

ドイツ仲裁鑑定法の形成 (三)

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、二八卷一頁一頁)
- 四 ライヒ高等商事裁判所 (以上、二八卷二頁九一五頁)
- 五 ライヒ裁判所 (以上、本号)
- 六 自由仲裁
- 七 まとめ

五 ライヒ裁判所

(一) ライヒ裁判所の判例

ヴァンター説の引用するライヒ裁判所の判例は^①いずれも保険契約法の領域の事件であり、先にライヒ高等商事裁判所の判例で確認したのと同様の傾向がここでもみられる (修道二八卷二頁九三九頁)。現在の議論では、これらの事件は権利確認 (狭義) 型のケースに位置づけられる。そして判旨の特徴として、仲裁人と仲裁鑑定人の区別、それから生ずる法律

効果の違いについてもはや論じなくなることが指摘できる。「arbitrator」(シーズマン、仲裁鑑定人)は、当然に承認された制度として判例上扱われてくる。しかし同時に、arbitratorの判断は、訴訟におこつて、ローマ法源にあるDig.17, 2, 75-80およびDig.38, 1, 30の原則(公平性の判断と取消しの可能性)の適用によつて審査され排斥される。その限りで、ライヒ高等商事裁判所の判例を変更させたとみられる【7】一八七九年判決の考え方が継承されていく(修道二八卷二号九二二頁以下、九四〇頁)。判例年代順に、各判旨を個別的に検討してみることとする。

(1) 【10】ライヒ裁判所一八八二年三月九日判決(RGZ 6, S.190ff.) 保険会社の火災保険約款中に定められた損害査定条項に基づき査定に対し、保険契約者がそれを不服として訴訟を提起した事案である。薬きょうやコルクセンの製造業者Xは、機械室の備品を含む自らの動産につき、被告・Y保険会社の火災保険に加入した(一八七九年一月)。Y社の保険約款によると、動産の損害は、二名の専門家の査定、必要があれば審判人の特別な査定によつて、双方当事人に対して拘束力をもつて、出訴の途を排除したうえで(unter Anschluss des Rechtsweges)認定する旨の定めがあった(九条、一一条四文)。Xの製造工場で火災が発生し(一八八〇年五月二二日)、Xは生じた損害として三万八八四ライヒマルクの保険金を請求、鑑定人による損害査定が実施されたが、両者の交渉は決裂した、そこでXは第一審に保険金請求訴訟を提起した。Yの告訴によつてXに対する放火罪の嫌疑による捜査が開始されていたが、右訴訟の係属中は中止された。第一審は、Xの請求の一部(二万九三五一ライヒマルク等)を認容する判決を下した、Yの控訴は棄却、Yは上告した。判旨の論点は複数にわたるが、以下の検討は損害査定についての判旨部分に限定する。

(i) 判旨によると、審判人の査定に関して、普通契約約款七条の原則によつて探知すべき損害は、九条および一一条により、二人の鑑定人による、そして必要があるときは審判人による特別な評価によつて、出訴の途を排除したうえで、

双方当事者に対し拘束力をもって、認定されるのであり、本件では実際にその査定が行われた、したがってXは、少なくとも審判人の算定額七二〇〇ライヒマルクの損害金を受け入れる義務を自ら負っていた、しかしそれに反し、Y自ら審判人の査定を承認せず、またXも、査定人は査定に当たり、火災時ないし検証期日における機械の減価価格を鑑定の基礎におき、しかもその後の価格の減価についてはYが責任を負うべきことを斟酌していない点で、誤った事実上の要件を前提にしているとして、右査定に不服を申し立てた。控訴審は、Xの右申立ては理由があると認定している。

(ii) ライヒ裁判所はこのように判示したうえで、「選任された専門家は、仲裁人ではなく、シーズマン (arbitrator) とみなされなければならない」とする。そして本件のように、契約者が「契約の履行に関して、価額の調査を評価人 (Schätzer) の裁量に委ねている場合」は、「1.30 pr.Dig.de operis lib. 38, 1によると、疑わしいときは、契約者は、専門家の鑑定は法および公平に従って行われたものである」という前提でのみ、右「鑑定人の鑑定に服する意思である」と考えなければならぬ。したがって、「損害を被った当事者が、鑑定は恣意的な行為である、明らかに不当である、または高度に不公平であることを証明できるときは」、そのシーズマンの判断を排除するために「裁判官に救済を求めることは適法」である。判旨は(iii)で、ライヒ高等商事裁判所の前掲【5】七一年判決 (ROHG Bd.3 S.74ff. 修道二八卷二九頁以下)、および【6】七二年二月三日判決 (ROHG Bd.4 S.421ff. 428. 修道二八卷二九頁以下) を引用する。

(iii) そして、「Arbitrium が誤った事実上の要件を前提にしている場合」も同じことがいえるとする。つまり、鑑定人が契約によって、債務者の履行遅滞が加わったときはその拡張によって、「鑑定人に対し引かれた物的な (sachliche) 限界線をこえた場合」である。法律効果の点でもっと厳格な原則に従って判断される和解 (Kompromiß) (仲裁判断) である、その理由で取り消されるのであるから(そのように考えることがべき)。1.32 §§15.18.19.1.46 Dig.de recept.4. 8. 1)

のように判示して、ライヒ裁判所はYの原判決批判の論旨は正当でないとする。

ヴィンター説の指摘するように、⁽²⁾右八二年は、普通保険契約約款(火災保険契約)上の評価人および審判人の損害額の査定条項に関して、端的にそれをシーズマンであると法的性質決定をしている。あわせてローマ法源(130 pr.Dig.de operis lib. 38, 1)を引用する。それによると、(当事者の意思が)疑わしいときは、契約者は、法および公平に従った鑑定にのみ服する意思である、したがって、損害を受けたとする当事者は、出訴の途は排除される旨定められているときであっても、鑑定がそれに反することを主張立証して、裁判所に訴えを提起することができるとしている。

右判旨が引用するライヒ高等商事裁判所の判例は、ヒョウ災保険の保険約款中の損害査定条項〔5〕判例)、および海難救助契約中の海難救助料の確定合意条項〔9〕判例)の法的性質がそれぞれ問題になった事案である。①前者は、損害査定を行う鑑定人は仲裁鑑定人であると解して、その法的性質を、条件を定めた合意とみている。そしてプロイセン法の適用事件において、仲裁人との違いを分析したうえで、無効抗告を容れて仲裁人と解した原判決を無効と判示している。

②これに対して後者は、ブレーメン法が適用された事案であり、専門家と審判人による海難救助料の確定を仲裁合意と解している。しかし同法のもとでは、仲裁判断によって侵害されたとする当事者は、普通法とは異なり、第二審に不服申立てをすることができる。判旨は、右判示にいたる前提部分において、普通法またはブレーメン法が適用される場合に、仲裁人あるいは仲裁鑑定人の選任によってどのような違いが生ずるかを検討している。同事件の解決としては、いわゆる傍論部分かと思われるが、普通法によれば評価人または仲裁鑑定人による仲裁鑑定(善き人の判断)も、一般的に拘束力を有する、しかしローマ法源(130 pr.Dig.de operis lib. 38, 1)により、高度に不公平な善き人の判断がなされたときは、侵害された当事者は裁判所に訴訟を行うことができると解している。

ライヒ裁判所が本件でこれら二件のライヒ高等商事裁判所の判例を引用した主旨を考えると、第一に、【5】判例に従って、火災保険約款上の損害査定条項をシーズマンないし仲裁鑑定の合意と解すること、第二に、【9】判例の右傍論部分に従って、仲裁鑑定は、出訴の途を排除する条項があるときも、ローマ法源によって、高度に不公平な仲裁鑑定に対しては、通常裁判所に訴訟を提起することができるとする、ライヒ高等商事裁判所の判例法理に従う意図であったと解することができよう。しかしそうだとすれば、先例として引用すべき判例は、むしろライヒ高等商事裁判所の【7】一八七九年六月判決の方がより適切ではなかったろうか。七九年判決は、本件と同じ火災保険上の損害額の査定合意を仲裁鑑定と解し、しかも仲裁判断（仲裁を「和解」と性質決定）の取消しとの対比で、仲裁鑑定が誤った事実上の要件に基づいている場合に訴訟の可能性を肯定している点でも共通性が認められるからである。

(2) 【11】ライヒ裁判所一八八三年一月一日判決（RGZ 10, S130ff.）事案の内容は判例集からは明らかでない。(i) 判旨によると、保険証書の定めについて、保険契約の当事者の明確な意思によると、普通保険約款第九条にあげられた鑑定人の査定（Abschätzung）が、中立かつ専門知識を有する者の裁量の結果であるとはいえず、明らかに高度に誤った、かつ不当な価額の確定であるときも、その査定は当事者の法律関係に基づきかという趣旨に解すべきかという問題について、控訴裁判所はそれを否定した。ライヒ裁判所は、この判断を正当とする。(ii) ライヒ裁判所によると、ローマ法源（179 Dig.pro socio 17, 2）は、原則として、特定の法律関係に関して、「重要な要素の確定につき、専門知識をもったシーズマンの確定を基準にしようする者」に、「確定が重大な侵害（manifesta iniquitas）を含むとき」、すなわち、「（法律の意味で）当該契約者を侵害する悪意の確定がなされたとき」だけでなく、シーズマンの確定の「結論は、明らかにはっきりと、適正な評価原則を適用したときに得られる結果とは客観的に乖離しており、そのようなシーズマンの確定基準を

適用すると、当事者の法律関係の規制はまったく事実に対し不公平なものになるようなときも、その確定には服さずに、「裁判官に事件を提示する権限を認めている。」(iii) また、ローマ法源 (176 Dig.pro socio 17, 2) によると、「事前に無条件でシーズマンの確定に服することは禁止されない」が、「その意思が明確なものと認める」には、特に「説得力のある理由」がなければならぬ。「保険の目的物の損害額は、定められた方法で選任された専門家の評価により、当事者に対して拘束力をもって、出訴の途を排除して確定される」と保険証書に定められているだけでは、その理由に当たらない。「相互の誠実さを基礎におく保険契約関係」では、「契約者は、出訴の途を排除するとの合意によって、法律関係の通常の手続のみを命じている」のであり、「明らかに事実を反する鑑定人の評価を無条件で固定的に通用させる意思はない」と考えなければならない。

(iv) ローマ法源の原則 (179 Dig.pro socio 17, 2 および 11378 2 Dig.de VO.45, 1) によると、法律の規定だけを考慮する限り、専門知識をもったシーズマンが明らかに不公平な確定をした場合、不服のある当事者から請求を受けた裁判官は、その確定を基準にしないと判断して、「別のシーズマンの選任を命ずる」のみならず、裁判をする際に必要な場合には「専門家を審尋」して専門知識を介して「事実上の評価」を自ら行うことができる。この種の保険約款で、裁判官の権限を前者に限定するという意思は考えられない。判旨は、控訴裁判所はそのような正しい原則に立っている、と結論づけている。

本件判旨は、保険契約の損害査定条項について、前掲【10】八二年判決と同旨の考え方に立っている。①判旨は、これをシーズマンの確定と解した理由については、特に論じていない。そこから、ローマ法源によって、契約当事者は無条件

でシーズマンの確定に服することはできるが、その「確定が重大な侵害」になる場合は、裁判所に不服申立てができる。 「重大な侵害」の具体的事例として、判旨は、悪意の確定と、評価原則の誤った適用により、事実に戻した法律関係の規制をあげている。すでにライヒ高等商事裁判所の七九年判決〔7〕判例が、また七二年判決〔9〕も傍論部分でその具体化をしているが、^③本件判旨はさらに「悪意の」確定をこれらに加えたものといえよう。②つぎに本件判旨の特徴といえるが、「保険契約関係の相互の誠実さ」を根拠にして、出訴の途の排除条項は「通常の手続」を示したものであり、その種の条項があるとしても、事実に戻す鑑定人の評価を無条件に通用させるという当事者の意思は直ちに認められないと指摘する。本判決から三年後の一八八六年、改訂普通保険約款において出訴の途の排除条項は削除されることになるのであるが、^④判旨はローマ法源に加えて、さらに保険契約における「相互の誠実さ」を指摘している点は興味深いところである。そこには保険契約者を保護する考え方がうかがえる。^⑤③また判旨は、裁判所の事後的な審判方法として、別のシーズマンを選任するか、専門家を審尋して自らの事実認定に基づいて判決するという二つの選択肢を指摘するとともに、保険契約約款において裁判官の権限を前者に限定することはありえないとして、裁判官自身による判決の途を指摘する。

(3) 【12】ライヒ裁判所一八八四年一〇月三日判決 (SeuffArch 40, S.161) 火災保険会社Y社は、火災の発生後に、保険契約者Xとの間で、損害額は二名の専門家により、必要な場合には、審判人により認定し、当事者に対して無条件の拘束力を有して基準になり、かつ、査定結果に対してはあらゆる抗弁をすべて排除する旨の合意をした。審判人が損害額を七五四ライヒマルクと査定、これに対しXが裁判所に一万二〇〇ライヒマルクを請求する訴えを提起したという事案である。

(i) ライヒ裁判所は、当事者が法律関係にとって重要な点についての認定を第三者の確定に委ねる旨の契約は、第三者が「自由な随意 (*Willkür*)」によって確定し、当事者がその判断を承認するとの条件を含むことができること、他方、普通法によると、(当事者の意思が) 疑わしいときは、その種の合意は、当事者は第三者の公平な裁量だけに依拠する意思であり、「判断は明らかでない不公平を含まず、一方当事者を重大に侵害しない」ことを「黙示に」前提にしているという趣旨に解されるとする。(ii) ライヒ裁判所は、本件合意が「自由仲裁 (*arbitrium merum*)」の趣旨と解しようとするYの主張は認められないとする。「審判人の判断は無条件で拘束力を有して、基準として当事者に適用される」という意思表示は、「善き人の裁断 (*arbitrium boni viri*)」よりも「自由仲裁 (*arbitrium merum*)」と解する方が相当かとも思われるが、選択されている表現は必ずしも右解釈を要請するものではない。むしろ付随的な事情によると、「損害額について鑑定人または審判人の随意の評価に委ねる」という意図はなく、その意思表示は、「査定は、善き人の裁断 (*arbitrium boni viri*)」の枠内にある限り、すべてのいかなる抗弁も排除して、無条件に拘束力をもつ」という意味に解釈しなければならぬ。Yは、専門家による損害の認定につき、査定を仲裁判断と同様に通用させて、不服申立てはできないという要件で行うという意思であったならば、その意思にふさわしい、いかなる疑いも生じない表現にすることは、取引行為上、難しいことではないはずである。(iii) 「仲裁鑑定人 (*arbitrator*)」の査定がきわめて不公平で、一方当事者の重大な侵害を理由に不服申立てができる、(かつ) 裁判官がそれを是正できる」という点に争いはなく、「いつ重大な侵害が生じているかは、重要な事実問題である」。控訴審が、審判人の査定は三〇〇ライヒマルク低いとして、「明らかに不公平である」と判断した点に、法的な誤りは認められない。

本件で問題になった合意は、火災発生後に個別的に締結された、鑑定人・審判人による損害査定⁶の合意であり、この点で他の契約條款上の合意ケースとは異なっている。①そして本件判旨は、第三者の確定に委ねる合意について、仲裁と仲裁鑑定ではなく、第三者の「自由な随意」による「自由仲裁」と、第三者の「公平な裁量」による「善き人の裁断」の二種類があることを指摘する。②そしてヴァンター説が指摘するように、判旨は、当事者は「黙示的」に公平な裁量による確定を合意していることを強調する。また合意の解釈に当たって、「合意の明示的な表現」（本件合意では、「無条件の拘束力」、「いかなる抗弁も排除」が用いられている）があるにもかかわらず、判旨は「付随的な事情」を斟酌する考え方を明らかにしている。それに加えて、仮に自由仲裁を採用する意思であったならば、「いかなる疑いも生じない表現」にすることは、保険会社であるY社にとって取引上、「困難ではなかった」はずであると強調する。ヴァンター説は、国家の裁判権以外の選択肢として当事者には仲裁と仲裁鑑定の可能性があるにもかかわらず、ライヒ裁判所は、事実上、仲裁の選択の余地を認めなかった具体例として、右判示部分を指摘する。判旨は、当事者の「明確な」意思を逆転させたのである。⁷したがって本判決は、仲裁、しかも自由仲裁ではなく、仲裁鑑定を認定することで、契約者に対して裁判所への訴訟の途を開いたことになる。③最後に判旨は、査定⁸の重大な侵害の問題は、事実審が判断すべき事実問題であると解している。別のシーズマンの選任（前掲【11】八三年判決）は、もはや指摘されていない。

(4) 【13】ライヒ裁判所一八九一年九月一六日判決 (SachsArch 1, S661) 事件の内容は明らかでない。(i) 火災保険会社Y社の普通保険契約條款によると、発生した火災の損害額は、出訴の途を排除したうえで、二名の専門家による特別な評価、必要があれば審判人の評価により、双方当事者に対する拘束力をもって、認定されると定められている。各当事者はそれぞれ専門家を選任し、二名の専門家の意見が一致しないときは、二名の専門家の選任した審判人が、その評価の

限度内で判断を行う。(ii) 当該ラント法に規定がないときは、そのような契約規定は、専門家が「関係を支配する善意 (bona fides)」によつて、損害の調査を誠実に(善き人の裁断 *boni viri arbitratu*によつて)行わなければならない、専門家はそのようにして、火災により損害を被った物件の真の損害を調査しなければならないという意味に解釈しなければならない。保険契約約款に従つて行われた査定手続が、明らかに不当かつ不公平な結果になった場合、侵害された当事者から救済を求められた裁判官は、専門家が誠実でなく、善き人の裁断 (*boni viri arbitratu*)とはいえないような査定をしている、つまり、専門家が委ねられた機能をまったく行使していないと判断することができる。そして裁判官は、意図された査定手続が結果をもたらさなかつたという理由で、必要ときは証拠調べ手続を実施して、自ら損害を確定してよい。

本件判旨は、火災保険契約の損害額の評価条項について、ライヒ裁判所の前掲【10】八二年判決や【11】八三年判決のようにローマ法源を引用することはなく、「関係を支配する善意」に基づく善き人の裁断であると解している。保険関係の「善意」に着目する点では、【11】八三年判決と共通性がある。裁判所の審査手続について、判旨は、証拠調べに基づき裁判所自身が損害を確定するという方法のみをあげている点で、【12】八四年判決と共通性がある。

(5) 【14】一八九九年一〇月二七日判決 (RGZ 45, S.350ff.) 原告Xは被告・保険会社Y社の傷害保険に加入していたが、事故により保険金請求訴訟を提起したところ、被告Yが保険契約約款第一二条を援用した。同条によると、保険契約者は、傷害の有無に関する会社の決定に納得できないときは、右問題に関して設置される委員会の判断を求めることができる、委員会の判断は双方当事者を拘束し、出訴の途は排除される旨規定されている。委員会は、多数決によりXの傷害は事故によるものではないとの鑑定結果を下した。これに対してXは、委員会の判断は拘束力がないと主張した。保険事故を否

定したYの判断はB博士の鑑定に基づきなされたものであるが、B博士は委員会に加わるべきではなかった。またXは、委員会の構成の違法を指摘する。約款第一二条は、各契約者が選任する二名の信頼できる人物以外に、第三者として、市の医師か、傷害者の住所地の地域医師、または会社の申立てに基づき、公的医療施設か大学の医学の権威者が加わるべきであると規定している。しかし、B博士は右約款にいう市の医師、地域医師、医学の権威者のいずれにも該当しない。控訴裁判所はXの請求を認容した。Yの上告に対し、ライヒ裁判所はつぎのように判示して上告を棄却した。

(i) 判旨によると、委員会は、傷害が存在し、それが事故の直接的な結果とみなしうるかという問題についてのみ、判断しなければならない。その判断は、裁判官の判断のように法的紛争に尽きるものではなく、当該事実に関して仲裁鑑定人 (arbitrator) の鑑定となるにすぎない。ここで判旨は、脚注において後掲【15】ライヒ裁判所一八八九年一〇月一六日判決 (RGZ 24, S.411ff.) を参照判例として引用している。したがって、その判断が内的な理由または形式的な違反を理由に取り消された場合に、いかなる効果が生ずるかは、仲裁契約に関する民事訴訟法の規定 (八五二条以下) ではなく、当事者の契約による合意自体のみから推認されるとする。

(ii) そして控訴審判決は、約款第一二条を、委員会は一回だけ事件を扱い、その判断が何らかの理由から無効なときは、「双方当事者には、完全な範囲で、再び出訴の途が開かれる」とのと解している。またB博士が委員会に加わった点を、「保険関係を支配する契約上の信義に対する重大な違反」とみて、「委員会の判断はXを拘束しない」との効果を確認している。B博士が実施した鑑定に基づき委員会の否定判断がなされている以上、YはB博士を関与させるべきではなかった。またB博士は「契約規定にいう医師でも権威者でもなく」、「第二二条に定められた審判人の資格を欠いている」。そのような事情においてXがYに対する防御を考えようとする場合、Xは、「委員会の判断に拘束力を付与する契約上の要件が

欠けている」として、「悪意の再抗弁 (replica doii) の類推によって對抗する」ことができる。

(iii) Yは、出訴の途は開かれてなく、Xは別の委員会の招集の権利しかもたない、約款第一二条を根拠に、委員会が反対の判断をするまで、会社の判断は維持されるものと考えている。これに対しライヒ裁判所は、Yは当事者であり、Xに対し拘束力のある判断を下すことはできない、当事者としての意思表示しかできないことを看過していると非難する。Yが保証を拒絶し、委員会が鑑定に即して終局的判断を下したのである。しかし委員会の判断が効力をもたない点についてY自身に責任があるとき、契約の定めは、保険金請求権を再び新たな委員会に提出するように、Xに強要するものではない。「疑わしいときは、保険契約者の利益となるように」、それは否定しなければならない。そのような制限的合意は、保険関係に基づく民事上の法的紛争について、出訴の途が開かれている原則の例外だからであるとする。

本件は傷害保険契約約款の委員会による鑑定条項が問題になった事案であるが、判旨は、傷害の存在および事故との因果関係の問題について判断する委員会を「仲裁鑑定人」と性質決定している。ここでも仲裁人との区別論議はなく、判旨は法的紛争を判断する裁判官との違いを端的に述べるにとどまる。判旨がその脚注で引用するライヒ裁判所一八八九年判決【15】判例は、後に取り上げる(7参照)。そして委員会の判断が取り消された場合の法的効果について、判旨は、仲裁規定ではなく、当事者の「合意」自体から推認するとする。原審は、保険契約上の信義違反を理由に委員会の判断の拘束力を否定したのに対し、判旨は、契約当事者であるY自身は拘束力のある判断を自ら下すことはできないのであり、約款第一二条の定めは、「保険契約者の利益」に解釈すべく、保険契約者Xに委員会への再度の申立てを強要するものではないとしている。民事の法的紛争は、通常裁判所への出訴が原則であり、鑑定条項のような制限的合意の解釈は保険契

約者に有利となるように解釈すべきことを判示しているものと解される。⁽⁸⁾ ヴィンター説は、右判旨にライヒ裁判所の判例を支配する考え方が現れていると指摘する。⁽⁹⁾

(6) 小括 以上みたライヒ裁判所の判例からは、つぎのような点を確認することができよう。(i) 各種の保険契約約款または個別的な保険契約中の合意に基づき保険事故の存否、損害額、事故との因果関係の問題を判断する専門家ないし鑑定人(その種の委員会など名称はさまざまである)の法的性質について、判例はこれを仲裁人ではなく、仲裁鑑定人(arbitrator)であるとみなし、その判断は一般的に「善き人の裁断」であることを前提にしている。確かに、ライヒ高等商事裁判所の判例でみられた仲裁人か仲裁鑑定人かという区別論議は判旨から消えて、ライヒ裁判所はこの種の損害査定条項の性質につきその点を特に重視しなくなったことがうかがえる。そして当該合意条項についての当事者意思の解釈に当たって、判例は二つの解釈基準を持ち出している。①当初の判例〔10〕八二年判決や〔11〕八三年判決は、ライヒ高等商事裁判所の判例と同様に、ローマ法源および普通法を援用して、「法および公平」に反する鑑定〔10〕八二年判決、「重大な侵害の確定、明らかに不公平な確定」〔11〕八三年判決) に対しては、「善き人の裁断からの救済」を許容する、つまり当事者には裁判所への法的救済が当該合意中に織り込み済みであるとする。②他方で、その少し後に登場した判例〔11〕八三年判決、〔13〕九一年判決) は、保険契約の当事者間の「相互の誠実さ」〔11〕八三年判決) や「善意」〔13〕九一年判決) という観点をあげて、それに反する「善き人の裁断」(専門家の判断) に服する意思是契約当事者にはないとする。そうするとどちらの基準によっても、合意中で法的救済を「排除する条項」があっても、前者の判例は同じくローマ法源の適用により、後者の判例はそれを「原則的な手続」合意と解して〔11〕八三年判決)、通常裁判所による法的救済を可能とする途が開かれる。(iii) 仲裁鑑定に対する不服事由として、判例は、鑑定が恣意的行為である、明

らかに不当またはきわめて不公平である、誤った事実上の要件に基づいている場合【10】八二年判決、【11】八三年判決、一方当事者を重大に侵害する鑑定の場合【12】八四年判決、明らかに不当かつ不公平な結果になった場合【13】九一年判決)をあげる。保険契約者の利益という観点もみられる【14】九九年判決。不当性・不公平が「明らか」場合に引き上げられたことで、不服申立てに対する一定の制限が加えられたと解される(この点は後述する)。不服事由の主張立証責任は、裁判所に不服申立てをする当事者が負う【10】八二年判決(ii)部分)。

(iv) 第三者の給付の確定の種類として、仲裁や仲裁鑑定以外にも自由な随意に基づく「自由仲裁」があることが指摘されている【11】八三年判決(iii)部分、【12】八四年判決(i)部分)。そして【14】九九年判決が引用する、つぎのライヒ裁判所一八八九年二月一〇日判決(RGZ 24, S.357ff.)は法的救済排除条項から「自由仲裁」という当事者意思を導いており、この点ではライヒ裁判所の多数判例のなかでは「孤立的な」存在といえる。⁽¹⁰⁾そこで、この八九年判決をみることにする。

(7) 【15】一八八九年二月一〇日判決(RGZ 24, S.357ff.) 原告Xは、生命保険会社Y社の傷害保険に加入していたが、その傷害保険契約約款に従って、労働能力の全部または一部を喪失する事故が発生した場合には、湯地費用(Kurkosten)の補償および定期金の承認による損害補償を請求しなければならぬ。労働能力を喪失した期間およびその程度については、当事者の選任した委員会が、法的救済の途を排除して、判断する。委員会がY社に有利な判断を下したのに対し、Xは、より高額な保険金請求の訴えを裁判所に提起したという事件である。第一審は、委員会の判断は明らかに不公平であるとして、Xの請求認容、控訴審は、委員会の判断が明らかに不公平であることの証明がないとして、Xの請求を棄却した。X上告、ライヒ裁判所は上告を棄却した。

(i) ライヒ裁判所は、保険契約約款第一三条により労働能力の喪失の認定を委ねられ、当事者の選任した専門家委員会の判断が明らかに不公平であるとして不服申立てができるかという問題については、「いかなる法律が適用になるか」を考えなければならないとする。「ライン法で適用される原則は、普通法により基準となる原則と一致しない」からである。控訴裁判所は、「ライン法」の適用を考えたようにもみえるが、判決では「ライヒ裁判所第一民事部一八八三年一〇月一日判決 (RGZ Bd.10, S.130ff.)」を引用している (前掲【11】判例である (筆者))。八三年判決は、ローマ法の規定を考えると、損害は法的救済の途を排除して、専門家のシーズマンが査定するという保険契約の条項は、「契約当事者が事前にシーズマンの評価に無条件で服する」という意義はなく、むしろ「普通法の適用領域で適用される法律規定によると、関係者には、通常、『重大な侵害がある』ときは、とりわけ評価結果が、適正な評価原則を適用したときに得られる結果と乖離し、シーズマンの確定を基準にすると、法律関係の規制がまったく事実を反し不公平になるほどに顕著であるときは、裁判官の判断を求めることができる」旨判示している。しかし本件判旨は、「右原則がライン法の適用領域でも基準になると考えるのは法的に誤り」であると判示する。

(ii) ラインヘッセンで適用される民法典には、シーズマン (仲裁鑑定人 *arbitrator*) による事実関係の認定に関する一般的な規定はなく、売買価格 (一五九二条) および組合持分 (一八五四条) の確定を第三者に委ねる旨の規定があるのみである。後者は、その確定が明らかな不公平を理由に取り消しうると規定しているが、一五九二条はそのような定めをしていない。「事実関係の認定を第三者または複数の第三者に委ねる旨の合意が、別の領域、とりわけ労働能力の喪失の存在、期間、程度、損害額について適法である」ことは疑いない。右合意は、裁判所に特定の証拠方法の使用を命ずるまたは禁止する「証拠契約」とみるべきではなく、「実体法の領域に属し、契約の目的物に関する当事者の処分権限をその基礎に

おく契約」である。しかし組合持分の確定(一八五四条)から、契約に基づく認定が明らかに不公平であるとして、直ちに取り消しうると考えることはできない。「ライン法は、疑わしい場合、契約をその趣旨に解釈するとの法律上の推定を認めていない。つまり、事案毎に契約解釈の方法によって、当事者の意思を探知しなければならない(民法一一三四条、一一三五条)」。

(iii) 判旨は続けて、裁判所への出訴および審理方法について判示する。「契約自体、または事件の事情」から、関係者の意思によれば、「第三者の公平な裁量(善き人の裁断 *arbitrium boni viri*)」を基準とし、評価が「明らかに不公平であれば」裁判所に提訴できることが明らかな場合には、訴訟において評価が右要件を満たしているかについて裁判官の判断を受けることができる。右要件を欠いているときは、裁判所は自ら必要な認定をしなければならない。しかし、「当事者が無条件に第三者の判断に服する(自由仲裁 *merum arbitrium*)」意思であるときは、「当事者はその意思表示に従って基準となる判断」に、「服さなければならない(民法一一三四条)」。「契約上、裁判所に出訴できない旨が明示的に定められている場合、当事者の意思によると、原則として、第三者の認定は無条件で基準になる」と結論づけなければならないとする。

(iv) 判旨はさらに加えて、これはフランスでも最近承認された原則であるとする。支配的見解は、第三者による売買価額の認定は、明らかな不公平を理由に取り消すことはできないと解している。また事実関係、とりわけ労働能力の喪失の期間と程度、または損害額について、当事者が専門家の判断(いわゆる *expertise amiable*)を基準にすると合意している場合も、同様である。

本件は、ライン法が適用になった事案であり、判旨は、原判決がローマ法に従った【11】ライヒ裁判所八三年判決を引用して審理しているのは法的に誤りであるとする。判旨は、組合持分の確定（民法一八五四条）から、一般的に明らかに不公平な認定の取消しを考へることはできず、ライン法では、事案毎に契約解釈の方法で当事者の意思を探知しなければならぬ（民法一一三四条、一一三五条）とする。そこで当事者が「無条件で」第三者の判断に服する意思であると推認できる場合には、当事者はその判断に直ちに服する意思であると解される。判旨はこれを「自由仲裁」と解して、法的救済の排除条項を定めた本件合意にそのような当事者意思を推認している。この点で、ヴァインター説がいうように、約款が法的救済の排除条項を定めている場合であっても、それを排して裁判所への訴訟を許容する多数判例とは異なり、本件判旨は右条項に表われた当事者意思をそのまま表示通りに受け取ったものと解することができよう。【12】八四年判決も自由仲裁の可能性に言及していた（判旨の（ii）部分）が、保険契約法の領域において本判決は自由仲裁を認容した最上級審の判例としての意義を有するものと思われる。

(二) 当時の学説の議論⁽¹²⁾

(1) ヴァインター説が引用する前掲ライヒ裁判所の判例は、一九世紀末から二〇世紀初頭の保険契約法の分野における事案であった。仲裁鑑定の法的性質に関して条件説を説いたキッシュ説は、その著書『保険法におけるシーズマン』一頁以下（一九二四年）⁽¹³⁾で自らの所説を展開している。キッシュ説を若干詳しく跡づけてみることにする。⁽¹⁴⁾

(i) 最初に、シーズマン契約に基づくシーズマンの仲裁鑑定の発展が指摘される。保険関係の当事者間において保険会社の給付義務の存否や範囲について、義務の存否・額の要件の疑問に基づく争いや不確実な問題が生ずる。これらの問

題について、当事者を拘束する専門知識のある第三者の判断が望ましい。第三者の判断に服するという当事者の合意は和解以上の意義を有する。時間、労力、そして費用のかかる裁判手続は、当事者の関係を先鋭化し、その関係の継続を難しくするし、裁判は保険会社の業務上の評判を損ない、サーヴィスの欠如という批難も生じかねない。右の問題は法的知識がなくとも解決可能な純然たる事実問題であって、裁判官よりもむしろ専門家の私人の方が良い判断をすることもある。

このような理由から、すでに従前から中立の専門知識のある第三者による個別的な係争点の判断を対象とする契約上の定めが常態化している。そうした定めは最初に火災保険契約で登場し、ついでヒョウ災保険契約、そして傷害保険契約で重要になった。現行の私的保険法はこのような発展に基づくものであり(六四条・一八四条)、これによりそうした契約上の合意の原則的有効性についての疑いは除かれる。しかし、それがなくとも当事者は私法関係を自己の裁量で形成できる。第三者は通常はシーズマンといわれるが、専門家や仲裁鑑定人、海法では海損清算人とも称され、その判断は仲裁鑑定と呼ばれる。合意はシーズマン契約またはシーズマン条項といわれる。

(ii) 仲裁鑑定契約(キッシュ説だけでなく当時の学説は、これを仲裁鑑定人契約(Schiedsgutachtervertrag)と称する。以下はこれに従う)の法的性質をどうみるかは、当時の学説の関心事の一つである(修道一四卷一号四六頁参照)。当事者間の争いや不確実部分を、拘束力をもって排除する点に機能的類似性を認めて和解契約(民法七七九条)とみる説(コーラー¹⁵)、当事者の意思により法律関係の存否・範囲の争いが解決される点で、債務の承認契約とみる説(民法七八一条)があったが、キッシュ説はこれらの説をつぎのように批判する。①和解は不確実または争いのある法律関係に係るのに対して、シーズマン条項は法律関係の事実上の要件(たとえば損害額)に係る。和解の有効な締結により、法律関係は当事者の定めた形で有効になることが確定する。しかし仲裁鑑定によって請求権の個別的要件が肯定されても、その他の

成立要件を欠くと、請求権自体は必ずしも存在しない。さらに和解は、当事者自身が自らの意思行為で法律関係を規制するのに対し、仲裁鑑定において当事者は、第三者がする行為（これは、意思表示ではない）にその規制を係らせているのである。和解が法律関係の直接的かつ無条件の形成を行うのに対し、シーズマン条項では、個別的要件の確認は、間接的、条件付きのものであり、当事者は専門家の見解に服するのである。その見解が正当だとして、しかし和解のようにそれを「互譲」とはいわない。当事者は仲裁鑑定を用いて、権利への到達を期待しているのであって、その請求権や防御を放棄することはしない。したがって、和解は法形成的な当事者意思によって効力を生じ、真実の権利状態に一致しているかとは関係ない。これに対し仲裁鑑定は、真実の法律状態と顕著に乖離しているときは、拘束力をもたない。和解の認定は原則として任意であるが、仲裁鑑定の認定は原則として正しくなければならない。⁽¹⁶⁾

②また債務の承認は原則として片面的な効果を有し、承認した者を拘束する。しかしシーズマン契約は、当事者双方に拘束的な効力を生ずる。債務の承認は原則として法律関係自体（たとえば契約当事者の損害賠償請求権）に係わるのに対し、シーズマン契約は法律関係の個別的要件に係わる。承認された法律関係は、定められたように存在するが、シーズマンにより個別的要件を肯定された請求権は、その他の要件がなければ有効性を失うことになる。また条件付き承認契約という見方も正しくない。当事者はシーズマンが定めた損害に応じた金額を負担する旨承認したのではない。もしそうならば、承認した当事者は定められた損害賠償義務をもちや争うことができなくなるが、実際は、損害は存在しない、またはもっと少額にしか存在しないという異議を除き、異議を申し立てることができる。シーズマン条項は、請求権の要件を無条件で認定する。承認契約では、法律関係の存在・内容を直接的に定めるのは当事者の意思であるが、シーズマン契約では、専門知識をもった第三者の見解である。承認契約は法形成的な性質、仲裁鑑定は確認的な性質を有する。承認契約

は、実際の法律状態との一致に関係なく、当事者を拘束する。他方で、仲裁鑑定は、明らかに重大に不当なものでない場合のみ、拘束力をもつ。さらに有効性の要件として、承認契約は書面による必要があるが、シーズマン条項について要式はいらない。⁽¹⁷⁾

③キツシユ説は、さらに当事者が自ら損害賠償請求権の個別的要件（損害額、保険事故との因果関係）について拘束力をもつて確定する確認契約とも、確定主体や拘束力の点でシーズマン契約は異なるとする。⁽¹⁸⁾

(iii) キツシユ説は、仲裁鑑定を法律関係ないし請求権の「条件」と解する。条件説が当時の学説の支配的見解とされ、キツシユもその主唱者の一人とみられる。前掲【3】プロイセン最上級裁判所一八五七年判決（修道二八卷一号二頁）や【5】ライヒ高等商事裁判所一八七一年判決（修道二八卷二号九一七頁）も、条件と解している。キツシユ説は、保険契約におけるシーズマン条項（仲裁鑑定契約）、つまり権利確認型（狭義型）の仲裁鑑定契約に関して展開されている。⁽²⁰⁾

①仲裁鑑定の法的性質について、シーズマンが特定の問題について回答する旨の陳述を行うという観念の表示説、シーズマンが当事者の法律関係について個別的な点の認定を通じて裁断するという意思表示説が対立しているが、キツシユ説は、意思行為ではなく、法律上重要な観念の表示であると解して、法律行為とは別種の法律上重要な行為であるとする。ただし、右議論の実践的意義は小さいと評価する。撤回・代理に関する民法の総則規定の準用は肯定されているし、当事者に到達と同時に効力を生ずることなどはいずれも承認されているからである。⁽²¹⁾ ②シーズマン条項は、保険契約者の請求権にとって重要な事実を仲裁鑑定によって拘束的に認定しようとするものである。仲裁鑑定前の段階では、保険金請求権の要件（およびその範囲）はまだ不確定である。保険者の義務やその範囲について、まだ何もいえない。問題点が他の方法で確実に証明できたとしても、仲裁鑑定により判明する基準のみが合意されている以上、当事者にとってまだ確実には

ならない。シーズマンの判断は、保険者の責任について確認のみならず、条件付けの性質を有する。その判断がない限り、保険者は給付義務を負わない。保険填補義務は、シーズマンが調査した要件のもとで、かつその限度でのみ存する。つまり調査がされないうちは、保険者はあらかじめ履行する必要はない、と解する。したがって保険契約者の支払請求が早すぎた場合、保険者の責任の有無・その範囲は現在のところ未確定という意味で履行期は未到来 (verijntes) とみられる。保険者の (即時) 支払義務は、通常の要件の客観的存在だけでなく、当該要件が特定の方法で確認されたという別の形式的事情に係っている。後者が実施されていない以上、契約で定められた基準となる認定という特別の要件事実要素を欠いており、保険者の現在の給付義務を結び付ける要件事実はいまだ完全なものではないことになる。

(iv) キツシュ説は、ここから重要な法律上の効果が生ずるといふ。⁽²²⁾ 訴訟の場面が検討される。①仲裁鑑定前の保険者に対する請求権は履行期未到来であり、保険者も保険契約者も履行遅滞にならない。保険契約者が裁判所に支払請求をしても、その請求は認容されない。保険者は現在のところ履行義務はなく、訴えは少なくとも現在のところ理由なしとして、請求は棄却されなければならない。条件付きまたは期限付きの契約に基づく訴えで、条件または期限未到来のときに類似している。②この場合、訴えの事実はまだ不確定であり、原告が請求権の基礎にある要件事実を証明できないということではない。シーズマンの仲裁鑑定がないため、その要件事実がまだ顕在化していないのである。原告は証明不成功という訴訟上の観点ではなく、(少なくとも現在は) 請求権は理由なしという実体的観点から請求を棄却される、とする。

③またシーズマン条項は、仲裁鑑定を唯一の証拠方法として定め、他のものはすべて排斥するという意義を有するものではない。この点は、最近の訴訟法説と対立するところである (修道一四卷一四一頁参照)。すなわち、キツシュ説によると、当事者には証拠方法の適法性についてそのような処分権限はなく、一定の証拠方法 (つまり、仲裁鑑定以外のす

べての証拠方法)によつて確信してはならないと裁判官に定めることはできない。損害額が合意通りにシーズマンによつて確定されていない限り、裁判官は保険金請求を棄却しなければならないが、これは、裁判官が特定の損害額を確信してはならないという意味ではなく、当該問題について裁判官は完全に解明しているときでも、仲裁鑑定による「条件」が発生していない限り、請求権は私法上まだ理由はなく、請求を棄却しなければならない。シーズマンの鑑定に委ねられた事項(たとえば損害額)は、私法上まだまったく斟酌されない、つまり「証明」の必要もなければ、「証明」することもできない。

④ 仲裁鑑定の欠缺を主張するのはたいい被告であるが、必ずしもそうである必要はなく、口頭弁論で裁判官がそれを認識すればよい。被告の鑑定欠缺の主張は、請求権自体はまだ理由がないという主張、停止条件付き抗弁(aufschiebende Einrede)ではなく、異議(Einwendung)であり、実体法に基づく。それは妨訴抗弁(旧)民訴法二七四条二項三号)ではなく、訴えの請求権の実体的理由に係る点で本案の弁論である。被告は訴えに対し実体的に応訴しているのである。裁判官は、仲裁鑑定条項の存否について職権で調査する必要はない。被告の異議に理由がなければ、裁判所は中間判決によつて判断できる。

⑤ 仲裁鑑定がないとき、給付の訴えはできないが、確認の訴えは提起できる。たとえば、保険契約の無効または事故発生前の解除取消しを理由に保険会社が填補義務を争う場合や、保険契約者が保険会社の填補賠償義務を主張する場合がそれである。ただし、即時確定の利益が必要であり、仲裁鑑定を待っていたのでは、填補請求の発生・存続のための証拠方法が失われる恐れがある場合はそれに当たる。

(V) キッシュ説は、① 仲裁鑑定の積極的效果として、判断した点につき当事者への拘束的な認定をあげる。⁽²³⁾ 鑑定が当

事者に対して基準となるのは、当事者が事前に鑑定に服しているからである。シーズマンにより要件があると認められた場合、保険契約者は保険者が義務を負うと主張できる。鑑定人の判断は、契約当事者の関係に対するいわば「条件」であり、「基準」である。仲裁鑑定人が法的な拘束力をもって判断を行うのは、当事者がその権限を付与したからであり、その判断権限は当事者の意思から導かれる。②その限りで仲裁鑑定は仲裁判断に類似した効力を有するが、仲裁判断は、法律上、確定判決の効力が付与されている（旧）民法一〇四〇条）点で、仲裁鑑定と異なる。仲裁鑑定は法律上重要な事情を認定しているだけで、その効力は既判力ではなく、むしろ本質的には、当事者が契約関係の発生や内容を係らせている条件と同じ意味をもつ。また仲裁鑑定は執行力を欠く点でも、仲裁判断と異なる。義務までは判断されているわけではなく（その個別的要件の判示のみ）、執行力を生ずる目的物ではないからである。仲裁鑑定は保険契約者の私法上の填補賠償請求権に効力を及ぼすだけで、その強制的な実現のためには通常の方法によって債務名義を取得しなければならぬ。③仲裁鑑定の基準性は、当事者の法律関係をその内容に応じて形成するという形で実務上発現する。まず裁判外の取引引きでは、シーズマンが保険契約の無効、取消し、損害と事故の因果関係の不存在などの判断をした場合、保険契約者の請求権の重要な要件が存在しないことが確定する。逆にその要件の肯定判断では、保険者はそれに従うことになり、一定の損害額が認定されたときは右額が填補義務の算定基準になり、保険契約者は認定額以上を請求できない。

④仲裁鑑定の拘束力は遡及的であり、いま当事者に対して、最初から鑑定で認められた形で適用される。裁判官の確判決と似て、仲裁鑑定も特定の点の存否・異同を確認するが、将来に向けた確認ではない。たとえば、保険者は損害の確定に応じた金額を損害の確定時ではなく、発生時から責任を負う。⑤仲裁鑑定の拘束力は直接的である。当事者は問題点を自ら確定した場合と同様に、直接的にそれに服する。当事者は仲裁鑑定に直ちに服するのであり、その効力は義務付

け的な行為というよりも、処分に類似している。

(vi) 保険契約者の請求権について訴訟が生じた場合も、仲裁鑑定は拘束力を生ずる。⁽²⁴⁾ ①裁判所は仲裁鑑定の内容を判決の基礎におかなければならない。シーズマンが損害と保険事故の因果関係を否定しているときは、裁判所は請求を棄却しななければならない。保険者に支払いを命ずるときは、裁判所は鑑定中で示された損害額に則り判決の認容額を算定しなければならぬ。これは、仲裁鑑定が問題点を完全かつ拘束的に証明したからであると考えすることはできない。仲裁鑑定は、当事者が法律関係を係らせた「条件」であり、裁判官の心証とは関係ない。当事者は、シーズマンの認定は証拠力を有すると合意することはできない(いつ確信をもつか、裁判官に要求できない)。当事者は、その私法関係はシーズマンの認定を基準にして通用させる旨合意したのである。②キッシュ説は、仲裁鑑定に証拠としての意義はなく、私法上の意義しかないということは、訴訟が生じないときにも効力を生ずるところから明らかであるとする。仮に訴訟になったとしても、仲裁鑑定は証拠方法として機能せず、裁判にとって意義ある他の私法上の重要な要件事実と同様の働きをするだけである、とする。

(2) では、当時の他の学説は仲裁鑑定、仲裁鑑定契約をどのように解していたのか。学説史からみると、キッシュ説と同様に、仲裁鑑定契約を実体的に解する実体法説の論者の所説である。⁽²⁵⁾

(i) ワングナー説も、仲裁鑑定契約(原文は同様に「仲裁鑑定人契約」であり、以下これに従う)は仲裁契約と同様に実体的な性質を有するとする。⁽²⁶⁾ ①それは、個別的な私権領域を規制するという目的のための契約手段であり、民法の契約に関する総則規定が適用される。仲裁鑑定人の判断に対して、当事者は不服申立てを放棄している。当事者は、仲裁鑑定人の判断を得るためにあらゆることをなすべき義務を負う。仲裁鑑定人の判断前の早まった訴え提起に対しては、相

手方当事者は悪意の抗弁を提出して、請求棄却判決を得ることができる。ワングナー説によると、仲裁鑑定人の判断は契約の条件ではなく、「意思表示」、しかも受領を要する意思表示とする。仲裁鑑定がなされると、仲裁鑑定人もそれに拘束され、自らそれを撤回できない。②キツシュ説に比べて、ワングナー説が取り上げる仲裁鑑定人とその活動はもっと広範囲に及ぶ。⁽²⁷⁾ワングナー説は仲裁鑑定契約の具体例の考察を通じて、⁽²⁸⁾仲裁鑑定人の活動の質は推論活動をするという点で裁判官や仲裁人と共通しているが、活動方法や目的が異なるとする。裁判官や仲裁人は、経験則を適用し、それにより確定した事実法原則を適用して法律効果を結び付ける。他方、仲裁鑑定人は事実認定のために経験則を用いるが、その活動は当事者間の法的紛争を判断するための手段にとどまる。当事者が事実に関与し結ばれられる法律効果について合意しているが、事実は経験則の適用によって確定しなければならず、その認定が第三者に委ねられている場合、この第三者は仲裁鑑定人である。しかし、当事者が、第三者はさらに法律効果までも判断することを意図している場合、第三者は仲裁人である。当事者間の法的紛争を判断するために経験則を適用した事実認定が直接的に意義を有する場合も、事実認定だけを行う第三者は仲裁鑑定人である。第三者の判断により法的紛争が直接的に判断されるとしても、第三者は仲裁鑑定人であつて、当事者の意思により、第三者の判断によって法律効果が宣言される場合のみ、第三者は仲裁人である。

③仲裁人と仲裁鑑定人の違いは任務の違いにあり、その任務は当事者の合意から明らかになる。ワングナー説は、地下室の階段は設計通りに作られ、家畜小屋の屋根は上手に設置されたかという問題について「仲裁人」と称する三人の人物の判断に付託された合意（後掲注（28）（5）③参照）を手掛かりに、⁽²⁹⁾仲裁鑑定人は、経験則を適用して、当事者の法律関係の要素にとって重要な事実を判断するとみる。それは法的紛争を判断するための手段である。仲裁鑑定人の判断は、当事者の契約を成熟した発展段階に導き、権利実現に近づけることができる。その判断前に、契約はまだ履行できない。

④当事者は、仲裁人と仲裁鑑定人を自由に選択できる。両者の共通点は、当事者自身が決定できない点を第三者が拘束力をもって確定する旨の当事者間の合意に基づく制度であるところにある。その判断権限は当事者の合意により、通常裁判所への訴えを排斥するというのが通常の意味である。ワングナー説は、法的紛争を判断するか否かという従来の消極的な概念決定以外に、当事者に対する判断の拘束力の程度の違いを付加する。仲裁人の判断は当事者間で確定判決の拘束力とはほぼ同じであり、仲裁人は裁判官に代わって判断し、その判断により当事者の支配領域に介入する。私権に影響を及ぼし、執行判決により具体的な法変更が生ずる。しかし、仲裁鑑定人は当事者の法領域に影響を及ぼすことはなく、法変更は生じない。また第三者の地位も、仲裁人は裁判官であり、その手続についても最低限の保障が法定されている。しかし仲裁鑑定人に関する法律規定はおかれてなく、仲裁人よりも自由な手続形成ができる。

⑤当事者が仲裁契約を締結したのか仲裁鑑定人契約を締結したのか疑わしい場合、ワングナー説は、常に仲裁鑑定人契約が意図されていると解すべきであるとする⁽³⁰⁾。その理由として、仲裁契約の場合に比べて、当事者に対する仲裁鑑定人の拘束力が弱いことをあげる。

(ii) エケルト説も、仲裁鑑定人契約の実体法的性質を認める⁽³¹⁾。①仲裁鑑定人契約の実体的要件をみると、契約締結の要件は当事者間に契約関係がある、または同時に発生することである。ただし、当事者は個別的な点につき抽象的合意しなくてはならず、未確定部分の確定が第三者に委ねられる。ただし、契約成立後に仲裁鑑定人が必要になったり、訴訟手続の係属中に合意することもできる。またもう一つの要件は、契約給付に未確定部分が含まれていることである。②仲裁鑑定人契約により、当事者は義務を負担する。当事者は第三者の判断に従わなければならない。出訴の途を排除する旨を特に定めて、拘束力を強調することができる。当事者は仲裁鑑定人の判断を待たなければならず、裁判所の利用は考えられない。

それに反して一方当事者が裁判所に訴えを提起した場合、妨訴抗弁（旧）民訴法二七四条二項三号）は適用されない。仲裁鑑定人の判断は請求権の実体的要件であり、その欠缺は被告当事者の申立てによるだけでなく、裁判所は職権によっても斟酌しなければならない。被告が仲裁鑑定人の欠缺を主張した場合、現在のところ理由なしとして請求棄却判決がされる。これに対し原告は異議を申し立て、仲裁鑑定を実施するために訴訟手続の中止を申し立てることができる。また当事者は、第三者の選任、情報の提供、物の提示などに際して、仲裁鑑定人の成立に協力する義務を負う。さらに仲裁鑑定は確認の訴え提起を妨げず、当事者は給付義務の積極的または消極的確認の訴えを提起することもできる。⁽³²⁾

③エケルト説⁽³³⁾によると、仲裁人と仲裁鑑定人の活動はいずれも契約に基づくもので、実体的な性質を有する。しかし、民訴法に規定された仲裁人の手続は訴訟類似の構造で、その判断は通常裁判官と同様に、当事者の法律関係を説明するものであるのに対し、仲裁鑑定人の手続は純然たる私法上の構造物である。法律関係の確認ではなく、当事者の契約の実現を妨げる不明確部分を満足的に除去するために、仲裁鑑定人制度が用いられるのである。キッシュ説に同調して、当事者は問題点の解明、（仲裁鑑定人の活動と係わりなく存する）事件の本質たるものの発見をその活動に期待すると解する。仲裁契約と異なり、法的紛争の判断の要素のみを認定する、未確定の契約給付を確定する、当事者にはまだ分からないが、内容的にはすでに客観的に定まった給付を当事者に提示するなどの活動が、仲裁鑑定人の活動の客観的要件である。法律関係の存在に必要な不確定部分、未確定部分を排除するために、仲裁鑑定人は活動する。仲裁鑑定人の活動は、法律関係に係る事実問題に及び、経験則を用いた事実認定は当事者に対して拘束力を有する。では仲裁鑑定人が法律問題を判断することはないのであるか。これは一般的には否定されるが、例外のない原則はない。たとえば、弁護士が当事者から依頼されて、その法律関係に重要な争いのある法律問題について、双方当事者に拘束力のある判断をすることがあるが、それは仲裁鑑

定人の機能といえなくもない、とする。

④エケルト説によると、仲裁鑑定人は給付の確定(民法三二七条―三一九条)だけでなく、裁判に重要な事実上の要素の探知および認定を委ねられている。この点で、同説は権利形成型(広義型)の仲裁鑑定契約および権利確認型(狭義型)のそれをいずれも認めている。⁽³⁴⁾そして民法三一七条ないし三一九条一項は第三者の公平な裁量による給付の確定という特別ケースに関する規定であるが、仲裁鑑定制度全体に対する基本的要素を提示しているとす。ただし、第三者の判断は専門的かつ中立的で、客観的に正しい判断であつて、主観的性格を有する恣意的な判断ではない点で民法三一七条二項は適用されない。

⑤シーズマンか仲裁鑑定人かという呼称問題について、エケルト説は「仲裁鑑定人」の方が制度の本質に適っているとす。ただし、当事者が合意で用いた表現は、契約解釈に当たつて重要ではなく、当事者が第三者に委ねた任務が重要となる。⁽³⁵⁾

⑥エケルト説は、仲裁鑑定人の判断は直接的な法形成を生じさせるものではなく、当事者から判断を委ねられた点についての「観念の表示」にすぎないとす。合意に反して一方当事者が裁判所に訴えを提起した場合、仲裁契約のような妨訴抗弁(旧)民法二七四条二項三号)の適用はない。相手方の仲裁鑑定欠缺の主張は異議と解され、裁判所が職権で顧慮すべき抗弁ではない。裁判所は、実体的理由でもつて請求を棄却することになる。

⑦仲裁鑑定人の判断は契約当事者の法律関係にとつて条件付きとみなしうるかという問題につき、今日の学説・実務は否定説(ワイズマン説)にたつとして、エケルト説も同調する。この点、キッシュ説(条件説)がすでに否定されてしまつたのか、筆者は十分な検討ができていない。仲裁鑑定人契約の締結は、基本たる契約を具体化させるためであり、当事者

は法律行為の効果を将来の不確実な事象に係らせるような合意ではない。また一定の要件があれば、仲裁鑑定人の判断に代わって通常の裁判官の判断がなされる。ただしエケルト説は、第三者の随意による確定の場合（後述する自由仲裁）は、当事者が信頼している人物の判断は契約の条件と解する。⁽³⁶⁾

⑥エケルト説は、仲裁鑑定人の判断は意思表示（ワイズマン説）か、法律上重要な行為（キッシユ説）かという問題は実務に重要ではないと解し（ワンゲナー説と同旨）、自らは観念の表示と解する。⁽³⁷⁾ また仲裁鑑定は、既判力および執行力を生じない。明らかに不公平な仲裁鑑定は取り消しうるが（民法三一九条一項）、これは、理由書（Motive）と異なり、議事録（Protokolle）がワイズマン説に従って「明らかな」という概念を付加したことによるものである。この概念がなければ、ささいな不公平ケースでも当事者は裁判官の判断を求めることになり、裁判所の負担のみならず、制度の性格にも反することになる。では明らかな不公平とは何か。証拠調べをしなくとも、仲裁鑑定人の確定自体から直ちにそれが判明する場合に限る必要はないが、専門知識のある中立の判断者の目に直ちにうつる場合でなければならぬ。したがって、経験則を正しく適用したときは、異なった判断になると認識できなければならぬ。明らかな不公平の原因は、判断の要素の欠缺（経験則の不適用など）、または仲裁鑑定人たる人物自身（偏頗性など）から生ずる。仲裁鑑定人自身が判断を明らかに不公平と認識している必要はなく、明らかな不公平が客観的に存在していれば足りる。判例も明らかな不公平による取消しを肯定しているとして、ライヒ裁判所一九一九年五月二三日判決（RGZ 96, S. 61ff.）⁽³⁸⁾を引用する。⁽³⁹⁾

（三） ヴィンター説

- （1）最後にヴィンター説に従って、ライヒ裁判所の判例についてまとめておきたい。⁽⁴⁰⁾ 仲裁裁判権の拡大傾向に面して、

ライヒ高等商事裁判所、そしてライヒ裁判所の判例において、その評価に重大な変化が生じた。一九世紀の半ばからドイツでは仲裁裁判権が経済生活において拡大した。仲裁制度の発展は、組織化され常設的な仲裁裁判所や普通保険契約約款による仲裁条項という形で展開され、経済的な利益団体やその他さまざまな団体が力を増大した。それによる危険や厄介な現象は明らかであり、団体の強制的権力がたびたび指摘されるようになった。これに、経済的強者が経済的弱者に対して仲裁契約を多かれ少なかれ強要するという傾向が加わった。とりわけ保険会社の義務的な損害査定手続などがそれである。したがって、経済的弱者である当事者は、通常裁判所と仲裁裁判所の自由な選択権を奪われることもしばしばであった(修道二八卷一号五頁以下)。

(2) そこで問題となるのが、国家および司法機関はいつ仲裁裁判権を抑制するかである。一九世紀の七〇年代にそれが到来した【7】ライヒ高等商事裁判所一八七九年判決を指すと思われる(筆者)。判例は、「法的救済排除条項」があるにもかかわらず、通常裁判所において私人の判断の取消しを許容した。それは、仲裁裁判権への外面的な介入という方法ではなく、仲裁鑑定人(arbitrator)という理論構成を持ち出す方法で行われた⁽⁴¹⁾。将来の法的紛争についての仲裁条項の適法性も、仲裁判断の拘束力の合意も問題にすることなく、判例はより上品な途を選択したのである。ヴィンター説によると、前掲ライヒ裁判所の判例はまさにそうした考え方に基づいているのである。法的救済を排除する合意条項がある場合にも、仲裁鑑定人の合意と解することで、当事者は第三者の納得しがたい判断を取り消すことができるようになった。

(3) ヴィンター説は、ライヒ裁判所の多数判例の考え方はすでにライヒ高等商事裁判所の二つの判例、すなわち、【8】一八七一年九月二十七日判決(修道二八卷二号九二五頁参照)と【9】一八七二年二月二十三日判決(修道二八卷二号九二八頁参照)で示されていたと指摘する⁽⁴²⁾。ただし、両事件とも仲裁契約の成立が肯定されたために、仲裁鑑定人(arbitrator)

の判断の取消し可能性という問題が正面から問題にされることはなかった。【8】七一年判決は、組合契約中の鑑定人による報酬額の確定合意について、仲裁人の仲裁判断と解したうえでそれを無効と判示している。判旨は、仲裁人との比較で、仲裁鑑定人による善き人の裁断、単なる査定について言及している。なお、【8】七一年判決と【1】プロイセン最上級裁判所四四年判決との関係については、先に検討した。⁴³⁾また【9】七二年判決は、専門家・審判人による海難救助料の確定の合意につき、ブレーメン法の適用事案であったため、仲裁合意と解し、当事者が重大な侵害を被った場合に、通常裁判所への不服申立てを認める旨判示している。

なお、ライヒ裁判所の右判例法理の形成については、私見では、ライヒ裁判所の【10】八二年判決が引用するライヒ高等商事裁判所の【7】七九年判決も重要な先例ではないかと考える。

(4) 明確な法的救済排除条項がおかれている場合に、判例のいう当事者の意思が「疑わしい場合」という指摘は適切ではなく、むしろ法的につきりとした解決策は、裁判外の認定は無条件で基準になる(【15】一八八九年判決)という推論であろう。しかしそうではなく、ヴァンター説は、裁判所への出訴を認容した判例の内在的な動機は、裁判権の固執ないしは広範な回復にあつたとみるべきである、とする。経済取引領域において商事仲裁裁判権の発展は当初は歓迎されたが、保険会社の普通保険契約約款において損害額の争いについて裁判所への法的救済を遮断する方向に移っていったとき、それは事実上、保険契約者に国家による権利保護を放棄させることを意味する。最上級審の判例が保険契約約款の損害認定の取消し可能性に関して展開された理由も、決して偶然ではない。保険契約者が不当に利益を侵害されたと感ずる場合に、損害の認定から裁判所のコントロールを排除すべき決定的理由はなく、裁判所への救済を認めても、保険会社に重大な一方的不利益は生じなかった。他方、強制的な法的救済排除条項が判例により承認された場合、保険契約者は法に従つ

た司法機関の活動を求める司法保護請求権を奪われる結果となろう。保険契約の双方当事者の利益を衡量すると、保険会社の実務を否定し、損害認定に対する不服申立ての可能性を支持する考え方が導かれる。保険契約者を保護する考え方は、保険契約の当事者間の「相互の誠実さ」【11】八三年判決）や「善意」【13】九一年判決）が強調されている点からもうかがえる。

ヴェンター説によると、右のような判例の考え方は、私法上の利益評価を経済的、社会的な観点を考慮して行う（利益法学）、裁判官の論証方法の変化によつたものではなく、依然として概念法学の論証法が中心であつたとみられる。⁴⁴【11】一八八三年判決の判旨（iv部分）が示すように、もっぱら法律の規定から結論が導かれているからである。判例の変化が保険契約法のケースでみられる一方で、取引法の領域などでみられなかつたのはなぜか。同様に法的救済排除条項はあつたが、商事仲裁裁判権においては当事者の力関係は基本的に均衡がとれており、同じ経済力の当事者が対立していたことがその原因として推測される。また商事事件の仲裁判断は、実務上、おおむね当事者により承認され履行されていたことが考えられる。原告がいらないところでは、裁判官も介入することはできない。

- (1) Winter, aa.O., S.102, Fn.40. 豊田・法構造 (二) 修道法学一三卷一号一一頁、一一四頁注 (7) 参照。
- (2) Winter, aa.O., S.102.
- (3) 修道二八卷二号九二二頁以下、九二八頁以下参照。
- (4) 修道法学二八卷二号九三四頁参照。
- (5) Winter, aa.O., S.119.
- (6) Winter, aa.o., S.85.

- (7) Winter, aa.O., S.85.
- (8) この判例については、豊田・法構造(一)・修道一三卷一号一〇九頁以下参照。
- (9) Winter, aa.O., S.82.
- (10) この【15】ライヒ裁判所一八八九年判決については、豊田・法構造(一)・修道一三卷一号一七頁以下、ヴィンター説による評価については一一九頁以下参照。ただし、そこでは筆者の「自由仲裁」の特殊性についての理解が足りず、むしろ通常の仲裁を考えていた。
- (11) Winter, aa.O., S.106.
- (12) 以下の考察は、仲裁鑑定を扱った若干のモノグラフィীর議論の一部の参照にとどまっておらず、コンメンタールや教科書の基本的な議論まで検討する余裕がなかった。なお、主たる論点については、豊田・法構造(一)・(二)・(三)・完)・修道一三卷一号一〇九頁以下、一四卷一四〇頁以下、同卷二号三六五頁以下で先に検討したことがある。
- (13) WKisch, Der Schiedsman im Versicherungsrecht, 1924, S.1f.
- (14) 豊田・法構造(一)・修道一四卷一四七頁参照。
- (15) J.Köhler, Über processrechtliche Verträge und Creationen, in Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess, 1894, [Neudruck], 1980, S.159, 和解中で仲裁鑑定契約が締結されることがあるが、これを停止条件付和解の特殊ケースとみる見解(リヒャルド・スミス説)もあるようである。vgl. Wangner, aa.O., S.61f.
- (16) Kisch, aa.O., S.14f. 同様に批判するのは Wangner, aa.O., S.59ff.; W.Buchdahl, Die Rechtsnatur der Schiedsgerichtsklausel und des Schiedsgutachtens, 1931, S.12ff.
- (17) Kisch, aa.O., S.15f. 同旨 Buchdahl, aa.O., S.15f.
- (18) Kisch, aa.O., S.17.
- (19) これについては、vgl. Buchdahl, aa.O., S.17, Fn.28.
- (20) 権利確認型(狭義型)の仲裁鑑定契約については、豊田・法構造(一)・(三)・完)・修道一四卷一四〇頁以下、二号三六五

ドイツ仲裁鑑定法の形成(三)(豊田)

九六八(四六四)

頁以下参照。

- (21) Kisch, aa.O., S.99ff
- (22) Kisch, aa.O., S.103ff
- (23) Kisch, aa.o., S.108ff
- (24) Kisch, aa.o., S.111ff
- (25) 実体法説(二)は、豊田・法構造(二)・修道一四卷一四六頁以下参照。
- (26) F.Wagner, Der Schiedsgerichtler, 1908, S.32.
- (27) Wangner, aa.O., S.1ff
- (28) 仲裁鑑定契約の具体例を先に考察したことがあるが(修道一三卷一四九六頁注(6))、ワングナー説も当時の判例集や実務からその具体例を相当詳細に取り上げている。

(1) 保険契約では、①火災保険契約条項中の動産損害の認定の定め【10】一八八二年判決)、②火災で製粉所を焼失した所有者と火災保険会社との傷害保険契約において、火災による損害額の保険填補に関して、会社の管理部署が医師の鑑定に基づき傷害を判断し、契約者は所定の期間内に特別委員会による再度の判断を申し立てる、または不服申立てを放棄して判断を確定させる、委員会の多数決の判断は当事者双方を拘束する旨の約款条項が存する。③いわゆる業務企画(Geschäftsplan)の定めによると、保険契約者の一時的または長期間の稼働能力の喪失、その程度だけでなく、事故の直接的効果問題については、設置された委員会が判断する旨の合意がある。④なお、傷害保険契約の損害査定条項が問題になった【15】一八八九年判決(RGZ 24, S.357ff.)も引用されているが、同判決は上述したように「自由仲裁」と解している。ワングナー説は、これも仲裁鑑定に含める趣旨であろうか。

(2) 用益賃貸借契約では、①賃貸物の損害について、区裁および契約当事者双方がそれぞれ選任した三名構成の仲裁裁判所が判断する旨の合意、②農地内にある庭、牧草地、耕地は一日当り每一〇・五〇ライヒマルクとし、道路、水、荒地は無料、庭等の広さは測量技師が測定するとの契約中の定め、③五マイル内の農場所有者および農場賃借人の範囲内から賃貸人が選任する仲

裁人が、すべての上訴を禁止したうえで、脱退する賃借人が種まき、耕作、肥料やりに費やした支出の補償額について確定する旨の合意、④地方自治体との用益賃貸借契約で、野生動物による被害の補償につき、用益賃借人と土地所有者の間で合意ができないときは、それぞれ専門知識をもった評価人を選任し、地方自治体の参事会員がそれに加わり、当事者はこの委員会の判断に従う旨の合意、⑤国有地の用益賃貸借契約 (Domänenpacht) の譲渡に当たり、新旧賃借人の中で、焼き釜 (Brennrentventar) の査定は政府の指名する専門家により、その他の装置は三人の査定人が定める旨の合意などがある。

(3) 売買契約では、①染め物マイスター (Färbermeister) が毛織物製造業者から染色用として相当量の毛織物を受け取り、その代価は契約の一方当事者が確定する、それが不公平なときは、第三者が拘束力のある確定を行う旨の合意、②土地 (Landschaften) 売買において、売主に生ずる相当の損害に関して、損害発生の認定および損害額の判断は、三人の鑑定人からなる委員会に委ねる旨の合意、③給付製品は特定の商標に値するかにつき、善き人が判断する旨の合意がある。

(4) 職場の消防隊員 (Mitglied einer Berufsfeuerwehr) の雇用契約において、傷害時には市側が援助する、廃失問題は郡の医師 (Kreisphysikus) の診断書に基づき市が判断し、廃失者がそれに不服があるときは、三人の医師で構成された仲裁裁判所が拘束力をもって判断する旨の合意がある。

(5) 請負契約では、①ホテルの建築主が、セントラルヒーティングの設置および防水基礎溝の建設について請負人との間で合意を行い、建築主主張の建設工事の瑕疵問題について、鑑定人が拘束力をもって判断する旨の合意、②地方自治体の森林内の道路拡張工事を請負う際に、請負人は書面に定められた条件で拡張工事を実施し、工事に際しては管轄営林署長の命令に従い、その指示に基づき工事の瑕疵や過誤を自己負担で除去すべき義務を負う、修繕工事の範囲について請負人と営林署長の間で生ずる意見対立については、管区の長が出訴の途を排除して終局的に判断する旨の合意がある、③当事者は、地下室の階段は設計通りの工事で製作され、家畜小屋の屋根は上手に設置されたかという問題については、仲裁人と称される三人の人物が判断し、その判断は当事者に対し拘束力を有する旨の合意がある。

(6) 会社の解散や土地の譲渡に際し資産価値の判断合意として、①個人有限会社の解散後に、社員は拘束力をもって特定人物に委ねた相互決済を行う旨の合意、②国有鉄道 (Eisenbahnfiskus) と農地所有者の間で、農地所有者は国有鉄道の装備に要する

土地部分の所有を無制限の利用のために譲渡し、分割による補償および土地所有者の農地の価格低下については、双方の任命した二人の鑑定人の鑑定を基準とし、鑑定人が合意できないときは裁判所が仲裁人を選任する旨の合意、③個人有限会社を同時に設立して運送業を行っていた当事者間で、一方当事者が組合会社の形態でその業務を引き受ける、他方当事者の退職金は社員脱退規定に基づき三人のシーズマンが確定することにし、その判断は明らかに不公平を理由としてのみ不服申し立てができる旨の合意、④当事者は個人合名会社の解散および一人の社員への業務の譲渡を合意、係属した訴訟で和解を締結、裁判所の商事部が指名した鑑定人は、仲裁人の機能も有する、そして同鑑定人は、旧会社の在庫品、未回収債権、不動産および古い備品のそれぞれ価格について終局的に判断する旨定めている。

(7) 品質仲裁の合意として、①商品の状態や供給された羊毛の加圧器が契約上の品質に適っているかを判断する旨の合意、②バーデンの会社がロシアの会社と、マンハイム在住のシーズマンがマンハイムにある木材の品質について拘束力のある判断(鑑定)をする旨合意している。

(8) 損害額の調査・確定についての合意として、①粘土坑の採掘区域は契約に従って規定通り返還されたか、またはその義務が不履行の場合の損害額について、鑑定人が認定する旨契約中で定められている、②貯氷庫の建築のための土木建築監督局への許可申請に対し、冷気損害を危惧する近隣住民からの異議申立てがなされた場合、建築主は地域検査官の査定に従って、住民に對してすべての損害補償義務を負担する、その損害の認定は拘束力を有する旨の合意がなされている、③遺言者の住居利用によって生じた損害については相続人が補償義務を負う旨の合意、④当事者は建築家を鑑定人として定め、その損害賠償の調査結果に服する旨の合意がある。

(9) その他の合意として、①船長が船舶会社の同意を得ずに、積荷の全部ではなくてその一部だけを積んで出港した場合に、船長の判断は「管理」または「運航」という概念に該当するかにつき、仲裁人が判断する旨の合意、②市自治体は、株式会社が設立したガス施設を鑑定人の定めた価格で引き取る旨の合意、③銀行員間の示談契約において、原告の銀行預金ないし営業部分は、仲裁人と称する第三者が定める旨の合意、④オート麦の製粉機の供給、取付けおよび運転開始について合意した契約中で、給付された製粉機によって保障された結果が得られないとき、または取付けの瑕疵により格差が生じたとき、その争いは訴訟前

に鑑定人が解決する、各当事者は一名の鑑定人を選任し、第三の鑑定人はそれぞれの長が共同で選任する旨の合意、⑤ライヒ帝國陸軍に兵糧施設を供給する義務を負っていた当事者が、損害填補問題の技術問題の争いは、各当事者が指名する二人の鑑定人が拘束力をもって判断する旨契約約款で定められている。⑥レン毛色素 (Farbstoffes Zitronin) の抽出方法に関する特許権侵害の有無について、仲裁人が判断する旨の契約 (Bolze, Die Praxis des RG, Bd.8, Nr.1037)。事案の内容からみて、これはライヒ裁判所一八八九年一〇月一六日判決 (RZ 24, S.411ff.) で問題になった合意ではないかと思われるが (豊田・法構造 (一)・修道一三卷一号一〇〇頁注 (14) 参照)、ワングナー引用の右原典は未見である。⑦非嫡出子の父が扶養義務を承認し、子の後見人との間で、毎月の扶養料額は後見裁判所の裁判官が拘束力をもって確定する旨の合意がある。以上については、vgl. Wangner, a.a.O., S.5ff.

- (29) ワングナー説によると、このような問題は訴えの内容にできない、裁判官の判断に適した当事者の法律関係がなく、第三者は事実を判断するのみである。請負契約の一方当事者が階段の瑕疵を理由に報酬の支払いを拒絶する相手方に報酬請求した場合、裁判官は階段が設計通りの工事で作られたかを調査し、それを肯定して初めて、被告に報酬の支払いを命ずることができる。工事が設計通りにきちっとできたかという裁判官の認定は、報酬請求権を認定するための手段である。仲裁人の判断も同じで、それは推論に基づく活動である。仲裁鑑定人の活動もその点は同じであるが、仲裁鑑定人は事実認定のために経験則を用いる。それは法的紛争を判断するという目的のための手段である。したがって、裁判官や仲裁人は経験則を用い、それにより認定した事実に法原則を適用して法律効果を結び付けるのに対し、仲裁鑑定人の判断は、当事者の契約を成熟した発展段階に導き、権利実現に近づけることができる。判断前に契約はまだ履行できない。実体法上の要件事実の要素として重要な事実が、まだ定まっていないのである。ワングナー説によると、仲裁鑑定人は、当事者の意思により、経験則を適用して、当事者の法律関係の要素にとって重要である事実を判断するのである。Wangner, a.a.O., S.21ff.

- (30) Wangner, a.a.O., S.53f.
(31) H.Eckert, Der Schiedsgutachter (§§317ff.BGB.) insbesondere sein Verhältnis zum Schiedsrichter, 1928, S.16ff.
(32) Eckert, a.a.O., S.18.

ドイツ仲裁鑑定法の形成 (三) (豊田)

九六四 (四六〇)

- (33) Eckert, aa.O., S.35ff.
- (34) この分類については、豊田・法構造(一)・修道二三卷一号一〇一頁以下参照。
- (35) Eckert, aa.O., S.13ff.
- (36) Eckert, aa.O., S.16ff.
- (37) Eckert, aa.O., S.27, 46.
- (38) この判例は、豊田・法構造(一)・修道二三卷一号一〇一頁参照。
- (39) Eckert, aa.O., S.27ff.
- (40) Winter, aa.O., S.88ff., 105ff.
- (41) Winter, aa.O., S.115ff.
- (42) Winter, aa.o., S.103.
- (43) 修道二八卷二号九二七頁参照。
- (44) Winter, aa.o., S.120.

(以下、次号に続く)

(大学院法務研究科・法学部教授 豊田博昭)

【付記】 筆者の個人的事情のために、前稿から本稿まで大幅に執筆遅滞をおこした。前稿までお読み頂いた先生方には、心からお詫び申し上げます。最後の自由仲裁まで執筆を予定しておりますので、今後ともどうかよろしくお願い申し上げます。