

タイトル	最（三小）決平成29年12月12日（忌避事由に該当し得る事実についての仲裁人の開示義務・調査義務）
著者	酒井，博行；SAKAI，Hiroyuki
引用	北海学園大学法学研究，55(1)：185-204
発行日	2019-06-30

判例研究

一 仲裁人が当事者に対して仲裁法一八条四項にいう「自己の公正性又は独立性に疑いを生じさせるおそれのある」事実が生ずる可能性があることを抽象的に述べたことは、同項にいう「既に開示した」ことに当たるか

二 仲裁人が、当事者に対して仲裁法一八条四項にいう「自己の公正性又は独立性に疑いを生じさせるおそれのある」事実を開示しなかったことについて、同項所定の開示義務に違反したというための要件

最高裁判所平成二八年（許）第四三号、仲裁判断取消申立て棄却決定に対する抗告審の変更決定に対する許可抗告事件、平成二九年一二月一二日第三小法廷決定（最高裁判所民事判例集七一巻一〇号二一〇六頁、裁判所時報一六九〇号六頁、判例時報二三六五号七〇頁、判例タイムズ一四四七号四二頁、金融・商事判例一五四〇号二五頁、金融法務事情二〇八九号七〇頁）

酒 井 博 行

【事実の概要】

米国法人X₁社・X₂社（申立人・原告人・相手方）と日本法人Y₁社・シンガポール法人Y₂社（相手方・相手方・原告人）の間で締結されていた空調機器の売買契約（以下、「本件売買契約」と記す）には、当事者間で生じた紛争の解決を、一般社団法人日本商事仲裁協会（以下、「J C A A」と記す）の定める商事仲裁規則に従い、仲裁地を大阪府として三人の仲裁人に委ね、かつ、その判断に服する旨の約定がある（本件に係る仲裁事件〔以下、「本件仲裁事件」と記す〕に先立つ、本件売買契約に係る権利義務の承継関係については割愛する）。なお、Y₁は平成二三年四月、A社の完全子会社となった。

YらはXらを被申立人として、平成二三年六月、J C A Aに対し、本件売買契約等につき、Yらには契約上の義務違反がない旨を宣言する等の仲裁判断を求めて、本件仲裁事件に係る仲裁手続の開始を申し立てた。そして、本件仲裁事件の仲裁人として、平成二三年九月二〇日までにB弁護士ほか二名が選任された（B以外の二名の仲裁人のうち一名はYらにより選任され、その余の一名については、J C A Aの商事仲裁規則所定の期間内にXらにより選任されなかったため、前

記規則に従いJ C A Aにより選任された。そして、前記の二名の仲裁人により、Bが仲裁廷の長たる仲裁人として選任された。Bは、C法律事務所のシンガポールオフィスに所属する弁護士である

Bは同日付けで、「Cの弁護士は、将来、本件仲裁事件に係性はないけれどもクライアントの利益が本件仲裁事件の当事者及び／又はその関連会社と利益相反する案件において、当該クライアントに助言し又はクライアントを代理する可能性にあります。また、Cの弁護士は、将来、本件仲裁事件に関係しない案件において、本件仲裁事件の当事者及び／又はその関連会社に助言し又はそれらを代理する可能性もあります。」との記載のある表明書（以下、「本件表明書」と記す）を作成し、これをJ C A Aに提出した。

D弁護士は、Bが本件仲裁事件の仲裁人に選任された時点ではCに所属していなかったが、遅くとも平成二五年二月二〇日以降、Cのサンフランシスコオフィスに所属している。

Bは、本件の仲裁廷による仲裁判断（以下、「本件仲裁判断」と記す）がされるまでに、本件仲裁事件の当事者たるXら・Yらに対し、Y₁と同じくAを完全親会社とする米国法人E社を被告として米国カリフォルニア州北部地区連邦地方裁判所

に係属するクラスアクション訴訟においてCに所属するDがEの訴訟代理人を務めている事実(以下、「本件事実」と記す)を開示しなかった。そして、本件の仲裁廷は平成二六年八月一日、Yらの主張を概ね認める本件仲裁判断をした。

Xらは平成二六年十一月、Bが本件事実を開示しなかったことは仲裁法一八条四項等の開示義務に違反し、本件仲裁判断には仲裁法四四一条一項六号所定の事由があると主張して、仲裁判断取消しの申立てをした。

原々決定(大阪地決平成二七年三月一七日〔判時二二七〇号七四頁、金判一四七一号五二頁、民集七一巻一〇号二一四六頁参照〕)は、本件事実は仲裁法一八条四項所定の事実該当すると解する余地があるものの、Bによる本件事実の開示が仲裁法一八条四項の開示義務違反にあたるとしてもそれによる瑕疵は軽微なものといえるとした上で、Bの開示義務違反が仲裁法四四一条一項六号に該当するとしても、これを理由に本件仲裁判断を取り消すことは相当でない(仲裁法四四一条六項)として、Xらの申立てを棄却した。これに対し、Xらから即時抗告がなされた。

原決定(大阪高決平成二八年六月二八日〔判時二二一九号三三頁、判タ一四三二一〇八頁、金判一四九八号五二頁、

民集七一巻一〇号二一六六頁参照)は、本件事実が仲裁法一八条四項の開示義務の対象となとした上で、Bには本件事実につき開示義務違反があり、この開示義務違反は仲裁法四四一条一項六号の取消事由に該当するとして、原決定を取り消した上で、本件仲裁判断を取り消した。これに対し、Yらが許可抗告申立てをし、抗告が許可された。

【決定要旨】破棄差戻し

(※決定要旨中の「法」は仲裁法を指す。また、決定要旨中の(ア)(イ)の符号は筆者による)

(ア)「仲裁人は、仲裁手続の進行中、当事者に対し、法一八条四項の事実の全部を遅滞なく開示すべき義務を負う(法一八条四項)」。その趣旨は、仲裁人に、忌避の事由である『仲裁人の公正性又は独立性を疑うに足りる相当な理由』(同条一項二号)に当たる事実よりも広く事実を開示させて、当事者が忌避の申立てを的確に行うことができるようにすることにより、仲裁人の忌避の制度の実効性を担保しようとしたことにあると解される。仲裁人は、法一八条四項の事実が『既に開示したもの』に当たれば、当該事実につき改めて開示すべき義務を負わないが(同条四項括弧書、仲裁人が当事者に対

して法一八条四項の事実が生ずる可能性があることを抽象的に述べたというだけで上記の『既に開示した』ものとして扱われるとすれば、当事者が具体的な事実に基づいて忌避の申立てを的確に行うことができなくなり、仲裁人の忌避の制度の実効性を担保しようとした同項の趣旨が没却されかねず、相当ではない。

したがって、仲裁人が当事者に対して法一八条四項の事実が生ずる可能性があることを抽象的に述べたことは、同項にいう『既に開示した』ことには当たらないと解するのが相当である。

これを本件についてみると、Bは、本件表明書において、Bと同人以外のCに所属する弁護士との間に利益相反関係が生ずる可能性があることを抽象的に述べたにすぎず、このことは、同項にいう『既に開示した』ことには当たらないというべきである。」

(イ)「…仲裁人は、当事者に対し、法一八条四項の事実の全部を開示すべき義務を負うところ、仲裁人が法一八条四項の事実を認識している場合にこれを開示すべき義務を負うことは明らかである。そして、上記のような法一八条四項の趣旨に加え、同項は開示すべき事実を仲裁人が認識しているもの

に限定していないことに照らせば、仲裁人は、当事者に対し、法一八条四項の事実の有無に関する合理的な範囲の調査により通常判明し得るものをも開示すべき義務を負うというべきである。

また、同項は、仲裁人が法一八条四項の事実を開示すべき義務を負う時期につき『仲裁手続の進行中』とするのみで他に限定をしていない上、『既に開示したもの』のみを開示すべき事実から除外しているにとどまることからすれば、仲裁人は、仲裁手続が終了するまでの間、当事者からの要求の有無にかかわらず、同義務を負うというべきである。

したがって、仲裁人が、当事者に対して法一八条四項の事実を開示しなかったことについて、同項所定の開示すべき義務に違反したというためには、仲裁手続が終了するまでの間に、仲裁人が当該事実を認識していたか、仲裁人が合理的な範囲の調査を行うことによって当該事実が通常判明し得たことが必要であると解するのが相当である。

しかるに、原審までに提出された資料に照らしても、本件仲裁判断がされるまでにBが本件事実を認識していたか否かは明らかではない。また、Cにおいて本件事実が認識されていたか否かや、Cにおいて、所属する弁護士の間の利益相反

関係の有無を確認する態勢がいかなるものであったかについても判断としないことからすれば、本件仲裁判断がされるまでにBが合理的な範囲の調査を行うことによって本件事実が通常判明し得たか否かも明らかではない。上記の各点について確定することなく、Bが本件事実を開示すべき義務に違反したものとした原審の判断には、裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。」

【評釈】 決定要旨に賛成する

一 はじめに

仲裁は、当事者間の合意により民事紛争の解決を私人たる仲裁人に委ね、かつ、その判断（仲裁判断）に服する旨の合意（仲裁合意。仲裁法二条一項）により開始される手続であり、いわば、一種の「私設裁判」としての性質を有する。そして、仲裁は民事訴訟のように国家の裁判権を基礎とするのではなく当事者間の合意を基礎とするといえ、裁断型の手続であり、仲裁合意の対象となる民事紛争については裁判所の裁判権が排除され（仲裁法一四条一項）、仲裁判断には確定判決と同一の効力が認められる（仲裁法四五条）。そのため、民事訴訟手続における裁判官と同様に、仲裁人についても、

その公正性・独立性（および、その外観）を確保することが要求される。そして、公正性・独立性（および、その外観）を有しないとされる仲裁人を任務執行から排除する機会を当事者に保障するため、仲裁法一八条一項二号は、「仲裁人の公正性又は独立性を疑うに足りる相当な理由があるとき」に当事者が当該仲裁人を忌避することを認める（忌避の手続については、仲裁法一九条が規定する）。

もっとも、当事者は、仲裁手続の進行中に仲裁人の忌避事由に該当し得る事実を知ることができなければ、仲裁人の忌避をなし得ない。そこで仲裁法一八条四項は、仲裁手続の進行中、当事者に対し「自己の公正性又は独立性に疑いを生じさせるおそれのある事実」を開示する義務を仲裁人に負わせる。

本決定^①は、現行仲裁法に関する初の最高裁判例であり、仲裁法一八条四項所定の仲裁人の開示義務の趣旨、および、その要件等に関する判断を行っている点で、理論上・実務上重要な意義を有する。

もっとも、本決定が扱う問題やそれに関連する問題についての先例は、本件の原々決定^②・原決定^③のみである。加えて、現行仲裁法の忌避事由、および、忌避事由に該当し得る事実

に関する規定は抽象的であるところ、これらの点については、国際法曹協会 (International Bar Association, IBA) が二〇〇四年に発行し、二〇一四年に改訂した「国際仲裁における利益相反に関するIBAガイドライン」(IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration. 以下、「IBAガイドライン」と記す⁽⁴⁾) が具体的な指針を示している。そして、IBAガイドラインは幅広く国際仲裁実務に定着し、標準的な国際仲裁実務の一部を形作っており、仲裁人・仲裁機関・裁判所等に参照されている⁽⁵⁾。

そのため、本稿では以下、主に原々決定・原決定や学説を参照し、IBAガイドラインをも参考としながら、本決定の判示や関連する問題につき検討を加える。

二 仲裁人の開示義務の趣旨・一般的な範囲等

1 開示義務の趣旨と一般的な範囲

仲裁法一八条一項二号所定の仲裁人の忌避事由たる、仲裁人の「公正性又は独立性を疑うに足りる相当な理由がある」ことにつき、現行法の立法担当者によるコメントは、その例の一つとして、仲裁人が事件または当事者と一定の関係があるために、公正な仲裁判断が期待できないことを挙げ、

従来の学説もこれを支持する⁽⁷⁾。

そして、仲裁法一八条四項が忌避事由に該当し得る事実に係る開示義務を仲裁人に課す趣旨につき、立法担当者によるコメントは、仲裁合意の当事者に対し、忌避事由となり得る事情を開示し、仲裁人を忌避するかどうかについての判断材料を提供することにあるとしており、従来の学説もこれを支持する⁽⁸⁾。その上で、同項（および、仲裁人候補者の開示義務を規定する仲裁法一八条三項）が開示義務の対象とする「自己の公正性又は独立性に疑いを生じさせるおそれのある事実」の意義につき、立法担当者によるコメントは、仲裁法一八条一項二号の忌避事由そのものよりも広い範囲の事実を指すとしており、従来の学説もこれを支持する⁽⁹⁾。

本決定の決定要旨（ア）は仲裁法一八条四項の開示義務の趣旨と一般的な範囲につき、仲裁人に、仲裁法一八条一項二号所定の忌避事由「に当たる事実よりも広く事実を開示させて、当事者が忌避の申立てを的確に行うことができるようにすることにより、仲裁人の忌避の制度の実効性を担保しようとしたことにあると解される」と判示する（原決定も同趣旨の判示をしている）。これらの点は、立法担当者の説明、および、従来の学説に沿うものである。

2 利益相反事由の発生の可能性の事前表明と開示義務の免除の可否

仲裁法一八条四項の仲裁人の開示義務は、「既に開示した」事実については免除される（同項括弧書）。そして、本件ではBが仲裁人への選任後に本件表明書をJCAAに提出していたところ、利益相反事由が将来発生し得る可能性を抽象的に述べるという本件表明書のような形で事前表明が仲裁法一八条四項括弧書所定の「既に開示した」事実該当し、仲裁人の開示義務を免除することになるかが問題となる。

この点につき、二〇一四年に改訂されたIBAガイドラインの「公正性、独立性及び開示に関する一般基準」（一般基準）（General Standards Regarding Impartiality, Independence and Disclosure）§三（q）は、「将来発生し得る事実及び状況に起因する潜在的な利益相反に関する事前宣言又は事前放棄は、一般基準三（a）（※筆者注…当事者から見て仲裁人の公正性・独立性に疑いを生じさせるであろう事実・状況に係る仲裁人の開示義務を定める）に基づく仲裁人の継続開示義務を免責するものではない」と定める。この規定は、仲裁人が当事者に対し、将来生じ得る利益相反を事前に表明しその放棄を求めることが実務上問題となっていたところ、IBAガ

イドラインの改訂作業において多くの意見が寄せられ、検討された結果設けられた¹²⁾。

本決定の決定要旨（ア）は、「仲裁人が当事者に対して法一八条四項の事実が生ずる可能性があることを抽象的に述べたというだけで」同項括弧書所定の「既に開示した」ものとして扱われるとすれば、当事者が具体的な事実に基づいて忌避の申立てを的確に行うことができなくなり、仲裁人の忌避の制度の実効性を担保しようとした同項の趣旨が没却されかねず、相当ではない」とした上で、「仲裁人が当事者に対して法一八条四項の事実が生ずる可能性があることを抽象的に述べたことは、同項にいう『既に開示した』ことには当たらないと解するのが相当である」として、本件表明書によりBの開示義務は免除されない旨を判示する。また、原決定も、仲裁法一八条四項の開示義務は「仲裁人を忌避するかどうかの判断資料を当事者に提供するためのものであるから、その対象たる事実は将来生起する可能性のある抽象的、かつ、潜在的な事実ではなく、現実が発生し、又は発生し得る具体的に特定可能な事実でなければならず、そうでなければ、当事者は、その開示された事実が忌避事由に該当するかどうかを適切に判断することができないというべきである」として、本件表

明書により利益相反事由を「既に開示した」とはいえないとする。

これに対し、原々決定は、本件事実が仲裁法一八条四項所定の事実と該当すると解する余地があるとするものの、Bによる本件表明書での表明に対しXらは「何ら異議を述べなかつたものであつて」、本件事実のような事態が生じ得ることは「Xらにおいてもあらかじめ想定できたにもかかわらず、Xらは、このことを格別問題視していなかったことが認められる」ことを考慮要素の一つとして、Bによる本件事実の開示が仲裁法一八条四項の開示義務違反に当たるとしてもそれによる瑕疵は軽微なものといえるとする。

この点につき、本件に係る評釈等では、本決定や原決定が本件表明書による開示義務の免除を認めなかったことに一致して賛成している⁽¹³⁾。加えて、原々決定の判示に対しては、仲裁人の事前表明に関する当事者の対応の有無に何らかの効果を認めるべきではない旨の批判がある⁽¹⁴⁾。筆者も、本件表明書におけるような一般的・抽象的な利益相反の可能性の表明が仲裁法一八条四項所定の事実を「既に開示した」ことに該当するとすれば、同項所定の開示義務はほぼ定型的に潜脱され得ることになり、仲裁人に対する忌避権という、仲裁人の公

正性・独立性（および、その外観）を確保するための当事者の重要な手続上の権利を剥奪することにもつながりかねないため、本決定・原決定の立場が妥当であると考ええる。

三 仲裁人の調査義務

1 一般的な調査義務

仲裁人が仲裁手続の終了までの間に仲裁法一八条四項所定の事実を認識していた場合、当該事実につき開示義務を負うことは当然である。本決定の決定要旨（イ）もそのような判示を行っているところ、この点は当然のことを確認したまでであるとの見方もできよう。

この点に加え、仲裁人が認識していないが客観的には存在する仲裁法一八条四項所定の事実についても仲裁人は仲裁手続の進行中に同項所定の開示義務を負うか否かが問題となり、その前提として、仲裁人が仲裁手続の進行中にそのような事実の存否につき調査を行う義務を負うか否かが問題となる。これが、開示義務の前提としての仲裁人の調査義務の問題である。

この点につき仲裁法には明文規定はないものの、IBAガイドラインの一般基準七（d）は「仲裁人は、利益相反事由及

び仲裁人の公正性又は独立性に合理的疑いを生じさせるおそれのあるあらゆる事実又は状況を特定するための合理的な調査を実施する義務を負う。仲裁人がかかる合理的調査を怠った場合には、仲裁人は、不知を理由として利益相反の不開示の責任を免れることはできない」と規定し、自らの公正性・独立性に疑いを生じさせるであろう事実・状況につき、仲裁手続進行中の仲裁人の調査義務を認める。また、従来の学説も一致して、仲裁手続進行中の合理的な範囲での仲裁人の調査義務を認める。¹⁵⁾

そして、原々決定は仲裁手続進行中の仲裁人の調査義務につき言及していないが、本決定・原決定は仲裁手続進行中の仲裁人の調査義務を認める。

すなわち、本決定の決定要旨(イ)は、忌避事由に該当し得る事実を広く仲裁人に開示させ、当事者が忌避の申立てを的確に行えるようにするとの仲裁法一八条四項「の趣旨に加え、同項は開示すべき事実を仲裁人が認識しているものに限定していないことに照らせば、仲裁人は、当事者に対し、法一八条四項の事実の有無に関する合理的な範囲の調査により通常判明し得るものをも開示すべき義務を負うというべきである」とする。

他方、原決定は、本件事実は「Xらの立場からすれば、Bを忌避するかどうかを判断するための重要な事実であり、その内容を見ると、仲裁人の忌避事由に該当する可能性がないとはいえないところ、このような事実が存在するのに、Bからその不知を理由に開示されないとすると、Xらは、最終的に、Bを忌避するかどうか判断するための契機を与えられないままに仲裁判断を受けることになりかねない。このように考えると、仲裁人が手問をかけずに知ることができる事実については、仲裁人には、開示のための調査義務が課されるべきである」とする。

本決定・原決定の判示を検討すると、まず、本決定は、仲裁人が仲裁「法一八条四項の事実の有無に関する合理的な範囲の調査により通常判明し得る」事実を開示すべき義務を負う旨を判示するところ、この判示は「調査義務」という文言を用いていない。そのため、本決定は仲裁法一八条四項所定の事実の有無に関する仲裁人の調査義務につき判示しているのではなく、「合理的な範囲の調査により通常判明し得る」事実を仲裁法一八条四項の開示義務の対象としているにすぎないのではないかとの指摘があり得る。しかし、本決定の最高裁調査官解説は、仲裁法一八条四項の趣旨からは、仲裁人が

自ら認識する同項所定の事実のみを開示すれば足り、その有無につき一切調査義務を負わないとするのは狭きに失すると思われる点、同項が文言上開示すべき事実を仲裁人が認識しているものにあえて限定しているものでもない点、および、仲裁人が客観的に存在する全ての事情につき調査義務を負うべきと考えるのは実際的ではなく、仲裁人に酷を強いることになり相当でないと考えられる点から、仲裁人は合理的な範囲内で同項所定の事実の有無の調査義務を負うと解するほかない旨を述べる。⁽¹⁵⁾ そうすると、本決定は「調査義務」との文言自体は用いていないものの、仲裁人が仲裁法一八条四項所定の事実の有無に関する調査義務を負うことを前提としているといえる。

他方、原決定は、「仲裁人が手間をかけずに知ることができる事実」につき仲裁人に調査義務が課される旨を明言する。

まとめると、本決定は「合理的な範囲の調査により通常判明し得る」事実を想定し、他方で原決定は「仲裁人が手間をかけずに知ることができる事実」を指しているという点で相違はあるものの、一般論としては、一定の範囲での仲裁人の調査義務を認めているといえる。この点につき、本決定の評釈等でも肯定的に評価されており、筆者も異論はない。⁽¹⁷⁾

また、仲裁人が仲裁手続の進行中、当事者からの要求の有無にかかわらず調査義務・開示義務を負うか否かという問題につき、従来の学説では、仲裁人の就任後にも継続的な調査義務を負うことは過度の負担になるため、仲裁人の就任後は特に当事者が要求した時にのみ調査義務が存在すると考える旨の見解があつた。⁽¹⁸⁾ しかし、本決定は、仲裁法一八条四項は仲裁人が開示義務「を負う時期につき『仲裁手続の進行中』とするのみで他に限定をしていない上、『既に開示したもの』のみを開示すべき事実から除外しているにとどまることからすれば、仲裁人は、仲裁手続が終了するまでの間、当事者からの要求の有無にかかわらず、同義務を負うというべきである」とする。この点につき筆者は、当事者に仲裁人の忌避の申立ての機会を実質的に保障するという開示義務・調査義務の趣旨からも、妥当な判断であると考ええる。

2 本件での調査義務違反・開示義務違反について

しかし、本件でBに具体的な意味での調査義務違反、ひいては開示義務違反があつたか否かにつき、本決定と原決定では評価が分かれている。

すなわち、本決定の決定要旨(イ)は、「原審までに提出さ

れた資料に照らししても、本件仲裁判断がされるまでにBが本件事実を認識していたか否かは明らかではない。また、Cにおいて本件事実が認識されていたか否かや、Cにおいて、所属する弁護士との間の利益相反関係の有無を確認する態勢がいかなるものであったかについても判然としないことからすれば、本件仲裁判断がされるまでにBが合理的な範囲の調査を行うことによって本件事実が通常判明し得たか否かも明らかではない」とした上で、「上記の各点について確定することなく、Bが本件事実を開示すべき義務に違反したものとした原审…の判断には、裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある」として、これらの点の判断は差戻審に委ねている。

これに対し、原決定は、本件事実「については、Bが所属する法律事務所であるC内においてコンフリクト・チェック（当該案件の当事者及び対象を明示して当該法律事務所所属の全弁護士に利益相反がないかどうかを照会して確認する手続）を行うことにより、特段の支障なく調査することが可能であったというべきである。本件においてこのような調査がC内で実施されたかどうかは一見記録上明らかでないが、当該調査が実施されたのに開示されなかった場合にはもちろん

のこと、当該調査が実施されなかったために開示されなかった場合であっても」、本件事実「の開示につき、開示義務違反の責任を免れない」としている。この点につき原決定は、「仲裁人が手問をかけずに知ることができる事実」につき仲裁人に調査義務が課される旨の一般論にもかかわらず、実質的には、仲裁法一八条四項所定の事実が客観的に存在する場合、ほぼ定型的に開示義務違反が認められることを想定しているように考えられる。

この点につき、本決定の評釈等では、本決定の立場を支持する見解が多いのではないかと考えられる¹⁹⁾。筆者も、BやCの具体的事情につき認定することなく、実質的には本件事実の存在とBの開示義務違反を直接結び付けるに等しい原決定の判断は妥当ではなく、このような具体的事情の考慮の余地を認める本決定の判断が妥当であると考ええる。

四 仲裁人の調査義務の具体的範囲

本決定では明確な形で判断されず差戻審の判断に委ねられたものの、本件との関係で重要な問題として、仲裁人が仲裁法一八条四項所定の事実の有無に関する「合理的な範囲の調査」につき、その範囲はいかなるものかという問題が挙げら

れる。

まず、上記のIBAガイドラインの一般基準七(d)は、その規定中の「合理的な調査」につき具体的な範囲を示しておらず、この基準に付されている解説でも具体的には説明されていない。

そして、本決定・原決定に関する論稿・評釈等では、グローバルな法律事務所には世界中の数十カ所のオフィスに数千人の弁護士が所属しており、全てのオフィスの全ての所属弁護士につきコンフリクト・チェックを行うことが現実的とは思われず、ましてや子会社・兄弟会社等も含めると、会社名だけでは資本関係や実質的な支配関係の有無・程度が判然としないことも多く、完璧なチェックは不可能であろう旨を指摘する見解²⁰⁾、前記のような指摘を前提として、仲裁人を受任する際に当該仲裁の当事者やその関係会社を法律事務所のシステムにインプットしておき、その後他の弁護士が案件を受任したり移籍してきたりする際に他の弁護士の側がチェックをし、コンフリクトを発見したら他の弁護士が受任を控える、あるいは必要に応じて仲裁人と協議するというのが合理的な範囲ではないかとする見解²¹⁾、本件では少なくとも三カ月ごとに仲裁当事者およびその関連会社につき、仲裁人が属する法

律事務所のシステムによるコンフリクト・チェックを行うことは要求できようとする見解等²²⁾が提示されている。

この点につき筆者は、仲裁人やその所属する法律事務所に不可能を強いることはできないといえ、仲裁手続の公正性(および、その外観)を確保するために当事者に認められる重要な権利たる仲裁人の忌避申立権を実質的に保障するために認められている仲裁人の開示義務の前提たる調査義務を、仲裁人の所属する法律事務所の状況等の現実的条件を理由に緩やかに解することは望ましくないのではないかと考える。そうすると、具体的な周期をどうするかという点は問題であるが、仲裁人が所属する法律事務所のシステムの状況を前提として、定期的にコンフリクト・チェックを行うことは要求されてしかるべきではないかと筆者は考える。

五 開示義務の対象となる事実の範囲

本件における問題として、本件事実が仲裁法一八条四項所定の開示義務の対象となるか否かという問題も挙げられる。

この問題を考える手掛かりとしてIBAガイドラインを参照すると、同ガイドラインの「一般基準の実際の適用」は、利益相反事由の存否が問題となり得る状況を定型化し、「放

棄不可能なレッド・リスト」(第三者の視点から客観的な利益相反事由が存在する状況であり、そのような状況を当事者が受け入れていても利益相反の問題が治癒されないものを列挙)、「放棄可能なレッド・リスト」(放棄不可能なレッド・リストと比べて深刻とはいえないが重大な状況を列挙したものであり、当事者が利益相反の状況を承知した上でそのような者に仲裁人としての活動を望む意向を明示的に表明した場合に限り、異議権が放棄可能とみなされるべきもの)、「オレンジ・リスト」(事案の事実関係によっては当事者の視点から仲裁人の公正性または独立性につき疑いを生じさせるおそれのある具体的な状況を列挙しており、仲裁人はその状況の開示義務を負うが、仲裁人による開示後適時に異議が申し立てられない場合には、当事者はこれを承認したものとみなされる)、「グリーン・リスト」(客観的にみて利益相反事由が存在するような外観が存在せず、実際にも存在しない状況であり、仲裁人はこれに該当する状況につき開示義務を負わない)という四つのカテゴリーに分類して列挙する。

そして、本件事実がI B Aガイドラインが提示するカテゴリーのいずれに該当するかにつき、本決定・原決定等に関する論稿・評釈では、放棄可能なレッド・リストの二・三・六

(仲裁人の法律事務所が、現在、一方の当事者またはその関係会社との間で、重大な商業上の関係を有している場合)に該当する旨の見解²³⁾、オレンジ・リストの三・一・四(仲裁人の法律事務所が、過去三年以内に、無関係な事件につき、当該仲裁人が関与することなく、一方の当事者若しくはその関係会社のため、またはこれらの相手方のために活動した場合)に該当する旨の見解²⁴⁾、本件事実が前記の二者に加え、オレンジ・リストの三・二・一(仲裁人の法律事務所が、現在、その法律事務所との重大な商業上の関係を構築することなく、かつ当該仲裁人が関与することなく、一方の当事者又はその関係会社に役務を提供している場合)とも類似性があるとする見解²⁵⁾がある。

この点につき筆者は、本件事実をもってYらとCとの間に「重大な商業上の関係」があるといえるか否かが判然としなため、本件事実が放棄可能なレッド・リストの二・三・六に該当するか否かについては断言できないものの、本件事実がオレンジ・リストの三・一・四に該当するとはいえるのではないかと考える。それ故筆者は、本件事実は開示義務の対象とされるべき事実であると考ええる。

六 開示義務違反を理由とする仲裁判断の取消し

原々決定・原決定では判断が示されているものの、本決定では差戻審での判断に委ねられた問題として、本件事実につきBに仲裁法一八条四項所定の開示義務違反（および、その前提たる調査義務違反）が認められるとされた場合に、このことを理由に本件仲裁判断が取り消されるか否かという問題がある。

この点につき原々決定は、本件事実が仲裁法一八条四項所定の事実該当すると解する余地があるとしつつ、①BはCのシンガポールオフィスに所属する弁護士であるのに対し、Dはサンフランシスコオフィスに所属する弁護士であり、両弁護士の間には米国でのクラスアクションに関する情報交換等の交流があったというような事情は窺われないこと、②本件仲裁と米国でのクラスアクションは事案および当事者を異にし関連性もないこと、③B自身は米国でのクラスアクションに關与しておらず、Cに所属する弁護士が同クラスアクションに關与していることを含め、同クラスアクションに関する情報に接する機会はなかったことから、本件事実のみではAにつき仲裁法一八条二項所定の忌避事由が存在したというこ

とではできず、また、同事実の存在が本件仲裁判断の結論に影響を及ぼしたとも認められなかった上、Bによる本件事実の不開示が開示義務違反にあたるとしてもそれによる瑕疵は軽微なものであるとし、Bの開示義務違反が仲裁法四四条一項六号所定の取消事由に該当するとしても、これを理由に本件仲裁判断を取り消すことは相当ではないとして、同条六項に基づく裁量棄却の判断をした。

これに対し原決定は、Bによる本件事実の不開示が開示義務違反に当たるとした上で、本件事実はXらの立場からすれば、Bを忌避するかどうかを判断する重要な事実であるにもかかわらず、Bの開示義務違反のためにXらはその事実を知らされずに本件仲裁手続が進行し、最終的に本件仲裁判断を受けたものであり、仲裁人の開示義務が、仲裁手続の公正および仲裁人の公正を確保するために必要不可欠な制度であることを考慮すると、Bの開示義務違反はそれ自体が仲裁廷の構成または仲裁手続が日本の法令に違反するものとして仲裁法四四条一項六号所定の取消事由に該当すると判示する。そして原決定は、本件事実はその内容からして仲裁人の忌避事由に該当する可能性がないとはいえず、同事実に係る開示義務違反は重大な手続上の瑕疵というべきであるから、それ自体がたとえ本件仲裁判断の結論に直接影響を及ぼすことがな

いとしても、仲裁法四四条一項六号所定の取消事由に該当するとし、かつ、仲裁手続・仲裁判断の公正を確保するとともに、仲裁制度に対する信頼を維持するためにも、本件仲裁判断をこのまま維持することはできないとして、仲裁法四四条六号所定の申立ての裁量棄却はしないとした。

この問題につき従来の学説では、仲裁手続で忌避事由よりも広い範囲での開示義務を課している趣旨を活かすこと、ないし、開示義務違反があった場合そこでの仲裁判断はそれ自体の公正さを疑わせるし、強いてその通用性を維持することは仲裁制度に対する信頼を損なうことを理由に、開示義務違反が原則として仲裁法四四条一項六号所定の取消事由に当たるとする見解⁽²⁶⁾、開示義務違反の悪性が特に高い場合に取消事由になり得るが、原則的に取消事由に当たるとすると、仲裁手続の安定を不当に損なうことになるし、仲裁判断の結果に不満がある当事者に仲裁判断の蒸し返しの口実を与えることにもなる旨を論じる見解⁽²⁷⁾、開示されなかった事実が忌避事由に該当する場合には仲裁判断取消が認められるべきであるが、そうでない場合には仲裁判断取消は認められるべきではないとする見解⁽²⁸⁾、開示義務違反が仲裁法四四条一項六号所定の取消事由に当たるとするが、開示義務の認められる事由で

あってもそれが忌避事由までには至らないと判断されるときは、軽微な瑕疵として裁判所が裁量により取消しをしないこともあり得るとの見解⁽²⁹⁾、開示義務違反が仲裁法四四条一項六号所定の取消事由に当たると可能性を認めつつ、開示義務違反の事実そのもの、または開示されなかった事実が、仲裁手続の全般にわたって、または仲裁判断の公正性に対して、当該仲裁人の関与がどのような影響を与えたのか、より実質的な判断が求められ、そこでは裁量棄却の問題が出てくる旨を論じる見解等がある。そして、本決定・原決定・原々決定に関する論稿・評釈等では、大別すると、仲裁手続・仲裁判断の公正の確保、仲裁制度に対する信頼の維持という観点から仲裁法一八条四項所定の事実の開示は不可欠であり、その開示義務の違反は重大な手続上の瑕疵である等として、Bの開示義務違反が認められれば本件仲裁判断は取り消されるべきであり、仲裁法四四条六項による裁量棄却は認められないとする見解⁽³¹⁾と、本件事実に係る開示義務違反が仲裁法四四条一項六号所定の取消事由に該当するとしつつ、本件仲裁判断を取り消すか否かの判断に際しては、仲裁判断の終局性を重視し、開示義務違反の違法性の程度（Bが故意により本件事実につき調査義務・開示義務を怠ったか否か等）や、Bの開示義務

違反が本件仲裁判断の結果に影響を及ぼしたか否か等についての考慮が必要であるとして、同条六項による裁量棄却を支持する、ないし、裁量棄却の余地を認める見解がある³²⁾。

この点につき筆者は、確かに仲裁手続は民事訴訟手続と異なり、両当事者の合意に基づく手続であるとはいえ、手続の主宰者である仲裁人の公正性・独立性は、裁判官の場合と同様に担保されるべきであり、その必要不可欠の前提たる仲裁法一八条四項所定の事実に係る仲裁人の開示義務（および、調査義務）の違反は重大な手続上の瑕疵に当たると考える点、および、同項所定の開示義務の趣旨は、仲裁人の実際の公正性・独立性を保障することはもちろんのこと、仲裁人の公正性・独立性の外観を保障することにもあるため、開示義務違反を理由とする仲裁判断の取消しの判断の際に仲裁判断の結果への影響を考慮することは妥当ではないと考える点から、差戻審でBの開示義務違反が認められる場合には、本件仲裁判断は取り消されるべきであり、仲裁法四四六項に基づく裁量棄却がなされるべきではないと考える。

七 仲裁判断取消事由の証明責任

本決定は原決定を破棄し原審に差し戻しているところ、こ

れは、原決定ではそもそもBの調査義務違反・開示義務違反に該当する事実の認定がなされていないかつたため、この点につき審理を尽くさせるため、原審への差戻しがなされたものと考えられる³³⁾。

そして、差戻審ではBの調査義務違反・開示義務違反に該当する事実の有無につき審理・判断がなされるところ、仲裁法四四六項は、同条一項一号から六号までの事由については申立人が当該事由の存在を証明した場合に限り、仲裁判断取消しの申立てが認容され得る旨を規定する。そうすると、本件では申立人たるXらが仲裁法四四六項六号の事由に該当する事実、すなわち、Bの調査義務違反・開示義務違反に該当する事実につき主張責任・証明責任を負う。しかし、これらの事実、すなわち、Bの内心の状態やBが所属する法律事務所たるCの内部でのコンフリクト・チェックの態勢等といった、Xらの支配下でない事項に係るものであるため、これらの事実につきXに主張責任・証明責任を負わせることが妥当であるか否かが問題となる。

Bの調査義務違反・開示義務違反に該当する事実に係るXらの主張・立証の困難については、既に本決定・原々決定・原決定の評釈等でも指摘がなされている³⁴⁾。そして、この点へ

の対処のため、開示義務違反等に該当する事実につき、Xらが法律上の主張責任・証明責任を負うことを前提としつつ、①Yの親会社A・兄弟会社Eを介してCとのつながりを想定し得るYらの側が、そのような事実の不存在につき積極的に反証すべきである旨を論じる見解⁽³⁵⁾、②IBAガイドラインのレッド・リストやオレンジ・リストに該当するような事実が仲裁手続終了後に判明した事案については、そのことにつき仲裁人の調査義務違反・開示義務違反が推定されるとの経験則を想定することも不合理ではない、ないし、Bが本件表明書の提出により、以後の仲裁法一八条四項所定の事実に係る調査を自発的に放棄ないし断念したのであれば、仲裁手続終了までの合理的な調査を怠った悪意ある仲裁人の態度として、自由心証の枠内で開示義務違反を推定することも許される旨を論じる見解⁽³⁶⁾がある。

この点につき筆者は、Bの調査義務違反・開示義務違反に該当する事実につき法律上は主張責任・立証責任を負うXらに当該事実を具体的に主張・立証させることは不可能を要求することに等しいと考えるため、前記の①②のような見解は妥当であると考ええる。そして、①②のいずれの見解も、BやC等に関する事情を知り得る立場にあるYらの側に、Bが調

査義務・開示義務を尽くした点につき具体的な形で主張・立証の義務を負わせるという点では一致すると考えられる。この点は従来の判例理論・学説に照らせば、原子炉設置許可処分取消訴訟における、自身の判断に不合理な点がないことに係る被告行政庁の主張・立証の義務を認めた最（一小）判平成四年一〇月二十九日（民集四六巻七号一一七四頁。伊方原発訴訟最高裁判決）や、事案解明義務論、信義則に基づく具体的事実陳述⁽³⁸⁾証拠提出義務論により説明が可能であるのではないかと筆者は考える。

(1) 本決定の最高裁調査官解説として、岡田紀彦「判解」ジュリスト編集室編『最高裁時の判例Ⅸ（平成二七年）平成二九年（ジュリスト増刊）』（有斐閣、二〇一九年）三二〇頁（初出二〇一八年）、評釈として、浜辺陽一郎「判批」WJL判例コラム二二六号（文献番号2018WJLCC002）（二〇一八年）、今津綾子「判批」法学教室四五一号（二〇一八年）一四〇頁、安達栄司「判批」法の支配一九〇号（二〇一八年）一一三頁、渡部美由紀「判批」判例秘書ジャーナル（文献番号HJ100032）（二〇一八年）、河野正憲「判批」名古屋大学法政論集二七九号（二〇一八年）二六五頁、三木浩一「判批」法学研究（慶應義塾大学）九一卷九号（二〇一八年）一一九頁、川嶋四郎「判批」法学セミナー七六五号（二〇一八年）一二四頁、我妻

学「判批」JCAジャーナル六五卷一〇号(二〇一八年)二二頁、中野俊一郎「判批」民商法雑誌一五四卷四号(二〇一八年)一〇八三頁、吉田和彦「判批」ALPPI六三卷二二二号(二〇一八年)一〇六六頁、伊藤一頼「判批」判例評論七二〇号(二〇一九年)一六四頁(判例時報二三八九号一六四頁)、猪股孝史「判批」私法判例リマックス五八号(二〇一九年)一三〇頁、山田文「判批」平成三〇年度重要判例解説(「ジュリスト」一五三一号)(二〇一九年)一四〇頁、中村達也「判批」前掲平成三〇年度重判解二九四頁。本決定・原々決定・原決定を扱う論稿として、森下哲朗「仲裁人の開示義務・調査義務と仲裁判断の取消し」最決平成二九年一月二二日を素材に「澤田壽夫先生追悼『国際取引の現代的課題と法』(信山社、二〇一八年)五五九頁、濱田陽子「仲裁人の事実開示義務について」最高裁平成二九年一月二二日決定を手がかりに」岡山大学法学会雑誌六八巻二号(二〇一八年)一六九頁。

(2) 原々決定の評釈として、長谷川俊明「判批」国際商事法務四四巻一号(二〇一六年)三四頁、芳賀雅顯「判批」JCAジャーナル六三巻四号(二〇一六年)、高橋一章「判批」ジュリスト一五一三三号(二〇一七年)一三四頁。

(3) 原決定に関する論稿・評釈として、浜辺陽一郎「判批」WLJ判例コラム八七号(文献番号2016WLJC025)(二〇一六年)、中村達也「国際仲裁判断を取り消した平成二八年六月二八日大阪高裁決定について」国際商事法務四四巻一一号(二

〇一六年)一六二二頁、森下哲朗「判批」平成二八年重要判例解説(ジュリスト一五〇五号)(二〇一七年)三二五頁、猪股孝史「判批」新・判例解説Watch二〇号(二〇一七年)一八五頁、内藤順也・鈴木毅「仲裁人の利益相反事由の非開示と仲裁判断の取消し」平成二八年六月二八日大阪高裁決定について」NBL二〇九七号(二〇一七年)三九頁、長谷川俊明「判批」国際商事法務四五巻五号(二〇一七年)六五〇頁、安達栄司「判批」私法判例リマックス五六号(二〇一八年)一三八頁、唐津恵一「判批」ジュリスト一五一六号(二〇一八年)九八頁、芳賀雅顯「判批」新・判例解説Watch二三号(二〇一八年)三三三頁。原々決定・原決定を扱う論稿として、高杉直「国際商事仲裁における仲裁人の開示義務違反と仲裁判断の取消」三谷忠之先生古稀祝賀「市民生活と現代法理論」(成文堂、二〇一七年)二四七頁。Yらの代理人弁護士による、原決定時点での論稿として、寺澤幸裕「仲裁判断の取消」ジュリスト一五〇三三号(二〇一七年)六七頁。

(4) 二〇一四年改訂版のIBAガイドラインについては、IBAのウェブサイト(https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx)(二〇一九年四月二四日閲覧)より、英語版・日本語版をはじめ各国語版のPDFファイルのダウンロードが可能である(日本語訳は公益社団法人日本仲裁人協会による。以下の本文でIBAガイドラインの規定等を示す際も、これに依拠する)。IBAガイドラインの概要については、高取芳宏ほか「仲裁人・

- 仲裁廷」谷口安平『鈴木五十三編著『国際商事法務の法と実務』(丸善雄松堂、二〇一六年)一七四～一七九頁。
- (5) 小原淳見『国際仲裁の国際標準』法律時報八七卷四号(二〇一五年)七～八頁、高取ほか・前掲注(4)一七五頁。
- (6) 近藤昌昭ほか『仲裁法コンメンタール』(商事法務、二〇〇三年)七六～七七頁。
- (7) 小島武司『猪股孝史『仲裁法』(日本評論社、二〇一四年)二二一頁、山本和彦『山田文『ADR仲裁法(第二版)』(日本評論社、二〇一五年)三三四頁等。
- (8) 近藤ほか・前掲注(6)七九頁。
- (9) 小島武司『高桑昭編『注釈と論点仲裁法』(青林書院、二〇〇七年)一二二頁「森勇」、小島『猪股・前掲注(7)二二六頁等。
- (10) 近藤ほか・前掲注(6)七九～八〇頁。
- (11) 三木浩一『山本和彦編『新仲裁法の理論と実務(ジュリス・ト増刊)』(有斐閣、二〇〇六年)一六〇頁「出井直樹発言」、小島『高桑編・前掲注(9)一二二頁「森」、小島『猪股・前掲注(7)二二八頁、山本『山田・前掲注(7)三三五頁等。
- (12) 中村達也『仲裁判断取消しの裁量棄却について』同『仲裁法の論点』(成文堂、二〇一七年)三九九頁(初出二〇一六年)。
- (13) 今津・前掲注(1)一四〇頁、三木・前掲注(1)一三二頁等。
- (14) 高橋・前掲注(2)一三七頁。
- (15) 三木『山本編・前掲注(11)一六四頁「出井発言・三木発言」、小島『猪股・前掲注(7)二二〇頁等。
- (16) 岡田・前掲注(1)三二三頁。
- (17) 安達・前掲注(1)一九九頁、渡部・前掲注(1)六頁等。
- (18) 日下部真治『忌避及び利害関係情報開示に関する諸問題』仲裁・ADRフォーラム一号(二〇〇七年)五九頁。
- (19) 今津・前掲注(1)一四〇頁、安達・前掲注(1)一一九頁、三木・前掲注(1)一三三～一三四頁、我妻・前掲注(1)二七頁、中野・前掲注(1)一〇九二頁、伊藤・前掲注(1)二二頁、山田・前掲注(1)一四一頁等。
- (20) 内藤『鈴木・前掲注(3)四三頁。唐津・前掲注(3)一〇〇頁も同趣旨の指摘を行う。
- (21) 森下・前掲注(1)五九二頁。
- (22) 高杉・前掲注(3)二六一～二六二頁。中村・前掲注(1)二九五頁も高杉教授の見解を支持する。
- (23) 高杉・前掲注(3)二五八頁。
- (24) 芳賀・前掲注(2)五八頁等。
- (25) 三木・前掲注(1)一二七頁。
- (26) 三木『山本編・前掲注(11)一六七頁「近藤昌昭発言」、小島『高桑編・前掲注(9)一二二～一二三頁「森」。
- (27) 三木『山本編・前掲注(11)一六七～一六八頁「三木発言」。日下部・前掲注(18)六〇頁。
- (28) 山本『山田・前掲注(7)三三六頁。
- (29) 小島『猪股・前掲注(7)二二一～二二三頁、二二三頁注(299)。

(31) 高杉・前掲注(3) 二六三～二六四頁、安達・前掲注(3) 一四一頁、川嶋・前掲注(1) 一二四頁。

なお、高杉・前掲注(3) 二六四頁は、自身の見解につき、いわゆる仲裁先進国たる諸外国の実務も同様の立場を採っており、世界的な基準から見れば必ずしも厳しいものとはいえない旨を論じる。

(32) 芳賀・前掲注(2) 五九頁、同・前掲注(3) 三一六頁、中村・前掲注(3) 一六二八～一六二九頁、同・前掲注(1) 二九五頁、森下・前掲注(3) 三一六頁、同・前掲注(1) 五九五頁、内藤Ⅱ鈴木・前掲注(3) 四四～四五頁、高橋・前掲注(2) 一三六頁、唐津・前掲注(3) 一〇一頁、今津・前掲注(1) 一四〇頁、渡部・前掲注(1) 六～七頁、中野・前掲注(1) 一〇九三～一〇九四頁、吉田・前掲注(1) 一〇七三頁、伊藤・前掲注(1) 二一～二三頁、猪股・前掲注(1) 一三三頁、山田・前掲注(1) 一四一頁。

(33) 岡田・前掲注(1) 三二四頁。

なお、安達・前掲注(1) 一二〇頁は、これらの点は当事者の主張立証に基づく事実認定の問題であり、法律審としての許可抗告制度の役割から見ると異質であるとして、最高裁が原決定を破棄したことは行き過ぎであったといわざるを得ない旨を論じる。

(34) 芳賀・前掲注(2) 五九頁、猪股・前掲注(3) 一八七～一八八頁、同・前掲注(1) 一三二頁、安達・前掲注(1) 一二一頁、三木・前掲注(1) 一三四頁、我妻・前掲注(1)

二八頁、伊藤・前掲注(1) 二二頁。

(35) 浜辺・前掲注(1) 六頁、伊藤・前掲注(1) 二二頁、猪股・前掲注(1) 一三二頁。

(36) 安達・前掲注(1) 一二一～一二二頁。

(37) 春日偉知郎『民事証拠法研究』(有斐閣、一九九一年) 第七章(初出一九八二年)等。

(38) 松本博之『民事訴訟における事案の解明』(日本加除出版、二〇一五年) 第一章(初出一九九七年・二〇〇〇年)。