

# ドイツ仲裁鑑定法の形成（四）

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、二八卷一号一頁）
- 四 ライヒ高等商事裁判所（以上、二八卷二号九一五頁）
- 五 ライヒ裁判所（以上、三六卷二号一頁）
- 六 自由仲裁（以上、本号）
- 七 まとめ（次号）

## 六 自由 仲裁

### （一） 判例

(1) 自由仲裁 (*arbitrium merum*) は、一九世紀のパンデクテン法学に属する学説によって、一般的に承認されていたといわれる。たとえばアルンドトゥツ (*Arndts*) によると、債務の対象は、ある程度は正確に定め、他人の公平な裁量（善き人の裁断 *arbitrium boni viri*）または「単なる自由裁量 (*bloße Gutdünken*)」によって定めることができる、後者の場合

に債務の存在は、自由裁量の判断に条件づけられるとする。他の学説も同旨を述べている。<sup>(1)</sup>そして多くの学説は、その法の根拠として、Cod.4, 38, 15 (第三者による売買価格の確定) および Dig.17, 2, 76 (二種類の Arbitrium が存する、ひとつは、その判断は不当なときも拘束力を有する仲裁人 (arbiter) (ex compromisso) であり、もう一つは、その判断は公平な裁量により行われる仲裁人 (arbiter) である) を引用した。前者の法源 (Cod.4, 38, 15) から、売買は当事者によってその価格の確定のために選任された第三者が実際にもその判断を下すということにかかっているとの見解が導かれた。判断が下されることが、法律上、売買契約の成立のための条件とみなされた。条件が発生したときに、初めて、右行為は完全に効力を生ずる。売買価格の確定が行われなるときは、売買契約は締結がなかったとみなされる。そこで、その判断前における売買の目的物の引渡しは、条件付きの所有権の取得であり、判断がなされず、したがって条件の発生がなかったとき、所有権は自動的に売主に回帰する。<sup>(2)</sup>

上述したようにライヒ裁判所も、【11】一八八三年判決 (RGZ 10, S.130ff.) で、ローマ法源 (L.76 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ができる旨を指摘し、また【12】一八八四年判決 (SeuffArch 40, S.161) では、火災保険契約における鑑定人・審判人による損害査定の場合を第三者の公平な裁量による善き人の判断を認定する際に、別の選択肢として第三者の自由な随意による自由仲裁をあげている。そして【15】一八八九年判決 (RGZ 24, S.357ff.) は、生命保険会社の傷害保険約款上の、労働能力の喪失期間とその程度について、専門委員会が法的救済の途を排除して判断する条項につき、当事者の意思によると、第三者の認定は無条件で基準になると判示して「自由仲裁」を認定したものと解される。右判旨は、【11】八三年判決のいう「当事者の明確な意思」を、「法的救済排除条項」に認めたものと解される。

再びヴィンター説の引用する「自由仲裁」に関する判例について、<sup>(3)</sup>以下に検討することにする。ライヒ高等商事裁判所のいずれも一八七五年の三件の判例中、まず自由仲裁を認定したものとと思われる判例としてつぎのものがある。

(2) 【16】ライヒ高等商事裁判所一八七五年六月一日判決 (ROHGE 18, S.337ff.; SeuffArch 32, S.149, Nr.118) 当時の法制やローマ法に通じない筆者にとつて、判旨は大変に難解で詳細な検討までできていないことをまずお詫び申し上げる。理解しうる限り、つぎのような事案および判旨と思われる。東プロイセン南鉄道会社Y社の財務問題の委員会 (Finanzcomité 定款五七条。以下「財務委員会」という。) は総合企業X社との間で、工事の進捗程度に応じて、会社技師の発行した証明書によつて、会社の株券でもつて (in Actien) 支払いを行う旨の鉄道建設工事の内容とする請負契約を締結した。その後、工事成前前にY社の財務委員会はXと合意を締結 (「ブリュッセル合意」と称されている。)、それによると、Xは右請負工事から撤退して、建設部門を別の建築体に譲渡する、しかし請求権の補償については、当時Y社の技師であつたAが査定し、XがAの査定に同意したときは、Y社の財務委員会はXに証明書を発行する、査定に不満があるときは、金額の確定は仲裁人の裁判 (schiedsrichterlicher Entscheidung) に委ねられる旨が定められた。Yは、定款五九条違反ないし右査定の暫定的な性格を理由にして、Aが査定・Xが同意した株式資本金 (Actienkapitalbetrag) をXの権利継承者に引き渡すことを拒否したことで、ブリュッセル合意の法的拘束力が訴訟上争いになった、という事案のようである。

第一審・控訴審とも、右合意は法的拘束力なしと主張するYの異議を退けた。ただし第一審は、A査定に対し反証を認めて証拠調べを実施し、Xの請求の一部を認容したのに対し、控訴審は、査定人の詐欺またはその自由な意思確定を妨げ

る事情が証明されない限り、A査定が基準になるとして、査定額全額を認めXの請求を認容した。Y上告、複数の論旨中、本稿で関心のある問題点についてライヒ高等商事裁判所はつぎのように判示する。

(i) プリュッセル合意で技師Aに託された機能は、仲裁鑑定人(arbitrator)のそれとみななければならない。Y社は、定款九条において、技師Aが労働について証明した範囲で漸次的に株券をXに支払うべき義務を負っている、右技師の任命と解雇は会社の随意(Wilkür)に委ねられている、会社は指示に従わない技師を別の技師に交替させることができるのであって、定められた証明書は技師と会社の事前の通信結果とみなすこともできるかもしれない。しかしプリュッセル合意においては、Aは、「その査定が被告Yの義務の程度について確定する人物」であると定められている。Yは、契約当事者の契約意思の未確定部分について補充を行うのではなく、単に特定の限られた給付の価値を査定ないし見積る方法によって確定をする人物は、仲裁鑑定人(arbitrator)とみなすことはできないと主張するが、その根拠は確かでない。まさに「単なる評価または査定をする」のは、主として「仲裁鑑定人(arbitrator)」である。判旨はここでライヒ高等商事裁判所の【5】一八七一年判決(修道二八卷二九一六頁参照)、【9】一八七二年判決(同号九二八頁参照)、【2】プロイセン最上級裁判所一八五四年二月七日判決(同卷一号一七頁参照)、プロイセン一般ラント法第一編第一章四八条(法文は同卷一号一六頁以下参照)、および学説(グリュック、ホルツシュラー)を引用する。Yの考える反対命題(Gegensatz)は、実際に存在しない。給付または物の価格が第三者の判断に委ねられた場合、まさしく契約意思の重要部分は確定していない。第三者にとって、その任務が、一般的な査定原則を特定の給付または物に適用して瑕疵を調査することに限られているか、それ以外にも、査定中に含まれる給付の範囲を自身で確定することまで委ねられているかは、概念にとって重要ではない。決定的なことは、「仲裁鑑定人(arbitrator)の場合、評価の点に関して、契約当事者の意思に代わり第三者の

意思が現れる」ことであり、「単なる鑑定人」、つまり、その鑑定は、当事者が訴訟に対して基準的価値と考えている事柄の証拠を提示する鑑定人とは異なる。「第三者が意図したことを、契約当事者は当該の点に関して合意した」のであり、特定の査定原則によって何か明らかにするというものではない。当事者が、自身の意思につき特定の原則を第三者に指図することはあるかもしれないが。

(ii) 判旨はさらに、控訴審の判断するところでは、プロイセン法においては、そのような *arbitrium* は、プロイセン一般ラント法 (A.L.R.) 第一章第一部四八条および四九条において述べられた原則によれば、詐欺または、控訴審裁判官が考えるように、*arbitrator* の自由な意思の確定を妨げるその他の事情がある場合にのみ取り消しうるとするが、これには同意できないとする。四八条および四九条において売買のために定められた売買価格についての第三者の判断を、「自由仲裁 (*arbitrium merum*)」と性質決定することは認めうるかもしれないが、この特別規定から、プロイセン一般ラント法によると、あらゆる *arbitrium* は自由仲裁 (*arbitrium merum*) とみなさなければならぬという一般的原则を導くことはできない。<sup>(4)</sup> 右四八条・四九条が対応するところの法源 (115 Cod.de cotrahent. IV, 38) に定められた *arbitrium* も、自由仲裁 (*arbitrium merum*) と解されている (ゴールドシユミット、アルンドウツ、ホルツシユハー、ドーナラスの文献を引用)。しかし右規定を除くと、法源によっても、第三者の *arbitrium* を「純粹な (*reines*) *arbitrium*」と考えるか、それとも、重大な不公正 (*propter magnam improbitatem*) を理由にして裁判官の修正に服する「公平な裁量のそれ」と考えるかは、「具体的な事件における判断事項」である。契約当事者の一方による *arbitrium* に限らず、善意 (誠意) の行為の場合 (*bei negotiis bona fidei*) にも、疑わしいケースでは後者 (公平な裁量による *arbitrium*) と考えられる (ライヒ高等商事裁判所一八七五年三月二日判決 ROHG 16, S.427ff. を引用)。判旨は法源 (176 D.pro socio, 17, 2:1.30 D.De operis

Hibert, 38, 1) および学説 (シエツペ、ケラー、ベニング・ユージェンハイム、アルンドウツウ、ズインテニイスの文献) を引用している。

(iii) 判旨は、さらにつづけて、ドイツの新しい法案は、第三者の *arbitrium* を公平な裁量によるもの、したがって明らかでない不公平を理由にして裁判官が修正しうるものと捉えている (バイエルン民法典第二編三一条 a 六一頁、連邦国家のための債務関係に関する法案九条・三四条以下・五六条一二六頁)。他方、プロイセン一般ラント法 (第一編第五章七二条・七三条は第三者の判断の性質について詳細に定めてなく、<sup>(5)</sup> 四八条・四九条は特別な *arbitrium* を自由仲裁 (*arbitrium merum*) と性質決定している) が、これら以外の *arbitrium* の事案について、普通法学説が一般的に考えていた善き人の裁断 (*arbitrium boni viri*) の推定から乖離しようとする意図であったかは、疑問である (とりわけ、確定されていない合意部分は公平な裁量の観点から補充されるという一般的原则は、さまざまなところで現れている。プロイセン一般ラント法第一編第五章二三〇条・二六〇条・二六七条、第一章八七一条・八七三条、<sup>(6)</sup> ストゥルーベンを引用) としたうえで、しかし本件においては、「事案の特別な状況によれば、ここで合意された *arbitrium* は契約当事者の意思からみて、何らかの不公平を理由とする (裁判官の) 修正はできないものとみななければなら」ないとして、右問題につき裁判所は判断をする必要はないとする。

(iv) 判旨は、今日の法にとって、義務の範囲が未確定という理由から、第三者の純粋な自由裁量 (*reine Gutbefinden*) の合意 (公平な観点からの修正は行われない) の有効性を認めない見解がある (ズインテニス、ホルツズユーヒャー、債務法草案第一編一二六頁)。しかし判旨は、本件において、鉄道建設工事全体につき定められた株式資本 (*Actiencapital*) により給付範囲の限界線は存在し、まったく抽象的であるという疑問はないとして、右見解が正当かは未定にしてよい、

その客観的な限界線の枠内で、第三者が相当とした株式資本を、異議を留めずに給付する旨の合意は何ら妨げられない、今日の普通法によっても、自由仲裁 (arbitrium merum) の適法性について一般的に疑いはないと同様である、と判示する (前掲の文献、ウインドシャイド<sup>(7)</sup>、ローマ法源 (176 D.pro socio 17, 2.) を引用)。

発行された証明書に従って株式資本全部を即時に交付する義務は、異議を留めずに交付すべき義務と同義である。特に合意中で、「契約当事者双方を区別して取り扱っている」点が決定的である。技師 A だけが異議を申し立てる権限を有し、その後の手続が定められている。技師 A の受諾した金額の支払いを会社が拒否するのは、義務の履行の拒絶とみなされ、その強制のために仲裁手続は必要ない。判旨は、ブリュッセル合意は、合意中でまだ確定されていない査定原則についての判断も技師の裁量に委ねたものであり、技師の証明書は合意中に定められた権限の限定を守っているとすする原審の判断に従う、とする。

右判旨は、① X および Y がブリュッセル合意によって技師 A に委ねた査定または評価の内容、つまり、請負工事債権の譲渡に伴い Y が給付すべき義務の程度 (補償額) を確定するという任務から、A を仲裁鑑定人 (arbitrator) とみなしている。査定原則を確定する判断も、その裁量に含まれるとする。その際に右判旨は、プロイセン最上級裁判所とライヒ高等商事裁判所の先例を引用しているが、それぞれ、(ア) 補償額の査定【2】プロイセン最上級裁判所一八五四年判決、(イ) ヒョウ災害による減収額の確定 (ライヒ高等商事裁判所【5】一八七一年判決)、③ 海難救助料の確定 (ライヒ高等商事裁判所【9】一八七二年判決) が問題になった事案で、【2】判決および【5】判決はそれぞれ、第三者は、法的紛争を判断する仲裁人ではなく、評価または査定を行って契約を補充する任務を有する仲裁鑑定人とみなしている。これに対し、

【9】判決はそれを仲裁合意、したがって仲裁人の判断と解したものであったが、普通法とは異なりプレーメン法の適用事件であったために上訴を肯定している。そして、同判決も普通法に関しては【5】判決と同旨を述べている。そうすると、右判旨は、これら先例に従って、技師Aの任務内容から仲裁鑑定人と解したものと思われる。仲裁鑑定人の評価は、「契約当事者の意思に代わ」るものと判示している点で、その任務は契約の補充と考えていることがうかがえる。

②判旨はつづけて、(ア) 普通法学説は、プロイセン一般ラント法第一部第五章四八条・四九条は売買価格に関して第三者の「自由仲裁」を定めていると認めている(ローマ法源 (I:15 Cod de contrahent. IV, 38. しかし、批判説もある))、(イ) ただし、右特別規定からすべての *arbitrium* を自由仲裁とみることはできず、純粹な (*reines*) 仲裁鑑定か、それとも公平な裁量による裁断かは、事件毎の判断事項とする。(ウ) そして、当事者の意思が疑わしいときは、公平な裁量による裁断であると解されているとする。上述したように、ウインドシャイド説も(イ) および(ウ) については、同旨を述べている(後掲注(7) 参照)。このような考え方にたつて、判旨は、本件合意(ブリュッセル合意)は、査定原則の確定およびYの給付義務についての証明書の発行を技師Aの裁量に委ね、Yはそれに異議なく従う趣旨であるとして、これを「自由仲裁」と同じものであると解している。ワイズマン説が第三者の自由仲裁について論じたときに、引用したのは右【16】七五年判決である。<sup>(8)</sup>

(3) ところで【16】七五年判決は、判旨(ii) 部分で当事者の意思が疑わしい場合の解釈基準を述べる際に、その三か月前になされた【17】ライヒ高等商事裁判所一八七五年三月二日判決 (ROHGE 16, S.427ff.; Seuff Bd.35, Nr.237) を引用する。この判決は、毛織物製造業者の組合に対し、非組合員である相続人が、被相続人が当該組合から脱退した際の退職



賠償金を訴求した事件で判示されたものである。組合契約 (Societätsvertrag) には、被相続人死亡後の退職金 (Abfindung) の算定方法が定められていた。<sup>(9)</sup>

(i) ライヒ高等商事裁判所は、補充的な法律規定およびその種のケースに定められた裁判手続の原則を排除したうえで、当事者 (pascienten) が意図的に十分確定していない非常に重要部分に関する事後的な確定を、善き人 (gute Manner) によって、いわば契約当事者の心で行う旨の合意は、地域の取引需要から生まれたものであるとして、右合意の意義は、原則として仲裁人の判断に向けられたものではないとした。①判旨は、その理由として、当事者の意思は、意図的に不完全にしている確定を補充的に完全なものにするというもので、契約内容についての争いを裁判するものではない。この際に判旨は、前掲ライヒ高等商事裁判所の先例 (【5】七一年判決、【9】七二年判決)、およびプロイセン最高法院の先例 (【1】四四年判決、【2】五四年判決) <sup>(10)</sup>などを引用する。②判旨はまた、契約当事者の意図は、合意の存続が事後的な確定にかかっているという、真実の条件に向けられたものではない、むしろ、実定法規に定められた場合を除き、契約当事者の意思に従って、必要な場合には裁判官の裁量 (Arbitrurung) が補充的に加わる、特に商取引ではそうした明確な意思が基準になる (商法典二七八条・二七九条)、とする。③さらに判旨は、必ずしも事後的な確定を第三者に委ねる必要はなく、共同契約者 (Micotrahenten) の一人に契約上そうした権限を認めることは一般的に許される。すなわち、契約者がその誠実さと良心を信頼している点に、合意または法律による保障に代わる十分な正当化の根拠が認められるのであり、重大な信頼の濫用が阻止される限り、処分権者をその思慮なき行為 (Unbesonnenheit) の結果から保護する理由はないとする。

(ii) 判旨はまた、売買や用益貸借の目的物・価格など、その性質上、法律の規定による補充ができない重要な契約

上の定めを契約当事者の一方の裁量に有効に委ねることができるかは疑問があるかもしれないが、普通法の法源はそうした合意の適法性に疑問をもっていない、とする(ローマ法源の引用)<sup>(11)</sup>。①判旨によると、多くのケースにおいて、契約当事者の一方の公平な裁量が義務の範囲、むしろ義務の存在にとって決定的な内容の合意は、有効であると承認されている(ローマ法源の引用)<sup>(12)</sup>。②ただし、合意から、契約当事者の随意が決めるのか、それとも公平な裁量であるのかが明らかにならない限り、解釈によって後者の意味で契約を維持するという一般的な原則が承認されている(ローマ法源の引用)<sup>(13)</sup>。③そのような公平な裁量、善き人の裁断(boni viri arbitrium)は、客観的なもの、したがって裁判官のコントロール、必要な場合にその修正に服するものとみなされ、それゆえに不公平な確定は裁判官によって修正される、という一般的な法原則がたてられている、とする。

(iii) 判旨はこれに続けて、しかしながら、プロイセン法ではそのような規定が欠けていると指摘する。①むしろプロイセン一般ラント法によると、その対象がまったく確定できない、または、その確定・履行が義務者の「随意」に委ねられている契約は、拘束力がない(同法第一編第五章七一条)。②また解除条件が、意思表示をした者またはそれにより義務を負う者がまったく確定されていない随意にかかっているような場合、意思表示自体はまったく法的効果をもたない(同法同編第四章一〇八条)。③さらに履行が可能性または場所について未確定の表現で約束されており、履行時期を義務者の随意に委ねることはできない限り、裁判官の確定が行われる(同法同編第五章二二六条)。このように述べたうえで、判旨は、④それゆえに理論や実務では、契約当事者の一方の「公平な裁量」が詳細な定めのない義務の範囲を決するという趣旨の契約は有効とみなされている、とする。

(iv) 最後に判旨は、この事件の解決として、①Xの申立てを認容した控訴審判決は、組合契約上の合意はプロイセン

一般ラント法第一編第五章七一条に違反していることを看過している、②しかし、控訴審裁判官は、償還すべき持分権の算定の原則につき、組合員の随意ではなく一定の裁量に委ねられていると解している点に、注視する。つまり、控訴審裁判官は、組合構成員に対して、法律が裁判所の「価格査定人」に課しているのと同じ「慎重さ、誠実さ、および中立性」を要求しているのであるとして、判旨は控訴審判決を正当として維持している。

右判旨は、その (i) ①部分で、【16】六月判決と同じライヒ高等商事裁判所およびプロイセン最高法院の判例を引用して本件合意を解釈しており、契約を補充する仲裁鑑定人像を本件組合契約の構成員に認めたものと解される。しかし、判旨 (i) ②部分では、その法的性質についての「条件」説を否定するような判示にも解されるが、<sup>(14)</sup>「真の」条件ではないとしている点ではなお条件説にとどまっているとも解せようか。さらに判旨 (i) ③部分では、契約の事後的確定を第三者ではなく、共同契約者の一人に委ねる合意も適法としている。第三者の独立性の問題は、たとえば【16】六月判決は、Y社の技師Aによる判断の事案であつたにもかかわらず、判旨はこの問題について特に言及していないが、本件は当該組合の構成員自身による確定の事案であり、判旨は特にこの点にも言及する必要があつたものと解せようか。しかし右判旨はまた、それを「思慮なき行為」と批判的な評価を加えたうえで、その代償がその者の「誠実さと良心」であると指摘している。この点では、自由仲裁を「特定の」人物による判断と位置づける学説との親近性がうかがえるように思われる。またその場合の判断基準の確定も個別的事案での判断として、当事者の意思が疑わしいときは、一方の契約当事者による「公平な判断」としている点では、【16】六月判決と同旨である。

判旨は、(ii) 部分では普通法、(iii) 部分ではプロイセン法のそれぞれ扱いについて判示している。普通法に関しては、

ドイツ仲裁鑑定法の形成 (四) (豊田)

四七〇 (四七〇)

ローマ法源が引用されているが、筆者はその検討をしていない。またプロイセン法によると、一方の契約当事者による「随意」の確定は許されないが、学説や判例は「公平」な確定を許容すると指摘する。判旨は、最後の (iv) 判示部分において、この考え方から原判決を維持したものと解される。

(4) 【18】ライヒ高等商事裁判所一八七五年一〇月一八日判決 (ROHGE 18,S.258f) 事件の詳細は、判旨から明らかでない。被告Y社の主張によると、Y社は原告Xに対して、年収 (pro anno) 一二〇ターレルで事務所のポストを与える、同社の期待通りに仕事が遂行できたときは、一五〇〇ターレルまで給与を増額する、双方の契約解雇の期間は三か月とする旨の通知をしている。

(i) 判旨は、右文言からすると、Yの裁量によって、Xの職務遂行が申し分のないものであるとみなされる場合に、YはXの給与を徐々に一五〇〇ターレルまで引き上げる趣旨の約束を含むものと解される。右約束は義務を基礎づけるもので、単なる見込みを示すものではない。しかしそれにもかかわらず、添付の約定は、商法典による試供品の売買の場合と同様、Yの純然たる随意によるものと解されるのであり、約束は (Yに) 義務を発生させることはできない。

(ii) また判旨は、Yは随意ではなく、公平な裁量によって、Xの職務遂行が申し分のないものであるかを判断するという見解も、考えられる。その場合に、Yの受諾は義務を基礎づけたことになるが、本件においてそのような見解は相当でないとする。判旨はつぎの点を指摘する。①すでに「約束の文言」が、それに反対する。Yの主張するような表現をする者は、文言の意義によると、被雇傭者の職務遂行が給与を増額するのにふさわしいほどに満足できるか否かの判断を、もつばら、自己の感情外にあつて、あらゆる客観的な基準を排除した個人的な裁量に残しておくものである。②またYの

約束の文言解釈による右結論は、三か月の解雇期間の合意によって基本的に支持される。(右合意は)、非常に短期間に関係を解消する権能を、Yと同様、Xにも付与したもので、右権能と並び、Yが法的な義務を引き受ける意思であった蓋然性は非常に小さい、とする。

右判旨について筆者の理解はなお十分ではないが、当事者間の雇傭契約に基づく報酬額の増額について、契約の一方当事者であるYの随意による裁量を肯定したが、法律上の義務までは認めなかった事例と解せようか。同様に雇傭契約上の合意ケースであるが、ライヒ高等商事裁判所はつぎの事件では自由仲裁の合意を認めていない。

(5) 【19】ライヒ高等商事裁判所一八七七年一〇月一三日判決 (ROHGE 23, S.81ff.) 原告Xは被告Y社に属するガス工場の管理者に雇用されていた。一八六六年三月一九日、雇傭契約は雇傭期間を五年間延伸して更新され、報酬額は一二〇〇 (sl.) に引き上げる、さらにXは契約期間の終了時にYの株式を額面相場で受け取る旨Yとの間で合意をした。ただし、「管理委員会 (Verwaltungsrath) が、五年間にXの仕事に満足した場合は」という文言が右合意に付されていた。Yは、L.R.S. 一一七四条 (フランス民法典一一七四条参照) の準用を考えている。事案は、XがYに対し、株券の引渡しを求めて提起した訴訟である。

(i) 判旨は、Yの主張は理由がないとする。株券の配当は、もっぱらYの随意だけにかかっているものではない。条件付きの売買について (「si res placuerit」)、それは単に自由仲裁によるだけでなく、善き人の裁断によるものであるとの見解が主張されているが、右見解は、本件のような契約に対しては L.R.S. 一一三四条三項 (§. 3.) を適用しなければなら

ない。

(ii) 職務遂行に対する報酬の一部の支払いが契約期間の最後に延期される場合、それにより雇い主は誠実な職務遂行を確保したのであり、被雇傭者は雇い主の満足を得られるように職務遂行に専念しようという自覚や決心が強いほど右のような報酬確定を承諾することも多くなるのである。つまり、「Xは、明らかにYの主観的な随意に服する意思はなく、客観的な要素、Xの仕事は申し分のないものであるという事実」つまり「Xは、明らかにYの主観的な随意に服する意思はなく、客観的な要素、Xの仕事は申し分のないものである」という事実を指摘しなくてはならず、かつ、裁判官はその相当性について判断しなければならないという効果を生ずる。」

判旨は、雇傭契約において報酬額の増額のための管理委員会の判断に関して、当事者の意思は、Yの主観的な随意判断ではなく、「客観的な要素」を考慮した確定であり、それに対する争いは裁判官に委ねる趣旨であると指摘して、「自由仲裁」の合意を認めていない。

さて、以上に検討したライヒ高等商事裁判所の判例においては、①第三者または一方契約当事者の随意による「自由仲裁」の合意を認定したケース【16】七五年六月一日判決、【18】同年一〇月一八日判決）とそれを認めなかったケース【17】同年三月二日判決、【19】七七年一〇月二三日判決）に分かれる。②七五年の【16】六月判決および【17】三月判決が判示しているが、普通法学説はプロイセン一般ラント法第一章第五四八条・四九条は売買価格に関して第三者の自由仲裁を認めたものと解し、ローマ法源にその起源を求めている。そこでいう自由仲裁は、契約補充型の仲裁鑑定人像が

考えられている。そして自由仲裁は第三者だけでなく、契約の一方当事者が行うこともできる。ただし、随意か公平な裁量かは、事件毎の裁判所の解釈に委ねられ、当事者の意思が疑わしいときは、公平な裁量によるものと解される<sup>(15)</sup>。両者の違いは出訴により裁判官の修正に服するか否かであり、公平な裁量による裁断のみが裁判官の修正に服する。【17】七五年三月判決は、契約の一方当事者による給付確定の合意について、普通法とプロイセン法の扱いの違いを判示しているが、つぎのプロイセン最上級裁判所は、契約の一方当事者による随意的判断を定めた合意の拘束力について判示している。

(6) 【20】プロイセン最上級裁判所一八七五年一月八日判決 (ObTrhb 74, S.1ff.) 被告・レストラン経営者Yは、賃貸人Xとの間で、一八六六年九月二六日付けの書面による契約で、庭園を含む複数の建築用地を一八六六年一〇月一日から一八七二年までの六年間賃借りにした。右賃貸借契約第六条は、つぎのように定めていた。すなわち、賃借人Yは賃借地においてレストランを経営し、そのために建築物の改築を行う。Yは、改築建築物を契約解消時に存置する義務を負い、Xは自己の裁量でYに補償する義務を負う。Yは、契約期間中にホールやポーチを設置したが、期間終了後に移転する際に右建物を撤去し、資材を保有した。これに対しXは、撤去時の建物の価値は四三〇ターレル (Thln.)、裁量で定めた補償額五〇ターレルを控除して三八〇ターレルをYに請求したという事件である。第一審、控訴審ともXの請求棄却、Xの無効抗告はプロイセン最上級裁判所により棄却された。

(i) プロイセン最上級裁判所の判旨によると、控訴審裁判官は、賃貸借契約六条中の合意を、Yは撤去に当たりXに一定の建物を売買により存置する義務を負うという趣旨の、独自の副次的合意とみなしたが、これに対し無効抗告によって不服申し立てはできない、とする。六条は主たる契約・賃貸借契約とは独立した副次的契約であると解した場合、この

契約も契約の総則規定によって判断し、その要件に合致するものでなければならぬ。YがXに存置すべき目的物は、十分に特定されている。しかしそれは無償ではなく、Xはその建物に対し特別に補償をしなければならぬ。補償額、すなわち、売買によって存置される目的物の価格は、義務者であるXの裁量に委ねられる。つまり、補償額は完全に義務者の随意にかかっている、その確定はいかなる方法によっても制限されない。そのような事実上の要件のもとでは、プロイセン一般ラント法七一条が適用される。同条によれば、その目的物が未確定の契約、または、その確定ないし履行が義務者の随意に委ねられている契約は、拘束力がない。

(ii) 控訴審裁判官は、また、一定の目的物の売買による存置が当事者間で合意されていると判断することで、プロイセン一般ラント法四七条を指示している。同条によると、売買価格それ自体または将来の出来事については、然るべく確定されなければならない旨規定されている。無効抗告は、Yが六条により補償を求める権利を有していることを認めている。補償の額が賃貸借契約の締結の際に、概括的な金額ではないにしても、何らかの基準によって、たとえば鑑定人の鑑定、消耗費用を考慮して出費、または公平な裁量によって確定される旨なぞに規定されていないのか、明らかでない。しかし、Xの主張する補償額をもっぱら自身の裁量だけで定めるという権利は、契約の本質と合致しないほどに限定されなく、随意的なものである。Yがこの際にXの随意を認容しようとしたことは、Xの主張する請求権から明らかになる、それによると、Xは、撤退時の建築物の価格を四三〇ターレルと見積もりながら、Yに対し五〇ターレルの補償額しか認めていないのである。Xの引用する当裁判所第四部の一八六五年六月一三日判決は、異なった要件事実を基礎にしている。

(iii) 本件においては、控訴審裁判官の契約の解釈によって、反対給付の確定は義務者であるXの随意に委ねられてい



る、したがって、賃貸借契約六条中の合意は、プロイセン一般裁判所法七一条に服すると認定されている。同法二七〇条は、法的拘束力のある契約を前提にしたものであり、Xに有利とはならない。両規定の違反に基づく無効抗告は、理由がない、とする。

ライヒ高等商事裁判所の前掲【17】七五年三月判決が同旨を述べているが（前掲③判示部分）、右プロイセン最上級裁判所【20】七五年判決はプロイセン一般ラント法七一条を適用して、本件賃貸借契約上の義務者の随意による補償額の確定合意について、その拘束力を認めていない。それは、契約の本質に反する合意であると指摘されている。

(7) 最後に、ライヒ裁判所の自由仲裁に関する判例をみることにする。前掲・ライヒ裁判所は、一般論として「自由仲裁」を肯定している（【11】一八八三年判決、【12】一八八四年判決、【15】一八八九年判決）。ライヒ裁判所の判例としては、つぎの二件が引用されている。

まず【21】ライヒ裁判所一八八〇年四月二三日判決（RGZ 1, S.338ff.）であり、つぎのような事件である。原告X女の夫Aは、Xおよび五人の子を残して死去（一八七三年二月）、AおよびXの双方近親者からなる親族会は、遺族への援助が相当であると決定した。Xの両親は、生涯にわたり住居を無償で提供する義務を負い、亡夫Aの五人の親族は普通法に従って親族会を構成し、年四回特定額の定期扶養料を支払う義務を負う、Xは生命保険料を親族会の管理に委ね、すべての関係者が契約書に署名した（一八七三年二月二六日付け）。この契約書には、つぎの趣旨の定めがおかれていた。「援助は受取人の道徳的な態度、および子たちの良好な教育にかかっている。受取人または就業能力を得た子たちが自ら一家を

扶養できるようになったときは、援助は直ちに中止する。それについては、親族会が判断する。」。一八七四年末から一八七六年末まで、援助金は支払われたが、一八七七年二月一日、親族会は、Xが援助の条件を守っていないとの理由で、書面で援助金支払いの中止とともに、親族会の解散を決定した。ただし、親族会の構成員の一人は出席せず、書面で決定に賛成し、もう一人は右決定に反対した。Xは親族会の四人の構成員Yらに対して、滞納分の援助金の支払いと将来にわたる継続的給付についての拘束力のある承認を裁判所に訴求した。Yらは契約による義務の引き受けを争い、予備的に契約の解約は親族会の随意に委ねられている旨を主張した。

第一審は、中止決定の日までの扶養料の支払いをYらに命じ、その余の請求を棄却した。第一審は、証書によると、扶養料の継続的承認は、「もっぱら親族会の事前の中止決定に服」し、親族会は裁判官のコントロールを排した自由な裁量によって判断しなければならない、それによると、「過去」の扶養料分については、義務者が契約から解放されることはありえないが、「将来分」は、親族会の決定の日から、その効力を生ずるとした。X控訴、控訴審は第一審判決を維持したが、Xの上告に基づきライヒ裁判所は原判決を破棄した。Xの抗告もあるが(認容)、当面のテーマに関する上告部分のみについて以下に検討する。

(i) ライヒ裁判所は、援助金中止決定の法的意義について、控訴審が、その「継続的な認可は義務者の随意に委ねられている」と考えている限りで、それを誤りとするXの批判を正当とする。判旨によると、①親族会の判断は、「契約の精神および文言」からみて、「随意的なもの(wilkürliche)」であってはならず、むしろ「特定の、かつ、客観的に特定しうる要素」によらなければならない。したがって、契約の解約を基礎づける事実の認定それ自身が親族会の決定に服する場合、その決定に対して、扶養の権利を有する者(Alimentationsberechtigten)は「明らかに不公平である」として不服申

立てをすることができる。その場合、右扶養の権利者は、主張された事実が真実でないと証明することもあれば、あるいは、その真実を前提にして、合理的かつ公平な裁量によれば親族会の判断は正当化できないと証明することもある。

②判旨は、そうした事情のもとで、Yが、契約を解約する事情があると単に陳述しているだけでは、十分といえない、とする。Yは、親族会が、将来に向けた扶養給付の中止を決定するに至った理由を実際に証明しなければならぬ、そして、右決定自体を裁判官の事後審査に服させる、必要があるときは、中止決定の理由の存在および重大性に当たたる事実について、証拠調べを経たうえで裁判官に変更させることになる。これらについてXが証明責任を負うことは、争いのある合意により形成された法律関係の性質から導かれる、それによると、権利者の批判は、義務者は年金継続を条件づける関係について、誠実かつ公平に考慮しているという信頼を濫用していないという点にのみ向けられることになる。ローマ法源および先例の引用 (1:228. 1 Dig.de R.J.(50, 70); 1:30 pr. Dig.de oper.lib.(38, 1); 1:7 pr. Dig.de cotremt.(18, 1); 1:3. Cod.de dot. Prom. (5, 11); 1:6.77-80 Dig.pro socio(17, 2). Seuffert, Archiv für Entscheidungen Bd.20 Nr.218; Bd.26 Nr.187; Bd.30 Nr.237; Bd.32 Nr.118; Bd.33 Nr.113.)。

(ii) 判旨は、①一八七七年二月一五日付けの親族会の中止決定を、明らかな不公平を理由に取消すことは、一八七三年二月二五日付けの証書が、「この証書はすべての点に関して不服申し立てはできない」と定めている事情があったとしても、差し支えないとする。右条項は、Yの契約違反の態度に基づく出訴の許容性を、いかなる場合にも排除するものではない。②またYの弁護士は、控訴審判決は契約の中止は「義務者の随意に委ねられている」との事実上の考慮にたっていると主張しているが、判旨はこれも正当でないとする。事情から認識しうる関係者の意思によって、問題の約定はYの考える意味で解釈しなければならないという趣旨の事実認定は、ここで問題になっている点に関して、控訴審判決に含ま

れていない。それは、争いのある条件 (Vorbehalt) は右の内容を有するという「証書の文言」のみから導かれている。争っている当事者間で合意が成立した場合に、Yの履行は、自由思想や道徳的な拘束力ではなく、「法的義務に基づいた」ものである。しかし、上告裁判所はその法見解に拘束されない。契約の解約要件の発生についての判断は親族会に属する旨の定めがない場合、裁判官のコントロールの問題が発生する余地はなく、むしろ、一定の事象の発生とともに終了する他のあらゆる合意の場合と同様に、事象が発生したか否かのみが調査されるのである。所定の要件があるときに、契約の中止についての判断は義務者に留保されているという付加条項 (Zusatz) こそが、右問題を契約関係のなかに持ち込むものであり、そして当該条項は、疑わしいときは、義務者は公平な裁量に従って態度をとらなければならないという趣旨に解釈しなければならぬものである。③最後にYは、義務の中止問題は、契約の内容および存続とそもそも分離することとはできないと主張するが、判旨はこれもまた正当でないとする。問題の合意を決定の条件 (Resolutivebedingung) とみよとした場合、それが発生したときに、契約はすべての効果とともに消滅するものではなく、契約は最初から締結されていなかったとみなされることになろう。すなわち、契約は扶養給付の継続を考慮して中止される、他方で、すでに理由のある効果は存続する。

(iii) 以上のように判示したうえで、判旨は、援助中止を承認した一八七七年二月一五日付けの親族会の決定は、総論部 (allgemein) と一定の事実を引用した理由づけ部分からなるが、そのうち後者におけるXの財産状態からした理由づけは、裁判官の評価にとってまったく不十分と解した原判決の判断に賛成できるとする。他方で判旨は、前者の点は、第一審で事後的になされた理由づけについてさらに証拠調べを要するとして、事件を原審に差し戻した。

ライヒ裁判所は、本件における遺族に対する扶養契約の精神と文言を根拠に、親族会の判断は随意的な判断であつてはならず、客観的に確定しうる要素に基づく判断でなければならぬとして、親族会の中止決定に対して、扶養権利者である遺族は明らかな不公平を理由に裁判所に不服申立てができるとしたものと解される。判旨は、右訴訟において事実の不真実、または、中止決定の不当性については、遺族が証明を要する旨指摘する。なお、ライヒ裁判所は、判旨 (i) ②部分でローマ法源 (122 §. 1 Dig.de R.J. (50, 17); 130 pr.Dig.de oper.lib. (38, 1); 17 pr.Dig.de contr.emt. (18, 1); 13. Cod.de dot.prom. (5, 11); 1.6.77-80 Dig. pro socio (17, 2)) および判例を引用してゐるが、一部の判例 (ライヒ高等商事裁判所の前掲【16】七五年六月判決 (SeuffArch 32, S.149, Nr.118) および【17】七五年三月判決 (SeuffArch 30, S.340ff., Nr.237)) を除いて、その検討はできなかつた。

(8) つぎに【22】ライヒ裁判所一八八八年一〇月九日判決 (RGZ 21, S.188ff.) をみると、その事案はつぎのようなものである。X男・A女夫婦は、一八八〇年六月二七日に遺贈契約を締結し、生存者である配偶者が先に亡くなった配偶者の遺産上に終生にわたる無制限の用益権を相続取得し、その用益権を自由に処分し、かつ子たちの相続分も確定できる旨合意した。妻Aが一八八一年八月二五日に死去、八二年五月二三日、Xは二人の息子Yらとの間で相続財産の譲渡・分割契約 (Übergabe-und Erbschaftauseinandersetzung=Vertrag) を締結し、一定額の対価と引き換えに土地を譲渡する、X自身には隠居分 (Leibzucht) を、三人の娘たちにはXの死亡後に支払われる補償金を定め、Aの用益権に対する子たちの相続分を確定した。この契約は、一八八四年三月一日付けの契約で、被告Yに関して変更が加えられ、YはXに一八八四年一〇月まで一万二六〇〇マルクを支払い、かつ、一人の娘が銀行から借りていた九〇〇マルクを自身の債務として引き

受けて、それを支払う旨の義務を負った。Yが右義務を果たさなかったために、XはYに対し、Yが同女の債務の免除を命ずるように訴求した。Yは一八八〇年六月二七日付けの前記遺贈契約の有効性を争い、Xには右債務免除を訴求する権限はないと主張した。第一審、控訴審ともXの請求認容、Yの上告は棄却された。

ライヒ裁判所は、八〇年の夫婦間の契約は「遺贈契約」であるとみて、法的拘束力を有するとした原判決を正当とする。そして右契約中で、残された夫婦の一方が、先に亡くなった者の相続財産に対する子たちの相続分を確定して定める権限を有する旨の定めは、法律に違反しないとする。遺贈契約により、先に亡くなった者の用益権について「随意により」処分する権限が残された者に与えられたものではなく、特定の相続人、つまり契約者の子たちの間で、その法定相続人の権利に変更を加えず、遺留分を考慮したうえで、右用益権を配分する権利のみが認められたものであると判示している。

ライヒ裁判所は、本件でも遺贈契約の一方当事者が「随意」によって他方当事者の相続財産を処分する権限を認めず、遺留分を考慮して法定相続人間で配分する権利であると解している。したがってライヒ裁判所は、遺族に対する扶養契約【21】判例）および夫婦間の遺贈契約【22】判例）において、いずれも一方の契約当事者による「自由仲裁」の合意を認めなかったことになる。ライヒ裁判所の両事件とも、自由仲裁に関する判旨部分は、ライヒ高等商事裁判所の【16】判例に比べるときわめて簡単な判示にとどまっている。

(9) 小括

①以上の検討から、普通法学説はローマ法源やプロイセン一般ラント法を根拠に「自由仲裁」という法現象を承認して

いた。しかし若干の判例の概観ではあるが、裁判実務において「自由仲裁」の合意が認定されケースは多くない。ここからは、「自由仲裁」の合意はそれほど広く行われていなかったのではないかと推測ができる。判例のなかには、これを思慮なき行為という消極的ともいえる評価もみられる〔17〕ライヒ高等商事裁判所一八七五年三月二日判決〕。

②前掲判例で問題になった合意はほとんどが個別的な合意の事案であり、約款ないし定型契約上の合意は少ないことに気づく。後者は、毛織物製造業者の組合契約中の定め〔17〕ライヒ高等商事裁判所一八七五年三月判決〕のみであり、他の合意はいずれも前者であろう。請負工事の債権譲渡に際しての合意〔16〕ライヒ高等商事裁判所一八七五年六月判決〕、雇傭契約上の増額報酬の確定の合意〔18〕同裁判所一八七五年判決〕、〔19〕同裁判所一八七七年判決〕、賃貸借契約上の契約解約時の補償額確定の合意〔20〕プロイセン最上級裁判所一八七五年判決〕、遺族への扶養契約上の親族会による援助金支給中止決定の合意〔21〕ライヒ裁判所一八八〇年四月判決〕、遺贈契約上の相続分の確定合意〔22〕同裁判所同年一〇月判決〕である。これらは、ワイズマンが *arbitrator* の活動分野としてあげているローマ法源の適用例とも重なっている<sup>(17)</sup>。

## (二) 当時の学説の議論

(1) 自由仲裁について、当時の学説の議論を若干にみておきたい。ワングナー説によると、自由仲裁 (*arbitrium merum*) と善き人の裁断の区別問題は、旧ローマ法や普通法の当時から存在していたという。第三者の自由な随意による判断の場合、当事者は給付の確定のための基準線を引いていない。当事者は、特定の規範をあえて指示する必要のないほどに当該人物を信頼している。通常は、第三者の確定が当事者の法律関係にとって特に重要とはいえない場合がそれであるが、第

三者は完全に自由であり、当事者はまさに当該人物による判断を重視しているのである、と説く。<sup>(18)</sup>

(2) エケルト説も、自由仲裁は、氏名の特定された第三者が行うものであり、その判断は純然たる主観的な意見に基づく、と述べている。①エケルト説は、従来学説の議論を検討したうえで、一般的に自由仲裁は適法であると解する。ただし、悪意な態度による判断に対しては制限が必要であり、まったくの主体的動機による判断は無制限の権力者による確定にはかならず、鑑定とはいえない。そのような第三者は、仲裁鑑定人 (Arbitrator) でもないし、仲裁人 (Arbiter) でもない、とする。<sup>(19)</sup>

②エケルト説はさらに続けて、第三者の随意による給付の確定に関する学説の状況について、(i) 多数説は、良俗または法律上の禁止に違反しない限り許されるとして、右判断は契約の条件であり、条件が発生しなかったときは、民法三一九条二項により契約は発生しなかったものと解する、(ii) これに対し、普通法学説がローマ法源を誤解したことによる法現象であるとみる少数説 (シルマー説)、(iii) 他方で、随意による給付の確定を肯定するが、まったくの随意の確定ではなく、多くの客観的要素によって限定されていると解する折衷説が対立している、と整理する。

エケルト説自身は、このうち最後の折衷説にくみする。その場合に契約当事者は、素性の分からない人物に給付の確定を委ねる意図はない。当事者は信頼しうる人物を選任するのであり、随意ではあっても常に当事者双方を満足させる判断を下す人物であると考えている。必要があれば、良俗違反によって対処することができる。また不法行為の規定 (民法八二三条) を適用したり、契約関係があれば民法二七六条 (故意または過失による債務者の責任) を適用することができる、とする。

③契約当事者は、そのような確定にのみ服する意図である。公平な裁量による場合のように当事者が定めた確定の枠が



あるのではなく、まったくの判断の自由というのは第三者への信用性から導かれるものである。当事者の無条件の服従から、当事者は他の第三者ではなく、当該第三者だけに給付の確定を委ねたということが導かれる。したがって当事者は、第三者の判断を契約が有効となるための停止条件とみている。判断がなされたときに、契約は有効になり、直ちに履行しうるものになる。他方で、第三者の意思の欠如や不存在、遅延により確定がされないときは、条件の発生がなく、契約は無効になる。したがって、随意による給付の確定により、契約は成立して、履行期が到来するということができる。<sup>(20)</sup>

(3) これらの学説に先立ち、ワイズマン説は、当事者にとつて専門家の判断ではなく、特定の人物の判断が重視され、まさに契約は第三者が判断することで条件づけられる契約があることを指摘し、その場合に当該第三者の判断は裁判官の修正に服さないというのがその主旨である、と述べている。ワイズマン説は、第三者の随意の判断に関する契約は、鑑定契約（仲裁鑑定契約）とは本質的に異なるものであるとして、ローマの法律家が、契約が第三者の *arbitrium* に委ねられている場合に、<sup>(21)</sup>（当事者の意思が）疑わしいときは、善き人の裁断（*arbitrium boni viri*）と解する旨の推定をしたことを正当と評価し、当事者が第三者の裸の随意に服しようとする意思は推定できない、と指摘する。

(4) 前掲エケルト説も引用する「自由仲裁」の批判説として、シルマー説が知られる。①シルマー説は、自由仲裁（*arbitrium merum*）は、われわれのローマ法源にも専門用語として登場していなかったが、近時の法学者は、それを「まったくの随意的な、純然たる主體的な動機に支えられた判断」としてこれを利用して、と考える。ローマ人（*Römer*）に *mera voluntas*（L.75 pr. D.de. leg. 1.30）<sup>22</sup> *plenum arbitrium voluntatis*（L.11 §7D.de leg. III32）<sup>23</sup> *liberum arbitrium*（L.88ID.de reb.dub. 34.5）<sup>24</sup> *arbitrium*（L.1 pr.D.de leg. II.31）<sup>25</sup> という語が、それら相当するものと解されている。これに対して、善き人の裁断（*boni viri arbitrium*）は、客観的な観点から、請求権を相互に調整する、または当事者の意思によつ

てはまだ規律されていない関係を確定する公平な裁量である。その例として、つぎのようなローマ法源が参照される。L.137 § 2 D.de V.O.45.1.L.69 § 4 D.de jur. Dot. 23.3.L.3 C.de dote prom.VI.1.L.22 § 1 D.R.J. 50.17.

② 現時の法律家の多数説によると、当事者は法律関係の秩序のために、特にまだ確定していない給付の目的物の確定のために、自由仲裁 (*arbitrium merum*) を求めるか、第三者の善き人の裁断 (*boni viri arbitrium*) を求めるかは、その意思にかかっている。そして二つの概念においては、委ねられた権限の範囲が異なる。またそれに加えて、善き人の裁断が行われる場合に、その不公平な措置に対しては、裁判官による救済を求めることができるが、第三者の主体的判断が基準になる場合には、その判断は当事者の合意のための条件と考えられなければならないものとされる。ここでシルマー説は、普通法学説の所説を引用している (後掲注 (1) 参照)。

③ これに対しシルマー説は、このような普通法学説の見解は、法源とも、また事件の性質とも一致しない、と批判する。<sup>(22)</sup>ローマ法源を検討して、同説は、第三者の鑑定による法的請求権の調整または確定が問題になる場合、常に公平な裁量のみが考えられていると解する。人が自らの権利を第三者の裸の随意に委ねる旨の合意をするのは、善良の風俗に反することであり (*contra bonos mores*)、相手方にそのような要求をするのも同様である。その趣旨の合意は、われわれの法源においてどこにも言及されていない、と指摘する。

そしてシルマー説は、多数説はローマ法源 (L.76 D.pro soc. 17.2.) を誤解していると批判する。<sup>(23)</sup> 法律家は二種類の仲裁人 (*duo genera arbitrorum*) を語っており、そこから基本的にその機能が異なる二種類の鑑定人が創られたが、その判断に対する上訴の可能性という点でのみ鑑定人は区別されたのである (仲裁判断が悪意の方法でなされた場合を除く)。それを除けば、両種類の地位はまったく同じである。いずれも、随意ではなく、法と公平により判断はなされる。当事者は、

仲裁裁判所の手続以外においても、指名した *arbitrer* の評価に絶対的な効果を認める旨の合意をすることができ。しかし実際は、随意で確定することが自由であるという意図はなく、常に、適正かつ専門的な判断をするという考慮によるものであり、悪意の態度がある場合には、L.3.C. の類推により裁判官の仲介を求めてよいのである。普通法学説は堅固な基礎を欠いており、*arbitrer* の純然たる随意とその個人的な信頼を一緒に結びつけて、後者で基礎づけようとするのは、まったくの矛盾に陥っている。

以上の批判に基づき、シルマー説は、右理論が吟味されなままに民法典三一七条から三一九条に取り込まれ、同法三一九条二項において誤ったアルンドウツ説が定着していることを批判する。<sup>(24)</sup>

### (三) ヴィンター説

(1) ヴィンター説も、「自由仲裁」を認めることには消極的である。<sup>(25)</sup> 同説によると、普通法学説は、ローマ法源 (Cod.4, 38, 15) から、売買は、第三者が実際に判断を下したことで成立すると解している。第三者の判断は、売買成立の条件とみなされる。また判断の基準についても、第三者がどのように定めるかは重要ではないとされた。行為が条件の発生にかかっている場合、第三者の判断によって行為は完全に有効なものとなり、取り消すことはできない。条件付きの行為から、当事者の無条件の服従という構成がとられた。当事者の意思は、他の第三者ではなく、まさしく当該第三者に給付の確定を委ねることにあるという趣旨に解された。したがって、当該第三者を欠く場合には、裁判官による契約の補充を考へることはできないし、また当該第三者の判断が下されると、もはや裁判官による修正はできないことになる。

(2) これに対するヴィンター説の批判はつぎのようなものであるが、前掲シルマー説と基本的には同旨と解される。<sup>(26)</sup> ①

第一に、自由仲裁の考え方は、ローマ法源中に十分な根拠をもたない点で問題がある。条件付きの行為は無条件の服従と関係がなく、両者はまったく別レヴェルの事項である。つまり行為の発生は、行為が成立したか否かの問題であるのに対し、第三者の判断への服従は、すでに有効な行為が存在し、給付の確定についてさらに裁判官の修正に服するか否かという問題である。普通法学説およびそれに追従した判例は正当といえない。

②第二に、法源 (Dig.17, 2, 76) から二種類の Arbitrator 像が導かれた。一方は、当事者はその判断に絶対に従い、その効果として判断は取り消すことができないという仲裁鑑定人 (Arbitrator) である。もう一方は、その判断は、場合によっては裁判官の判決により修正できるといふ仲裁鑑定人 (Arbitrator) である。そして、前者の「sive aequum sit sive iniustum」から、この仲裁鑑定人 (arbitrator) は、判断に当たりまったく自由である、まったく主観的な判断、純然たる随意で判断できる、したがって、善き人の判断からの救済は排除されるといふ結論が導かれた。しかしヴィンター説は、法源 (Dig.17, 2, 76) から自由仲裁 (arbitrium merum) を導くのはおかしいと批判する。当事者はなぜ判断に従わなければならないかという点、仲裁判断に対する上訴、つまり裁判官による修正が排除されていたからである。

③ヴィンター説<sup>(27)</sup>によると、(i) 判例上、自由仲裁が問題になったのは、契約関係のどこかの点がまだ明白でないため、第三者または契約の一方当事者によってその補充が必要なケースであった。そして判例は、明確な区別基準を適用せず、裁量により判断していたようにみえるという。ただし、契約の補充が議論されたケースは、いかなる基準でもって確定すべきか、そのための手掛かりがなく、まだ確定していない契約条項による請求権が主張されていた事件であった。この場合に、厳格な基準を適用すると、債務関係は内容の特定を欠くとして無効とみなされる、また義務を義務者の随意にかからせるのは、現行法上は不適法とみなされる【20】プロイセン最高法院一八七五年判決。

(ii) 判例は、第三者による契約の補充、また契約の一方当事者による場合にも、公平な裁量かそれとも随意かを論じ、契約は補充しうるものとみなすものが多かった。ヴァインター説によると、判例の基本的な傾向として、第一に、内容が未確定なために本来は無効とされるべき契約を維持すること、第二に、当事者の意思が疑わしい場合には（ただし、その基準は明確ではないとも指摘する）、公平な裁量による判断と解すること、以上の二点があげられる。かくして判例は、Arbitrator に、仲裁人に代わる紛争解決と法律行為の補充という二重の機能を創出したことになる。

ヴァインター説は、これは判例の動機からしか理解できないとする。判例は、本来取り消せない仲裁判断を取り消しうるものにするために、紛争を解決する arbitrator を用いたのである。arbitrator の裁断は、もっぱら判例がそれを意欲したゆえに、取り消すことができたのである。これに対し、判例は、契約補充の arbitrator を、主として内容の確定していない契約を維持するために用いた。

(iii) しかし、ヴァインター説は、実務上、随意の判断または第三者の自由裁量による判断が定められた合意は明らかではないし、また判例は、学説のあげる氏名の特定した第三者たる人物という判別基準も適用してない、と指摘する。<sup>(28)</sup>そして arbitrator (仲裁鑑定人) と arbiter (仲裁人) の区別について、学説は混乱に陥った。仲裁人 (Arbiter) の判断と善き人の裁断 (arbitrium boni viri) の対立は可能であった。しかし、仲裁人と自由仲裁を下す仲裁鑑定人は、どちらの判断も無条件で拘束力を有し、不服申立てができないために、区別することができなかった。自由仲裁を下す仲裁鑑定人を、仲裁人と仲裁鑑定人のシステムの中にどのように組み込んでいくべきか、学説は分からなかった。ヴァインター説は、その例として、仲裁人 (arbitor) と仲裁鑑定人 (arbitrator) の区別によって「自由仲裁」(arbitrium merum) の承認は好ましくない、自由仲裁により判断する第三者は、arbitrator ではなく、arbiter でもない」と説いた、前掲エケルト説を引用する。

(1) シルマー論文 (T. Schirmer, ACP Bd. 91 (1901), S. 137f.) が当時の学説を引用している。たとえば、①プフタ (Puchta) は、その対象を人の *Arbitrium* に委ねることができるとし、*Arbitrium* には自由裁量一般 (債務者の場合に限り) か、または公平な裁量 (善き人の裁断 *arbitrium boni viri*) があるとす。②またケラー (Keller) は、第三者の *Arbitrium* による個別的な点の定め (たとえば、組合持分の程度) は間接的な確定に属するとして、ローマ人 (Römer) は、疑わしい場合には、純然たる随意によるというより、公平な裁量によるとみていた、つまり一定の客観的な基準に拘束されると考える傾向があったと指摘する。③さらにウインドシャイド (Windscheid) は、給付の内容が示された人物の裸の随意、またはその公平な裁量 (*Arbitrium* 一般) に対する、善き人の裁断 (*arbitrium boni viri*) によっても確定されない場合には、最終的な判断は裁判官 (のそれ) にかかっているとす。ウインドシャイド説については、後掲注 (7) も参照。④ブリッツ (Brinz) もまた、不確定部分の選択、同時に限定または単なる確認を純然たる随意または公平な裁量に基づく確認として第三者に委ねることができるとして、公平な裁量による場合は裁判官によって跡付けられるとする。

(2) Winter, aa.O., S. 122ff.

(3) Winter, aa.O., S. 127ff. なお、本文で引用した判例以外にも、OAG München, U.v. 27.1.1862, SeuffArch 15, Nr. 191, S. 300ff.; OAG München, U.v. 31.12.1862, SeuffArch 17, Nr. 227, S. 361f.; OAG Lübeck, U.v. 30.5.1865, SeuffArch 20, Nr. 110, S. 178ff.; OG Wolfenbüttel, U.v. 2.11.1877, SeuffArch 33, Nr. 113, S. 154ff. を閲読してみたが、筆者には難解で本稿で紹介・検討するまじらなかつた。

(4) 引用されたプロイセン一般ラント法第一編第五章四八条と四九条をみると、①四八条は、売買価格が第三者の自由裁量 (*Gutfinden*) と関連して確定される場合、双方の契約当事者は第三者の判断に従わなければならない、買主も、五八条所定の異議を主張できない旨規定する。②また四九条は、当事者の一方が詐欺によって第三者に価格を確定させることができたときにのみ、売買契約は締結されていないものとみなし、詐欺者は利益分の支払いを義務付けられる旨規定する。なお、修道二八卷一号一六頁も参照。

(5) 両規定の前条・七一条が、対象の確定できない契約、その確定または履行が義務者の随意に委ねられている契約は、拘束力が

ない旨規定している。これにつづけて七二条は、確定されていない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、第三者が判断を下したときに、契約は有効になる、また七三条は、第三者は、その意思に反して、判断を下すように請求されない旨それぞれ規定している。修道二八卷一 号一六頁参照。

(6) ①二三〇条は、契約の副次規定中、履行時期に関する規定であるが、履行時期が契約中に定められていない場合において、疑わしいときは、裁判官が確定する旨規定する。②また二六〇条、二六七条は契約の解釈規定であり、二六〇条は、解除の意思 (die Absicht, freygebig zu seyn,) が明らかでないときは、一方当事者に支払われる以上に給付はしないものとする、また二六七条は、この種の契約 (権利の取得・処分のための双方当事者の同意。第五章一条参照) では通常認められない法外な利益を要求する当事者に対しては、不利益に解釈する旨規定する。

③第一章 (生活中の契約において基礎づけられる所有権の取得の章) は、作為または不作為に対して、金銭もしくは物を約束した、または作為もしくは不作為を約束した合意について、義務者に報酬の支払いが約束されたものと定めている (八六九条・八七〇条) が、それにつづき八七一条は、右報酬の支払いが契約中で十分に確定されていないときは、鑑定人による鑑定によって補充しなければならない旨規定する。

(7) 引用されたウインドシャイド説は、契約の未確定部分の補充についてのルーツ (Quelle) として、一方当事者の意思表示、第三者の意思表示、裁判所の裁量、またはその他の事実をあげている。このうち本件判旨の引用は、「裁判所の裁量」を指しているものと思われるが、ウインドシャイド説は、給付の内容が氏名の特定された人物の裸の随意、またはその公平な裁量によって確定されないときは、裁判官の判断によるとして、ローマ法源を引用する (I.24 pr.D.19, 21.76.80 D.17, 2, 1.69 §D.23, 3, 1.3C.5, 11.1.1. §ID.31, 1.22 § 1 D, 17)。そして同説は、(当事者の意思が) 疑わしいときは、常に、当事者または第三者の判断は「善き人の裁断によってなされるものと考えなければならない」と述べて、ライヒ裁判所の判例 (RG 34, S.155fg., RG 35, S.105fg., 両判例とも未検討) を引用している。vgl. B. Windscheid/T. Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Bd, 8. Aufl., 1900, S.18, Fn.5.

(8) Weismann, Das Schiedsgutachten, AcP 72(1888), S.328, Rn.89.

(9) 判旨に引用された組合契約第十二条によると、組合に未加入の相続人に対して、被相続人の死亡から一年後に、製造工場を持

分権 (Eigenhumsantheil) 当たりの金員が支給される。その金額は、製造工場の査定により定められる。脱退時における右査定を確定するため、相続人と組合役員 (Vorstand) はそれぞれ組合員から二名を選任し、一人の審判人を合意する。審判人の合意ができないときは、相続人と組合役員は組合員のなかから一名ずつの審判人を選任し、二人の審判人はどちらが審判人になるかを決定する。これらの審判人が多数決原則で毛織物工場の査定を行う。査定価格は、当時の会社の資産価値である。そこから相続人は、被相続人が組合員の地位にあった期間に毛織物を紡いだ量に応じて算定される金額を受領する。被相続人が受け取った金員は、組合の帳簿から判明する。すべての組合員は右定めに従い、相続人も明らかであり、したがって、裁判所による相続財産の調査はすべて排除される。この事件の被告は、右規定にもかかわらず、組合財産への相続人の持ち分は、もっぱら法律規定によってのみ確定されると主張していた。vgl. ROHGE 16, S.432.

(10) これ以外に、ライヒ高等商事裁判所の二件の先例 (Bd.V S.123; VIII S.110.) および Striehorst's Archiv Bd.XXVII S.59 が引用されている。いずれの事件も未検討である。

(11) そのローマ法源は下記のようなものである。177 D. pro socio (17, 2); 124 pr.D. loc. (19, 2); 16D. pro socio (17, 2); 169 §4D. de iure dot. (23, 3); 13C. de dot. Prom. (5, 11); 17 pr.D. de C.E. (18,); 130 pr. D. de op. libert. (38, 1).

(12) そのローマ法源は下記のようなものである。122§.1 D. de RL (50, 17); 161, 178D. pro socio (17, 2); 17 pr.D. de C.E. (18, 1); 124 pr.D. locat. (19, 2); 13 C. de dot. Prom. (5, 11).

(13) 16, 79, 80D. pro socio (17, 2); 19, 10 pr.D. qui satisfac. cog. (2, 8); 1. 7 §1 D. de C.E. (18, 1); 169 §4 D. de iure dot. (23, 3); 11 §1 D. De leg. II (31); 118 C.E. (4, 38); 13 C. De dot. Prom. (5, 11), insbes. 130 pr. D. De op. Lib. (38, 1).

(14) 条件説が支配的な見解であった当時としては、これは同説にくみしない見解のようにも解される。豊田・法構造(二)修道一四卷一四九頁注17参照。

(15) ライヒ高等商事裁判所一八七四年一月九日判決 (ROHGE II, S.375ff.) も、契約当事者の随意が決定的か、または公平な裁量が決定的かについて、合意から明らかにならない限りで、解釈により後者の意味で契約を維持するという一般的な原則がたてられている、かつ、そうした公平な裁量は、客観的なものであり、したがって、裁判官のコントロール、必要な場合にはその修正



に服するものとみなされており、不公平な確定は裁判官により修正される旨判示している。

なお、右事件ではプロイセン政府の仲裁鑑定人たる適格性が問題になっている。判旨は、公益および公法により定款の審査を行い、定款草案の修正・確認を行う国家政府は、合意を有効とするのに必要な定めを補充的に確定する「中立の」第三者とみなすことはできない、とする。国家政府の判断は国家権力の行為であり、仲裁人や仲裁鑑定人の判断とは異なり、不完全な契約の補充に向けられるものではなく、公法の観点からその修正・確認に向けられるものである、と判示している。

- (16) OAG Lübeck, U.v.9.9.1865, *SeuffArch Bd.20, Nr.218, S.359f.*; OG Wollenbüttel, U.v.8.12.1871, *SeuffArch Bd.26, Nr.187, S.288f.*;  
OG Wollenbüttel, U.v.2.11.1877, *SeuffArch Bd.33 Nr.113.*
- (17) 豊田・法構造(一)修道一三卷一号九三頁参照。
- (18) Wangner, aa.O., S.29f.
- (19) Eckert, aa.O., S.4f.
- (20) Eckert, aa.O., S.12f.
- (21) フォースメン説の引用するローマ法源は、*じぎの*とおりである。L.22 1 D.de reg.iur.(50, 17); vgl. 1.35 D.mand.(17, 1), 1.24 D.loc.cond.(19, 2), 1.69 4D.de iure dot.(23, 3), 1.3 C.de dot.prom.(5, 11).
- (22) Schirmer, aa.O., S.138.
- (23) Schirmer, aa.O., S.140f.
- (24) Schirmer, aa.O., S.141.
- (25) Winter, aa.O., S.122ff.
- (26) Winter, aa.O., S.125ff.
- (27) Winter, aa.O., S.127ff.
- (28) Winter, aa.O., S.132ff.

(以上 法学部教授 豊田博昭)

ドイツ仲裁鑑定法の形成(四)(豊田)

四四八(四四八)