

## 仲裁における評議の秘密と証言拒絶

田邊 誠

### 一 はじめに

仲裁は、仲裁契約を結んだ当事者から権限を与えられた仲裁人によって行われる。仲裁人は一名の場合と複数名の場合とがあるが(たとえば、民訴法七八六条)、仲裁人が複数の場合には、仲裁判断をなすにあたって合議、すなわち、評議と評決をしなければならない。仲裁における審理手続は公開される場合もあるが、合議は通常は非公開で行われる。仲裁判断は判断書の形で確認され(同法七九九条一項)、その正本が当事者に送達されることによって(同条二項)確定判決と同一の効力(同法八〇〇条)を生じる。<sup>(2)</sup>

確定した仲裁判断に対しては、法定の理由の基づいて、取消しの訴えを提起することができる(同法八〇一条)。この訴訟では、取消事由、すなわち、仲裁契約の存在・効力に関する事由、仲裁人の権限に関する事由、仲裁手続における当事者の手続保障など手続の瑕疵に関する事由、仲裁判断の形式・内容に関する事由などの存否が、口頭弁論や証拠調べの手続で審理される。また、確定した仲裁判断は、その強制執行のための執行判決の付与を求める訴訟で、執行可能性が検討されるほか、その他の様々な訴訟において、その効力・内容あるいは成立手続等が検討対象とされる可能性がある。

この小稿では、このように仲裁判断の効力・内容あるいは成立手続等が仲裁判断取消訴訟などの審理において問題

とされる場合に、仲裁手続中の評議及び評決の経過・内容に関して、仲裁人を尋問することができるか否かという問題を中心に検討する。論述の順序としては、まず、この問題に関するわが国の学説等の現状をみた後で、わが国の民事訴訟法(仲裁法)の母法国であるドイツの判例・学説の状況を概観し、最後に、問題点を整理して、試論を述べたい。

- (1) 小島II高桑編・注解仲裁法(以下、注解仲裁法と引用)二二八頁「上田徹一郎」(一九八八年)。
- (2) 小山昇・仲裁法「新版」(以下・小山と引用)一九〇頁(一九八三年)。
- (3) 小山二八頁(一九八三年)、注解仲裁法一八三頁「吉村徳重」。

## 二 わが国の学説等の状況

わが国の民事訴訟法の仲裁手続に関する規定には、この点についての定めはない。また、筆者が見た限りでは、仲裁法に関する学説にも、この問題に関する見解は見出せない。

ただ、一九八九年に仲裁研究会(代表菊井維大)によって公表された仲裁法試案が、三一条二項で、「仲裁人は、評議及び評決について秘密を守らなければならない」という規定を設けている。そして、この規定に関しては、評議の秘密は仲裁人を選任した当事者に対しても漏らしてはならないという趣旨であること、及び、これに対する違反については、仲裁人のモラルに任せ、民事調停法三七条または家事審判法三〇条にみられるような制裁規定は置かない旨の説明がされている。<sup>4)</sup>

ちなみに、裁判所での訴訟手続における評議及び評決については、次のような規定が設けられている。

まず、裁判所法によれば、合議体である裁判の評議は非公開で、裁判官は評議の経過及び各裁判官の意見等につい

ては、最高裁判所の裁判で各裁判官の意見が公表される場合を除き、その秘密を守らなければならないとされている（七五条一項・二項）。また、証人尋問に関しては、裁判官の評議または評決の経過・内容は「職務上ノ秘密」（民訴法二七二条一項）である。ただし、他の公務員の場合には、監督官庁の承認を得れば尋問することができるが、裁判官の評議または評決の経過・内容に関しては監督官庁の承認（同法二七二条一項）を得て、裁判官または裁判官であつた者を証人として尋問することはできないと解され、評議または評決の経過・内容については、裁判官が尋問を受けても証言を拒絶することができる（同法二八一条一項一号）。

なお、裁判官が評議または評決の経過・内容を漏らした場合には、職務上の義務違反として、懲戒（戒告・過料）（裁判所法四九条、裁判官分限法二条）または弾劾（罷免）（裁判官弾劾法二条）の事由になるにすぎず、民事・家事の調停委員や家事事件の参与員（民事調停法三七条、家事審判法三〇条）、あるいは、一般職の公務員（国家公務員法一〇〇条一項・一〇九条一二号）のように罰金・懲役の刑に処せられることはない<sup>6</sup>。しかし、これらの規定について、仲裁手続への適用または類推適用が議論されてはいない。

- (4) 仲裁研究会「仲裁法試案とその解説（六）」NBL四二二号六一頁（高橋宏志）（以下、試案解説と引用）（一九八九年）。
- (5) 斎藤編・注解民訴法5一七頁「小室直人」（一九七七年）、小室Ⅱ賀集編・基本法コンメンタール第三版民訴法（二）八三頁「川臣朗」（一九八五年）、兼子・条解民訴法新版九八九頁（一九八六年）、菊井Ⅱ村松編・民訴法Ⅱ（一九八九年）四七五頁など。
- (6) 最高裁判所事務総局編・裁判所法逐条解説（下）（以下、裁判所法逐条解説（下）と引用）八〇頁（一九六九年）。

### 三 ドイツの状況

ドイツ（ここでは主として旧西ドイツを指す）では、本稿の取り挙げる問題について従来から判例・学説で議論がみら

れる。以下では、議論の状況を概観する。

(a) まず、仲裁手続での評議 (Beratung) 及び評決 (Absimmung) に関して、仲裁人に秘密保持の義務があることについては争いはない。

判例では、ライヒ最高裁はすでに一八九六年に、仲裁判断に基づく強制執行を許可する旨の執行判決を求める訴訟で、控訴審が仲裁人の証言に基づいて訴えを退けたのに対し、「仲裁契約を結んだ当事者は、仲裁人の評議の態様を審査することによって仲裁判断の有効性を問題にすることはできない」と判示し、一九三〇年には、金銭支払請求訴訟で過去に原告・被告間でなされた仲裁判断の解釈が問題となり、被告が仲裁人を証人として尋問すべきことを求めたのに対して、仲裁人に評議に関する秘密保持の義務があることを確認して、上告を退けた<sup>⑦</sup>。また、一九三二年には、仲裁人が両当事者に仲裁判断を示す前に評議の秘密を当事者の一方に漏らしたことに關して、これは仲裁人の中立義務の違反であり、これによって仲裁手続は違法となったとして仲裁判断の取消しが主張された事例で、ライヒ最高裁は、一九三〇年の判例を前提にして、評議の秘密保持の義務の違反は明らかであるが、この違反によって仲裁判断は影響を受けていないとして上告を退けた<sup>⑧</sup>。そして、連邦通常裁判所もライヒ最高裁の立場を踏襲して、一九五七年には、退職年金の支払に関する仲裁判断の解釈が問題になり、控訴審が仲裁人を証人として尋問した事例で、「仲裁判断の意味に関して仲裁人を証人として尋問することは、仲裁人の評議に関する秘密保持に照らして原則として許されない。この点については、文献及び判例上争いはない。」「仲裁人は、仲裁判断後に当事者から守秘義務の免除を受け、評議の詳細及び仲裁判断に至る考慮に関して、証人として仲裁判断に記載された理由を越えて証言を求められないことについて正当な利益を有する。」と判示した。なお、この判決は、仲裁契約に特に定めがある場合、及び、仲裁関係者全員、すなわち、仲裁人と両当事者とが合意する場合には、評議の秘密保持の義務を消滅させることができること

る学説を引用しているが、この学説に対して賛成または反対の明確な態度を示してはいない。<sup>10)</sup>

これに対して、学説は、ほとんどが前述の諸判例を引用して、評議に関する仲裁人の秘密保持の義務を肯定している。<sup>11)</sup>

(b) 次に、仲裁人の評議及び評決に関する秘密保持の義務の根拠をどこに求めるかという問題がある。これに関しては、学説の間に意見の対立がみられる。

まず、仲裁人契約<sup>12)</sup>に根拠を求める立場がある。<sup>13)</sup>しかし、これに対しては、仲裁人の秘密保持義務は特に評議の内容を当事者に漏らさない点に意義を見出されることが多いが、仲裁人・両当事者間での仲裁人契約の締結時にそのような意味における秘密保持義務の問題が考慮されることはないから、仲裁人契約によって特定の評議・評決に関する秘密保持の義務を根拠づけるのは無理であるとする批判がある。<sup>14)</sup>

これに対して、裁判官の評議・評決の秘密保持に関するドイツ裁判官法 (Deutsches Richtergesetz. 以下、裁判官法と表示)<sup>15)</sup>四三条に根拠を求める立場がある。これは、裁判官の評議・評決の秘密保持の義務の根拠とされている、当事者及び第三者との関係における裁判官の中立性の維持、裁判の権威の維持<sup>16)</sup>、裁判官の間における意見の対立を公にしないことによる裁判所の対外的統一の維持、及び、裁判官の独立の維持・強化といった事由は、仲裁裁判・仲裁裁判所及び仲裁人も妥当するから、裁判官法四三条を類推して、仲裁人にも同様の義務を認めることができるとする。

この立場の学説は次のように主張する。<sup>18)</sup>仲裁裁判所は、仲裁判断によって紛争当事者間に法的平和を回復することを使命としている。仲裁裁判所がこの使命を果たすためには、仲裁人の中立性が守られ、仲裁判断の権威が確保され、また、仲裁裁判所がその判断を対外的な統一性を保って宣言することができる必要がある。<sup>19)</sup>さらに、職業裁判官が終身で、国から俸給及び年金について保障されているのに対し、仲裁人は紛争当事者と同一の経済的領域、専門

領域あるいは利益集団に属する場合（いわゆる同業者など）が多く、当事者に対する依存性をもつ可能性があるから、裁判官の場合以上に評議の秘密保持義務を認めることによって独立を保障する必要が認められる。<sup>20</sup> これらの点で、仲裁裁判所の活動の前提条件は、裁判官に評議・評決に関する秘密保持の義務を認める根拠とほぼ一致する。そして、このような一致がみられることが、裁判官法四三条を仲裁人に類推適用する根拠となる。

なお、これに関連して、仲裁手続でも評議の秘密保持の義務が存在することは、判例及び学説において広く認められ、これに関しては関係者の間に確信が形成されているとして、この点で慣習法の成立を認める立場がある。<sup>21</sup> 同様の考え方は、裁判官の評議の秘密保持の義務についても主張されていたが、これに対しては、このような慣習法の存在は証明困難であり、実質的な根拠とはならないとの批判がある。<sup>22</sup>

(c) 以上のように、根拠に関しては争いがあるが、仲裁人に評議・評決に関する秘密保持の義務を肯定することについては判例・学説上でほぼ一致がみられる。そこで、次に、いかなる範囲または態様で秘密の保持義務が認められるかが問題となる。

まず、仲裁判断の形成過程に関する事情、すなわち、仲裁判断に至る過程で出てきた事実及び法律上の諸問題、並びに、それに関する検討、意見の表明などが、評議の秘密の対象となること、<sup>24</sup> 及び、評決の結果自体が秘密保持の対象にならないこと<sup>25</sup> に関しては争いがない。

以上は、裁判官の場合の評議の秘密に対応しているが、<sup>26</sup> 仲裁人の場合には、それ以外にも評議の秘密の内容となるものがあるとされる。その一つとして、評議の基礎たる書面がある。すなわち、訴訟の場合とは異なり、仲裁では、仲裁人の全員が集合して口頭で評議を行うことができない場合に書面の交換という形で評議が行われることがあるが、このような場合には意見交換の基礎となった書面がまさに評議の内容を表すものとして秘密保持の対象となる。<sup>27</sup>

また、仲裁では、複数の仲裁人が紛争当事者各人から選任されることも多いが、特にそのような場合には、選任された仲裁人と選任した当事者との間で行われた会話の内容が評議の秘密保持の対象となるかが問題となる。これについては、そのようにして構成された仲裁裁判所にあつては、各当事者が選任した仲裁人によって両当事者が仲裁手続中で対等な地位を与えられること(Parties)で仲裁裁判所の中立性及び独立性が確保されているから、仲裁人が自己を選任した当事者と他方当事者を排除して話し合いをしても、それによって他方当事者の法的審尋権を侵害することにはならないとみられている。そして、このような会話が許される根拠として、かかる会話も評議の一部であるとする見解が主張されている。<sup>(28)</sup>

評議・評決に関する秘密保持は、仲裁人の義務としての側面に留まるわけではない。判例に現れた事例からもわかるように、秘密保持は、仲裁判断に関して、あるいは、仲裁判断を基礎として生じた紛争に関する訴訟(仲裁判断取消訴訟はその一例である)において、仲裁人が評議の内容または仲裁判断に至る経過に関して証人として証言を求められるという形で問題になることが多い。このような場合には、秘密保持は仲裁人の義務ではなく、証言を拒絶する権利として現れることになる。そして、このような権利は、判例及び学説上で広く認められている。<sup>(29)</sup> ただし、この場合の証言拒絶権の根拠をどこに求めるかに関しては、信頼関係に基づいて他人から秘密を打ち明けられる地位にある者で、その性質上または法規によつて秘密保持が要請されている場合として、ZPO(民訴法)三三三条一項六号(類推適用)を根拠にする立場と、<sup>(31)</sup>ここでは証人の保護ではなく公益及び司法の保護が問題になるとして、裁判官に対する証人尋問に関するZPO三七六条一項の類推適用を根拠にする立場とが対立している。<sup>(32)</sup>

さらに、学説では、例外的に一定の場合には仲裁人に対して評議の内容に関する証言を求めることができる。たとえば、仲裁人が予断をもつて評議に臨んだことが明らかな場合、<sup>(33)</sup>仲裁人が仲裁手続の運営または仲裁判断に

際して、一方当事者の利益または不利益になるように故意に法を歪曲した場合(刑法三三六条)<sup>34</sup>、仲裁人が職務上の義務違反を理由に損害賠償を請求された場合などである。これに対して、仲裁契約に特別の定めを置いている場合<sup>36</sup>、及び、両当事者の同意<sup>37</sup>、または、両当事者の同意に加えて仲裁人自身の承諾がある場合に、仲裁人に対して評議の内容<sup>38</sup>に関する証言を求めることができるかについては、賛否両論がみられる<sup>39</sup>。この点に関する論争は、評議の秘密保持の意味をどこに見出すかという問題に関連している。

なお、先にあげた判例<sup>40</sup>からも分かるように、実際の事例では仲裁判断の文言の解釈が問題になり、この点を解明するために仲裁人について証人尋問の要求が出されることが多い。そして、このような事例についても、一般には仲裁人の評議に関する秘密保持の問題として論じられる。しかし、これに対しては反対の学説がある。この説は、仲裁判断の解釈の問題として論じられている事例には、不明確または不完全な仲裁判断を明確化することも含まれているが、すでになされた判断を変更することと明確化することとは判然と区別できないから、これは、すでになされた仲裁判断の変更の問題、すなわち、訴訟でいえば判決の自己拘束力(ZPO三一八条)にあたる問題として考えるべきであるとする。そして、ZPO三一八条は訴訟における判決に限らず、仲裁判断にも妥当すると考えるべきであるから<sup>41</sup>、この規定に従って事例を検討すべきであるとしている<sup>42</sup>。

(d) 最後に、右に述べた例外に該当しないにもかかわらず、仲裁人が評議・評決の内容・経過を漏らした場合に、仲裁人はどのような責任を負うかについて検討する。まず、仲裁人が評議・評決に関する情報を漏らした場合に、刑法三三六条の違反となるかという問題がある。これについては、たとえ仲裁手続の進行中に秘密を漏らしても、通常はこれによって故意に法が歪曲されたとはいえないし、また、仲裁判断後に秘密が漏らされた場合には、これによって仲裁手続の運営または仲裁判断は何らの影響も受けるわけではないから、一般に犯罪とはならないとされている<sup>43</sup>。

また、仲裁人が評議・評決の内容・経過を漏らしたことによって仲裁手続の当事者に損害が生じた場合には、仲裁人は場合によっては損害賠償の責任を負う可能性がある。しかも、この場合には、仲裁判断による損害ではないから、BGB（民法）八三九条二項の準用または類推適用による責任制限の余地はない。もともと、損害の証明は非常に難しいから実際に賠償が命じられることはほとんどないといわれている<sup>15)</sup>。

さらに、仲裁人が一般の公務員または裁判官である場合には、その地位に応じて、懲戒を受ける可能性がある（連邦公務員法五四条・七七条、裁判官法三六条・七一一条）。また、弁護士である場合には、職務上の義務の違反について有責任が認められるときには、懲戒裁判所（*Ehrengericht*）の裁判に基づいて処分を受けることがある（連邦弁護士法一一三条一項）。

(7) RGZ 38, 410, 412.

(8) RGZ 129, 15, 18.

(9) RG JW 1932, 2877, 2878. なお、判例でも、これを理由とする仲裁判断取消は稀とほとんどなると言われている（*Gleiss/Helm, Beratungsgeheimnis im Schiedsverfahren*, MDR 1969, 93 ff, 95; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 20. Aufl., 1980, § 1034 Rdn. 41）。

(10) BGHZ 23, 138, 140/141. ただし、仲裁人に対する証人尋問の違法性は控訴審の判決の結論には影響しないとして、上告は返けられた。

(11) *Mater, Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit*, 1979, S. 338; Stein/Jonas/Schlosser, a. a. O., § 1034 Rdn. 41; Real, *Der Schiedsrichtervertrag*, 1983, S. 156; Strieder, *Rechtliche Einordnung und Behandlung des Schiedsrichtervertrages*, 1984, S. 101; *Schltze/Tschering/Wais, Handbuch des Schiedsverfahrens*, 2. Aufl., 1980, S254; Schwab/Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 4. Aufl., 1990, S. 161.

(12) 仲裁契約（*Schiedsvertrag*）が、紛争を仲裁に付託する契約すなわち、一定の法律関係に関する現在または将来の争いについて

第三者の判断を受け、これに拘束される旨の紛争当事者間の合意であるのに対して (Schwab/Walter, a. a. O., S. 20, NPO 一〇二五条、日本民訴法七八六条・七八七条、小山二四頁・一一四頁参照)、仲裁人契約 (Schiedsrichtervertrag) は、仲裁事務を仲裁人に託することを内容とする紛争の両当事者・仲裁人間の契約である (Schwab/Walter, a. a. O., S. 87, 日本民訴法七九三条一号、小山一一四頁参照)。

(13) Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., 1989, Rdn. 497.

(14) Gleiss/Helm, a. a. O., S. 93; Strieder, a. a. O., S. 101; Prütting, Zur Rechtsstellung des Schiedsrichters — dargestellt am richterlichen Beratungsgeheimnis, Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, 1990, S. 409 ff., S. 413. なお、これらの立場でも、仲裁人が仲裁手続の中より得た事実を第三者に漏らさぬ旨の一般的な義務が仲裁人契約から生じることについては認めうる (Gleiss/Helm, a. a. O., S. 93; Strieder, a. a. O., S. 101 ff.; Prütting, a. a. O., S. 413)。旧西マインの常設仲裁機関である仲裁委員会の仲裁裁判所規則 (一九八八年改正) が、二十七条前段で、「仲裁人は、仲裁判断が公表されない場合には、仲裁手続に関して及び仲裁人としての職務遂行に際して知った事実に関して、何人に対しても秘密保持の義務を負う。」と規定しているのは、このような義務を認めたものであろう。なお、同規則の同条後段は、「仲裁裁判所は、手続の中で召喚された者に対しても秘密保持の義務を負わせる。」と定めている。

(15) 「裁判官は評議及び評決の経過に関し、その雇用関係終了後も沈黙を守らねばならぬ。」と規定する。裁判官法四五条一項後段には、職業裁判官ではない名譽職裁判官 (ehrenamtliche Richter) についても評議の秘密保持の義務が定められている。

(16) わが国の最高裁判所におけると同様、マインでも連邦憲法裁判所ではいわゆる反対意見が公表されるが (連邦憲法裁判所法三〇条二項)、これは裁判の権威を損なうものではないと考へられている (Wolf, Gerichtsverfassungsrecht aller Verfassungszweige, 6. Aufl., S. 170)。

(17) Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. I : GVG, 2. Aufl., 1883, S. 181, 358 ff., 363 ff., 842 ff.; Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, 1990, Rdn. 508. わが国でも Wolf, a. a. O., S. 169 で「裁判官の独立を根拠したその自由な反駁権」。

(18) Gleiss/Helm, a. a. O., S. 93 f.; Prütting, a. a. O., S. 414 ff.

(19) Prütting, a. a. O., S. 416.

- (20) Gleiss/Helm, a. a. O., S. 94.
- (21) Gleiss/Helm, a. a. O., S. 94; Strieder, a. a. O., S. 101.
- (22) Schmidt-Rantsch, Gegenstand, Sinn und Grenzen des Beratungsgeheimnisses, JZ 1958, 329, 330.
- (23) Pritting, a. a. O., S. 415.
- (24) Pritting, a. a. O., S. 416.
- (25) Gleiss/Helm, a. a. O., S. 94.
- (26) 裁判官の職務上の秘密, Kissel, GVG, 1981, § 193 Rdn, 1/4; Schilken, a. a. O., Rdn. 508.
- (27) Real, a. a. O., S. 156; Pritting, a. a. O., S. 417. 事例として OLG Celle JW 1930, 766, 767.
- (28) 我が国の民法第七八八条に対応する民法一〇二八条による選任はどの例にもあらず労働事件における仲裁の例に関して Schwab/Walter, a. a. O., S. 317.
- (29) Pritting, a. a. O., S. 418.
- (30) BGHZ 23, 141; Gleiss/Helm, a. a. O., S. 94; Maier, a. a. O., S. 254; Stein/Jonas/Schlösser, a. a. O., § 1034 Rdn. 41; Pritting, a. a. O., S. 417; Glossner/Bredow/Bühler, Das Schiedsgericht in der Praxis, 3. Aufl., 1990, Rdn. 252. なお Schlösser, a. a. O., Rdn. 497 及び前述の如く「秘密保持の義務を仲裁人契約に求めながらも、証言拒絶の権利については裁判官法にその基礎を求めよう。」
- (31) Schütze/Tschering/Wais, a. a. O., S. 254.
- (32) Pritting, a. a. O., S. 419.
- (33) Stein/Jonas/Schlösser, a. a. O., § 1034 Rdn. 41. ただし「当事者によつて選任された仲裁人の場合には異別に考える必要はない。」
- (34) Gleiss/Helm, a. a. O., S. 95.
- (35) Gleiss/Helm, a. a. O., S. 95. なお「なるべし事例で職業裁判官を証人として尋問するのを認めない判決として」 RGZ 89, 13, 16 f.
- (36) Stein/Jonas/Schlösser, a. a. O., § 1034 Rdn. 41. なお「Schütze/Tschering/Wais, a. a. O., S. 254 及びその脚注に於いては、仲裁契約及び仲裁人契約で定めを置くことを要件としていふもののみである。」

- (37) Pritting, a. a. O., S. 419 24' 'の立場によつて OLG Celle JW 1930, 767' を引用するが、この判決の立場は必ずしも明らかではない。
- (38) Maier, a. a. O., S. 339; Glaißs/Helm, a. a. O., S. 94; Schlosser, a. a. O., Rdn. 497; Schwab/Walter, a. a. O., S. 161; Schütze/Tschering/Wais, a. a. O., S. 254.
- (39) Pritting, a. a. O., S. 419 24' 特に両当事者の同意・仲裁人の承諾を要件として例外を認めることについては、評議の秘密の関する秘密保持は司法の保護を目的とするものであるから、訴訟上の特別の必要性が認められる場合を除いて、例外を認めることはできず、このような見解をとるべきであるとして、評議の秘密開示の承諾を求める当事者の圧力から仲裁人を守るべきであるとする。なお、前述のようだが、連邦通常裁判所はこの点について意見を留保してゐた(BGHZ 23, 141)。
- (40) RGZ 129, 15; BGHZ 23, 138.
- (41) Stein/Jonas/Schlosser, a. a. O., § 1040 Rdn. 4; Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht, 14. Aufl., 1986, S. 1182.
- (42) Pritting, a. a. O., S. 417 f.
- (43) Glaißs/Helm, a. a. O., S. 95.
- (44) 訴訟の判決に際しての職務上の義務違反に関して、裁判官が損害賠償の責任を問われるのは、当該義務違反につき刑罰が科せられるべき場合に限るといふ趣旨の規定。
- (45) Glaißs/Helm, a. a. O., S. 95; Stein/Jonas/Schlosser, a. a. O., § 1034 Rdn.41.

#### 四 問題点の整理及び試論

次に、以上の概観を基礎にして、本稿の考察対象とする問題について考えてみたい。ここで取り上げるべき問題点は、①仲裁における評議及び評決に関する仲裁人の秘密保持義務の存否、②秘密保持義務を認める場合の根拠、③秘密保持義務の範囲及び態様、④秘密保持義務の違反の効果、である。

①ドイツでは、評議及び評決に関する仲裁人の秘密保持義務を肯定する立場が一般的であり、わが国の仲裁法試案

もこの立場を採用していることはすでに述べたとおりである。これは、後に言及するように、仲裁人と裁判官とに立場上の共通点があることからすれば妥当と思われる。

② 秘密保持義務の根拠について、ドイツでは、仲裁人契約に根拠を求める立場と裁判官の評議・評決に関する秘密保持の義務に根拠を求める立場との対立がみられるが、前者の見解にはすでに述べたような問題点があり、わが国でもこれを採用することはできない。

そこで、後者の見解についてみると、複数の仲裁人の間での意見の対立を公にしないことによる対外的な統一性及び仲裁判断の権威の維持という点で裁判官の場合との共通性が認められることはもちろんであるが、すでに指摘されているように、当事者によって選任されることが多い仲裁人<sup>(46)</sup>にあつては、裁判官の場合以上に当事者からの独立性を確保することによって当事者から自由な立場で適正な判断をすることが要請されることからすれば、裁判官について評議・評決の秘密保持が定められている理由が、仲裁人の場合にはより強く妥当するといえる。したがつて、この立場を支持すべきであると思われる。そして、わが国の場合には、裁判所法七五条二項後段に根拠を求めることになる。

なお、慣習法の成立を主張する見解については、少なくともわが国ではかかる慣習法の存在は認められないので、これを採用することはできない。

③ 評議・評決の秘密保持の範囲・態様についても、ドイツの学説が参考になる。仲裁判断の形成過程に関する事情が一般に秘密保持の対象となること、及び、書面による評議が行われた場合に当該書面も秘密保持の対象に含まれることについては、わが国でも問題なく認められよう。

しかし、仲裁人とそれを選任した当事者との間の会話を評議の一部として秘密保持の対象に含めることに関しては疑問がある。このような会話の秘密を守ることが、もっぱら当事者の保護のためであると思われる。この点で、裁判

官との立場の共通性を根拠に認められる評議の秘密保持とはその趣旨が異なると考えられる。したがって、評議は（その語義からしても）あくまでも仲裁人間の場合に限り、このような会話はむしろ民訴法二八一条一項二号に規定されている職務上知り得た事実にあたるものとして保護を与えるべきであろう。<sup>47)</sup>そして、この秘密保持の義務は、仲裁人選任の際に当事者と仲裁人の間で結ばれた仲裁人契約に基づく付随的な義務として認めるのが妥当であろう。<sup>48)</sup>

次に、仲裁人が訴訟の中で評議・評決に関して証言を求められた場合に、秘密保持に基づいて証言拒絶権が認められることは、わが国でも同様であろう。ただし、ドイツにおけると同様、問題はその根拠をどこに求めるかである。これについては、秘密保持の根拠を裁判官の評議に関する秘密保持義務と同様のところに求めたこととの関係からしても、わが国では、裁判官の評議に関して先に述べたように、民訴法二七二条一項の職務上の秘密に準じるものとして、同法二八一条一項一号によって証言拒絶権が基礎付けられると考えるべきであろう。<sup>49)</sup>なお、この場合には、裁判官の評議についてと同様、同条二項による黙秘義務の免除は問題とならないと解される。また、両当事者の同意あるいは仲裁人自身の承諾があっても証人尋問ができないことは、右に述べたところから当然である。

さらに、ドイツの学説は、仲裁人自身が職務上の義務違反を理由に損害賠償を請求されたときなど一定の場合には、評議・評決に関する秘密保持の義務が消滅し、仲裁人にこれらに関する証言を求めることができ、また、仲裁人も進んで証言することができるとしているが、同様のことはわが国でも認めるべきであろう。このような場合にまで秘密保持を貫いて証言を許さないことは、訴訟における権利行使あるいは防御活動を不当に妨げる結果になり妥当ではない。<sup>50)</sup>

なお、ドイツには、仲裁判断の解釈が問題になる事例を他の場合と区別して、判決の自己拘束力の問題に準じて処理すべきであるとする見解がある。しかし、これは仲裁判断について訂正あるいは解釈を求めることを許すか否かと

いう一般的な問題として考えるべきである。そのように考えた場合には、もしこの見解が仲裁判断の訂正・解釈を一切否定する立場であるとするならば、これには疑問があるといわざるを得ない。<sup>(1)</sup>

④最後に、秘密保持義務の違反の効果については、前述のように、仲裁法試案では仲裁人のモラルに任せて、特別な規定は置いていない。この点は、ドイツでも同様である。また、わが国の状況もこれと大差はない。

まず、刑事上の制裁に関しては、刑法は仲裁人に関しては贈収賄罪を規定するだけで(刑法一九七条ノ同条ノ三・一九八条)、評議・評決の秘密を漏らしたこと自体を犯罪とする規定はない。

また、民事責任に関しては、仲裁人が評議・評決の秘密を漏らしたことで仲裁手続の当事者に損害が生じた場合に、仲裁人が損害賠償の責任を負う可能性がある点はドイツと同様である。そして、損害の証明が難しいために賠償が命じられることはほとんどないという点でも、おそらく事情は同じであろう。

さらに、仲裁人が一般の公務員または裁判官、あるいは、弁護士である場合には、その地位に応じて、懲戒処分を受ける可能性がある点でも、わが国はドイツと同じ状況にあると思われる。

(4) わが国では最高裁判所の裁判については各裁判官の意見を表示すべきものとされ(裁判所法二二条)、評議の秘密の例外が認められている。そして、これを理由に、裁判の威信を守ることは評議の秘密を規定する理由ではないとする主張がある(裁判所法逐条解説(一)七四頁)。しかし、同様の制度を採用する連邦憲法裁判所が存在するドイツでは、すでに述べたように、これによって裁判の権威が損なわれるわけではないとされていることからみても、直ちにこの主張に与することはできない。むしろ、この制度が最高裁に限って採用されている理由は、裁判官の責任を明確化して国民審査において国民が裁判官の傾向や能力を判断できる資料を提供するため、あるいは、最高裁の裁判の持つ特別の重要性または影響力を考慮して判例の動向を予想する手がかりを与えるため(兼子一「竹下守夫・裁判法」新版)(一九七八年 一五二頁)、すなわち、裁判の威信または権威の維持を越える要請に基づくと考えるときで、裁判の威信または権威の維持が評議の秘密の根拠の一つであることを否定するものではないというべきであろう。

- (47) この立場からは、民訴法二八一条一項二号を改正して仲裁人を含めることが要請される。
- (48) この見解によれば、当事者が同意する場合には、仲裁人は秘密保持の義務を免除され(民訴法二八一条一項)、会話の内容について証言することができることになる。
- (49) ここでも、本文のような趣旨で法律を改正することが必要と思われる。
- (50) 菊井・村松・前掲五〇六頁は、どんな場合でも絶対に証言を拒絶しなければならない場合として、裁判官の評議の内容を挙げているが、これが訴訟の形態を問わず一切の場合を含むとする趣旨であるとすれば、疑問がある。
- (51) 仲裁法試案は、三四条で、一定の要件のもとで仲裁判断の訂正・追加を認める規定を置いている(試案解説(六) NBL四二二号五八頁(高橋宏志))。また、一九八五年に採択されたUNCITRALモデル法は、三三条で、所定の要件の下で仲裁判断に関する解釈を求める当事者の権利を認めている(注解仲裁法九一頁)。

## 五 おわりに

以上、仲裁人の評議・評決に関する秘密保持と仲裁人が当該秘密に関する尋問を受けた場合の証言拒絶について検討した。とはいえ、この小稿はドイツの状況の紹介を中心にして、それに若干の試論を付け加えたにすぎない。本来は、ドイツ以外の諸外国の状況<sup>(52)</sup>あるいは国際条約などを十分検討した上で議論を展開すべきであろうが、それは将来の課題として、ここでは現段階での私見を提示して、先学の方々の御批判ならびに御教授を仰ぐことにしたい。わが国では、この問題に関して論じた文献はほとんどないと思われるが、これを契機に議論が深まれば幸いである。

(52) なお、アメリカ合衆国においては、少なくとも連邦裁判所に関する限りは、仲裁人は仲裁判断を攻撃するため、または、仲裁判断の意味を明らかにするために、宣誓供述書(affidavit)、または、証人尋問によって供述を強いられたことはないとされている(Granting v. Food Machinery and Chemical Corp., 151 F. Supp. 853, 860 (W. D. S. C. 1957); Fukaya Trading Company, S. A. v. Eastern Marine Corp., 322 F. Supp. 278, 279 (E. D. La. 1971); Wood v. Genaral Teamsters Union Local 406, 583 F. Supp. 1471, 1473

(W. D. Mich. 1984); Sperry International v. Government of Israel, 602 F. Supp. 1440, 1443 (S. D. N. Y. 1985)。<sup>6</sup> また、ロン  
トン国際仲裁裁判所規則一九条二項は、「仲裁裁判所・仲裁人は仲裁に関する事項について、何人にも言明する義務を負わず、当事  
者は、仲裁から生ずる法律手続において、仲裁人または仲裁裁判所の職員を証人にすることを請求しないものとする。」という興味  
深い規定を置いている（注解仲裁法六九五頁）。