

〔最高裁判事例研究 四六一〕

平二九三（民集七一巻一〇号二一〇六頁）

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」ことに当たらるか

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

（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、最高裁平二八（許）第四三号、平成二九年二月二二日第三小法廷決定、破棄差戻し）

〔事 実〕

本件は、米国法人 X_1 、 X_2 と、日本法人 Y_1 、シンガポール法人 Y_2 との間の⁽¹⁾、一般社団法人日本商事仲裁協会（以下、「JCAA」という）における仲裁事件（以下、「本件仲裁事件」という）につき、 X らが、同仲裁手続には仲裁法四四条一項六号等の取消事由があるものと主張して、その仲裁判断（以下、「本件仲裁判断」という）の取消しを申立てをした事件である。

X らと Y らの間には、 Y らが X_1 に空調機器を納入する旨の売買契約があったが、 Y らが同契約の解除の意思表示をしたところ、その適法性等をめぐって紛争が生じた。そこで、二〇一一年六月一六日、 Y らは、 X らを相手方として、同契約中の仲裁条項に基づき、 Y らに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、JCAAに本件仲裁事件にかかる仲裁の申立てをした。この仲裁手続において、 A および B が仲裁人として選任され、 A および B は、同年九月二〇日、長たる仲裁人として Q を選任した。 Q は、キング・アン

ド・スバルディング法律事務所（以下、「K&S」という）のシンガポール・オフィスに所属する弁護士である。

Qは、同日、JCAAに対し、その公正中立を表明するための文書（以下、「本件表明書」という）を提出した。同文書には、「①K&Sの弁護士が、将来、本件仲裁事件に関係はしないものの、クライアントの利益が本件仲裁事件の当事者また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または当該クライアントを代理する可能性があること、②また、K&Sの弁護士が、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またはその関連会社に助言し、またはそれらを代理する可能性があること」等が記載されていた。

本件仲裁事件の手続が開始された当時、Yと完全兄弟会社との関係にあるC社を被告として、クラスアクション訴訟の手続が米国で係属していた。同訴訟においてC社の訴訟代理人を務めていたD弁護士は、Qが本件仲裁事件における仲裁人に選任された当時はK&Sとは別の法律事務所に所属していたが、遅くとも本件仲裁事件の手続が継続中の二〇一三年二月二〇日以降は、K&Sのサンフランシスコ・オフィスに所属していた。しかし、Qは、こうした事実を開示しなかった。二〇一四年八月一日、Qほか二名の仲裁人の合議体である仲裁廷は、Yらの主張を概ね認める内容の仲裁判断をした。

これに対し、Xらは、Qによる前記事実の不開示は仲裁法

一八条四項の開示義務に違反しており、同法四四一条一項または八号所定の仲裁判断取消事由に該当するなどと主張して、大阪地裁に仲裁判断取消しの申立てをした。大阪地裁の決定（原々決定）⁽²⁾は、本件事実は仲裁法一八条四項所定の事実（⁽³⁾）に該当するが、軽微な瑕疵であるので仲裁判断の取消しは相当でないなどとして、Xらの申立てを棄却した。これに対し、抗告を受けた大阪高裁の決定（原決定）⁽³⁾は、本件事実は同法一八条四項所定の事実（⁽³⁾）に該当し、同法四四一条一項六号所定の仲裁判断の取消事由にあたり、かつ、この開示義務違反は重大な手続上の瑕疵であるから、Xらの本件申立てを裁量により棄却すべきではないとして、Xらの申立てを認容した。

これに対し、Yらが許可抗告を申し立て、許可された。

〔決定要旨〕

破棄差戻し。

〔一〕 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、同項という「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、Qは、本件表明書において、Qと同人以外のK&S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ふべきである。」

〔2〕……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ふべきである。

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Q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、K&Sにおいて本件事実が認識されていたか否かや、K&S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Qが合理的な範囲の調査を行うこと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、Q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〕

本決定に賛成する。

一 本決定の意義

本件は、仲裁法一八条四項（以下、本稿で断りなく条文を引用する場合は、仲裁法の条文とする）が定める仲裁人の開示義務の範囲が、わが国で初めて裁判所において争われた事件である。

本件の原々決定は、本件で問題となった事実と同条同項が定める仲裁人の「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」に該当する余地があるが（以下、一八条四項の事実「に該当するか否かを「四項事実該当性」という）、同条一項二号が定める「公正性又は独立性を疑うに足りる相当な理由」とまではいえず、その瑕疵は軽微であるとして、仲裁判断取消しの申立てを棄却した。これに対し、原決定は、本件事案は一八条四項の事実「に該当し、本件仲裁人は同条同項の開示義務に違反しており、この開示

義務違反は四四条一項六号の取消事由に該当する」として、仲裁判断を取り消した。このように、原々審と原審の間で結論が分かれていたところ、本決定は、一八条四項の開示義務違反というためには、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の判断を示し、こうした事実を確定せずに仲裁人の開示義務違反を認定した原決定の判断は是認することができないとして、原決定を破棄し、こうした事実について、さらに審理を尽くさせるために、本件を原審に差し戻したものである。

本決定は、一八条四項が定める開示義務の内容や範囲に関して一定の解釈と基準を示した点で、実務的に大きな影響があるだけではなく、開示義務の前提としての調査義務の存否および範囲について一定の判断を示した点で、理論的にも意義を有する。他方において、原々審と原審における最も中心的な争点であった仲裁判断の取消しの可否に関する最高裁の立場は、本決定が四四条の判断の前提となるべき事実の確定を求める差戻決定であったために、将来の課題として残されることとなった。

二 一八条四項の趣旨

一八条四項は、「仲裁人は、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（既に開示したものを除く。）の全部を遅滞なく開示しなければならない。」と規定する。これは、仲裁人は、就任の依頼を受けた時のみならず、仲裁人として選任された後も、仲裁手続の進行中、その終了に至るまで、自己の公正性や独立性に疑いを生じさせる可能性のある一切の事実を、仲裁手続の当事者に対して開示すべき義務を負う旨を定めるものである。⁽⁴⁾

日本仲裁法は、その制定に際して、仲裁法制における国際協調の重要性を強く考慮して、UNCITRAL 国際商事仲裁モデル法（以下、単に「モデル法」という⁽⁵⁾）の全面的な採択を基本方針とした。一八条四項についても、基本的にはモデル法一二条一項後段を範としている。ただし、両者は完全に同じではない。モデル法一二条一項後段の文言は、「An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him.」であり、この文章中の「such」が引用する同条一項にお

ける該当部分は、「any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence.」である。これを一八条四項と比較すると、モデル法一二条一項後段の「justifiable doubts（合理的な疑い）」は、日本仲裁法の一八条四項では、単に「疑い」となっており、モデル法における「justifiable」という限定句が外されている。このように、モデル法の採択に際して同法一二条一項後段中の「justifiable」を削除して、仲裁人（および仲裁人候補者）の開示義務の対象事実の拡大を図ることは、他国の立法例にもみられる。たとえば、ドイツ仲裁法はそうした立法を行っている。⁽⁶⁾ 日本仲裁法は、立法に際して、こうしたドイツ法等も参考にして、モデル法一二条一項後段よりも、開示義務の対象事実の範囲を拡大したものである。

また、一八条四項は、開示義務違反の判断基準については、I B Aガイドライン⁽⁷⁾等が採用する「主観的基準」ではなく、モデル法が採用した「客観的基準」を用いている。すなわち、たとえば、I B Aガイドラインは、「if facts or circumstances exist that may, "in the eyes of the parties (当事者の目から見て)、give rise to doubts as to impartiality or independence」とし、当該仲裁手続の当事者が主観

的に疑いを抱くかどうかを基準とする⁽⁸⁾。これに対し、モデル法は、意識的に「in the eyes of the parties」といったフレーズを用いないことにより、当事者の主観によるのではなく、客観的な視点により判断すべきものとの立場を採用している⁽⁹⁾。日本仲裁法一八条四項は、この点ではモデル法に忠実に準拠しており、客観的基準を採用するものである⁽¹⁰⁾。したがって、一八条四項の解釈に際しては、当該仲裁手続における当事者の一方または双方が公正性や独立性に疑いを抱くおそれがあったか否かではなく、合理的な一般人の基準に照らして疑いを生じさせるおそれがあったか否かを客観的に判断する必要がある。

一八条全体の構造の中で開示義務を定めた四項の位置づけをみてみると、一項二号が定める仲裁人の忌避事由としての「仲裁人の公正性又は独立性を疑うに足りる相当な理由」と比較して、四項が定める「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」は、その範囲が明らかに広い。これは、日本仲裁法が範としたモデル法二二条が、忌避事由を「circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence」(同条二項)と、開示事由を「any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or

independence」(同条一項)として、忌避事由よりも開示事由の範囲を広くしていることに倣ったものである。仲裁人による疑義事実の開示は、忌避事由があるかどうかについての判断の材料を当事者に提供し、当該情報によって当事者の判断が適切に行えるようにすることにあるので、忌避事由よりも広い範囲での開示を義務づけることが、その趣旨である。

以上を総合すると、一八条四項が定める疑義事実は、同条一項二号の忌避事由に比べて広く、また、基本的に準拠するモデル法二二条一項後段と比べても広い。ただし、一八条四項の疑義事実に該当すること(四項事実該当性)から、直接的に仲裁人の開示義務に対する違反が導かれると判断するのは妥当ではない。なぜなら、仲裁人が当該事実を認識しておらず、かつ、合理的な一般人の基準に照らして期待される程度の調査を行っても当該事実を認識することができないような事情があった場合には、法が人に不可能または過剰な困難を強いることは許されない以上、仲裁人の開示義務違反を問うことはできないと考えられるからである。このように解することは、日本仲裁法がモデル法に準拠して前述したように「客観的基準」を採用したことも整合する。

つまり、一八条四項の開示義務に違反したといえるためには、①当該事実が四項の定める事実該当すること（開示義務違反が成立するための「客観的要件」、および、②仲裁人が当該事実を認識していたこと、または、認識していなかった場合において合理的に期待される程度の調査義務を尽くさなかったこと（開示義務違反が成立するための「主観的要件」）の両者を必要とするものと解される。これらのうち、②は一八条四項に明文では規定されておらず、いわば、解釈上、当然に必要とされる要件である。本件の原決定は、こうした考え方をとることなく、実質的には四項事実該当性と開示義務違反を同視するに近い判断を示した。しかし、こうした考え方は、場合によっては仲裁人に不可能または過剰な困難を強いることになりかねず、また、一八条四項が客観的基準を採用していることに照らしても、不当である。これに対し、本決定は、②の要件を判例法理として認めたものであり、一八条四項の立法趣旨に照らして妥当である。

なお、②の要素である仲裁人の調査義務およびその範囲については、後掲の六で詳述する。

三 IBAガイドライン

一八条四項は、どのような場合が「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」に該当するかについて、とくに解釈の指針を掲げていない。これは、モデル法一二条一項後段についても同様である。そこで、参考のためにIBAガイドラインの考え方と照らし合わせてみたい。

1 IBAガイドラインにおける分類

IBAガイドラインは、仲裁人の利益相反が問題になり得る事案類型を整理して、①放棄不能なレッドリスト、②放棄可能なレッドリスト、③オレンジリスト、④グリーンリストという四つのカテゴリーに分類している。なお、この分類はあくまでも例示であり、網羅的なものではないとされている。

①および②のレッドリストに挙げられているのは、合理的な第三者の目からみて明らかに利益相反が存在するものと考えられる場合である。レッドリストは、さらに二つのカテゴリーからなる。まず、①の放棄不能なレッドリストは、客観的にみて利益相反の程度が非常に高いために、たとえ当事者が同意したとしても利益相反の瑕疵は治癒され

ない場合である。他方、②の放棄可能なレッドリストは、客観的にみて利益相反にあたると思われるが、当事者がその事実を認識した上で明示的に同意すれば、利益相反の瑕疵は治癒されるとする場合である。前者の典型例は、仲裁人が当事者となっている場合や、仲裁人が当事者である企業のオーナーである場合などである。また、後者の例は、当事者が仲裁人のクライアントである場合や、仲裁人が当該事件に過去に関与したことがある場合などである。

また、④のグリーンリストは、実務において利益相反として争われたことはあっても、客観的にみて利益相反がないと考えられる場合である。たとえば、仲裁人が当該事件で問題となる法律問題について学術的な見解を発表したことがある場合や、仲裁人と当事者の代理人が過去に一緒に学会活動をしたことがある場合などが、これにあたる。

以上に対し、③のオレンジリストには、レッドリストとグリーンリストの中間的な領域に属する多様な事案類型が取り上げられている。現実の紛争では、レッドリストやグリーンリストが問題になることは比較的少ない。これに対し、オレンジリストは、利益相反に関する紛争の中核を占める。オレンジリストに掲げられた場合は、いわばグレーゾーンに属するため、忌避事由等の対象性の判定に際して

は、レッドリストやグリーンリスト以上に慎重な考慮が必要である。これに対し、開示義務の対象性の判定に際しては、ほとんどの仲裁法や仲裁機関規則において開示義務は忌避事由よりも広く設定されているため、オレンジリストは少なくとも開示義務の対象にはなり得るものと考えられている。

また、レッドリストとグリーンリストが第三者の客観的な視点を基準とするのに対し、オレンジリストは、当事者の主観的な視点を基準とするものとされる。¹²⁾ こうしたオレンジリストの性格上、これを具体的な事件に適用するときには、事件ごとに異なる個別事情によつては、外形的にはオレンジリストに該当するとしても、個々の具体的な事件では開示義務が免除される場合があるため、オレンジリストの該当性については、機械的に考えるべきではない。ただし、いかなる事情がそれにあたるのかについては、IBAガイドラインには参考となる記述はない。

2 IBAガイドラインと本件事実

それでは、IBAガイドラインを参考にして判断した場合、本件事実は、どのカテゴリーに位置づけられるのだろうか。本件事実は、仲裁人の利益相反における典型的な

場合とはいえ、レッドリスト、オレンジリスト、グリーンリストのいずれにも、直接的に該当するものはない。IBAガイドラインの中で、本件事実と類似性を有するのは、次の三つである。

(a) リスト2、3、6（放棄可能なレッドリスト）
 仲裁人が所属する法律事務所が、現在、当事者の一方または当事者の一方の関連会社との間で、重大な商業上の関係を有する場合

(b) リスト3、1、4（オレンジリスト）
 仲裁人の所属する法律事務所が、過去三年以内に、仲裁事件とは別の案件について、仲裁人が関与することなく、当事者の一方もしくは当事者の一方の関連会社のために、または当事者の一方もしくは当事者の一方の関連会社を相手方として、活動したことがある場合

(c) リスト3、2、1（オレンジリスト）
 仲裁人の所属する法律事務所が、現在、当事者の一方または当事者の一方の関連会社に対して、その法律事務所にとって重大な商業上の関係を生じることなく、かつ仲裁人が関与することなく、役務を提供している場合

四 本件事実の四項事実該当性

本件事実は、仲裁人と同一の法律事務所の他国のオフィスに仲裁手続の開始後に加わった弁護士が、当該仲裁人を含む仲裁廷が取り扱っている仲裁事件とは関係のない他国での訴訟事件において、仲裁手続の当事者の一方と完全兄弟会社の関係にある別会社の訴訟代理人を務めていたというものである。

こうした本件事実が四項事実該当性を有するか否かにつき、原決定は、次のように判示して、これを肯定した。「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、その対象となる事実は、忌避事由（仲裁法一八条一項）そのものよりも広い範囲の事実が含まれると解するのが相当である。本件利益相反事由は、K&S所属の弁護士が、本件仲裁に關係しない案件において、本件仲裁の当事者である相手方Yの関連会社を代理するというものであり、Xらの立場からすれば、Qを忌避するかどうかを判断するための重要な事実といえるから、これが、開示義務の対象となることは明らかである。また、DがK&S所属の弁護士であり、かつ、本件クラスアクションにおいて相手方Yの関連会社を代理している以上、Qについて利益相反のおそれがあり得るものと疑

いを持たれるのが通常であつて、それぞれが勤務するオ
 フィスの所在国が異なるとか、本件仲裁と本件クラスアク
 ションとはそれぞれ当事者が異なり、また、事案の同一性
 も関連性もないといつてみても、これにより上記疑いがな
 くなるものではない。」。

これに対し、最高裁による本決定は、もっぱら事前表明
 の問題と調査義務の問題に焦点を絞つて議論を展開してお
 り、本件事実の四項事実該当性を明示的には論じてはいな
 い。その趣旨は定かではないが、次の二とおりの捉え方が
 可能であろう。一つは、事前表明の問題について原審の判
 断を肯定したことからみて、その前提として原審と同様に
 本件事実の四項事実該当性を前提としているとする捉え方
 である。もう一つは、調査義務の問題について原審の判断
 を否定したことからみて、四項事実該当性を独立の問題と
 して取り上げることとはせず、四項事実該当性は調査義務の
 問題を含めた開示義務の一部として、差戻審での審理結果
 を待つて論ずべきものとしてしているとする捉え方である。¹³ 後
 者の捉え方による場合には、本決定は、本件事実の四項事
 実該当性についてはいまだ判断をしていないことになる。

それでは、あらためて本件事実の四項事実該当性をどの
 ように考えるべきであろうか。I B A ガイドラインに照ら

すと、前述のように、放棄可能なレッドリストの 2、3、
 6、オレンジリストの 3、1、4、オレンジリストの 3、
 2、1 が類似している。しかし、これらはいずれも、利益
 相反の判断において仲裁人とその所属する法律事務所を同
 視する類型であるところ、本件では法律事務所そのものが
 疑義事実の主体ではなく、仲裁人が就任後に法律事務所
 に入所した弁護士が疑義事実の主体であるので、これらのリ
 ストからは逸脱する場合であるともいえる。しかし、これ
 らのリストにいう法律事務所がそこに所属する弁護士個人
 も含むものと捉えれば、これらのリストの範疇にあるとの
 見方もあり得よう。つまり、I B A ガイドラインのリスト
 との関係は、必ずしも判然としない。また、I B A ガイド
 ラインのオレンジリストは、前述したように主観的基準を
 用いているが、一八条四項はモデル法に倣つて客観的基準
 を用いていることにも、注意を要する。これらの点を考え
 ると、本件事実の四項事実該当性について、I B A ガイド
 ラインを無批判に参考にしたり、軽々にいずれかのカテゴ
 リーに位置づけることは、妥当とはいえない。

そこで、一八条四項には明示的には具体的な基準が示さ
 れていないとはいえ、やはり同規定の立法趣旨を踏まえて
 判断していくべきことにならう。具体的には、①一八条四

項の定める事実とは、同条一項二号の忌避事由よりも広範な事実を指すこと、②一八条四項は、モデル法一二条一項後段の「justifiable」の文言を採用することなく、対象事実の範囲を拡大していること、③一八条四項は、IBAガイドラインのような主観的基準ではなく、合理的な第三者の視点による客観的基準を採用していることなどである。これらは、日本仲裁法一八条四項が、対象事実の範囲をきわめて広範に設定していることを意味する。したがって、本件事実については、結論として、四項事実該当性を肯定し、てよいものと思われる。

これに対しては、本件のようなグローバルな大規模法律事務所所属する弁護士が仲裁人となった場合、中途採用者が入所するたびに調査をやり直す必要が生じるのは過度な負担であるとか、世界中のすべてのオフィスのすべての所属弁護士についてコンフリクト・チェックを行うことは現実的ではない⁽¹⁵⁾、などの批判も当然に考えられるところであり、こうした批判が一定の説得性を有することも事実である。しかし、前述したように、四項事実該当性の問題と調査義務の問題は別であり、このような懸念については、後述する調査義務の合理的な範囲の問題として考慮すべきである。このように、四項事実該当性の問題（客観的要

件）と仲裁人の調査義務の問題（主観的要件）とを分けることにより、仲裁人自身から縁遠い位置にある事実についても、一方で、何らかの事情でその事実を仲裁人がたまたま知っていたなどの場合には一八条四項の開示義務に対する違反を認めることが可能になるとともに、他方で、合理的な範囲の調査を行ったとしても仲裁人がその事実を知ることができないような場合には、一八条四項の非現実的な適用を否定することが可能になる。

五 事前表明による開示義務免除の可否

本件の仲裁人Qは、本件表明書において、K&S所属の弁護士が、将来、本件仲裁に関係しない案件において本件仲裁の関連会社を代理する可能性があることを事前に表明している。他方において、一八条四項は、その括弧書で「既に開示したものを除く。」と規定しており、事前に開示した事実によつて事後の仲裁人の開示義務が免除されることを認めている。そこで、本件表明書による表明が、同括弧書にいう「既に開示したもの」に該当するかどうかが問題となる。

この点につき、原決定は次のように判示する。「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、その対象となる事実は、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、現実に発生し、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。』そして、こうした考え方によれば、「Qは、本件表明書において『K&Sの弁護士は、将来、本件仲裁に関係しない案件において、本件仲裁の当事者及び／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があります。』と表明しているが、これは、将来、生起する可能性のある抽象的、かつ、潜在的な利益相反を表明しているものにならず、これにより、現実に発生した本件利益相反事由を開示したことにはならないから、本件利益相反事由は『既に開示した』とはいえない。」とし、本件事実にみられるような事前宣言によって仲裁人の開示義務が免除されることはないとする。

本決定も、この点については原決定を支持している。まず、本決定は、「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。」との一般論を述べる。そして、本件への具体的適用については「これを本件についてみると、Qは、本件表明書において、Qと同人以外のK&S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。」とする。

一八条四項括弧書は、モデル法一二条一項の「unless they have already been informed of them by him」に準拠して設けられたものである。そこでいう「them」は、同条同項の前段が規定する「自己の公正性または独立性に正当な疑いを生じさせるおそれのあるあらゆる事情 (any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as

to his impartiality or independence)」を指す。すなわち、現実に発生した具体的な利益相反に関する事実を意味するのであるから、将来に発生する可能性のある抽象的ないし潜在的な利益相反の事前表明は、これに該当しない。実質的にも、本決定が述べるように、当事者は、将来における潜在的な利益相反の可能性を表明されただけでは、適時かつ適切に忌避権の行使やそのための検討を行うことはできない。当事者の忌避権行使の機会と仲裁手続に対する信頼を守るためには、事前表明の有無に関わらず、現実に利益相反が顕在化した時点においての具体的な開示義務の履行は不可欠である。¹⁶⁾ そもそも、モデル法および日本仲裁法が、仲裁人候補者の就任前の開示義務に加えて、就任後における継続的な開示義務を定めているのは（モデル法一二条一項、仲裁法一八条三項・四項）、仲裁手続の開始後に新たに発生した事実や仲裁人が新たに知り得た事実について、その都度の速やかな開示を要求する趣旨である。その趣旨に照らすと、本件表明書のような形で事前表明が、法が要求する事後の開示義務を免除しないことは明らかである。

ちなみに、IBAガイドラインの一般基準（3）（b）も、「将来に生ずる可能性のある事実または状況に起因す

る利益相反についての（仲裁人による―評者注）事前表明または（当事者による―評者注）事前放棄は、一般基準3（a）が定める仲裁人の継続中の開示義務を免除しない」とし、やはり事前表明が仲裁人の事後の開示義務を免除しない旨を明記している。¹⁷⁾

六 仲裁人の調査義務

一八条四項に基づく仲裁人の開示義務は、当の仲裁人がみずから該事実を認識していなければ履行することができない。そこで、仲裁人は、そうした事実を認識していたときに限って開示義務を負うのか、それとも、そうした事実の有無についての調査義務を負い、みずから積極的に該事実を探索しなければならないのが問題となる。この問題については、モデル法にも、これを採択した日本仲裁法にも、明文の規定はない。しかし、わが国のこれまで公表されている学説は、一致して仲裁人の調査義務を肯定する。¹⁸⁾ 仲裁人がみずからの開示義務を適切に履行するためには、事案に応じて一定の調査を行う必要がある場合があることを考えると、開示義務の不可欠の前提として調査義務を内包しているものと考えられるからである。こうした考え方は、国際的にも一般に承認されている。たとえば、

Born は、「UNCITRALモデル法の一条および二二条は、明示的には仲裁人に利益相反に関する調査義務について何らの義務を課していない。しかし、そうした義務は、仲裁人の開示と独立に関する本来の義務における必要かつ相当な側面の一つとして、黙示的に含まれていると解すべきである。」とする⁽¹⁹⁾。

そうすると、次に問題となるのは、その調査義務の範囲をいかに考えるべきかである。この点につき、本決定の調査官解説は、調査義務の範囲については、①客観的に存在するすべての事情について調査義務を負うものとする考え方（以下、「完全調査義務説」という）と、②合理的な範囲での調査をすれば足りるものとする考え方（以下、「合理的調査義務説」という）とがあるとする⁽²⁰⁾。ただし、同解説が、わが国に現実に存在する学説として挙げているのは「合理的調査義務説」のみである。また、世界的にみても、完全調査義務説を唱える見解は見あたらない。たとえば、仲裁人の調査義務の範囲について、「仲裁人は、彼の過去に関して完全な調査を開始する必要はないが、法律上の開示義務を果たそうとする者が通常行うような努力と留意に一致する程度の『合理的な (reasonable)』(『』は評者による) 努力をしなければならない。」とする米国の裁判例

がある⁽²²⁾。また、IBAガイドラインは、「仲裁人は、みずからの公正性に疑いを生じさせるおそれを有するあらゆる事実や状況に加え、利益相反のおそれについて『合理的な (reasonable)』(『』は評者による) 調査をする義務を負う。」とする⁽²³⁾。国際商業会議所(ICC)も、同様の考え方をとる。ICCは、仲裁人に指名された者が就任を受諾するに際し、公正性および独立性に関する事実に関して「適切な (due)」調査をすることを求めている⁽²⁴⁾。

このように、学説や実務の圧倒的な多数は合理的調査義務説である。これに対する完全調査義務説は、仲裁人に不可能または過剰な困難を強いることになりかねず、理論的にも実務的にも妥当ではない。著名な実務家による次のような指摘もある。「仲裁の最初に行うコンフリクト・チェックは、時として複雑な作業となる。それは、単に大規模事務所の間係先が多岐にわたるといっただけではなく、コンフリクト・チェックのために用いるデータベースの中に必要なデータが完全かつ正確な形で入っているとは限らないからである」⁽²⁵⁾。このようなことから、合理的調査義務説が妥当である。なお、一八条四項における合理的調査義務の位置づけであるが、前述したように、調査義務は、仲裁人が負う開示義務の主観的要件の一部(仲裁人が疑義

事実を認識していたことと並んで）であって、不法行為の過失における注意義務に相当し、合理的調査義務説は、その調査義務の程度が合理的であることで足りるとするものである。

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。」として、仲裁人の調査義務を認める。その範囲については、「仲裁人が手間をかけずに知ることができる事実」という説示をみる限り、一般論としては合理的調査義務説に立つようにも思われる。しかし、本件事実に対する具体的な適用においては、「本件利益相反事由については、Qが所属する法律事務所であるK&S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K&S内で実施されたかどうかは一件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ももちろんのこと、当該調査が実施されなかった場合に、開示義務違反があっても、本件利益相反事由の不開示につき、開示義務違反

「反の責任を免れない。」とする。これは、K&Sにおけるコンフリクト・チェックの体制やQに対するK&Sからの情報提供の仕組みなどに関係なく、仲裁人としてのQの開示義務違反を認めるものであり、実質的には完全調査義務説を採った場合と大差がない。

これに対し、本決定は、まず、「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」と判示して、合理的調査義務説に立つことを明らかにした。そして、「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。」とした上で、「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Q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、K&Sにおいて本件事実が認識されていたか否かや、K&S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Q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、Q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。」とした。

こうした本決定の判断は、合理的調査義務説の採用を含
 めて支持し得るものであり、原決定の破棄差戻しという結
 論も妥当である。

七 将来の課題

最後に、差戻審における審理に関して、若干の考えを述
 べておきたい。本決定が差戻審に対して再審理を求めたの
 は、「本件仲裁判断がされるまでにQが本件事実を認識し
 ていたか否か」「K&Sにおいて本件事実が認識されてい
 たか否か」「K&Sにおいて、所属する弁護士間の利益
 相反関係の有無を確認する態勢がいかなるものであつた
 か」「本件仲裁判断がされるまでにQ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」
 などの事実である。

これらの事実の証明責任はXらが負うことになるが、証

明のための情報や証拠のほとんどは、本件仲裁事件の本案
 については両当事者から中立的な立場にあるとともに、利
 益相反の問題については実質的にXらと敵対的な立場にあ
 るQやK&Sの支配下にあるものと思われる。具体的には、
 人証としてのQ自身やK&Sに所属する関係者、これらの
 者による陳述書、K&Sが所持する事務所の情報管理等に
 関する文書、それらに関連する電子データなどである。こ
 れらの中には、QやK&Sが守秘義務を負うものや、外部
 への開示を拒否するものも少なくないと思われる。また、
 QやK&Sにとつて、みずからの落ち度や責任につながる
 情報や証拠を提出するインセンティブは低いであろう。し
 たがって、Xらが、これらの情報や証拠を入手することは、
 容易いことではないように思われる。

こうしたことを考えると、やや穿ちすぎた見方かも知れ
 ないが、本決定は、仲裁人の開示義務違反を理由とする仲
 裁判断の取消しについて、最高裁が謙抑的な態度を示した
 ものとみることも可能ではないかと思われる。私見を述べ
 れば、仲裁人の開示義務の範囲は広く解釈すべきであり、
 その違反に対する仲裁人の責任も厳しく問うべきであるが、
 それと仲裁判断の取消しの可否は別に考えるべきであり、
 裁判所は仲裁判断の取消しには謙抑的でなければならぬ

と考えている。モデル法を制定する際に鮮明に打ち出された思想や、仲裁法の世界における理論と実務の歴史は、仲裁判断に対する国家司法の謙抑性を追求することこそが、その核心であった。評者としては、本決定は、こうした観点からみても、適切なものであったと考える。

(1) 本件評釈の本来の対象ではないが、仲裁に関連する裁判における当事者の表示のあり方について、この場を借りて一言述べておきたい。仲裁は、基本的に非公開が保障された手続であり、そのことが、訴訟と対置される仲裁の大きなメリットでもある。とくに、企業が当事者である商事事件などでは、風評被害や信用毀損等を懸念して、紛争解決のための交渉や手続が進行していること自体について、これらの事実を秘匿すべき要請がある場合も少なくない。しかし、こうした要請から仲裁が選択された場合に、ひとたび仲裁判断取消しの申立て等がなされれば、当事者である企業の名称等が決定書等に実名で表示され、裁判所のウェブサイトや公式判例集などを通じて一般に広く公開される（民間の判例雑誌等では匿名表示のことが多い）。こうした裁判所における実務の運用は、仲裁という紛争解決制度に対する理解の欠如を表すものであり、現行仲裁法の制定に際して仲裁に関する裁

判をそれまでの判決手続から非公開の決定手続に変更した趣旨にも反するように思われる。仲裁制度の発展を司法が阻害することのないように、決定書等における匿名表示が検討されるべきではないだろうか。以上の問題意識を抱くに至った契機は、研究会における山本和彦教授のご示唆に負う。

(2) 大阪地決平成二七年三月一七日判時二二七〇号七四頁。

(3) 大阪高決平成二八年六月二八日判時二二一九号三二頁。

(4) 近藤昌昭ほか「仲裁法コメンタール」(商事法務・二〇〇三年)七九頁参照。

(5) UNCITRAL 国際商事仲裁モデル法の正式名称は、「[UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration] (一九八五年六月二一日採択)」。

(6) ドイツ民事訴訟法一〇三六条一項は、「仲裁人となるよう申出のあった者は、自己の公正又は独立について疑いを生じさせるようなあらゆる事情を開示しなければならない。仲裁人は、その選定後においても仲裁手続が終了するまでは、そのような事情を事前に通知している場合を除き、当事者に遅滞なく開示しなければならない。」とし、モデル法よりも開示義務を拡大している。法務省大臣官房司法法制部『ドイツ民事訴訟法典(二〇一一年二月二二日現在)』(法務資料第四六二号・二〇一二年)二九二頁。See Hoffmann, *Duty of disclosure and Challenge*

of Arbitrators, *The Standard Applicable Under the New IBA Guidelines on Conflicts of Interest and the German Approach*, 21 Arb. Int'l 427, 433 (2005).

(7) International Bar Association ㉔、二〇一四年に「国際仲裁における利益相反に関するガイドライン (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in international Arbitration)」(以下、「IBAガイドライン」という)を公表し、仲裁人の利益相反に関する考え方と利益相反が問題となり得る具体的な事実類型の指針を示した。

(8) IBA Guidelines, Explanation to General Standard 3 (a).

(9) Born, *International Commercial Arbitration* 1908-1909 (2d ed 2014).

(10) 主観的基準には、次の点で問題があるとされる。第一に、「当事者の目から見て」という基準は概念として曖昧である。第二に、「当事者」というのも仲裁の双方当事者の間では主観が異なり、両者に共通の主観を措定することは困難である。第三に、本質的に重要なのは仲裁人が客観的に公正かつ独立であることであり、特定の者にとって公正かつ独立に見えるか否かではなく。See *id.* at 1909.

(11) 近藤ほか・前掲注(4)七九頁参照。

(12) IBA Guidelines, General Standards 3.

(13) 私見によれば、四項事実該当性を満たしても、それだけで当然に開示義務違反となるわけではないので、四項事実該当性を開示義務全体の問題から切り出して議論することは可能である。

(14) 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)六五頁注二一参照。

(15) 内藤順也「判批(本件原審)NBL一〇九七号(二〇一七年)四三頁参照。

(16) 本件に関する公表された見解で異論を採るものはない。高橋一章「判批(本件原々審)ジュリ一五三三号(二〇一七年)一三六頁、中村達也『仲裁法の論点』(成文堂・二〇一七年)四〇〇頁、内藤「鈴木・前掲注(15)四二頁等参照。

(17) IBA Guidelines, General Standards (3) (b).

(18) 三木浩一「山本和彦編『新仲裁法の理論と実務』(有斐閣・二〇〇六年)一六四頁(三木浩一発言)、小島武司「猪股孝史『仲裁法』(日本評論社・二〇一四年)二二〇頁、中村・前掲注(16)三九六頁等参照。

(19) Born, *supra* note 9, at 1912.

(20) 岡田紀彦「判解」ジュリ一五一七号(二〇一八年)九九頁。

(21) 三木「山本編・前掲注(18)一六四頁(三木発言)。

- (23) *Karlseong v. Cooke*, 346 S.W.3d 85, 97 (Tex.App.2011).
- (23) IBA Guidelines, General Standard 7 (c).
- (24) See ICC Arbitrator Statement of Acceptance, Availability & Independence.
- (25) Schwartz, *Challenging Awards for Arbitrator Bias: Two Recent U.S. Cases*, 2013: 3 Paris J. Int'l arb. 609, 630.

三木 浩一