup> については、その判断に対する不服申立てがなされるケースがみられるようになった。ここでは、ヴィンターの引用するハンブルク高裁の判例について、<sup>(23)</sup> 以下に検討してみることにする。

(3) ハンブルク地裁一八八四年五月一九日判決 (HGG 17 (1884), Nr.130, S.279f.) 事案の詳細は明らかではない。

(i) ハンブルク穀物取引所の専門家委員会 (Sachverständigen-Kommission der Hamburger Geribebörse) は、目的的に送られた積荷から、荷主および船長が共同で採取した荷降場での見本 (Abladeprobe) に関して、品質および性状につき相違がある場合には、それに基づき受取人に補償すべき低下価格 (Minderwerth) ないし、補償すべき重量の不足を、仲裁人として判断しなければならない、とりわけ、民法八六七条の規定から明らかのように、それは実施される、と定めた船荷証券 (Ladeschein) 四条の定めについて、同地裁は、専門家委員会自身もその判断を仲裁判断と解しているが、「しかし、専門家委員会の判断は、仲裁判断とみなすことはできない」と判示する。その理由として、判旨は、「民事訴訟法の意味での仲裁裁判所の任務は、法的紛争の裁判である (民法八五一条) が、ここでは、事実問題の判断、荷降場での見本と引渡積荷中の個別的な見本の間の、価格の相違の検査が問題になるのであり、専門家委員会の構成員は、ハンブルク穀物取引所の穀物商人の団体によって発行された業務規定に基づき、かつ、船荷証券四条に示された規範によって、確定しなければならない」ことをあげる。したがって、「専門家委員会の構成員は、本件においては、仲裁人としてではなく、単にシーズマンまたは評価人 (仲裁鑑定人 (arbitrator)) とみなすべきであり、その鑑定に対して、民事訴訟法の仲裁手続に関する規定は適用されない」。

(ii) さらに判旨は、「当事者は、低下価格の査定に関して、専門家委員会の判断に服しているのであり、したがって、

鑑定は当事者によつて基準あるものとして承認されなければならない。もちろん、その鑑定は、不当な事実上の要件に基づいている、または、査定が間違つた要因を基礎においている場合には、取り消しうるものであることは、承認しなければならぬ。しかし、それが当事者の一方によつて主張され、それにより、当事者間に見解の相違または対立が生じた場合には、船荷証券四条により、それについては、穀物商人 (Getreideländler) 協会の理事会が仲裁人として判断することになる」が、原告の仲裁手続の開始申立ては、当事者間で争いのない問題に関するものである、と。

当時の論文<sup>(24)</sup>によると、たとえば、穀類、苗、植物、豆の取引業務において、取引上の要請から、商業地の商慣習によつて、品質の違いによつて判断するための制度が各地に設けられた。穀物取引の契約覚書 (Schlussscheine) には、「品質について対立が生じたときは (etwige Qualitätsdifferenzen)、ハンブルク商品取引所の穀類取引業者協会の専門委員会が判断する」、「品質について合意ができない場合には、友誼的な仲裁裁定によつて規律する」、「契約当事者は、ケーニヒスベルク商品取引所の確定に服し、常設委員会によつて査定された低下価格 (Minderwerth) に従う」などの、仲裁裁定条項 (Arbitrageklausel) がみられた。商品が変質しやすい、天候や価額変動の影響を受けやすいという事情があるため、取引業者にとつては、仲裁裁定 (Arbitrage) によつて、その種の品質に関する争いを事前に回避し、またはそれを直ちに解決することは、とりわけ大きな利益となった。仲裁裁定 (Arbitrage) は、法的紛争を対象とするのではなく、事実認定を行うものである。専門家の当時の呼称としては、Arbitrator、シーズマン (Schiedsmänner)、和解人 (Vergleichsmänner)、仲介人 (Unterhändler)、評価人 (Schätzugs männer)、仲裁鑑定人 (Schieds gutachter)、査定人 (Schätzer)、評価者 (Achtsmänner) など<sup>(25)</sup>であった。右ハンブルク地裁判決も、穀物の品質の違いによる価額の査定を、仲裁鑑定と

解し、それが、「不当な事実上の要件に基づいている、または、間違つた要因を基礎にしている場合」に、取消しを許容する考え方を示している。ただし、判旨は、査定の取消しは、穀物商人協会の理事会が仲裁人として判断すると解しているようである。このように仲裁鑑定人の品質仲裁の事後審査について、仲裁裁判所の判断を合意できるかは、近時の学説においても議論がある。<sup>(26)</sup>

(4) ハンブルク高裁一八八五年二月二十四日判決 (HGZ 18 (1885), Nr.64, S.146ff.) 原告Xは、プラハからハンブルクへの砂糖の輸送に際して、砂糖袋が水難の被害を被つたとして損害賠償等を請求したという事件で、被告Y社は、第一審において、「海損事故の財産の損害または補償に対する責任は、仲裁裁判所に委ねられる」とする船荷証券 (Ladeschein) の定めを指摘して、仲裁契約の抗弁を提出した。第一審はXの請求を却下。これに対しハンブルク高裁は、原判決を取り消し、仲裁契約の抗弁を却下したうえで、弁論を再開した。

同高裁は、(i) Y社の業務規定三条、すなわち、「損害の規模または補償額について見解が相違した場合、これらは仲裁裁判所によって認定され、かつ、その判断は終局的なものであり、取り消すことはできない」との定めは、「民法八五一条の意味での仲裁契約ではない」とする。同条の意味での仲裁契約は、法的紛争の裁判は仲裁裁判所によって行われるとの合意であるが、「業務規定においては、保険契約から導かれる請求権に関して、法的紛争のトータルな判断に服するのではなく、法的紛争の個別的な要素について、すなわち、補償額についてのみ、仲裁人の判断に服するのである。請求権が、その原因からみて、根拠があるか否か確定でない限り、請求権の大きさについて判断することはできない」。(ii) そして、当事者の争いが、給付すべき損害額の問題という唯一の争点に限られている場合にのみ、その問題により法的紛争が発生し、仲裁人によるその判断は、法的紛争の裁判であるといえることができる。国家の裁判所の面前での訴訟を避け

るためには、Yは損害の存在を承認しなければならなかったのであるが、それを行っていない。そうした事情の下で通常裁判所へのXの訴えの提起がやむを得ないものであったことは、正当である。

(5) ハンブルク高裁一八八九年一月一日判決 (HGG 22 (1889), Nr.121, S.305ff.) フランネルの売買取引の注文書に、「ドイツ一般商法三四七条の意味での引渡しの場合としては、カルカッタが該当する。注文と異なつた給付があつた場合、問題は決定地の二名の中立の商人で構成された仲裁裁判所に提出されなければならない。その裁判は、双方当事人を拘束する」旨の条項があつた。買主Yは、二回の給付商品は見本通りではなかつたとして代金の支払いを拒否、売主Xが一三六六・五九マルクの支払い請求、これに対し、Yは自身も損害を被つたとして、同額の損害額 (一三六六・五九マルク) をもつて相殺する、仮に相殺ができないときは、右金員の支払いを求めるとの反訴を提起したという事案である。第一審は、Xの請求認容、ハンブルク高裁はYの控訴を棄却し、Yの反訴を不適法とした。

同裁判所は、(i) 右条項の意義について、それにより考えられているのは、民訴法第一〇編の意味での仲裁裁判所ではなく、給付が注文通りであつたかについての、仲裁鑑定人による鑑定である。カルカッタにおいて真の仲裁裁判所を構成するという考え方は、きわめて小さい。その場合に、第一〇編の規定、とりわけ民訴法八六五条の実施がもたらすであろう困難を指摘しなければならない。「善き人」による、商品が注文に通りであつたかについての判断のみが考えられていることの証左としては、さらに、カルカッタの商人にみられるように、それは、まったくの事実上の個別的問題であつて、専門家による判断のみが必要であるという事情がある。そのような技術的な問題の判断は、確かに、有効な仲裁裁判所に提示することができるが、一般的には、いかなる場合にもそうであるわけではない。(ii) また、「仲裁裁判所 (Schiedsgericht)」、「および、「判断は双方を拘束する」という、注文書の該当規定の表現は決定的な意義をもたないが、他

方で、それ程に行きすぎず、それ程に当事者を拘束しない、仲裁鑑定契約であると推定できる解釈規定が考えられる。なお、周知のとおり、仲裁鑑定法も、一定の事情があれば、取り消しするのであって、当事者間で常に終局的に判断するものではない場合であっても、仲裁鑑定は双方当事者を拘束する。

#### (四) 小 括

ライヒ高等商事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、仲裁鑑定の合意は、保険会社の保険約款において、鑑定人による損害査定条項として広く用いられていた。一八七五年の普通保険約款第九条の規定（動産の火災損害について、双方当事人が選任する二名の鑑定人、必要があれば、審判人が、特殊な査定により、双方当事人に対して拘束力をもって、出訴の途を排除して、火災時の目的物の真実の価格に従い、損害の額を確定する）がそれである。ライヒ高等商事裁判所は、ヒョウ災保険の損害査定条項〔5〕一八七一年判決、また損害保険の損害査定条項〔6〕一八七二年判決）に関して、プロセン最上級裁判所の判例理論に従って、それを仲裁鑑定の合意と解して、当事者に対して拘束力を認める考え方をとっている。また、船荷証券上の品質仲裁の合意について、下級審判例ではあるが、仲裁鑑定の合意と解する見解が有力であった。これらの判例からは、保険約款上の損害査定条項や、船荷証券上の品質仲裁の合意が、仲裁鑑定契約の主たる領域として解されていたことが確認できる。仲裁鑑定の合意は保険契約の領域では実務において広く行われていたことがうかがえる。第二に、ライヒ高等商事裁判所は、右判例とほぼ同じ時期に、組合契約中の報酬額の確定合意〔8〕一八七一年判決）や海難救助契約中の海難救助料の確定合意〔9〕一八七二年判決）が問題になった事案で、当該合意を「仲裁」契約と解して、仲裁人の判断の取消しを認めていた。同時に、これらの判決は、和解契約の有

効要件に関するローマ法源 (L.32 §.15. Dig.4, 8a) または、高度に不公平な *arbitrator* の判断に対する裁判官の取消しを肯定したローマ法源 (L.30 D.de operas libertorum (38, 1); L.76 Dig.pro socio (17, 2)) を引用して、当事者の意思が「疑わしい」場合に、事実関係および争点の正確な陳述の基礎を欠くとき、または、当事者を重大に侵害するときは、拘束力ある仲裁鑑定も取り消しうるといふ考え方を示した。これらの合意は、いずれも、仲裁鑑定の合意とも解しうるケースではなかったかと思われるが、保険領域の損害査定条項ではなかった点で、第一の判例と区別される。第三に、以上の相異なつた判例の傾向があるなかで、火災保険の損害査定に関する合意の事案で、ライヒ高等商事裁判所は【7】一八七九年判決において、むしろ後者の判例理論【8】七一年判決および【9】七二年判決) に組して、仲裁鑑定の取消しを正面から肯定するにいたつた。ここにプロイセン最上級裁判所の判例に対して、明確な判例変更が行われた。

ではそうした判例変更の原因は何か。ヴァインターは、判例が国家の裁判権に固執した、または、広範にそれを回復したいと考えたためであると指摘する。経済団体は、その種の合意条項によつて、通常裁判所への法的救済の途を排除するようになった。しかし、保険会社の普通取引約款上のこの種の合意は、保険契約者にとつて、事実上、国家の権利保護の強制的な放棄を意味した。判例において、利益衡量の方法によつて、保険会社の実務を否定するとともに、損害査定に対する不服申立てを許容する考え方が導かれた。ただし、この転回に利益法学の影響はなく、概念法学による論証方法が中心であつた。<sup>(27)</sup>この問題に関しては、遺憾ながら、筆者の研究は、当時の学説も含めて、他の学説の検討にまで及んでいない。その後、一八八七年の普通保険約款の改訂により損害査定に関する九条の文言は、査定手続の実施について保険会社および当事者の「権利」構成に改められるが、これは右にみた判例変更の影響によるものであろう。

- (1) ライヒ高等商事裁判所 (Reichsoberhandelsgericht) は、一八七一年から七九年までの間、商事紛争の最上級審の裁判所として機能した。その後のライヒ裁判所の前身である。
- (2) C.Hahn, Die gesamten Materialien zur Zivilprozessordnung, 1881, S.441. なお、本判決については、豊田博昭「仲裁鑑定契約の法構造(一)」修道法学一三卷一号九八頁注(14)も参照。
- (3) W.Kisch, Der Schiedsman im Versicherungsrecht, 1924, S.11f, 24f. キッシュは、第三者は通常はシーズマン (Schiedsman) とよばれるが、専門家 (Experte) または仲裁鑑定人 (Schiedsgutachter) とよばれることもあり、その判断が仲裁鑑定であり、その合意をシーズマン契約またはシーズマン条項と名付けると述べている。
- (4) バンガーは、仲裁鑑定人は、当事者間の事実認定のために経験則のみを適用するのに対して、裁判官や仲裁人は、認定した事実に法を適用して法効果を導くと述べて、本判決を引用している。バンガーによると、仲裁鑑定人の活動は、当事者間の法的紛争を裁判するための手段にすぎない。F.Wanger, Der Schiedsgutachter, 1908, S.21, Fn.2.
- (5) H.Eckert, Der Schiedsgutachter (§§ 317ff.BGB.), insbesondere sein Verhältnis zum Schiedsrichter, 1928, S.45, Fn.45.
- (6) プロイセン一般裁判所法第一編第二章一六七条以下の規定について、豊田博昭「ドイツ仲裁鑑定法の形成(一)」修道法学二八卷一号一二頁以下参照。
- (7) Weismann, Das Schiedsgutachten, AcP 72 (1888), S.319. ただし、五一一条にいう「仲裁人」については、本稿では未検討である。
- (8) 当事者が第三者について用いた名称いかんは、当事者の意思解釈に際して重要ではないと、古くから指摘されてきた。たとえば、vgl.Eckert, a.a.O., S.14f.; Kisch, a.a.O., S.13. しかし、意思解釈のひとつの手掛りにはなない。vgl.A.Förster/R.Kamm, ZPO für das Deutsche Reich, 2.Bd., 1926, §1025 ZPO, 2, a), aa), α), S.998.
- (9) この点の学説および判例については、豊田・前掲論文(三・定) 修道法学一四卷二号三七四頁以下参照。
- (10) Winter, a.a.O., S.109.
- (11) Winter, a.a.O., S.110.

- (12) 各分類については、豊田・前掲論文(一)、『(二)修道法学一三卷一号一〇頁以下、同一四卷一号四〇頁以下参照。』
- (13) この判決については、豊田・前掲論文(二)、『修道法学一三卷一号一〇一頁参照。』
- (14) Winter, aa.O., S.103.
- (15) Weismann, S.287, 303, Fn.61.
- (16) 本判決は、豊田・前掲論文(一)、『修道法学一三卷一号九頁注(14)参照。』
- (17) Weismann, aa.O., S.284. ワイズマンは、事実問題を対象とする仲裁契約の例として、本判決を位置づけている。ただし、多様な arbitrator の活動例として、本件を引用している。Weismann, aa.O., S.273.
- (18) J.Goldschmidt, Ein Reglement für internationale Schiedsgerichte, *Göttinger* (1875), S.720. 最近の有力説も、これを仲裁鑑定の合意と解している。豊田・前掲論文(一)、『修道法学一三卷一号一三三頁注(2)の文献参照。』
- (19) Rechtsquellen, *Allgemeinen Versicherungsbedingungen des Verbandes Deutscher Privatfeuerversicherungsgesellschaften*, ZHR Bd.20 (1875), S.538ff.
- (20) Rechtsquellen, ZHR Bd.33 (1887), S.545ff.
- (21) Aa.O., S.554, Nr.1.
- (22) 品質仲裁とその具体的ケースについては、豊田・前掲論文(二)、『修道法学一四卷一号四一頁以下で若干に検討した。』
- (23) Vgl. Winter, aa.O., S.114, Nr.78.
- (24) O.Fronmer, Die Arbitrage-Klausel im Getreidehandel, ZHR Bd.39 (1891), S.325ff.
- (25) Fronmer, aa.O., S.335ff.
- (26) 豊田・前掲論文(一)、『修道法学一三卷一号一三三頁参照。』
- (27) 概念法学、および利益法学については、田村五郎(訳)、『キルヒマン・ラードブルック・カントロヴィチ 概念法学への挑戦』一頁以下(有信堂、一九五八)、加藤一郎『法解釈学における論理と利益衡量』碧海純一編『現代法 15 現代法学の方法』二二六頁以下(岩波書店、一九六六年)、ヘック・津田利治訳『利益法学』一七頁以下(慶應通信株式会社、一九八五年)、田中成明

『現代法理論』一三三頁以下（有斐閣、一九八九年）など参照。

（以下、次号に続く）

（大学院法務研究科・法学部教授 豊田博昭）

【追記】 加藤先生とは研究室が隣で、先生はいつも親しく声をかけて頂き、コーヒーや本格的抹茶にご招待下さった。先生のライフワーク・明治前期の訴訟記録の研究に、少し加えて頂いたことがある。中国地方の裁判所を訪ね、最初は（恥ずかしながら）手で触るのも躊躇する古い訴訟記録を調査するという地道な作業であったが、わが国司法制度の胎動期の頃に思いをさせ、先生のご研究の源泉を、チヨット垣間見ることができた。先生には大変にお世話になり、心からお礼申し上げます。今回、先生のご退職記念号にもかかわらず、完結途中の論稿でもってその責めをふさがせて頂くことになりました失礼を、お詫び申し上げます。先生のますますのご活躍とご健勝を祈念いたします。