

ドイツ仲裁鑑定法の形成（五・完）

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、三七卷一号四八〇頁）
- 七 まとめ（以上、本号）

七 ま と め

(一) ヴィンター説が引用するプロイセン最上級裁判所、ライヒ高等商事裁判所、ライヒ裁判所のそれぞれ仲裁鑑定人（*Arbitrator*）に関する判例およびヴィンター説を手掛かりにして、ドイツ法における仲裁鑑定という法現象の形成ないし発展の過程を考察した。取り上げることのできた判例は、一九世紀後半の約二〇件程度の事件にとどまっている。冒頭でも述べたように（ただし、随分と以前のことであるが）、本稿執筆の動機はヴィンター説のいうドイツ仲裁鑑定法の

形成やその展開とともに、その背景事情について論じたドイツ文献もさほどなく、⁽¹⁾ 関心をもったことによるものであった。ただし、筆者の知りうる限り、ドイツ法の学説においてヴェンター説に対する注目度はあまり高くはなかったようにみえる。また筆者自身も、同説が議論の前提におくローマ法以来の法制史や仲裁人 (arbitrator) と仲裁鑑定人 (arbitrator) に関するヨーロッパ諸国それぞれの議論に関する基本的な知見について、とうとう不勉強に終わり、各判例の判旨の理解やヴェンター説の個別的な議論の正確な把握についてはきわめて難渋せざるをえなかった。思えば、本稿の執筆開始は本学の法科大学院の開校を祝賀する時期であり、それから一〇年間は実務家の先生方に教えられて自分自身が授業準備と授業に没頭しなければならぬ日々であった。長期間にわたる本稿の執筆・研究の期間にもかかわらず、内容的にははなはだ浅薄な考察にとどまっていることを残念にかつ悔しく思う。後述するように、ドイツ法でも仲裁鑑定法への理論的な関心は高くないといわれているが、それ以上にわが国でもこのテーマへの関心はきわめて低調である。⁽²⁾ 本稿の考察が、このテーマに関するわが国の研究に少しでも寄与できれば幸いである。

(二) 検討した判例は一九世紀後半の時期の判例であるが、この当時、仲裁鑑定人がどのように解され、仲裁鑑定がどのように位置づけられてきたか、最後に改めて本研究を振り返って概観してみることとする。

(1) プロイセン最上級裁判所 (Preussisches OberTribunal) の判例は四件とりあげたが、同裁判所は、仲裁鑑定人 (arbitrator) は仲裁人 (arbitrator) とその任務ないし機能の点で異なった法現象とみている。

(i) 同裁判所は、仲裁人 (arbitrator) は法的紛争を判断するのに対して、仲裁鑑定人 (arbitrator) は未確定の契約部分を確定するとみている。委任契約の報酬額につき道路建築監督官が確定しないし評価する旨の合意、それに加えて、建築主と建築請負人の双務的な要求に関する疑問事項について判断し、当事者がそれに満足する旨の合意【一】四四年判決、

また、市の復興事業に伴うパン屋の営業上の損害につき、パン屋マイスターによる補償額の査定合意〔2〕(五四年判決)について、同裁判所は、仲裁人による法的紛争の判断とみないで、仲裁鑑定人の評価〔1〕(四四年判決)ないし査定〔2〕(五四年判決)と解した。合意の効果は、当事者が右認定を自ら行い、その結論に従ってすでに契約を締結したかのように承認する〔1〕(四四年判決)、また、査定人による契約の確定を、当事者の契約の重要部分と同様に扱う〔2〕(五四年判決)ことである。

このような両者の区別は、当該第三者の判断に適用すべき法律は何かという問題と関連づけられる。プロイセン法において、仲裁人に対しては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が適用されるが、仲裁鑑定人 (arbitrator) はプロイセン一般ラント法第一編第五章七二条・七三条および第一章四八条以下が適用される〔1〕(四四年判決)、〔2〕(五四年判決)。これらの規定によると、仲裁鑑定人は、未確定で引き受けられた債務につき、より詳細な確定を行うのである (プロイセン一般ラント法第一編第五章七二条・七三条)。そして、明文で具体的に規定された売買価格の第三者による確定 (同法第一章四八条以下) は、ローマ法源にその起源をもっている。したがって、右合意内容を仲裁鑑定人 (arbitrator) による判断 (確定、査定) と解釈した場合、仲裁人の判断であればそれを無効とする事由 (プロイセン一般裁判所法第一編第二章一七二条) は仲裁鑑定人の判断には適用されず、上述した合意の効果のように扱われる。したがって、右判断は当事者に対して拘束力をもって認定されるものとみなされる〔1〕(四四年判決)。

なお、後掲ヴァインター説が指摘するように、〔1〕(四四年判決)の事件は「二つの合意」が含まれており、後者の合意は法的紛争、したがって仲裁人の判断と解する余地があったようにも思われる。また、両事件の合意を売買価格の確定ケースと同様に契約の「補充」ないし「成立」(プロイセン一般ラント法第一編第一章四八条以下) とみることができるとは、

疑問が残る。⁽³⁾むしろワイズマン説やゴールドシュミット説が指摘するように、⁽⁴⁾右合意に基づく仲裁鑑定人の判断は、契約の「履行」ないし「実現」のために行われると解した方がその実態に即しているように思われる。

(ii) その少し後、同裁判所は【3】五七年判決で、ヴェストファーレン鉄道管理局の請負契約約款に定められた、技術者による建築請負工事の適時の完成可能性の判断について、契約当事者間の双務的な権利義務に関する裁判官の将来の判断のための基礎資料になる、としている。そして当該第三者の判断は条件の発生であるとする。請負約款の合意は、裁判官や仲裁人の判断のように法的紛争を判断するものではないとしている点では、先例と同旨と解される。

ところで、筆者は右判旨にいう裁判官の判断の「基礎資料」を先に証拠資料と解したが(修道二八卷一号二四頁)、現在は、キッシュ説など当時の実体法説と同様に、これは実体法的に理解すべきであり、請求権の要件事実になるという趣旨に読むべきではないかと考えるにいたった。このように解することで、右基礎資料を権利発生の条件であると判示する、その後の判旨部分とも一貫するように思われる。証拠契約という理解では、条件説の考え方、また先例【1】四四年判決、【2】五四年判決と同様に、ローマ法源およびプロイセン一般ラント法の規定を引用している点と合致しないのではないかと考える。先の理解をここに訂正させて頂く。

なお、条件説は特にキッシュ説に詳しいが(修道三六卷二九八—二九九頁以下)、学説史的にはその後の批判説の台頭ととも⁽⁵⁾、むしろ少数説に位置することになった。少し後の時代の学説ではあるが、仲裁鑑定条項を争いある事実に対する証拠契約とみるカーン説の批判をみると、第一に、仲裁鑑定を将来の不確実な事実とみるにしても、それは当事者にのみ不確実な事実であって、専門家には当てはまらない、つまり主観的な不確実であり、本来の「条件」で考えられている客観的な不確実とはいえない。第二に、仲裁鑑定存在をもつて初めて契約または請求権が有効になるとすると、それは停止

条件と解される。そうした実体法上の要件と解した場合、仲裁鑑定がないと請求権が存在しないとの帰結になる。しかし、それは認められない。仲裁鑑定人の判断で初めて請求権が発生する場合にのみ、請求権の要件といえるが、仲裁鑑定人の判断は損害賠償請求権を形成するものではなく、単に確定するのである。仲裁鑑定は請求権の確認方法のための前提条件にすぎず、請求権自体のそれではない。仮に請求権の条件であるなら、要件事実の要素とみなければならぬが、そうではない。要件事実はそれにかかわりなく存在している。しかし条件説によると、仲裁鑑定がなされないときは、請求権が存在しない結果となる（民法一五八条）、とする。⁽⁸⁾

(iii) 同裁判所の【4】七〇年判決は、レンガ圧縮機の売買契約において、いかなる裁判手続も排除して、給付の目的物の契約適合性について第三者が判断する旨の合意について、原審が仲裁規定（一般裁判所法第一編第二章一六九条以下）を適用したのに対し、先例【2】五四年判決、【3】五七年判決）違反を指摘して、法的紛争ではなく、それを条件づける争点についての終局的判断であるとしている。右判決は同裁判所の活動期間の最後の時期に当たる判例であるが、判旨は、先例を引用したことで前掲プロイセン最上級裁判所の判別基準に従っているものと解せよう。しかしながら、本件仲裁鑑定は売買契約の履行上の問題をその対象としたものとみれば、それは法的紛争を対象にしたものと解することもできるように思われる。

(iv) ヴィンター説は、プロイセン最上級裁判所の判例法理をつぎのように指摘している。【1】四四年判決を検討して、ここでは仲裁鑑定人の認定の拘束力についてまったく疑いが示されず、その判断に対する不服申立てはまったく議論になっていないことに注目すべきであるとす。むしろ、当事者は第三者（arbitrator）の善き人の裁断（arbitrium boni viri）に無条件で従うことが強調され、これはその後の判例でも特徴的な点となる。最上級裁判所は、仲裁人に対し、仲裁鑑定人

像を、事実上、紛争解決機能をもった特別な制度(とりわけ個別的な事実認定をする)として対立させた。しかし他方で、仲裁鑑定人の裁断の拘束力をまったく疑わず、逆に、裁判外の私人による判断の拘束力と終局性に関しては、仲裁人よりも仲裁鑑定人像により強い立場を認めていた印象があるという。これは、仲裁人の判断は一定の要件の下で取り消しうることがプロイセン一般裁判所法の下で強調されたのに対し、当事者は仲裁鑑定人の判断に事前に拘束力をもって服することが強調されているところに現れている。仮に判例が仲裁人の判断であるとして、厳格な法適用をしていた場合、ヴィンター説は、おそらくすべてのケースで法的審尋違反を理由に判断の無効を言い渡さなければならなかったのではないかと推論する。しかし仲裁鑑定人像を援用することで、その問題を回避することができた。仲裁鑑定人には手続規定がなかったからである。ヴィンター説は、ここに、判例がその種のケースを判断するために仲裁鑑定人像を援用した動機があったと考える。

また当時の仲裁裁判権に関する法規制が、同時に、最上級裁判所が仲裁鑑定人像に方向転換するのに寄与した可能性もあるとする。一九世紀に仲裁条項が現れたとき、判例はまったく未知の状況におかれた。将来紛争に関する仲裁合意も、個別的な事実に関するそれも、プロイセン一般裁判所法は知らなかった。最初からレンガ積み工事の報酬が合意されず、その労働終了後になって第三者が特定の基準により確定する。そうした事実関係を法的に判断するために、判例がプロイセン一般ラント法第一編第五章七二条・七三条と第一章四八条以下の規定を援用したことに間違いはない。右規定に、仲裁条項についての典型的な判断に服するための法規範の確証が認められたのである。ただし、ヴィンター説は、【1】四四年判決については、報酬額の仲裁鑑定人による確定合意と双務的な要求に関して仲裁人による判断合意の二つの合意に分析することができるのであり、判旨がその点を看過している点については批判的である。ヴィンター説は、これを二

つの合意の複合事案と解している。

最上級裁判所は、その後【1】四四年判決を引用して、その判例法理を固める。プロイセン一般ラント法第一編第五章七二条・七三条、第一章四八条以下の規定は、ローマ法の *arbitrator* 像にその起源を発しており、*arbitrator* が独立の重要な法制度であったことが思い出された。*arbitrator* と *arbitrator* は対立し、*arbitrator* が法的紛争全体を判断するのに対して、*arbitrator* の判断は、契約当事者の双務的な権利義務に関する将来の裁判官の基礎資料になるにすぎない【2】五七年判決、個別的事実について拘束力のある判断を行う【3】ことが強調され、さらには当事者間の法的紛争の終局的判断を条件づける個別的な争点を仲裁人の判断に委ねることは不適法と判示する【4】七〇年判決。なお、この事案自体は上述したように契約紛争、したがって法的紛争という見方もできるように思えるのではあるが。

ただし、一七八二年の創設から約八〇年間の活動中に、プロイセン最上級裁判所の仲裁鑑定人に関する判決はわずかに四件しかなかった。ヴェンター説は、*arbitrator* の判断の拘束力は、最初はまったく疑われることはなく、また対象事件の件数・種類もわずかであったことから、判例の実務への影響はさほど大きなものではなかったと指摘する。実務における仲裁条項は一八世紀の後半になって拡大したのであり、仲裁裁判権は通常裁判所にとっては七〇年代までは不可侵であった。ヴェンター説は、当事者は仲裁判断に満足していたと指摘する。⁹⁾

(2) ライヒ高等商事裁判所の活動はドイツ仲裁制度の拡大傾向の時代に該当するが、ヴェンター説は保険会社の保険契約約款上の鑑定人による損害査定条項の解釈が問題になった事案をもっぱら扱っている。

(i) ライヒ高等商事裁判所は、その創設当初は、プロイセン最上級裁判所の判例法理をそのまま踏襲している。同裁判所の【5】一八七一年判決は、ヒョウウ災保険株式会社の普通保険約款に定められた、鑑定人によるヒョウ損害の査定条

項について、プロセン最上級裁判所の先例〔2〕五四年判決および〔3〕五七年判決を引用して、仲裁人ではなく、仲裁鑑定人(arbitrator)と解する。その任務は、ヒョウによる被害、被害がなかった場合の收穫高、その損失割合について、出訴の途を排除して、終局的に鑑定を下すことであり、損害賠償請求の審理はその対象外としている。したがって、法的紛争の判断ではなく、その前提問題である個別的な要件事実の問題を判断するという趣旨と解される。また同判決は条件説にくみして、プロイセン最上級裁判所の先例と同様に、プロイセン一般ラント法第一編第五章七二条・七三条、第一一章四八条、ローマ法源(SI Inst de emione (III,24); 125 pr.D.locate (XIX))を引用する。仲裁人との区別についても、それに基づき判断の拘束力、評議の仕方、および判断懈怠の効果の面でそれぞれ結論に違いが生ずる旨指摘している。

その翌年、火災保険契約の普通保険契約約款に定められた、時計屋マイスターによる損害額の査定条項について、同裁判所は右〔5〕七一年判決を引用して、査定人(仲裁鑑定人)の査定と解している〔6〕七二年判決。その機能も同様に考えているものと推測される。さらに、出訴の途の排除〔5〕七一年判決、また確定的な審査〔6〕七二年判決というそれぞれ判旨の指摘からは、右判例において当事者に対する仲裁鑑定拘束力が前提にされていることが認められる。

同じ時期、普通保険契約約款(一八七五年)は、動産の火災損害に対して鑑定人による損害額確定条項を定めた。また下級審判例においては、船荷証券上の品質仲裁の合意が仲裁鑑定人の合意と解されている(修道二八卷二九三頁以下)。(ii) ライヒ高等商事裁判所の活動期間は長くないが、その最後の年(一八七九年)、実務にとって重要な変化が判例においてみられた。同裁判所の〔7〕七九年判決がそれである。火災後に締結された火災保険契約に基づき鑑定人が拘束的な効力をもって行った損害査定に対して保険契約者が裁判所に不服申立てをした事案で、同判決は鑑定人による右判断

の取消しを許容した【7】七九年判決。専門家は仲裁人ではなく、シーズマン（評価人、仲裁鑑定人も併記）であると解した点では先例と共通しているが、判旨は、ローマ法源（*Fr.30 de op.lit.38.1*）を引用して、当事者の意思が疑わしいときは、法および公平に従った鑑定にのみ服するというのが当事者意思である、したがって、それに反した仲裁鑑定に対しても、当事者は裁判所にその破棄を求めることができる、とした。判旨はこれに関して、ローマ法源（*1.32 §.15. Dig.4, 84. 1.30 D.de operas libertorum(38,1); 1.76 Dig.pro socio(17,2)*）を引用している。

ヴァンター説は、右判旨の論証方法には概念法学の影響があると指摘しているが、仲裁鑑定の当事者に対する拘束力を前提にしてきた従前の判例の考え方から乖離して、裁判所による取消し可能性を肯定した点が注目される。ただし、同裁判所は右事件で突然に判例変更をしたものではなく、すでに【8】一八七一年判決および【9】一八七二年判決において、鑑定人の判断の取消し可能性にそれぞれ言及していた。前者は、組合契約の目的が挫折した後に組合員への報酬額（ないし補償額）について、鑑定人による確定合意【8】七一年判決、また後者は、海難救助契約の海難救助料について専門家による確定合意【9】七二年判決の解釈がそれぞれ問題になった事件であったが、どちらの事件でも「仲裁人」の判断と解されたため、右問題は判旨の傍論部分で述べられているにすぎない。まず【8】七一年判決は、合意時からの争点である報酬に関する専門家の判断は、単なる価格査定ではない、当事者の意思は補償額の最終的確定にあるとして、仲裁人の判断であるとした。そして当事者双方の審尋の必要を指摘し、右仲裁判断は恣意の行為であり無効と判示している。判旨が、単なる価格査定を述べる際に、仲裁鑑定人として契約中で未確定部分を利害関係者の心で確定するが、必要なきには「裁判所または仲裁裁判所の修正に服する」と述べている点が、それである（修道二八卷二九二六頁）。

つぎの【9】七二年判決は、右【8】七一年判決よりも詳細にこの問題点について言及している。仲裁鑑定の典型例と

一般的にみられる鑑定人の海難救助料の確定につき、判旨によると、普通法において、仲裁判断が実体的にきわめて不当または不公平なときでも、当事者はそれに拘束される。しかし善き人（評価人）の単なる評価は、それと異なる。一般的にはその判断も拘束力を有するが、普通法において、疑わしいときは、善き人の裁断（*arbitrium boni viri*）は当事者を重大に侵害しないと要件の下で行われるのであって、高度に不公平な善き人の裁断に対しては、「不利益を被った当事者が裁判官に救済を求め、それが理由あるときは裁判官の判断により変更される」ことが認められている。ここでローマ法が引用されている（L.79 Dig.pro socio (17,2)）が、まさにこの判旨部分が問題の判旨に該当する。ただし、この事件にはプレーメン法が適用され、普通法に関する右判旨は傍論部分とみられる。同判決は右鑑定人を仲裁人の判断と解したうえで、プレーメン法では仲裁判断に対して実体的な不当を理由に通常の控訴が適法であると判示している。なお、高度に不公平な善き人の裁断に対する裁判官への救済については、普通法と同様に許容できるとしている。

(iii) ライヒ高等商事裁判所の【7】七九年判決は、右にみた二件の先例の傍論判旨部分を継承したものとみることが⁽¹⁰⁾できるが、この判例変更は特に保険契約法の実務に対して大きな影響を及ぼした。新しい普通保険契約約款（一八八六年）は、損害査定に関する条項を改正して、査定手続の当事者に対する拘束力、裁判所への出訴禁止に関する規定をどちらも撤回した⁽¹¹⁾。また品質仲裁を認定した下級審判決においても、裁判所による取消しの可能性が肯定されている（ハンブルク地判一八八四年、ハンブルク高判一八八五年、ハンブルク高判一八八九年。各判旨の概要は、修道二八卷二号九三五頁以下参照）。

(3) つづいてライヒ裁判所の判例もまた、ライヒ高等商事裁判所の前掲判例と同様に、いずれも保険契約上の紛争に関する事案を扱ったものである。しかも、契約約款上の損害査定のために基づくものが多い。これらは、狭義型の仲裁鑑定

の典型事例に位置づけられる。

(i) ライヒ裁判所は、【10】一八八二年三月九日判決で、火災保険契約の保険約款の定めに基づく火災損害に関する鑑定人の損害査定にもかかわらず、保険契約者が通常裁判所に保険金請求訴訟を提起した事案で、専門家は、仲裁人ではなく、シーズマン (arbitrator) とする。そして約款に基づく本件合意につき、契約当事者が「契約の履行」に関して価額の査定を評価人の裁量に委ねた合意であり、ローマ法源 (1.30 pr. Dig. de operis lib. 38.1) によると、疑わしいときは、契約当事者は、法および公平に従った専門家の鑑定にのみ服する意思である、したがって、損害を被った当事者は、鑑定が恣意的行為である、明らかに不当である、高度に不公平であることを証明して、裁判官に救済を求めることができる。右【10】八二年判決は、ライヒ高等商事裁判所の【5】七一年判決および【9】七二年判決を引用して、右合意を仲裁鑑定人の合意と解したうえで、ローマ法源に従い、疑わしいときは、法および公平に従った鑑定に「のみ」服するというのが当事者意思であり、当事者は通常裁判所での取消しが認められるという先例の考え方を維持している。

なお、ライヒ裁判所は、本件のシーズマン (仲裁鑑定人) は「契約の履行」のために合意されていると指摘しているが、右任務は、契約の成立または補充とは言い難い活動といえるからであろう。そして判旨は、ローマ法源の引用に加えて、仲裁判断の取消しとの比較衡量によって、誤った事実上の要件を前提にした仲裁鑑定についてもその取消し可能という考え方を導いている。

(ii) つづいて【11】一八八三年判決は、保険証書の鑑定人の査定条項につき、特に理由を示すことなくシーズマンと解する。そしてローマ法源を引用して、特定の法律関係の重要な要素の確定につき、シーズマンの確定が重大な侵害になるとき、つまり悪意の確定や事実を反した不公平な確定に対して、裁判官への出訴が可能とする。任務対象を請求権の要

件事実の確定とみたライヒ高等商事裁判所の【5】一八七一年判決との共通性が認められるが、裁判所への救済については右【10】八二年判決が踏襲されたものと解することができる。さらに本判決は、それに続けて、保険契約関係における当事者相互の誠実さをあげて、出訴の途の排除合意は「通常の手続」を定めたものであると判示しているところに、その特色が認められる。そこから、当事者は、明らかに事実上反する仲裁鑑定を無条件で通用させる意思はない、という帰結が導かれる。また本判決は、裁判官の審理方法についても言及して、別のシーズマンの選任を命ずるか、専門家を審尋し、たうえで自ら評価することができるとする。

(iii) 翌年の【12】一八八四年判決は、ヴィンター説が、当事者の明確な意思に反して仲裁鑑定を認定し、したがって、契約当事者に裁判所への訴訟の途を開いたと評した判例である(修道三六卷二九二頁)。火災発生後の損害額の査定合意につき、判旨は、法律関係にとつて重要な点の認定を第三者の確定に委ねた合意であるとして、右【11】八三年判決と同じ法律関係の前提事実についての確定という任務対象を考えている。そして右合意の解釈について、判旨は「無条件の拘束力」という合意の文言から「自由仲裁(arbitrium merum)」の解釈の可能性を述べつつ、「付随的な事情」から鑑定人の「随意の評価」に委ねる意思はなく、善き人の裁断と結論づけている。判旨は、普通法によると、当事者の意思が疑わしいときは、当事者は第三者の公平な裁量にのみ依拠する意思であり、明らかに不公平な査定で、一方当事者を重大に侵害しない判断であることが、当事者の「黙示の意思」であると指摘する。ローマ法源は引用されていない。それとともに、約款使用の保険会社に対しては、判断の取消し不可を考えるならば、それにふさわしい表現、いかなる疑いも生じない表現にすべきであったと警告している点も注目される。

(iv) 九〇年代の判例になると、ローマ法源の引用はなくなり、判旨は保険契約の基本的な思想ともいうべき価値を指

摘するようになった点がその特徴といえよう。もともと、この点は、当事者相互の「誠実さ」をあげた同裁判所の【11】八三年判決が先行し、この判決の引用はないものの、それと同じ傾向が示されたとみることのできるのかもしれない。【13】一八九一年判決は、火災保険の普通保険契約約款に基づく火災の損害額の判断につき、専門家が関係を支配する「善意」による損害の調査であり、「誠実な」善き人の裁断であると述べている。したがって、それに反する明らかに不当かつ不公平な結果に対しては、裁判官自身が証拠調べをして自ら損害を確定してよいと帰結する。また【14】一八九九年判決は、傷害保険の普通保険約款に基づく、保険事故の因果関係を否定した委員会の判断の拘束力が問題になった事案であるが、判旨は、委員会は、法的判断ではなく、傷害、因果関係という事実に関して仲裁鑑定人として鑑定を行うものであると解する。その任務を法律問題の前提事実とする点では、八〇年代の判例と同じ考え方に立つ。そして契約の一方当事者である保険会社に属する委員会が下した判断について、判旨は、疑わしいときは、「保険契約者の利益」に判断すべきであるとして、その拘束力を否定している。

(v) 以上みたライヒ裁判所の判例の傾向については、先に若干の検討を試みた(修道三六卷二号九八八頁以下参照)。簡約すると、同裁判所の判例は、「法的紛争」を判断する仲裁人ではなく、保険事故、損害額、因果関係などの「事実問題」を判断する仲裁鑑定人と解する。解釈基準としては、ローマ法源や普通法を援用して善き人の裁断と解する判例と、保険契約の基本的な思想を援用する判例があるが、どちらの判例も、出訴の排除条項があっても、通常裁判所への出訴およびその取消し可能性を許容する点で共通性がある。

(vi) これに対し、【15】一八八九年判決は、傷害保険の普通保険契約約款に従って、労働災害の補償額につき専門家が判断したにもかかわらず、保険契約者が通常裁判所により多額の保険金請求訴訟を提起した事案で、判旨は、ラ

イン法の適用される事件では事案毎の解釈により当事者意思を探知しなければならぬとして、出訴の途の排除合意があるときは、第三者の認定は無条件で基準になる、右合意は自由仲裁 (merum arbitrium) と解されると判示する。

右判旨にいう「自由仲裁」は、パンデクテン法学によって承認されていた。第三者または一方の契約当事者は、自由裁量または随意により判断し、その判断に対して当事者は通常裁判所に不服申立てはできない。しかし、本稿の枠内で検討した判例において、自由仲裁が肯定された判例は多くなく、実務でのその広がりにはさほど大きくなかったのではないかと推測しうる。ライヒ高等商事裁判所は、【16】一八七五年六月一日判決および【18】一八七五年一〇月一七日において、雇傭契約の報酬額の増額分につき、契約の一方当事者による自由仲裁をそれぞれ肯定している。特に同裁判所の【16】六月判決は、先例(プロイセン最上級裁判所【2】一八五四年判決、ライヒ高等商事裁判所【5】一八七一年判決、同裁判所【9】一八七二年判決)に従って、技師の任務(契約補充型の仲裁鑑定)から仲裁鑑定人と解したうえで、ローマ法源およびプロイセン一般ラント法第一編第五章四八条・四九条を根拠にして、公平な裁量ではなく随意による自由仲裁と認定している。

しかし他方で、プロイセン最上級裁判所は、【20】一八七五年一月八日判決において、賃貸借契約上の合意に基づく賃貸人による建物の補償価格の確定について、プロイセン一般ラント法七一条(給付の目的物の確定・履行を義務者の随意に委ねる旨の契約は無効)の適用によりその拘束力を認めていない。判旨は、右合意は随意的で、契約の本質にあわなるとまで指摘している。ライヒ裁判所も一般論としては自由仲裁の合意を許容しているが【11】一八八四年判決など、遺族への扶養契約に定められた親族会の扶養料支払い中止決定【21】一八八〇年四月三日判決)、および夫婦間の遺贈契約で定められた一方当事者による相続分の確定【22】一八八八年一〇月九日判決)について、いずれも自由仲裁を定め

たものではないとしている。

(4) ヴィンター説

(i) ヴィンター説によると、プロイセン最上級裁判所は、法的紛争を全体的に裁断する仲裁人 (arbitier) に対して、仲裁鑑定人 (arbitrator) は事実認定のための特別な紛争解決制度であるとみていた、とする⁽¹³⁾。仲裁鑑定人の判断は拘束力を有すると解されていた。プロイセン一般裁判所法 (AGO) により、一定の要件があるときは取り消された仲裁人の判断に比べて、仲裁鑑定人の判断はより強い拘束力および終局性が認められていた印象が強い。同法によれば、仲裁人の判断は法的審尋違反や決定的なラント法違反により無効とされたのに対し、手続規定のない仲裁鑑定人の判断はそうしたコントロールから解放されたからである。

プロイセン最高法院の判例は、仲裁条項に面してプロイセン一般ラント法を援用した。これらの規定の起源はローマ法の arbitrator にあった。arbitrator は arbitier に対立する。arbitier が法的紛争を全体的に判断するのに対し、arbitrator の判断は、契約当事者の双務的な権利義務に関する将来の裁判官の資料になるに過ぎない個別的事実について拘束力のある判断である。

ただし、事件数からみて、仲裁裁判権は、一八七〇年代までは、通常裁判所にとって不可侵の存在であったことが推測できる、と指摘する。

(ii) つづいてヴィンター説は、ライヒ高等商事裁判所とライヒ裁判所のそれぞれ判例を比較すると、その論証方法に共通性はあるものの、ライヒ高等商事裁判所は主たる着眼点を arbitier と arbitrator の区別においていたのに対し、ライヒ裁判所は主として保険法領域の裁判で、仲裁鑑定人 (arbitrator) の判断を不動の前提にしていたという違いがあったと指

摘する。⁽¹⁴⁾

ライヒ高等商事裁判所の判例の傾向は、特に仲裁契約の存在を認定した【8】一八七一年九月判決とその翌年の【9】一八七二年二月判決に認められるとする。両事件とも、事件の実情からみて仲裁鑑定人の裁断とも解することができるケースである。判旨によると、仲裁人または仲裁鑑定人の分類によって法効果が異なる。仲裁人の判断は終局的で、仮に実体的に不当である、または高度に不公平であるとしても、絶対的な拘束力を有する（ローマ法源 Dig.4.8.27.2 の引用）。これに対し、仲裁鑑定人の認定は、明らかな不公平を理由に取り消すことができる（ローマ法源 Dig.38.130; 17.2.79 の引用）。ライヒ裁判所の初期判例である【10】一八八二年判決においても、これと同様の論証がみられる。

これに対し、それ以降のライヒ裁判所は、仲裁人と仲裁鑑定人の区別、それから生ずる法効果の違いについて論じなくなる。同裁判所【11】八三年判決、【12】八四年判決、【13】九一年判決がそれである。仲裁鑑定人の制度が、当然の前提におかれる。しかし、それはローマ法源 (Dig.17.2.75-80, Dig.38.1.30) の原則である「公平性の裁断と取消し可能性」の援用によって、直ちに排斥される。法的救済の排除条項によって示された当事者の意思は、【15】八九年判決を除くと、ずっと無視された。ヴィンター説によると、ライヒ裁判所の判例は自らの論証を正当化するために、arbitrator の判断への無条件の服従の可能性というテーゼを用いたのである。その可能性が外見上承認できなければ、判例は、法的救済の排除条項はその法的意義を生ずることはなく、常に通常裁判所による内容審査が認められると判示した。従前は拘束力のある仲裁判断と解された合意が、仲裁鑑定人の合意と解されることによって、その判断を取り消すことができるようになったのである。そこでは、法的救済排除条項に示された当事者の意思は事実上無視された。

(iii) ヴィンター説によると、右論議の全体図のなかで法的基礎の違いはそれほど影響を及ぼしていないとする。⁽¹⁵⁾そこ

で上記仲裁鑑定判例で適用された法律をみると、まずプロイセン最上級裁判所の【1】一八八四年判決、【2】一八五四年判決および【3】一八七〇年判決は、いずれもプロイセン一般ラント法の適用ケースであった。つづくライヒ高等商事裁判所【7】一八七九年判決は、普通法の適用ケースである。ただし、それに先立つライヒ高等商事裁判所の【8】一八七一年判決と【9】一八七二年判決は、普通法を適用しながら、仲裁を認定している。また同じライヒ高等商事裁判所の【17】一八七五年三月判決と【16】同年六月判決となると、プロイセン法の適用ケースであった。さらにライヒ高等商事裁判所の一八八〇年判決と一八八八年判決は、フランス法の適用地域で明らかな不公平による取消し可能を判示している。⁽¹⁶⁾これに対し、ライヒ裁判所【15】一八八九年判決はライン法の適用ケースであるが、他の判例と異なり、取消し不可の結論を導いた点で孤立的な判例と評される。右【15】判決によると、原審は、ライン法の適用を考えながら、ローマ法源に基づいたライヒ裁判所【11】一八八三年判決を引用している。

ヴァンター説によると、判例は国家の裁判権に固執するという考え方にたっていたとみる。⁽¹⁷⁾経済団体は、通常裁判所への法的救済の途を排除する旨の条項によって保険契約者の出訴を妨げるようになった。この発展は当初は歓迎されたが、必然的にどこかでその限界線を見つけなければならなかった。保険会社の普通契約約款は、事実上、保険契約者に対して国家による権利保護の強制的な放棄を意味する。保険会社にとって、裁判所への法的救済の可能性が重大な一方的不利益まで生ずることはなかったのに対し、保険契約者にとっては、そのような条項の認可はその司法保護請求権を奪われるという結果になった。両者の利益衡量をしたとき、保険会社の実務を否定しつつ、裁断の取消し可能性を肯定するという論証が導かれたのである。ただし、ヴァンター説は、利益法学は一九一五年当時から裁判官の論証方法に影響を及ぼしたものであり、当時はまだその転回に影響はなかったとする。ライヒ裁判所【11】一八八三年判決 (RGZ 10, 132) にみられるよ

うに、当時は形式的な概念法学による論証方法が中心であった(以上については、修道三六卷二号九七二頁以下参照)。
 ヴィンター説は、他方で、取引法領域の判例に変化はみられないとも指摘する⁽¹⁸⁾。その理由として、商人の仲裁裁判権では当事者の力関係は基本的に均衡がとれており、商事事件での仲裁判断は当事者により承認・履行されていたという事情があるという。ここでは、他の取引当事者によるбойкотや団体からの除籍など、間接的な制裁システムが効いていたからである。

かくしてヴィンター説は、仲裁鑑定法という制度によって、いやな仲裁判断に対して、裁判官のコントロールおよび修正を受ける可能性が開かれたと指摘する。そして、仲裁人と仲裁鑑定人の区別に関して、「紛争の裁断」対「事実認定」という考え方について、法的救済の途を排除する条項を備えた事実認定は、当事者にとって裁判外での紛争の裁断であって、単に将来の裁判官の裁判の基礎資料だけではない点を無視していると批判する。訴訟法説の論者もまた、この世紀に判例によって創設された仲裁鑑定人(arbitrator)は原則として目的的な創造物であったことを看過していると批判する。

(iv) ヴィンター説は、さまざまな学説を批判的に考察したうえで、シュロッサー説(Stein/Jonas/P. Schlosser; ZPO, IV/2, 20.Aufl, 1980, vor §1025 Ann. IV 2 a b, Rn.26, S.84f.)が近時主張する、第三者が既に発生したまたは将来発生する法的紛争に介入する場合、その第三者は常に機能的に仲裁人であるという見解(機能的仲裁人説)こそが、仲裁鑑定法の歴史的な発展によって完全に確認されると評価する⁽¹⁹⁾。ただし、ヴィンター説は、仲裁鑑定人が実務上紛争を完全に解決しているという点では、仲裁人の一部機能というより、仲裁と仲裁鑑定の二つ制度は一致していると解した方がよいとする。したがって、「要式的な仲裁裁判権」と「自由な仲裁裁判権」という分類の方がベターであると述べている。ヴィンター説は、こうした二つの形式の仲裁裁判権という考え方は、イタリア法⁽²⁰⁾、フランス法等との比較法的考察によっても支持さ

れるとする。⁽²²⁾

ローマ法以来の諸国の仲裁制度の発展やいわゆる仲裁鑑定（また非正式仲裁）の歴史に通じない筆者にとつては、ヴィンター説の論旨の詳細まで理解することはできなかった。したがって同説の主張もその概略の素描にとどまっている。ただし筆者自身も、仲裁鑑定は、単に証拠契約などではなく、契約の成立、条件、履行などをめぐる法的紛争を解決する手段であると考えている。その限りで、ヴィンター説が仲裁鑑定に紛争解決機能を認めようとする方向には同感である。⁽²³⁾

(V) 仲裁人と仲裁鑑定人の区別論議は、判例および学説における仲裁鑑定に関する伝統的な論議といえよう。ヴィンター説は、仲裁人と狭義型の仲裁鑑定人の任務は事実上一致している、また自由仲裁理論によって仲裁判断との効果は変わらない事態が生じたことで、学説の努力にもかかわらず、満足のいく区別基準の結論はえられなかったと指摘する。ヴィンター説の説くところを概観すると、つぎの通りである。⁽²⁴⁾

第一に、仲裁人は当事者間の法的紛争を判断するのに対し、仲裁鑑定人は不完全な契約を完全なものにするという区別基準である。⁽²⁵⁾このようにその職務の対象ないし内容により区別する考え方は、古典的な区別基準といえるものであり（ローマ法、イタリヤ法、一九世紀の立法、普通法学説および判例）、理論的立場からみても、また抽象的にも正当な区別基準とみられる、と評価する。しかし、狭義型の仲裁鑑定の合意に不完全な契約の補充規定（民法三二七条以下）が適用される点に問題があると指摘する。

第二に、仲裁人は法的紛争を判断するのに対し、仲裁鑑定人は個別的な事実を認定するという区別基準であり、一九世紀後半にプロイセン最上級裁判所が導入し、ライヒ高等商事裁判所およびライヒ裁判所の判例により展開された。⁽²⁶⁾仲裁鑑定人は専門的な確認をするだけで、法律効果については判断しない点で、仲裁人との本質的な違いがあると解される。し

かしヴェンター説は、保険契約の損害額の認定合意において、当事者は仲裁鑑定人に法律効果の判断まで期待していないし、債権者は認定された損害額に対する不服申立てを最初から放棄しているのと批判する。仲裁鑑定人の拘束力ある認定は、契約当事者の双務的な権利義務に関する、将来の裁判官の裁判の基礎資料になるとの説【3】プロイセン最上級裁判所一八五七年判決)、また当事者の意図は、争いのある事実または将来争いの生ずる事実について、事前に拘束力のある鑑定を得ておくことであるとの説も、実務上のケースでは事実問題が唯一の争点である点を看過していると批判する。商慣習や普通保険契約約款において、裁判所以外の第三者による経済的・技術的な事実問題の判断は、まさに当該分野の専門家の方が裁判官よりも適格であるが、法律問題の判断は裁判官が適格であるとの理性的な考え方に基づいているのである。

第三に、仲裁人は法により、仲裁鑑定人は公平性によりそれぞれ手続および判断を行うという見解がある。⁽²⁷⁾これは中世イタリア法になって登場した区別基準であるが、ヴェンター説は、その背景事情として、仲裁人が国家の裁判官に接近ないし同化したこと、その結果として、紛争を裁断する仲裁鑑定人(arbitrator)像が対極におかれたことを指摘する。ただし、arbitratorは、同時に、契約補充の機能も有していた。そこで中世イタリア法学は、arbitratorに紛争解決機能とともに、契約補充の機能も認めた、むしろarbitratorは、arbitierと違って契約法に由来すると解されていた。普通法学説は、そうした事情から、仲裁契約は仲裁人が仲介する和解であるという見解を導いている。

ドイツ法において、歴史法学派以来、制度をローマ法によって捉えようという努力がなされたなかで、arbitratorは契約補充の機能だけが承認された。紛争を裁断するarbitratorの機能は、むしろ普通法の仲裁手続に編入された。そしてドイツの判例および学説は、紛争裁断的な合意を処理するために事実上はarbitrator制度を適用しながら、それを契約補充と

みる考え方になお固執した。かくして（ヴァンター説は、これを *arbitrator* と *arbitrator* の「分極化」という）、仲裁人は法秩序を尊重して判断しなければならぬが、*arbitrator* には公平性の基準が適用されるとする見解（「法」対「公平」という区別基準）が有力になっていった（一七九四年のプロイセン一般裁判所法第一編第二章一七一一条がその例である）。

フランス法でも、*arbitrator* と紛争裁断の *arbitrator* の間で混合が生じた。仲裁人は「*amicabilis compositor*」⁽²⁸⁾であり、和解を補充するという見解が生じた。一八世紀末のフランス法における仲裁裁判権の拡大は、国家の司法権の權威を切り崩すという政治的意図によるものであった。一八〇六年のフランス民法典は、仲裁手続を国家の訴訟と大幅に等置しようとしたものであり、当事者の明示的合意がある場合にのみ、裁判官の手続との乖離を許容した。それは裁判の法発見の基準についても同様であり、仲裁人は裁判官と同様に法規範に拘束される、ただし、当事者が仲裁契約中で自由な手続「*amiable composition*」（公平な裁断）を明示的に合意している場合は、その限りでない旨規定された（一〇一九条）。フランスにおける仲裁裁判権の実効性は、*amiable composition* の手続の可能性によって維持された。判例および学説は、*amiable composition* の合意に実体法からの解放とともに、当事者の上訴の放棄を認めた。*amiable composition* の仲裁手続が、拘束力ある仲裁手続よりもはるかに重要になった。

しかしヴァンター説は、フランス法の右のような見解はドイツの法律家に混乱を引き起こしたと指摘する。⁽²⁹⁾ヴァンター説の引用する学説をみると、（ア）エルトマンは、仲裁人がどの程度に現行法の文言に拘束されるかという問題を論ずる際に、*arbitrator*（仲裁人）は法原則に従って裁判するが、*arbitrator*（いわゆる仲裁鑑定人）は *amicabilis compositor* として公平性を働かせるとするデュランティス（Durantis）説を基礎にしてその後の学説は展開し、さまざまな法典においても法規制が行われたと指摘して、前掲フランス民法一〇一九条について、本来の仲裁人は、*arbitrator* や *amiable compositor*

とは異なり、法秩序の規制からは解放されない、しかし当事者は仲裁人をそれから解放することができるが、その場合、仲裁人はもはや仲裁人とはいえず、仲裁鑑定人(arbitrator)になる、と解している。またエルトマン説は、一八七四年のライヒ民事訴訟法草案の理由書(後掲(ウ))を批判して、arbitrator(amicable compositor)概念は、普通法およびフランス法でも、真の仲裁人とは反対のものとして発展し、概念的に両者の間には乗り越えることのできない対立関係が存すると指摘している。

(イ) エケルト説は、「仲裁人≡法、仲裁鑑定人≡公平」という区別基準は、デュランティス説の正当な区別基準(仲裁人≡紛争の裁判、仲裁鑑定人≡契約)を背後に押しやったと批判する。その結果、仲裁的な活動を委ねられることが多³⁰く arbitrator が、当事者から法原則の遵守を免除された仲裁人になってしまったと述べている。

(ウ) とところで、エルトマン説が「非常に極端な個人主義³¹」と批判した一八七四年のライヒ民事訴訟法(CPO)草案の理由書はこの問題点についてつぎのように記述している。すなわち、①当事者は、仲裁裁判所に服することで法的紛争の自由な取扱いを望んでいる旨を明言しているのである。当事者が訴訟手続の遵守を期待できないような人物を仲裁人に指名しているときは、特にそうである。したがって、訴訟手続について仲裁人に自由な立場を認め、訴訟規定の遵守から解放する、当事者を事前に審尋せず、紛争の基礎たる事実関係を事前に調査しないで仲裁判断を下すことを一般的に義務づけるのが、仲裁契約の本質に一致する。

②また当事者は、仲裁裁判所の判断の合意により、実定法の適用から生ずる困難や混乱を回避しようとしているのである。当事者は、仲裁人が良心的な心証により確定する権利が自らに属することを期待している。したがって、当事者が仲裁人の職務を法律に通じない人物に委ねた場合、当事者は原則として仲裁人を紛争の友好的仲介人(調停人)とみなすこ

となり、そのように考えていることになる。したがって仲裁契約の目的は、原則として、仲裁人が判断に当たり民法規定を基準とするのを義務づけられない場合にのみ、達成される。

右理由書に対して、ヴァンター説は、一八世紀末までの普通法の観点がそこに正確に再現されていると評する。⁽³³⁾ すなわち、*arbitrator* ないし *amicablis compositor* に基づく仲裁人像である。そして偏見なき観察者がみれば、これは仲裁鑑定人がいわれていると解したはずである。ただし、CPO民法法の理由書は、仲裁手続に関する第一〇編の総論部分では、仲裁人 (*arbitrator*) と区別される査定人 (*Schatzungsmann*) (*arbitrator*) をあげて、それに関する実体法規には言及しないと述べている。⁽³⁴⁾ したがって、起草者は右理由書で仲裁鑑定人を考えていたのではないことがうかがえる。また民法の理由書も、草案三五七条 (三一七条・三一九条) に関して、善き人の裁断 (*arbitrium boni viri*) のための解釈規定と考える根拠はここにも妥当する、第三者は仲裁人ではなく、当事者に代わって確定し契約意思を補充するのであり、したがって、第三者の確定は善き人の裁断 (*arbitrium boni viri*) にならって、不公平を理由に取り消されるときは、判決による修正に服するのであると述べている。

ヴァンター説は、民法一〇三四条⁽³⁶⁾が仲裁人を手続規定の拘束から解放しており、「法」対「公平」という区別基準は民法法の施行以来もはや通用しないとされる。⁽³⁷⁾ これに対し、実体法の拘束については議論があつたが、⁽³⁸⁾ 今日では当事者の意思が基準になると解される。ただし、当事者の意思が明らかでない場合の基準がなお問題である。これに加えてヴァンター説は、仲裁鑑定に関する判例は、実は「法」と「公平」の概念について特に区別していないと指摘する。⁽³⁹⁾ 現に、【7】ライヒ高等商事裁判所一八七九年 (修道二八卷二号九二二頁) や【10】ライヒ裁判所一八八二年判決 (修道三六卷二号九九八頁) は、当事者は、鑑定が「法および公平」に従ってなされたという前提でそれに服する旨判示している。

仲裁との区別基準の問題について、最近のある学説は、近時の判例はそれを扱わなくなっていること、その理由としては、国際取引や国内取引において、紛争については国家の裁判所が判断するか、それとも仲裁裁判所が判断するかは契約上、明示的に規定され、手続規定について個別交渉に委ねられる(アドホック仲裁)ことは減って、むしろ常設仲裁機関の仲裁裁判所規則が引用される状況にあることを指摘する。⁽⁴⁰⁾ 他方で、比較法的な考察からこの国もこの問題について完全な解決策を見出していないと指摘する学説もある。⁽⁴¹⁾

(5) ドイツ法における仲裁鑑定

(i) 前掲学説⁽⁴²⁾は、仲裁鑑定はドイツ法の実務で相当広範囲にわたって用いられているが、民法や民訴法において直接触れられることもなく、影のような存在であるという。仲裁鑑定は仲裁手続に関する教科書、また民法や民訴法の教科書で少し言及される程度の扱いであり、仲裁鑑定法に関する明確な理論(ドグマ)は発展せず、判例も類推解釈や一般的な衡量によって適切な解決策をみつけようとしてきたのである。⁽⁴³⁾ と。この学説は、このような状況の責任はドイツの立法者の懈怠にあったとみる。一九世紀の私法典の編纂の際、仲裁鑑定はいわば無人地帯といえる領域であった。ライヒ民事訴訟法(CPO)の起草者は、仲裁鑑定を実体法上の制度とみていたため、それについての法規制の権限はないと考えていたし、民法(BGB)草案では第三者による契約補充のみが注目され、ワイズマンの当時の批判が容れられることなく、三三五条以下(現行法は三一七条以下)に給付の確定に関する法規制を定めた。⁽⁴⁴⁾ その後、一九〇八年の保険契約法(VVG)六四条および一八四条が初めて確認型の仲裁鑑定(狭義型の仲裁鑑定)に関して、部分的には民法三一九条に類似した法規制をしたのである。⁽⁴⁵⁾ とする。

(ii) 仲裁鑑定の最近の利用状況⁽⁴⁶⁾まで検討する余裕はないが、右に指摘された法文は現行ドイツ仲裁鑑定法に関する基

本的な規定であり、これらを概観して本稿を終えることにしたい。民法三二五条ないし三一九条は、一方の契約当事者による（三二五条以下）、または第三者による（三二七条）給付の確定についてそれぞれ定める。債務関係は当該給付が充分に確定されているときに限り、法律上有効に成立するというのが原則であるが（民法一五四条一項一文）、右三二五条以下はその例外を定めている。⁽⁴⁷⁾判例および通説的見解（実体法説）は、民法三二七条以下にいう「第三者」を仲裁鑑定人（arbitrator）に準ずるものまたはそれに類似したものと位置づけ、右規定を適用ないし準用してきた（広義型の仲裁鑑定）⁽⁴⁸⁾。

(iii) まず、民法三二五条および三二六条は、契約当事者の一方による給付の確定について規定する。①給付が契約の一方当事者によって確定されるべき場合に、疑わしいときは、確定は公平な裁量によりなされるものと推定される（民法三二五条一項）。その確定は、相手方に対する意思表示によって行われる（同条二項）。そして給付の確定が一方当事者の公平な裁量によって行われるべき場合に、当該確定が公平なものであるときのみ、相手方当事者に対して拘束力を有する（同条二項一文）。しかし、当該確定が公平なものでないときは、確定は判決によって行われる、また、当該確定が遅延したときも、同様である（同条二項前段・後段）。

理由書（Motive）によると、給付の確定を債務者の随意（Willkür）に委ねることはできない、契約の要素である債務者の義務を欠くからである。しかし、契約によって契約上の給付の確定を一方の契約当事者の裁量に委ねることはできるとする。⁽⁴⁸⁾立法例や判例がここで引用されている。⁽⁵⁰⁾草案三三三条一項（現行三二五条一項）は、その種の契約を維持するため、かつ推定される当事者意思にに応じて、右契約の場合、一方当事者は公平な裁量によって（arbitrium boni viri）確定しなればならないとの解釈規定（Interpretationsregel）を定めたものである。理由書が引用する判例のうち、ライヒ高等商事裁判所の一八七四年判決（ROHGE 11, S.375ff. 修道三七卷一号四四九頁注15）、【16】一八七五年六月判決（修道三七

卷一号四七八頁)、【18】同年一〇月判決(修道三七卷一号四六九頁)については先に検討した。

最近の学説⁽⁵¹⁾によると、一方当事者の給付の確定は契約の正当性保障を欠いている。それゆえに、法律は原則の場合について、確定権限のある当事者の権限を制限して、「公平な裁量」(一項)を要求しているのである。公平な裁量に適った確定のみが拘束力を有し、公平でない確定または確定が遅延したときは、裁判所の判決よって確定されることになる。ただし、当事者は合意によって裁判所ではなく、仲裁人の判断に委ねることもできると解される⁽⁵²⁾。

一項は当事者の意思が「疑わしい場合」の解釈規定であり、当事者はそれと異なる合意もすることができる、特に公平基準に縛られない裁量による確定、すなわち確定する当事者の自由な随意(Freiem Belieben)に委ねることもできると解されている⁽⁵³⁾。

②給付に対して約束された反対給付の範囲が確定していない場合、疑わしいときは、確定権限は反対給付を請求しうる当事者に帰属する(三一六条)。理由書によると、売買・請負契約などの双務契約で、一方の給付は確定しているが、反対給付はその範囲を考慮して確定しないままにおかれるケースは、取引上しばしばみられる事案であり、同条(草案三五四条)は、反対給付の大きさの確定について、当該反対給付を履行すべき契約当事者の裁量に委ねるといふ趣旨の特別な解釈規定であって、取引慣行にならったものであるとする⁽⁵⁴⁾。ハイレヴェルの請負・雇傭給付の報酬額につき、債権者が確定する場合⁽⁵⁵⁾などもそれに該当する。

本条については、当初の草案から現行法までの立法過程で法文の表現に変遷がみられるが、それらを検討する余裕はない⁽⁵⁶⁾。

(iv) つぎに、民法三一七条ないし三一九条は、第三者に委ねた給付の確定について規定する。①給付の確定が第三者

に委ねられた場合に、疑わしいときは、確定は、公平な裁量によって行われなければならないものと推定される(三一七条一項)。理由書 (Motive) によると、契約において給付の確定は一人または複数の第三者に委ねることができる。契約当事者が第三者とすべき人物についてまだ合意ができていない、むしろその指名を留保している限り、契約の重要部分についての合意はなく、契約はまだ締結されていない。第三者の裁量は、後掲三五七条(現行三一九条一項に相当)の解釈規定 (Interpretationsregel) が示すように、純粋な (reines) 裁量かそれとも公平な裁量である。理由書は再度、ライヒ高等商事裁判所の【16】一八七五年六月判決(修道三七卷一号四七八頁)⁽⁵⁷⁾を引用する。引用はないが、同裁判所の【7】一八七九年判決、【9】ライヒ高等商事裁判所一八七二年判決(普通法に関する傍論判旨部分)も先例になろう。

本条は、第三者の確定権行使のための内容的基準を定めたものであり、確定権限がいかなる第三者に属するかについては規定していない。⁽⁵⁸⁾

理由書によると、第三者は当事者から特別な信頼を与えられているのが通常であり、そうした場合(つまり、第三者が確定できない場合やその意思がない場合を指すと思われる)、契約は成立しない (zerfallen) に相違ないとする。⁽⁵⁹⁾ また理由書は、第三者は確定の義務を負わないとして、草案は当事者との法律関係については述べず、契約が第三者の判断によって(解除的に resolutive または停止的に suspensive) 条件づけられるものとみるべきかは学説および実務に委ねる、と述べている。⁽⁶⁰⁾ なお、第三者の義務については、義務を前提に論ずる当時の学説もみられるし、特に仲裁鑑定人契約の法的性質に関する議論では仲裁鑑定人の義務を肯定する学説もみられる。⁽⁶²⁾ また後者の点は、【3】プロイセン最上級裁判所一八五七年判決、【5】ライヒ高等商事裁判所一八七一年とともに、キッシュ説が条件説を主張している(修道三六卷二号九八一頁)。

理由書によると、第三者の確定は、当事者の合意に代わり、契約当事者の心で行われるのである。組合契約中の報酬額の確定を仲裁人の判断と解した判例であるが、【8】ライヒ高等商事裁判所一八九一年判決が仲裁鑑定人を右フリーズで評している(修道二八卷二号九二五頁)。最近のある民法学説は、第三者による確定の意義について、当事者が契約関係とその処理のために基準となる事情を確実に見通して判断することができない場合、第三者の利害関係のない立場に注目して、未確定部分につきバランスのある判断に期待する場合、仲裁鑑定契約に関して、第三者に個々の対立点の紛争裁断機能が付与される場合を指摘する。⁽⁶³⁾

本条も解釈規定であつて、当事者が別の合意、特に第三者に随意による給付確定を委ねる合意(後掲三一九条二項参照)をすることも許されると解される。⁽⁶⁴⁾

②確定が複数の第三者によつて行われるべき場合に、疑わしいときは、全員の合意が必要である。そして金額を確定すべき場合に、異なった金額が確定されたとき、疑わしいときは、その平均額が基準になる(三一七条二項前段・後段)。理由書は、合目的であるという理由をあげて、複数の第三者が金額について一致できない場合の例外的規定であり、プロイセン一般ラント法第一編第一章第一節五〇条(修道二八卷一号一七頁参照)など当時の新しい法典に一致した内容であり、契約当事者の通常の意味にも合致しているとす。【2】プロイセン最上級裁判所一八五四年判決や【5】ライヒ高等商事裁判所一八七一年判決が、それぞれ「平均額」が基準になる旨判示している。

③第三者に委ねられた給付の確定も、契約の一方当事者に対する意思表示によつて行われる(民法三一八条一項)。ただし、錯誤、強迫または悪意の詐欺を理由として、契約当事者のみが当該確定を取り消すことができる。取消しの相手方となるのは、契約のもう一方の当事者である(三一八条二項前段・後段)。取消しは、取消権を有する当事者が取消事由

を知ったのちに、遅滞なく行わなければならない（三一八条二項二文）。しかし、確定から三〇年が経過したときは、取消しはできない（三一八条二項三文）。これは当初の草案⁽⁶⁵⁾ではなく、第二説会で提出された法案によるものようである⁽⁶⁶⁾。第三者の意思表示は契約当事者に対して権利義務を基礎づけるものであり、当事者間の契約関係を補充するのであるから、第三者の意思の瑕疵を理由とする取消権は、契約の一方当事者だけに認めたものである。同じ理由から、取消しの相手方は常に他方の契約当事者となる⁽⁶⁷⁾。

最近の学説によると、第三者の給付確定は、一方的な受領を要する法律行為、意思表示を含む法律行為と解される⁽⁶⁸⁾。当事者から与えられた信頼的立場からして、第三者は自ら確定しなければならない⁽⁶⁹⁾。一項は確定の意思表示の到達についての特別規定であり、取消しは当事者全員ではなく、契約の一方当事者に対し行えばよいとされる⁽⁷⁰⁾。

右規定は仲裁鑑定にも準用され、契約当事者の一方への通知とともに仲裁鑑定はその拘束力を生じ、それ以降は原則として撤回することはできない⁽⁷¹⁾。

④ 第三者が公平な裁量によって給付を確定すべき場合に、当該確定が、明らかに公平ではないときは、契約当事者に対して拘束力を有しない（三一九条一項一文）。その場合に、給付の確定は判決によって行われる、また、第三者が確定できない、または確定の意思がない、もしくは確定を遅延したときも、同様とする（三一九条一項二文前段・後段）。

理由は、右一項一文の解釈規定はすでに普通法で認められており、またプロイセン法を除いて、ザクセン民法（八〇二条、八〇四条）などの法典⁽⁷²⁾でも規定されているとする。プロイセン一般ラント法（第一編第一章四八条・四九条。修道二八卷一号一六頁、三七卷一号四五頁注4参照）では売買価格の確定につき第三者の自由仲裁が考えられているが、プロイセン法で他の場合にも自由仲裁が推定されているものではないとも指摘する⁽⁷³⁾。理由は、善き人の裁断（arbitrium

boni viri) と解釈する正当化根拠は、草案三五三条・三五四条の場合と同じである旨を指摘している。原文の文意は筆者にとつて必ずしも明晰ではないのであるが、前掲・引用判例においてライヒ高等商事裁判所がいう、当事者意思は第三者の誠実さと良心を信頼して、その「客観的な判断」に向けられている【16】一八七五年六月判決、【18】同年一〇月判決参照) という考え方に基づくものであるという趣旨であると解しておきたい。

第三者は仲裁人ではなく、契約当事者の心で確定し、契約意思を補充するのである。したがって、その確定は、善き人の裁断 (arbitrium boni viri) と同様、不公平による取消しの場合に判決による修正に服する。ライヒ高等商事裁判所の【7】一八七九年判決は、「法および公平」を判断基準にあげている点を除けば、その先例といえよう。

ところで、一方当事者の給付確定の場合(三二五条三項)と異なり、法文は、第三者の給付確定が「明らかに公平でない (offenbar unbillig)」ときに、当該確定は拘束力を有しないとす。最初の草案は一方当事者の確定の場合と同じ文言(つまり、単に「公平ではない」場合)を採用していたが、第二説会の委員会が「明らかに」という文言を付加したものである。議事録 (Protokolle) は、これは普通法やフランス法にならった規制であり、合目的であると述べている。⁽⁷⁴⁾右変更によって第三者の給付確定の取消しは、より難しくなったと解される。最近の学説によると、第三者については、独立性、中立性および客観性が前提となっており、給付に直接利害関係をもつ当事者の確定よりも公平な確定が期待できると考えられるからである。第三者の介入は紛争の回避にあり、低いレヴェルの疑問を許さず、かくして訴訟リスクを回避しようとする趣旨である、ともいわれる。⁽⁷⁶⁾そこで、当事者の一方による給付の確定の場合、確定の拘束力を主張する当事者が公平であることを証明しなければならぬのに対し、本条によれば、その確定を認めない当事者が確定の明らか不公平について証明しなければならないと解される(通説といわれる)⁽⁷⁷⁾。通説・判例は、狭義型の仲裁鑑定に対して本条を準

用する場合には、「明らかな不公平」を「明らかな不当性」に読み替える。明らかな不公平（広義型の仲裁鑑定）、および明らかな不当性（狭義型の仲裁鑑定）のそれぞれ判断基準については、別の機会に検討した。⁽⁷⁸⁾

(v) 第三者が随意により給付を確定すべき場合に、第三者がその確定をすることができない、またはその意思がないとき、もしくはそれを遅延したときは、契約は無効である（三一九条二項）。民法三一七条一項の解釈規定としての性質から、第三者の随意による給付確定の合意も可能と解されている。⁽⁷⁹⁾ただし、随意による給付確定の合意は、それが明確に示される、またはその趣旨の当事者意思が確実に推定できる場合に認められるし、良俗または法律に違反してはならないと解される。⁽⁸⁰⁾随意について裁判所によるコントロールは行われず、裁判所による代替的な給付確定も行われない。第三者が有効な確定をしない限り、契約は実行できないままである。⁽⁸¹⁾

第三者の随意による給付確定は、沿革的には「自由仲裁」（修道三七卷一号四八〇頁以下参照）に由来するものと思われる。先に検討したように、実務上その種の合意はそれほど多くないと思われるが、ライヒ裁判所は【11】一八八三年判決や【12】一八八四年判決で右合意の適法性を肯定し（修道三六卷二号九九三頁、九九五頁）、【15】一八八九年判決（修道三六卷二号九八七頁）でそれを認定している（他の判例については、修道三七卷一号四五九頁参照）。

(vi) 保険契約法（VVG）六四条は、損害保険に関する鑑定人手続（Sachverständigenverfahren）を規定している。①契約により、保険に基づく請求権の個別的な要件または損害の額が鑑定人により確定されるべき場合において、その認定が明らかに実際の事実状態（wirklich Sachlage）と相当に異なるときは、拘束力をもたない（同条一項一文）。その場合に、認定は判決によって行うものとする（同条一項二文）。鑑定人が認定することができない、またはその意思がない、もしくは認定を遅延しているときも、同様である（同条一項三文）。ライヒ裁判所の【13】一八九一年判決は、火災保険会社

の普通保険契約約款上の損害額評価条項に関して、「明らかな不当（かつ不公平）」を言及している（修道三六卷二号九九一頁）。

- ② 契約により、鑑定人が裁判所によって指名されるべき場合に、その指名については、損害が発生した地域内にある区裁判所が管轄する（六四条二項一文）。関係者の明示的な合意によって、別の区裁判所の管轄権を定めることができる（六四条二項二文）。鑑定人の指名の申立てを認容した処分（*Verfügung*）は、取り消すことができない（六四条二項三文）。
- ③ 一項一文の規定と異なる合意は、無効とする（六四条三項）。

当時の学説（キッシュ説）によると、右六四条は従前のラント法の規定にならった民法三一九条をモデルにしたものである。したがって、明らかに不公平な確定は契約に従ったものとはみなせず、無効としなければならないとする。⁽⁸²⁾ 民法三一九条の「明らかな不公平」は、ローマ法源の「明白な不当 *manifesta iniquitas*」を移植したものであり、同条によっても第三者は客観的な事実状態に応じた給付を確定しなければならない。民法の「不公平」は保険契約法六四条の「不当性」と変わらない、と説く。⁽⁸³⁾

なお、右鑑定人手続を定めた一九〇八年の保険契約法は、二〇〇七年一月二三日の保険契約法に関する法律によって改正された（BGBl I, S.2631ff. 二〇〇八年一月一日施行）⁽⁸⁴⁾。これにより前掲六四条も現行では保険契約法八四条として規定されているが、法文に変更はないようである。⁽⁸⁵⁾

(vii) また傷害保険に関する鑑定人手続を定める一八四条一項ないし三項も、ほぼ同文である。右法文も同様に改正され、現行一八九条が同趣旨を定めている。⁽⁸⁶⁾

- (1) スイス法の観点からヨーロッパ諸国の仲裁鑑定法の歴史について考察した文献として、vgl. W. Wenger, *Zum obligatorienrechtlichen Schiedsverfahren im schweizerischen Recht*, 1968, S. 1ff., 133ff., 同書は「イタリア法における非正式仲裁 (arbitrato irrituale)」、各国における仲裁人と仲裁鑑定人の区別を検討し、スイス法における仲裁鑑定人の適法性について研究している。筆者にはなかなか難解な論旨の展開であり、ここに簡約することはできなかった。
- (2) 従来の研究としては、飯塚重男「契約的仲裁の諸問題」一七頁以下(有斐閣、一九九八年)、豊田「西ドイツの仲裁鑑定」民訴雑誌三六号二〇七頁以下、同「仲裁鑑定契約の法構造」(一)、(二)、(三・完)「修道二三卷一号八九頁、一四卷一号三九頁、二号三六五頁、同「紹介 マーチン・ボロウスキー『ロモンローの仲裁鑑定』(Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2001)」修道二七卷一号一五七頁。
- (3) 判例に現れた契約補充型の具体例については、豊田・法構造(一)「修道二三卷一号二二頁以下で検討したことがある。
- (4) ワイズマン説は、豊田・法構造(一)「修道一三卷一号九四頁、またゴールドシュミット説は、同号九八頁注(12)をそれぞれ参照。
- (5) たゞえば、vgl. H. Eckert, *Der Schiedsrichter*, 1928, S. 19 は、仲裁鑑定は基本契約を具体化することに仕えると解する。
- (6) O. Kahn, *Der Schiedsrichter und die rechtliche Bedeutung seiner Entscheidung*, 1934, S. 28.
- (7) カーン説は、仲裁鑑定の合意を他の証拠方法をすべて排除する旨の合意と解する考え方(証拠契約説)を支持する。それは裁判官を特定の証拠方法に拘束して、裁判官は、仲裁鑑定が事実の存在を宣言するように判断しなければならない。証拠方法についての当事者間の合意を適法とした判例として、ライヒ裁判所の一九一九年判決(RGZ 96, S. 57ff. この判決は、豊田・法構造(一)「修道一三卷一号一〇一頁参照)および判旨に賛成する学説を引用して、カーン説は、仲裁鑑定人のなすべき認定は、訴訟上は鑑定人が行うことができる、仲裁鑑定はいわば訴訟外の証拠調べと解する。仲裁鑑定人は、本来ならば裁判官が鑑定人の助力を得てする活動を行うのである。カーン説は、仲裁鑑定人の認定の事後審査を禁止し、裁判所の仲裁鑑定への拘束を明文で規定した労働裁判所法一〇六条を参照して、仲裁鑑定の合意は証拠契約であり、仲裁鑑定は特別な証拠方法として許容できるとする。Kahn, aa.O., S. 21ff.

ドイツ仲裁鑑定法の形成(五・完)(豊田)

四〇八(四〇八)

- (8) Kahn, aa.O., S.19ff.
- (9) Winter, aa.O., S.100f.
- (10) ヴィンター説によると、ライヒ高等商事裁判所の【17】一八七五年三月二日判決 (ROHGE 16, S.427ff.) および【16】一八七五年六月一日判決 (ROHGE 18, S.337ff.) もまた、プロイセン法においてローマ法の原則の適用を認めていた、つまり、善き人の裁断および明らかかな不公平を理由に同裁断の取消しを許容していた、としている。vgl. Winter, aa.O., S.106. これらの二件はいずれも自由仲裁の合意が問題になった事案として、検討を試みたが【16】六月判決は修道三七卷一号四七八頁以下、特に四七六頁参照、また【17】三月判決は同号四七三頁以下、特に四七一頁参照、当該判旨部分は、いずれも傍論判示の部分と思われる。
- (11) この改訂については、修道二八卷二号九三三頁以下参照。
- (12) この引用の趣旨については、修道三六卷二号九九七頁以下参照。
- (13) Winter, aa.O., S.91ff.
- (14) Winter, aa.O., S.101ff.
- (15) Winter, aa.O., S.105ff.
- (16) なお、フランス法の適用領域のこれら二件の判例について、ヴィンター説は具体的な判例集を指摘せず、ある論文 (Oppler, *Schiedsvertrag und Schiedsmannervertrag*, Recht 1906, S.433ff.) を引用するにやむを得ない。Winter, aa.O., S.107, Fn.53. の論文も筆者は未検討である。
- (17) Winter, aa.O., S.115ff.
- (18) Winter, aa.O., S.118ff.
- (19) Winter, aa.O., S.168f. なお、シュロツサー説については、豊田「西ドイツの仲裁鑑定について」民訴雑誌三六卷二二〇頁などで言及したことがある。
- (20) イタリア法については、飯塚・前掲書九三頁以下参照。

- (21) フランス法については、小山昇『小山昇著作集 第六巻 仲裁の研究』三九六頁以下、四二七頁以下（信山社、一九九一）参照。
- (22) Winter, aa.O., S.169ff.
- (23) シトロッサー説に批判的な等語と「W. Heinrich, Das Sachverständigenverfahren im privatrechtsversicherungsrecht, 1996, S.57.
- (24) Winter, aa.O., S.141ff.
- (25) Winter, aa.O., S.142.
- (26) Winter, aa.O., S.142ff.
- (27) Winter, aa.O., S.149ff.
- (28) フランス法の amiables compositeur（友誼的仲裁人、小山教授によると友誼的和合調整人）については、小山・前掲書三三二頁以下、四五二頁以下参照。
- (29) Winter, aa.O., S.151ff.
- (30) P. Oertmann, Schiedsrichter und staatliches Recht, ZfP Bd.47(1918), S.113.
- (31) Oertmann, aa.O., S.115.
- (32) C. Hahn/B. Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd.2, Materialien zur ZPO, Abt.1.2, Aufl., 1881, Neudruck, 1983, zu §801, S.493f.
- (33) Winter, aa.O., S.153ff.
- (34) Hahn/Mugdan, Materialien zur ZPO, zu §§792-813, S.490.
- (35) B. Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd.2, Recht der Schuldverhältnisse, Neudruck der Ausgabe Berlin 1899, 1979, zu §357, S.107.
- (36) 民法一〇三四条一項は、仲裁人が仲裁判断前に当事者を審尋し、必要な限度で争いの基礎にある事実を探知すべき旨を規定するが、同条二項は、その他の手続については、当事者の別段の定めなき限り、仲裁人が自由な裁量で手続きを定めることがで

きると規定する。現行民訴法一〇四二条四項一文が同旨を規定する。

- (37) Winter, a.a.O., S.156.
- (38) 同の問題については、たゞ⁴⁵⁾ vgl. Oertmann, a.a.O., S.108ff.
- (39) Winter, a.a.O., S.157, Fn.99.
- (40) R. Greger/C. Stubbe, *Schiedsgutachten*, 2007, S.Rn.15, S.5.
- (41) Heinrich, a.a.O., S.28f. その⁴⁶⁾の学説は、広義型および狭義型の仲裁鑑定のおいずれにおいても、法的紛争全体について判断するか(=仲裁人 *arbitrer*)、個別的事実、要件事実要素、その他請求権の要件について判断するか(=仲裁鑑定人 *arbitrator*)を区別基準と考える (ders., a.a.O., S.54ff.)。
- (42) Greger/Stubbe, a.a.O., Rn.16, S.5.
- (43) ドイツ法における最近の仲裁鑑定の消極的評価については、豊田・紹介・修道二七卷一号一八一頁も参照。
- (44) ワイズマン説の詳細については、豊田・法構造(一)・修道二三卷一号九三頁以下参照。
- (45) Greger/Stubbe, a.a.O., Rn.2, S.1.
- (46) 最近のドイツ法の文献として、vgl. Greger/Stubbe, a.a.O., Rn.212ff., S.77ff.; Heinrich, a.a.O., S.87ff.; M. Lembcke, *Bürgenhaftung im Kontext von Schiedsgutachten*, NZBau 2009, S.421ff.usw. 筆者もドイツ判例の事案を通じて、仲裁鑑定の伝統的な実務状況について考察したことがある。豊田・法構造(一)・(二)・(三)・完)・修道二三卷一号頁八九頁、一四卷一号三九頁、一四卷二号三六五頁参照。
- (47) U. Kornblum, *Die Rechtsnatur der Bestimmung der Leistung in den §§315-319BGB, AcP* 168 (1968), S.451; M. Löwisch, *StaudingersKomme zum BGB/U. Würdinger, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse*, §8293-327, 13. Aufl., 1995, §315, 11a, Rn.1a, S.1976 は、民法三二二五条・三二六条は民法一五四条一項一文(当事者はすべての点につき合意してはならない限り、疑わしきときは、契約は締結されないう旨規定)に対して、その例外を定めたものではない、意識的な合意欠如の除去ではなく、契約のすき間の補充を可能にするものにすぎないとする。本文にあげた学説の見解よりも、限定的な理解といえようか。

- (48) StüdingersKomme/H. Kaduk, II.Bd. Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1c, 10./11. Aufl., 1967, §317, 1b, Rn.3, S.656f.; MünchenerKomme/Söllner, Schuldrecht · Allgemeiner Teil (§§241-432), §317 III, Rn.5, S.890; Soergel/Siebert/M. Wolf, BGB, §317, Anm.5a) ff. S.1102ff.usw.
- (49) Mugdan, Materialien zum BGBII, Motive zu §§353, 354, S.105f.
- (50) Mugdan, Materialien II, Motive, S.106. 理由書はプロイセン一般ラント法 (ALR) 七一条 (修道二八卷一四一頁参照)、『フランス民法一八五四条、ザクセン民法六六四条・八〇二条、各ラントの草案 (バイエルン州・ヘッセン州・ドレスデン州) など立法例とともに、ウイנדトシヤイド説 (修道三七卷一四四〇頁注七参照)』を引用している。なお、理由書が引用する【19】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. については、修道三七卷一四四七八頁以下で検討している。
- (51) MünchenerKomme zum BGB/Söllner, §315, Anm.II, Rn.1, S.873f.
- (52) Mugdan, Materialien II, Motive, S.106.
- (53) MünchenerKomme BGB/Söllner, §315, Rn.12, S.878, §317, Rn.2, S.889.
- (54) Mugdan, Materialien II, Motive, S.106. 反対給付の範囲が未確定な場合に、契約中でその確定権限ある当事者について合意がないときは、右確定権限を有する当事者を定めるための解釈規定としての、MünchenerKomme zum BGB/Söllner, §316, Anm.I, Rn.1, S.887; Soergel/Siebert/M. Wolf, KohlhammerKomme BGB, Bd.2/1, Schuldrecht I/1, 1986, §316, Anm.1, Rn.1, S.1094.
- (55) Soergel/Siebert/Wolf, BGB, §316 Anm.1, Rn.1, S.1094 は、ハイレーヴェルの請負・雇傭用給付の報酬額の確定などについて債権者がそれを確定する場合をあげている。
- (56) Mugdan, Motive, S.106, Protokolle, S.623f.
- (57) 【19】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. 同判決については、前注 (50) を参照。
- (58) Soergel/Siebert/Wolf, BGB, §317, Anm.1, Rn.1f, S.1097ff.

ドイツ仲裁鑑定法の形成 (五・完) (豊田)

四〇四 (四〇四)

- (59) ヲリでプロイセン一般ラント法第一編第五章七二条・七三条が引用される。これについては、修道法学二八卷一号一六頁参照。
- (60) Mugdan, Materialien II, Motive zu §355, S.106.
- (61) G. Strohal, Planck's Kommentar BGB, II, Bd.1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil) §§241-432, 4. Aufl., 1914, §317, 3, S.351.
- (62) Greger/Stubbe, a.a.O., S.42, Rn.107, S.42.
- (63) Soergel/Siebert/Wolf, BGB, §317, Anm.1, Rn.3, S.1098.
- (64) しかし、第三者の随意による給付の確定に委ねる旨の合意の適法性については、疑問とする説もある (Palandt/Heinrichs, BGB, 45. Aufl., 1986, §317 Anm.1, S.336, §319, Anm.1, S.338)。これに対し合法説は、MünchenerKomme BGB/Söllner, a.a.O., §315, Anm.12, Rn.12, S.878, §317, Anm.12, Rn.3, S.889. StaudingersKomme BGB/Kaduk, 10./11. Aufl., 1967, §317, Rn.1, S.655 は、実務上争つた合意は多くないと指摘する。
- (65) 当初の草案三五六条は、第三者に委ねられた給付の確定は、契約を締結した一方の当事者に対して意思表示されたときに、なされたものとし、その確定は撤回できないと規定していた。理由書は、第三者の信賴的地位から、第三者自身が確定することが契約の趣旨である、またザクセン民法八〇六条に一致して、Arbitrator (仲裁鑑定人) の任務および地位から導かれる原則として、第三者がいったん行った確定は撤回できないのであると説明している。Mugdan, Materialien II, Motive, S.107.
- (66) これに対し、第二読会では現行三二八条二項一文および二文に相当する法案が提案されている。議事録によると、第三者の確定の取消可能性について第三者に取消権を与える利益を否定し、契約当事者にのみ肯定する考え方を明示する趣旨の規定であるとしている。またその取消期間の規定についても、通常の場合の規定ではなく、特別な規定が必要であるとしている。Mugdan, Materialien II, Protokolle, S.625, 627.
- (67) StaudingersKomme/Kaduk, BGB, §318, Anm.2, Rn.3, S.660.
- (68) StaudingersKomme/Kaduk, BGB, §318, Anm.1, Rn.1, S.660; MünchenerKomme/Söllner, §318, Anm.1, Rn.1, S.895f.; Soergel/Siebert/Wolf, BGB, §318, Anm.1f, Rn.1f, S.1106f.; Korbblum, a.a.O., S.454.

- (69) MünchenerKomme/Söllner, §318, Anm.II, Rn.2, S.896; Soergel/Siebert/Wolf, §318, Anm.2c, Rn.4, S.1107.
- (70) Soergel/Siebert/Wolf, BGB, §318, Anm.2a, Rn.3, S.1107.
- (71) StaudingersKomme/Kaduk, BGB, §318, Anm.1, Rn.1, S.660; MünchenerKomme/Würdinger, §318, 14, Rn.4, S.2017; Soergel/Siebert/Wolf, BGB, §318, Anm.2d, Rn.6, S.1107.
- (72) フランス民法一八五四条「ラント(クッキン・ヌエホルン・ケレスラン)の草案が引用されている。
- (73) 理由書 (Mugdan, Materiatien II, Motive, S.106, Fn.+) は「ドイツ高等商事裁判所の裁判 (Entsch. Des ROHG.18 Nr.91) を引用するが、その検討は「ドイツ」なす。
- (74) Mugdan, Materiatien II, Motive zu §357, S.107.
- (75) Mugdan, Materiatien II, Protokolle, S.626.
- (76) MünchenerKomme BGB/Würdinger, §319, 12, Rn.2, S.2019.
- (77) StaudingersKommeBGB/Kaduk, BGB, §319, Rn.1, S.661f.; Kornblum, a.a.O., S.467f.usw.
- (78) 豊田・法構造(一) 修道二三巻一号二三四頁以下、法構造(三・完) 修道一四巻一三三七四頁以下。
- (79) StaudingersKommeBGB/Kaduk, §317, Anm.1a, Rn.1, S.655, §319, Anm.II, Rn.7, S.664.
- (80) Soergel/Siebert/Wolf, BGB, §319, Anm.VI, Rn.22, S.1115; MünchenerKommeBGB/Söllner, §319, Anm.13, Rn.3, S.898.
- (81) MünchenerKommeBGB/Söllner, §319, Anm.13, Rn.3, S.898; StaudingersKommeBGB/Kaduk, §319, Anm.II, Rn.7, S.664.
- (82) 当時の判例が引用されているが、そのうち検討された判例は「ドイツ裁判所【15】一八八九年十二月一〇日判決 (RGZ 24, S.357ff.)」である。
- (83) Kisch, a.a.O., S.128ff.
- (84) 二〇〇八年保険契約法の改革について、vgl. Prölss/Martin/C. Arumbürster, Versicherungsvertragsgesetz, 29. Aufl., 2015, Einl. 1, Anm.A, Rn.1ff.S.4ff.; W. Römer/T. Langheid/R. Rixecker, Versicherungsvertragsgesetz, 4. Aufl., 2014, Vor §1, Anm.Iff, Rn.1ff.S.1ff.; §1, Anm.Iff.Rn.1ff.S.45ff. (Römer).

- (88) Prölss/Martin/Voit, VVG, §84 VVG, Anm.A1f., Rn.1ff., S.599ff.; Römer/Langheid/Langheid, VVG, §84, Anm.1ff., Rn.1ff.S.619ff.
(89) Prölss/Martin/Knapmann/W. Voit, VVG, §189 VVG, Rn. 1ff., S.993; Römer/Langheid/Rixecker, §84 VVG, Rn.Rn.1S.1196.

(完)

(法学部 豊田博昭)

- 【12】 1884・10・3判決 SeuffArch 40, S.161 (36)994ff., 987, 984
(37)479
(38)429, 425, 410
- 【22】 1888・10・9判決 RGZ 21, S.188ff. (37)460, 458
(38)427
- 【15】 1889・12・10判決 RGZ 24, S.357ff. (36)987ff., 970, 967
(37)479
(38)428, 425f., 410, 402
- 【13】 1891・9・16判決 SächsArch 1, S.661 (36)992f., 987f., 969
(38)428, 425, 410
- 1893・10・28判決 RGZ 27, S.193ff. (28)933
- 【14】 1899・10・27判決 RGZ 45, S.350ff. (36)991ff., 987
(38)428
- 1919・5・23判決 RGZ 96, S.57ff. (28)927
(38)408

下級裁判所

- ハンブルグ地裁1884・5・19判決 HGZ 17, Nr.130, S.279f. (28)935f.
(38)431
- ハンブルグ高裁1885・2・24判決 HGZ 18, Nr.S.146ff. (28)937f.
(38)431
- ハンブルグ高裁1889・11・1判決 HGZ 22, Nr.121, S.305ff. (28)938f.
(38)431

- (36)998ff., 995,
971
(37)477, 474, 472
(38)432ff., 427,
424
1874・1・9判決 ROHGE 11, S.375ff. (37)449
【17】1875・3・2判決 ROHGE 16, S.427ff.;SeuffArch 35, Nr.237
(37)473, 467, 464
(38)424, 407
【16】1875・6・1判決 ROHGE 18, S.337ff.;SeuffArch 32, S.149, Nr.118
(37)478, 473, 470,
467, 459, 458
(38)427, 424, 416,
414, 411, 407,
404
【19】1877・10・13判決 ROHGE 23, S.81ff. (37)468, 467, 458
【18】1875・10・18判決 ROHGE 18, S.258f. (37)469, 467, 458
(38)427, 415, 411
【7】1879・6・26判決 SeuffArch 38, S.24f. (28)922ff., 940
(36)999, 996, 971,
970
(38)433, 431, 424,
418, 414, 411
- ライヒ裁判所 (Reichsgericht)
- 【21】1880・4・23判決 RGZ 1, S.338ff. (37)464, 458
(38)427
【10】1882・3・9判決 RGZ 6, S.190ff. (36)999ff., 995,
991, 988ff.,
970, 967
(38)430, 425, 418
【11】1883・10・11判決 RGZ 10, S.130ff. (36)996ff., 991,
988f., 986ff.,
984, 969
(37)479
(38)430ff., 427,
424f.

△論
説▽

修
道
法
学
三
八
卷
一
号

三
九
九
(三
九
九)

主たる判例索引

ドイツ仲裁鑑定法の形成(五・完)(豊田)

【 】は本稿執筆にあたり文中で付した判例番号、引用頁の () は修道法学の巻数、頁数は各号のそれである。

プロイセン最上級裁判所 (Preußisches OberTribunal)

判例番号	判例年月日	判例集など	引用巻・頁
【1】	1844・12・14判決	OberTribunal 11, Nr.3, S.180ff.	(28)9ff., 927 (36)970 (37)472 (38)439ff., 424
【2】	1854・2・7判決	OberTribunal 27, Nr.63, S.180ff.	(28)17ff., 25f., 928 (37)477, 474, 472 (38)438, 424, 413
【3】	1857・9・24判決	StreithArch 27, Nr.15, S.59ff	(28)20ff., 25f., 918 (36)981 (38)437, 424, 414
【4】	1870・1・13判決	StreithArch 76, Nr.63, S.348ff.	(28)24ff. (38)436
【20】	1875・1・8判決	OberTribunal 74, S.1ff.	(37)466, 458 (38)427

ライヒ高等商事裁判所 (Reichsoberhandelsgericht)

【5】	1871・6・20判決	ROHGE 3, Nr.13, S.74ff.	(28)916ff., 921, 923f., 932, 936, 939 (36)998ff., 981 (37)477, 474, 472 (38)434, 429, 414
【8】	1871・9・27判決	ROHGE 3, S.167ff.	(28)925ff., 932, 936, 939f., 971 (38)432, 425f., 413
【6】	1872・2・13判決	ROHGE 5, Nr.27, S.110ff.	(28)919ff., 923, 936, 939 (38)433
【9】	1872・2・23判決	ROHGE 4, Nr.88, S.421ff.	(28)928ff., 936, 939f.

三九八(三九八)