

仲裁判断取消しの裁量棄却について

中 村 達 也*

目 次

1. はじめに
2. わが国の学説・判例
3. 取消事由
 - (1) 仲裁合意の無効
 - (2) 手続保障違反
 - (3) 仲裁合意・仲裁申立ての範囲の逸脱
 - (4) 仲裁廷の構成・仲裁手続の違反
 - (5) 公序違反
4. おわりに

1. はじめに

仲裁は、当事者が紛争の解決を第三者である仲裁人に委ね、その判断に服する旨の合意に基づく紛争解決手続であり（仲裁法2条1項）、仲裁判断の効力は当事者の意思に求められるが、仲裁法は、仲裁判断には確定判決と同一の効力を付与し（同45条1項）、仲裁判断に基づく執行決定により（同46条1項）、確定した執行決定のある仲裁判断は債務名義となり（民事執行法22条6号の2）、仲裁判断にはそれに基づき強制執行をすることができるという強い効力が認められている。このような効力を認める以上、仲裁判断は、当事者間の有効な仲裁合意に基づき、公正かつ独立な仲裁人によって審理がなされ（仲裁人の忌避に関する仲裁法18条参照）、かかる審理手続において両当事者が平等に取り扱われ（仲裁法25条1項）、かつ、両当事

* なかむら・たつや 国士舘大学法学部教授

者に主張，立証の十分な機会が与えられ（同2項），両当事者が自己の攻撃防御を尽くした上でなされなければならない。また，当事者の意思としても，仲裁人の判断に無条件に服するというのではなく，このような適正かつ公正な手続が保障されていることを前提として仲裁人の判断に服することに合意していると考えべきである¹⁾。

したがって，仲裁判断がかかる基礎的要件を欠く場合には，仲裁判断の効力を正当化する根拠を欠き，仲裁判断の効力は否定されることになる²⁾。仲裁法は，44条1項で仲裁判断の取消事由を列挙し，当事者は，これらのいずれかが認められるときは，裁判所に対し仲裁判断の取消しを求めることができる。これが仲裁判断の取消制度である。

わが国の裁判所において取消しの対象となる仲裁判断は，仲裁地が日本国内にある仲裁判断に限られ（仲裁法3条1項），仲裁地が外国にある仲裁判断については，わが国の裁判所において取消しの対象とはならないが，仲裁法45条2項が定める承認拒否事由があるときは，その効力はわが国で否定されることになる。この承認拒否事由は，仲裁法44条1項が定める取消事由とほぼ同じ内容が定められている³⁾。また，仲裁法は，1985年の国連国際商取引法委員会（UNCITRAL）国際商事仲裁モデル法（以下「モデル法」という）に準拠しており⁴⁾，仲裁法44条，45条は，モデル法34条，36条にそれぞれ対応し，他方，モデル法34条2項が定める取消事由，36条1項が定める承認拒否事由は，外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約（昭和36年条約第10号。以下「ニューヨーク条約」という）5条が定める承認・執行拒否事由に準拠している⁵⁾。したがって，仲裁法44条を解釈，適用するに当たっては，モデル法34条，36条およびニューヨーク条約5条の解釈を参照することになると考える。

仲裁法44条1項は，8つの取消事由を限定列挙している。同1号，2号は仲裁合意の無効を，同3号は仲裁人の選任手続・仲裁手続における必要な通知の欠缺を，同4号は仲裁手続における防御不能を，同5号は仲裁合意・仲裁申立ての範囲の逸脱を，同6号は仲裁廷の構成・仲裁手続の違反

を、同 7 号は仲裁可能性の欠缺を、同 8 号は公序良俗違反をそれぞれ取消事由とし、このうち 7 号、8 号の取消事由は職権調査事項であるとされる⁶⁾。また、仲裁法 44 条 6 項は、裁判所は、仲裁判断に取消事由があると認めるときは、仲裁判断を取り消すことができると定め、裁判所は、取消事由があるときであっても、裁量により申立てを棄却することができるが、反対に、取消事由がない場合には、裁判所は仲裁判断を取り消すことはできず、裁量の余地はない⁷⁾。

したがって、裁判所は、取消事由があるときであっても、常に仲裁判断を取り消さなければならないのではなく、裁量棄却の基準が問題となる。この裁判所の裁量は、仲裁判断の取消しの局面のみならず、仲裁判断の執行の局面でも問題となる。すなわち、仲裁法 46 条 8 項は、裁判所は、同 45 条 2 項各号に掲げる仲裁判断の承認拒否事由のいずれかがあると認める場合に限り、執行決定の申立てを却下することできると定め、ここでも、裁判所は承認拒否事由がある場合であっても、執行申立てを棄却することを義務付けられておらず、執行決定をすることもできると考えられる⁸⁾。また、ニューヨーク条約も 5 条 1 項において、「判断の承認及び執行は、判断が不利益に援用される当事者の請求により、承認及び執行が求められた国の権限のある機関に対しその当事者が次の証拠を提出する場合に限り、拒否することができる」と定め、裁判所は、5 条 1 項が定める承認・執行拒否事由がある場合であっても、承認・執行を拒否しないこともでき、裁判所に裁量権があると解されている⁹⁾。

以下で見るように、わが国の学説上、仲裁判断の取消しの局面で問題となる裁量棄却の基準について必ずしも十分な検討はされておらず、また、平成 16 年 3 月 1 日に仲裁法が施行された後 10 年以上が経過し、近時、仲裁判断の取消しを求める事件が増えてきているようにも思われるが¹⁰⁾、判例上も、この問題について十分な検討がされているとは言えない状況にある。本稿は、このような状況に鑑み、仲裁判断の承認・執行においても問題となるこの裁判所の裁量基準の問題を取り上げ、若干の検討を試みるも

のである。

2. わが国の学説・判例

まず、仲裁法の立法担当者の見解として、仲裁法44条6項が定める「仲裁判断を取り消すことができる」という文言は、裁判所は、取消事由が存在すると認める場合も、裁量により申立てを棄却することができることを意味するとし、その趣旨は、取消事由に該当する事実が存在すると認める場合でも、それが重大ではなく、仲裁判断に示された結論を左右するものではないと考えられるような場合に、仲裁判断を取り消すことによる利害得失を勘案して、裁判所が裁量的な判断をすることを許容することにあるとし、その判断に当たっては、取消事由の重大性、取消事由と本案の判断の内容との因果関係等が考慮要素となると考えられる、という¹¹⁾。また、考慮要素としては、瑕疵が軽微であるかどうかということ、および、当事者間の信義則ないし禁反言の考慮などが、ファクターになり、前者には、取消事由と仲裁判断の結果との間の因果関係が含まれるという見解¹²⁾や、「仲裁判断の結論に影響を及ぼすような場合は、裁量棄却はできないと単純に考えるべきである」が、「仲裁判断の結論に影響を及ぼさないような場合でも、瑕疵がそれ自体として重大であれば」、仲裁判断は取り消されるべきである、という見解¹³⁾もある。

また、仲裁法44条1項4号が定める取消事由に関し、「当事者の主張・立証の十分な機会が保障されなかったことが仲裁判断に何らの影響も与えていないのであれば、これを理由として仲裁判断を取り消す意味があるか否かは疑わしい。仲裁判断の取消事由としての防御不能は、実質的にみて防御不能であったといえることが必要なのであり、仲裁判断が、主張・立証の十分な機会が保障されていなかったことに基づいている可能性があることを要求してよいであろう」¹⁴⁾ といい、また、仲裁法44条1項6号が定める取消事由に関しても、個々の仲裁手続の違反があったとしても仲裁

判断には何らの影響がなかったのであれば、あえてそのような仲裁判断を取り消す実益はないから、個々の仲裁手続の違反が仲裁判断の原因となったこと、すなわち、その違反がなければ、異なる内容の仲裁判断がなされたであろうことが原則として必要であるとし、取消事由と仲裁判断との間の因果関係を必要とする見解¹⁵⁾がある。

信義則や禁反言との関係については、仲裁法44条1項1号、2号の取消事由に関し、仲裁廷が仲裁権限を有しないとの主張は、時期制限が設けられており(仲裁法23条2項)、それ以降は、原則として失権し、この失権の効果は、原則として以後の仲裁判断取消しの手続などにおいても及び、仲裁法44条1項6号の取消事由に関しても、当事者が仲裁人の忌避の申立てを留保することなく仲裁手続を進行させたときは、それ以後は、原則として忌避の主張は失権し、仲裁判断取消しの手続などにおいてもこれを取消事由として主張することは許されなくなり、また、仲裁手続の違反についても、それを知りながら、遅滞なく異議を述べなかったときは、その瑕疵が強行規定に反するものでない限り、当事者は異議を述べる権利を失うことになり(仲裁法27条)、その瑕疵は治癒されたものとして、それ以後は、仲裁判断取消しの手続において、これを取消事由として主張することができなくなる¹⁶⁾、という見解が示されている。

また、旧法下においても、仲裁判断の取消事由について、上記見解と同様に、「仲裁手続ニ於テ当事者ヲ審訊セサリシトキ」(旧民事訴訟法801条1項4号)に関し、審問の機会を与えなかったことが仲裁判断の内容に影響を与えていないことが確定されたのに、審尋拒否を理由に仲裁判断を取り消すことは意味がないので、仲裁判断の内容が審尋の欠缺に基づいていることがあり得るときは、仲裁判断は取り消され¹⁷⁾、また、「仲裁手続ヲ許ス可カラサリシトキ」(同1号)に関しても、手続違背がなければ他の判断がなされたであろうという可能性があるときは¹⁸⁾、仲裁判断は取り消されるが、仲裁手続の瑕疵は責問権の放棄によって治癒される¹⁹⁾、という見解がある²⁰⁾。

これに対し、判例はどうか。仲裁人の公正性、独立性に関し、仲裁法18条4項が定める開示義務違反により仲裁判断が取り消されるべきであるかどうかが争点の1つとなった大阪地決平27・3・17金商1471号52頁がある。本件では、3人の仲裁人から成る仲裁廷の長である第三仲裁人のHが所属する法律事務所Iのサンフランシスコ事務所に第三仲裁人選任後、米国の反トラスト法クラスアクションの被告であるKを代理する弁護士Jが移籍してKの訴訟代理人を務めていたところ、Kは仲裁申立人らの1人であるY₁の完全兄弟会社であったが、第三仲裁人はこの事実を開示しなかった。

裁判所は、この仲裁人が開示しなかった事実が仲裁人としての公正性または独立性に疑いを生じさせるおそれのある事実と該当すると解する余地があるとしたが、「① HはI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、Jはサンフランシスコに所属する弁護士であって、両弁護士の間には本件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 本件仲裁と本件クラスアクションは事案及び当事者を異にし、関連性もないこと、③ H自身は本件クラスアクションに関与しておらず、Iに所属する弁護士が本件クラスアクションに関与していることを含め、本件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、以上の事実が認められる」と認定した上で、「これらの事情に鑑みれば、Iの所属弁護士であるHが仲裁人に選任された後、本件クラスアクションでKの訴訟代理人を務めるJがIのサンフランシスコ事務所に移籍したとの事実があっても、このことのみでは、いまだHの仲裁人としての公正性又は独立を疑うに足りる相当な理由がある（仲裁法18条1項2号）とまでは認められないから、同事実をもって、Hにつき仲裁人としての忌避事由が存在したということとはできず、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ず、「このことに加えて、……Hは、……I所属の弁護士が、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ることを明らかにした上、H自身は、本件仲裁事件の係属中、このような職務に関与し又はその情報を与えられることはなく、このような職務が、本件仲裁事件の仲裁人としての独立性及び公正性に影響を与えることはないと考えている旨の見解を表明しているところ、申立人らは、これに対して何ら異議を述べなかつたものであって、上記のような事態が生じ得ること（Hが本件仲裁事件の仲裁人に選任された後、Iに所属する他の弁護士が本件仲裁事件に関係しない案件において相手方Y₁の関連会社の訴訟代理人を務めること）は、申立人らにおいてもあらかじめ想定できたにもかかわらず、申立人らは、このことを格別問題視していなかつたことが認められる。このことをも併せ考慮すれば、Hが上記の事実を開示しなかつたことが開示義務違反（仲裁法18条1項4号）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」と判示し、仲裁人の開示義務違反が仲裁法44条1項6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というべきである（仲裁法44条1項6項）、と結論付けた。また、Hの開示義務違反は仲裁法44条1項8号の公序違反にも当たらないとした。

したがって、裁判所は、仲裁人に開示義務違反があつても、それによる瑕疵が軽微なものである場合には、仲裁判断は取り消されないとし、仲裁人が開示しなかつた事実の存在が仲裁判断の結論に影響を及ぼさなかつたことが考慮されている。

他方、旧法下の判例として、神戸地判平5・9・29判タ863号273頁では、船舶の修繕費に関する紛争が日本海運集会所の海事仲裁規則に基づく仲裁に付され、3人の仲裁人から成る仲裁廷により仲裁判断がなされ、その仲裁判断の執行判決を求める訴えを当事者の一方が提起したのに対し、相手方当事者が、仲裁判断には「仲裁手続ヲ許ス可カラサリシトキ」を仲裁判断の取消事由と定める旧民事訴訟法801条1項1号などに該当する違法があると主張し、仲裁判断取消しの反訴を提起した。この仲裁手続において、仲裁廷は、当事者が立ち会わずに参考人を審尋し、当事者がその審尋

調書の閲覧を申請したが、これを拒否し、審尋調書の閲覧請求が、正当な事由があるときは、当事者またはその代理人に限り、仲裁判断に関する書類を閲覧することができる旨を定める海事仲裁規則29条にいう正当事由があると言えるかどうか争点となった。

裁判所は、「重要な参考人等を当事者の立会いなしに証拠調べをした場合には、手続保障の見地から、その証拠から得られた証拠資料を当事者に公開したうえ、これにつき当事者に審尋の機会を与えて、その攻撃防御を尽くさせる手段を保障する必要があるというべきであり（民事訴訟法801条1項第4参照）、攻撃防御の前提としてなされた当事者による重要参考人等の審尋調書の閲覧請求は、原則として正当性があるというべきであり」、「他方、本件においては、……審尋調書を当事者に公開することによって、本件仲裁手続の審理の妨げとなるような例外的事情の存在は認められない。そうすると、仲裁人の右閲覧拒否は、裁量権の濫用として許されないものというべきであるから、本件仲裁手続には規則違反の手続上の瑕疵があったことが認められる」と判示したが、以下の理由により、仲裁判断は取り消されるべきではないと判断した。

すなわち、「本件仲裁判断の証拠摘示欄には参考人の審尋の結果は援用されていないことが認められるので、参考人に対する審尋調書を仲裁人が被告代理人に閲覧させなかったことは重大な手続違反とまではいえず、また、本件においては、前記閲覧に対して、被告が異議を述べたことを認めるに足りる証拠も見当たらないので、被告が異議を述べなかったことによって、右手続違反は責問権の放棄によって治癒されたものと解するのが相当である（民訴法141条〔現民訴法90条〕（筆者追加）」と判示した。

したがって、裁判所は、仲裁手続が当事者の合意の一部となる仲裁規則に反しても、それが仲裁判断の結果に影響を及ぼさなかった場合には、重大な手続違反とはならず、それによって仲裁判断が取り消されることはない、という立場を示したように解される²¹⁾。また、仲裁手続違反について当事者が異議を述べなかった場合、それは責問権の放棄によって治癒さ

れることになるので、それによって仲裁判断が取り消されることはない、という立場を示す。前者に関しては、実務上、証拠摘示欄に記載されず、また理由中にも現れないが、事実上仲裁人の心証に影響を与える証拠もあり、本件において重要な参考人の審尋の結果が仲裁判断の結果に影響を及ぼしたかどうかは、証拠摘示欄の記載のみではなく、審尋の経緯、目的等から判断すべきであったものと考えられる²²⁾。

また、札幌地判昭 53・3・20 判時907号88頁は、「民事訴訟法第792条 1 項は仲裁判断をうける当事者は裁判官を忌避する権利あると同一の理由および条件をもって仲裁人を忌避できる旨規定しており、従って、忌避事由ある仲裁人のした仲裁判断は右条件のもとで同法第801条 1 項 1 号により取消の対象となるのである」と判示したが、当事者が仲裁手続当時、忌避事由に当たる事実を知っていたことを推認できるとして、民事訴訟法第37条 2 項〔現第24条 2 項〕を類推適用し、被告は右忌避事由を主張しえないとするほかはない、と判示している。したがって、忌避事由のある仲裁人の仲裁判断が、「仲裁手続ヲ許ス可カラサリシトキ」により取り消される旨の見解を示したが、忌避事由が仲裁判断の結果に影響を及ぼしたことが仲裁判断の取消しに必要なかどうか、この点については言及していない。また、忌避権については、忌避権の放棄によって忌避事由を取消事由として主張することはできない、という立場を示す。

以下では、仲裁法が定める各取消事由について、モデル法34条 2 項が定める取消事由、36条 1 項が定める承認拒否事由およびニューヨーク条約 5 条が定める承認・執行拒否事由に関する学説、判例の立場を参照しつつ、仲裁判断取消しの裁量棄却の基準について考えてみたい。

3. 取消事由

(1) 仲裁合意の無効

仲裁法44条 1 項 1 号は、「仲裁合意が、当事者の行為能力の制限により、

その効力を有しないこと」を、同2項は、「仲裁合意が、当事者が合意により仲裁合意に適用すべきものとして指定した法令（当該指定がないときは、日本の法令）によれば、当事者の行為能力の制限以外の事由により、その効力を有しないこと」をそれぞれ仲裁判断の取消事由に挙げる。これは、仲裁手続、仲裁判断の基礎となる仲裁合意そのものが無効である場合、仲裁判断の効力を正当化する根拠を欠くことになるからである²³⁾。

裁量棄却の基準に関しては、上記学説が説くように、仲裁法23条2項は、「仲裁手続において、仲裁廷が仲裁権限を有しない旨の主張は、その原因となる事由が仲裁手続の進行中に生じた場合にあってはその後速やかに、その他の場合にあっては本案についての最初の主張書面の提出の時（口頭審理において口頭で最初に本案についての主張をする時を含む。）までに、しなければならない」と定め、当事者はこの期限を過ぎて仲裁権限を争うことはできず、この失権の効果は、信義則上、仲裁判断取消しや執行決定の手続にも及び²⁴⁾、仲裁判断の取消しを申し立てる当事者は、仲裁合意が無効であったとしても、これを主張することはできず、裁判所もそれを理由に仲裁判断を取り消すことはできないと解される²⁵⁾。このことは、仲裁地が日本国内に所在する内国仲裁判断に限らず、仲裁地が外国に所在する外国仲裁判断についても妥当し、この失権効は、外国仲裁判断の執行決定の手続にも及ぶものと解される²⁶⁾。

(2) 手続保障違反

仲裁法44条1項3号は、「申立人が、仲裁人の選任手続又は仲裁手続において、日本の法令（その法令の公の秩序に関しない規定に関する事項について当事者間に合意があるときは、当該合意）により必要とされる通知を受けなかったこと」を取消事由に挙げる。これは、当事者が、仲裁人の選任手続・仲裁手続において必要な通知を受けなかったときは、仲裁人の選任手続・仲裁手続に関与する機会が与えられず、当事者の手続保障を欠く、すなわち、当事者に対し主張、立証の機会を与えないことになり、仲裁判断

の効力を正当化する根拠を欠くことになるからである²⁷⁾。また、同 4 号は、「申立人が、仲裁手続において防御することが不可能であったこと」を取消事由に挙げるが、これも、3号と同様に、手続保障を欠く場合、仲裁判断の効力を正当化する根拠を欠くことになるからである²⁸⁾。

仲裁法44条 1 項が定める裁量棄却の基準について、モデル法の作成過程において、仲裁判断の取消事由が仲裁判断に実質的に影響を及ぼしたかどうかに関係なく、仲裁判断を取り消すことができると解されており²⁹⁾、学説も、手続保障違反が仲裁判断の結果に影響を及ぼしたかどうかを考慮せずに仲裁判断の効力を否定し得るとする見解³⁰⁾が示されている。しかしながら、手続保障違反が仲裁判断の結果に影響を及ぼさなかった場合、同じ結果の仲裁判断を得るために再度仲裁手続を遂行させることを当事者に強いることは意味がなく³¹⁾、手続保障が正当な仲裁判断を確保するためのものであるから³²⁾、仲裁判断の終局性を重視し、手続保障違反が仲裁判断の結果に影響を及ぼさなかったことが明らかである場合、仲裁判断を取り消す必要はないものと考えられる³³⁾。したがって、1で見たわが国の学説のなかでも主張されているように、手続保障違反が仲裁判断の結果に影響を及ぼしたであろうという蓋然性が認められる場合に限り、仲裁判断は取り消されるべきであり、また、現実に手続保障違反と仲裁判断の因果関係を具体的かつ明白に示すことは困難であるので³⁴⁾、高い蓋然性までもを要求すべきでないと思われ、この見解は、学説のほか、ドイツ、フランス、香港、英国の判例においても支持されており³⁵⁾、このように解するのが当事者の意思にも沿っているものと考えられる。

また、手続保障違反と仲裁判断の結果との因果関係の審査は、仲裁判断の実体に係わるため、手続保障違反がなかった場合、仲裁廷がどのような判断をしていたかを裁判所が広範に審査することに懸念が示されている³⁶⁾。確かに、仲裁は訴訟に並び、訴訟に代替する紛争の一回的解決手続であり、この仲裁制度の趣旨から、仲裁判断は取消手続に服しても、それ以外の上訴手続に服するものではなく、仲裁判断の取消手続において裁

判所が仲裁判断の内容の当否、すなわち、仲裁廷の事実認定、法の解釈、適用に過誤がないかどうか、それが正しいかどうかを審査すること、すなわち、仲裁判断を実質的に再審査することは許されないと解されるが³⁷⁾、手続保障違反と仲裁判断の結果との因果関係の審査は、仲裁廷に手続保障違反があったかどうか、これが肯定される場合、手続保障違反が仲裁判断の結果に影響を及ぼしたであろうという蓋然性が認められるかどうかを対象とするものであり、仲裁廷の事実認定が誤っていたかどうか、正しくなかったかどうかを審査の対象とするものではなく、仲裁判断の実質的再審査禁止の原則には抵触しないものと考えられる³⁸⁾。

もっとも、手続保障違反が極めて重大でそれ自体許容し得ない程に甚だしい場合、たとえば、当事者が主張、立証する機会を一切与えられなかった場合には、仲裁判断の結果との因果関係の有無とは無関係に仲裁判断の効力は否定されるべきであり、当事者の申立てにより仲裁判断は取り消されることになる³⁹⁾。

この手続保障違反による仲裁判断の取消しは、以下の(5)で述べるように、手続的公序違反ともなり、裁判所は、当事者が主張しなくても、職権で仲裁判断を取り消すことになる⁴⁰⁾と考えられる。

また、信義則や禁反言との関係については、モデル法と同様に、当事者は、仲裁廷による手続保障違反に対し異議を述べなかった場合、これが強行規定に反しないときは、異議権を喪失し（仲裁法27条）、仲裁判断の取消し、執行決定の手続において異議を述べることはできない⁴¹⁾、異議権の喪失の対象とはならない強行規定に反する行為については、仲裁手続の公正を担保する等の見地から、必ず遵守されなければならない、これに反する行為は、その効力が生じず、異議権の喪失の対象とはならないとされる⁴¹⁾。

仲裁法は、手続保障に関する強行規定として、仲裁廷が、当事者を平等に取り扱い、当事者に主張、立証する十分な機会を与えること（仲裁法25条）を定めており、したがって、この規定を文言どおり解釈、適用する

と、仲裁廷が当事者に対し主張、立証する十分な機会を与えなかった場合、当事者は異議権を喪失することにはならないと解される。しかしながら、当事者が主張、立証する機会を一切与えられなかった場合は格別、そうでない場合には、手続保障違反を知りながら異議を述べず、仲裁手続を遂行したにもかかわらず、責問権を喪失しないというのは、当事者間の公平に反し、訴訟経済にも反することになると考えられる。また、仲裁廷が口頭審理の日時、場所を当事者に対し通知しなかった場合、仲裁法32条3項の強行規定に反することになるが、この場合であっても、当事者がそれを知りながら異議を述べず、仲裁手続を遂行したときは、強行規定に反することを理由にかかる瑕疵を主張することを許すべきではないと考える。このように当事者の仲裁手続遂行上の利益に関しては、異議権の喪失の対象と解し、当事者間の公平、仲裁手続の安定、訴訟経済を確保すべきではないかと考える⁴²⁾。

したがって、このような場合、裁判所は、仲裁判断の取消しや執行決定の手続において当事者が強行規定に反する手続の瑕疵を主張したとしても、異議権の喪失が認められる場合には、かかる瑕疵を理由に仲裁判断を取り消し、執行決定を拒否すべきではなく、また、このことは、外国仲裁判断の執行決定の手続についても妥当しよう⁴³⁾。

(3) 仲裁合意・仲裁申立ての範囲の逸脱

仲裁法44条1項5号は、「仲裁判断が、仲裁合意又は仲裁手続における申立ての範囲を超える事項に関する判断を含むものであること」を取消事由に挙げる。前者、すなわち、仲裁判断が仲裁合意の範囲を超える事項に関する判断を含む場合、それが主観的範囲、客観的範囲のいずれに係わるものであっても、仲裁合意は有効であるが、仲裁合意の範囲を超える事項に関する判断が仲裁判断に含まれることになり、これは当事者の仲裁合意に反し、仲裁判断の効力を正当化する根拠を欠くことになる。仲裁合意が無効である場合を取消事由と定める1号と補完的關係にあると解されよう

が⁴⁴⁾、その一方で、仲裁合意の効力が及ばない範囲については、仲裁合意が無効であると解することもでき、このように解する場合には、1号の取消事由となる。これに対し後者、すなわち、仲裁手続における申立ての範囲を超える事項に関する判断を含むものであることは、仲裁合意に基づき仲裁を申し立てた当事者の意思に反し、この場合も、仲裁判断の効力を正当化する根拠を欠くことは明らかである。

裁量棄却の基準に関しては、仲裁判断が仲裁合意の範囲または仲裁申立ての範囲を超える事項に関する判断を含む場合、通常、仲裁判断の結果に影響を及ぼし⁴⁵⁾、仲裁判断の取消しの申立てを受けた裁判所が裁量棄却することはないと考える。また、前者に関しては、仲裁合意の無効の場合と同様に、仲裁廷が仲裁権限を有しない旨の主張はその期限を超えて述べることはできず、失権効が働くことになる⁴⁶⁾。他方、後者に関しては、仲裁廷が当事者の合意した紛争の实体に適用すべき法、すなわち実体準拠法を適用しなかった場合、次の(4)で見ると、仲裁判断は、仲裁手続が当事者の合意に反し、6号により取り消されることになると解されるが、その一方で、仲裁廷が仲裁権限を逸脱し、仲裁判断が、仲裁申立ての範囲を超える事項に関する判断を含むものと解する場合には、5号によっても取り消されることになる⁴⁷⁾。

(4) 仲裁廷の構成・仲裁手続の違反

仲裁法44条1項6号は、「仲裁廷の構成又は仲裁手続が、日本の法令（その法令の公の秩序に関しない規定に関する事項について当事者間に合意があるときは、当該合意）に違反するものであったこと」を取消事由に挙げ、かかる違反、とりわけ、当事者の合意に反するときは、仲裁判断の効力を正当化する根拠を欠くことになる⁴⁸⁾。

裁量棄却の基準に関しては、手続保障違反の場合と同様に⁴⁹⁾、仲裁廷の構成・仲裁手続の違反が仲裁判断の結果に影響を及ぼしたであろうという蓋然性が認められる場合に限り、仲裁判断は取り消されるべきであると

考えられる。

しかしながら、仲裁廷の構成に関しては、仲裁人の選任が当事者の合意に反していた場合、それが仲裁判断の結果に影響を及ぼしたであろうという蓋然性については、当事者の合意に従って選任された別の仲裁人から成る仲裁廷がどのように審理し、合議によりどのような結論を仲裁判断で導くかを推測することは困難であり、仲裁人の選任の違反が仲裁判断の結果に影響を及ぼしたであろうという蓋然性は低くならざるを得ないが、仲裁手続で最も重要な当事者の権利の1つである仲裁人の選任権の保障を重視し、当事者の合意に従って選任されたとしても同一の仲裁人が選任されることが明らかである場合を除き、仲裁判断は取り消されるべきではないかと考える⁵⁰⁾。

また、仲裁人は、仲裁法18条4項に従い、仲裁手続の進行中、当事者に対し、自己の公正性または独立性に疑いを生じさせるおそれのある事実を遅滞なく開示しなければならず、この開示義務を果たすためには、当該事情があるかどうかを把握する必要があるが、仲裁人には合理的な範囲内でこれを調査する義務があると解される⁵¹⁾。このように解する場合、開示すべき事実を知っていたがそれを開示しなかった場合、あるいは、仲裁人が合理的な調査をせず、開示すべき事実を知らずそれを開示しなかった場合、仲裁法18条4項が定める開示義務違反となるが、かかる開示義務違反によって仲裁判断が取り消されるべきかが問題となる。

仲裁人が開示すべき事実の存在を知っていたにもかかわらず、それを開示しないまま仲裁手続を進め、仲裁判断をしたことは、手続の公正さを疑わせるだけでなく、ひいては仲裁制度そのものへの信頼を損なうことにもなるから、仲裁人の非開示によって仲裁判断は取り消されるべきであるという見解⁵²⁾があるが、これに加え、「仲裁人の開示義務違反の事実そのもの、または、開示すべきであったのに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るという

べきであり、仲裁判断の取消しという事後的局面にあっては、忌避の裁判における判断基準と必ずしも同じである必要はなく、より重大で明白な事由があるときにかぎるなど厳格な審査基準によるのでよい」と解する見解⁵³⁾もある。

確かに、当事者が仲裁人を忌避し、あるいは、当事者が仲裁人と相手方当事者の公正性・独立性を阻害し得る関係を知った上で仲裁人の選任を認め、仲裁人の公正な審理手続、仲裁判断を信頼し仲裁手続を遂行するためには、仲裁手続において仲裁人の開示は当事者にとって必要不可欠な存在であり、仲裁人の開示義務を重視し、仲裁人が開示すべき事実を知っていたにもかかわらず、それを開示しなかった場合、仲裁判断は取り消されるべきであるという考え方もあろう⁵⁴⁾。しかしながら、他方において、たとえ仲裁人が開示しなかった事実が忌避事由に該当するとしても、仲裁判断を取り消した場合、当事者や仲裁人が費やした時間、費用、労力はすべて無駄となってしまふことを顧慮すると、仲裁人の不開示という事実のみでもって一律仲裁判断を取り消すことは妥当ではないと考える。したがって、仲裁人が不注意で開示を怠った場合には、開示されなかった事実の存在が仲裁判断の結果に影響を及ぼしたであろうという蓋然性が認められるときに限り、仲裁判断を取り消し、仲裁判断の終局性を重視すべきであり⁵⁵⁾、また、このように解することが当事者の意思にも沿うものと考えられる。このように解する場合、とりわけ、3人の仲裁人から成る仲裁廷が全員一致で仲裁判断をしたときには、かかる蓋然性は否定され、忌避事由に該当する事実が認められたとしても、仲裁判断は取り消されないことになる⁵⁶⁾。

もともと、仲裁人が故意に開示すべき事実を開示しなかった場合には、仲裁手続における重要な仲裁人の責務の1つである開示義務違反に関し仲裁人の責任は極めて重く、かかる事実が忌避事由に当たるときは、仲裁人がそれを開示していれば当事者は仲裁人を忌避し、その者を仲裁人の任務から排除し、別の公正、独立な仲裁人から成る仲裁廷による審理、判断を

求めることができたわけであるから、仲裁人の選任に違反があった場合と同様に、仲裁人の開示義務違反が仲裁判断の結果に影響を及ぼし得るとして仲裁判断を取り消すべきではないかと考える。

また、仲裁人が不注意で合理的な調査を怠り、たとえば、調査に漏れがあり、開示すべき事実を知らずそれを開示しなかった場合は、仲裁人は開示すべき事実を知らず、それに影響を受けずに仲裁判断をすることになり、仲裁人と当事者との関係が仲裁判断の結果に影響を及ぼすことはなく、仲裁人の調査義務、開示義務の違反により仲裁判断を取り消すべきではないと解されようが、仲裁人が故意に調査をせず、開示すべき事実を開示しなかった場合には、仲裁人の責任は極めて重く、不開示の事実が忌避事由に当たるときは、仲裁判断を取り消すべきではないかと考える⁵⁷⁾。

この問題に関し、実務上、2で取り上げた大阪地裁平成27年3月17日決定においても問題となったが、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当事者に求めることが問題となっている⁵⁸⁾。この問題に関し、国際法曹協会 (IBA) が作成した2004年の IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (国際仲裁における利益相反に関する IBA ガイドライン) の改正作業において多くの意見が寄せられ、検討され⁵⁹⁾、その結果、2014年の改正ガイドラインは、仲裁人による事前表明、当事者による事前放棄の有効性、効力については言及していないが、かかる事前表明、放棄が仲裁人の開示義務を免除しない旨を定めている⁶⁰⁾。

仲裁人による事前表明、当事者による事前放棄の内容は個別の事案により異なるが、大阪地裁平成27年3月17日決定で問題となった仲裁人による事前表明は、仲裁人「所属の弁護士が、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ることを明らかにした上、H自身は、本件仲裁事件の係属中、このような職務に関与し又はその情報を与えられることはなく、このような職務が、本件仲裁事件の仲裁人としての独立性及び

公正性に影響を与えることはないと考えている」旨を表明するものであった。

裁判所は、仲裁人が開示すべき事実を知らず、申立人らが、この表明に対し異議を述べなかったことをも考慮し、仲裁人に開示義務違反があったとしても、それによる瑕疵は軽微なものであり、仲裁判断を取り消す理由にはならないとしたが、仲裁人は、仲裁法18条4項に従い、仲裁手続の進行中、当事者に対し、自己の公正性また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負っており、将来忌避事由に該当し得る事情が生じる可能性があることを事前に表明し、これに対し当事者が異議を述べなかったからと言って、かかる開示義務を免れることにはならないと考える。また、仲裁人は、忌避事由に該当し得る情報を与えられることはないと表明し、これに対しても当事者は異議を述べなかったが、この表明が調査義務の履行拒絶を意図するものであるならば、その旨を明確に示すべきであり、そうでない限り、この文言によって履行拒絶の意思が示されたとは言えず、したがって、仲裁人はなお調査義務を負っているものと解され、このように解する場合、仲裁人が調査義務を怠り、開示しなかった事実が忌避事由にあたる際には、仲裁判断は取り消されるべきであると考える。

この点に関し、本件では、仲裁人が所属する法律事務所の他の弁護士が仲裁事件の当事者の関連会社の訴訟代理人を務めていたが、上記 IBA のガイドラインによれば、「仲裁人の法律事務所が、現在、一方当事者またはその関連会社との間で、重大な商業上の関係を有する」⁶¹⁾ ことは、当事者がかかると十分な認識した上で明示の放棄をしない限り、仲裁人はその任務に就くことができないとされ、これを基準に忌避事由の存否を判断するとした場合、本件事情がこれに該当するときは、仲裁判断は取り消されることになる。

また、上記(3)で述べたように、仲裁廷が当事者の合意した実体準拠法を適用しない場合、仲裁判断の取消しが問題となる。実体準拠法に関して

は、仲裁法36条は、「仲裁廷が仲裁判断において準拠すべき法は、当事者が合意により定めるところによる」と定め、この規定に従い仲裁廷は、当事者の合意した準拠法を適用して判断しなければならない。したがって、仲裁廷は、当事者間に準拠法の合意があり、準拠法について争いがないときは、当事者の合意した準拠法を適用し、当事者間に準拠法について争いがあるときには、当事者間に準拠法の合意があるかどうかを審理、判断し、その結果、当事者間に合意があると認められるときは、当事者の合意した準拠法を適用し、それが認められないときは、仲裁法36条2項が、「前項の合意がないときは、仲裁廷は、仲裁手続に付された民事上の紛争に最も密接な関係がある国の法令であつて事案に直接適用されるべきものを適用しなければならない」と定めているので、この規定に従い、最密接関係地法を決定し、それを適用して判断しなければならない。

仲裁廷が当事者の合意した準拠法を適用しなかった場合、それが仲裁廷の不注意によることは通常あり得ないと考えるが、その場合は格別、そうではなく、仲裁廷が故意にそれを適用しなかった場合には⁶²⁾、仲裁判断の結果に影響を与えたであろうという蓋然性が認められる限り、仲裁判断は取り消されるべきである⁶³⁾。また、仲裁廷が当事者の合意した準拠法を適用したが、それを間違って解釈、適用した場合であっても、仲裁判断の実質的再審査禁止の原則からそれを理由に仲裁判断が取り消されることはない⁶⁴⁾。

また、仲裁手続の違反に関しては、仲裁判断が当事者の合意した期限内にされなかった場合、仲裁判断を取り消すことになるかどうかの問題となるが、この場合、当事者が仲裁合意の重要な要素として仲裁判断期限を定め、それが遵守されず、仲裁合意の目的を達し得ないときは、仲裁判断は取り消されるべきである⁶⁵⁾、そうでないときには、仲裁判断の遅延が仲裁判断の結果に影響を与えたであろうという蓋然性が認められる場合に限り、仲裁判断は取り消されるべきである⁶⁶⁾。

他方、信義則や禁反言之との関係では、手続保障の場合と同様に、仲裁法

27条により、当事者が仲裁廷の構成・仲裁手続の違反について遅滞なく異議を述べないときは、それ以後異議権を喪失し、仲裁判断の取消し、執行決定の手続においてこれを主張することはできず、外国仲裁判断についても、これと同様に解することになると考える⁶⁷⁾。

(5) 公序違反

仲裁法44条1項8号は、「仲裁判断の内容が、日本における公の秩序又は善良の風俗に反すること」を規定し、外国判決の承認、執行に関する民事訴訟法118条3号の規定とは異なり、実体的公序のみを明文で規定しているが、仲裁法が準拠したモデル法の取消事由（34条2項b号(ii)、ニューヨーク条約の承認・執行拒否事由（5条2項(b)号）のいずれも、公序に手続的公序を含むと解されており⁶⁸⁾、仲裁法上も取消事由に手続的公序が含まれると考えられる⁶⁹⁾。判例も、東京地決平成23・6・13判時2128号58頁が「仲裁手続が我が国の手続的公序に反する場合、かかる手続に基づき下された仲裁判断は、その内容が手続的公序に合致した手続に担われえないものとして、我が国における基本的法秩序に反するものとなり、……仲裁法44条1項8号の取消事由に該当するものと解するのが相当である」と述べ、これと同じ見解に立っている。

手続的公序違反は、4号の手続保障違反がある場合にも認められるが⁷⁰⁾、先述したとおり、4号の取消事由と違い、職権調査事項であり、当事者が主張せずとも、裁判所は職権で調査し、判断することになり、4号との関係ではこの点に意義があると考えられる⁷¹⁾。その場合、上記(2)で述べたとおり、当事者が手続保障違反に対し異議を述べ異議権を喪失していない場合、裁判所は当事者が主張する場合はもとよりそうでない場合にも職権でこれを取り上げることになるが、4号が適用される場合と同様に、単に手続保障違反の存在が認められるだけでなく、仲裁判断の結果に影響を及ぼしたという蓋然性が認められる場合に限って、仲裁判断は取り消されることになると考えられる⁷²⁾。これに対し、当事者が手続保障違

反に対し異議を述べず異議権を喪失している場合には、手続保障違反は治癒され、仲裁判断の取消手続においてそれを主張することはできず、裁判所もまた職権で手続保障違反を理由に仲裁判断を取り消すことはできないと考えられる⁷³⁾。

もっとも、手続保障違反が極めて重大でそれ自体が直ちに手続の基本原則に反すると認められる場合、たとえば、上記(2)で述べたように、仲裁廷が当事者に対し主張、立証する機会を一切与えなかった場合には、仲裁判断取消しの手続において当事者がこれを主張した場合は勿論、当事者が主張しなかった場合であっても、裁判所はこれを職権で取り上げ、仲裁判断の結果に影響を及ぼしたかどうかを問うことなく、仲裁判断は手続的公序に反するものとして取り消されることになると考えられる⁷⁴⁾。

また、仲裁人の公正性・独立性に関しても、一方当事者の取締役が仲裁人に選任された場合、それ自体が手続の公正に反することは明らかであり、かかる選任は当然に無効と解され⁷⁵⁾、当事者は、これに異議を述べなかったとしても、異議権を喪失せず、また、仲裁判断の取消手続において当事者がこれを主張することができることは勿論、裁判所も職権でこれを取り上げ、仲裁判断の結果に影響を及ぼしたかどうかを問わず、手続的公序違反を理由に仲裁判断を取り消すことになると考えられる。

この手続的公序に関し、上記東京地裁決定は、「当事者が適法に手続上提出した攻撃防御方法たる事項で、仲裁判断の主文に影響がある重要な事項について判断せずに仲裁判断をすることは、主文に影響のある攻撃防御方法について判断されることにより紛争の解決を求めた当事者にとってみれば判断を受けていないことに等しく、仲裁に対する信頼も損なわれることから、このような場合には、仲裁の適正の理念に反するものとして、我が国の手続的公序に反するものと解するのが相当である(なお、民事訴訟法 338条1項9号参照)」とし、「当事者間に争いのある事実を争いのない事実とすることは、当該事実について判断をしていないことに帰するのであるから、当該事実が仲裁判断の主文に影響を及ぼす重要な事実である限り、当

事者間に争いのある事実を争いのない事実として仲裁判断をすることは、我が国の手続的公序に反するものと解するのが相当である」と判示した。

仲裁廷の事実認定の誤りは、仲裁判断の実質的再審査禁止の原則から、裁判所の審査の対象から外れ、仲裁廷が誤って仲裁判断の主文に影響を及ぼす重要な争いのある事実を争いのない事実として認定したとしても、仲裁判断を取り消すことはできないと解されるが⁷⁶⁾、仲裁廷が故意にかかると認めた事実を争いのない事実として認定した場合には、仲裁判断は手続的公序違反により取り消されるべきであると考え⁷⁷⁾。しかしながら、この場合、当事者が仲裁手続において提出した仲裁判断の主文に影響のある重要な攻撃防御方法について仲裁廷が判断せずに仲裁判断をしたことは、当事者の主張、立証を無視し、不当に却下したことに等しく⁷⁸⁾、直接これを理由に4号の手続保障違反に当たると解することができるのではないかと考える⁷⁹⁾。このように解する場合、当事者は4号により仲裁判断の取消しを求めることができ、また、裁判所も公序違反として8号により仲裁判断を取り消すことになると考えられる。

4. おわりに

本稿では、仲裁判断の取消しの局面で問題となる裁量棄却の基準という問題を取り上げ、諸外国の学説、判例を参照しつつ、各取消事由について問題の基本的整理を試み、その上で実務上生じ得る重要な問題について、若干の考察を行い、一応の私見を示した。紙幅の関係で取り上げることができなかった問題もあり、また、考察の不十分な面があることも否めず、今後、更なる検討をしていきたい。

- 1) 青山善充「仲裁判断の効力」松浦馨＝青山善充編『現代仲裁法の論点』331-333頁（有斐閣，1998）参照。
- 2) 小島武司＝高桑昭編『注解仲裁法』（青林書院，1988）（以下、「小島＝高桑・注解仲裁」）

- という) 176頁〔吉村徳重〕, 斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法〔第2版〕(11)』(第一法規出版, 1996)〔河野正憲〕(以下, 「河野・仲裁」という) 542頁, 小島武司=猪股孝史『仲裁法』(日本評論社, 2014) (以下, 「小島=猪股・仲裁」という) 472-473頁, 谷口安平=井上治典編『新・判例コンメンタール 民事訴訟法6』(三省堂, 1996)〔青山善充〕(以下, 「青山・仲裁」という) 710-711頁参照。
- 3) 小島武司=高桑昭編『注釈と論点 仲裁法』(青林書院, 2007) (以下「小島=高桑・注釈仲裁」という) 240頁〔谷口安平〕, 小島=猪股・仲裁540頁参照。
- 4) 小島=猪股・仲裁13頁参照。
- 5) See Haward M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary (Kluwer Law and taxation Publishers 1989)(hereinafter referred to as “UNCITRAL History and Commentary”) 911; Gary B. Born, International Commercial Arbitration (Kluwer Law International 2nd edition 2014) (hereinafter referred to as “Born International Commercial Arbitration”) 3179-3180. また, 小島=高桑・注釈仲裁240頁〔谷口〕参照。
- 6) 近藤昌昭ほか『仲裁法コンメンタール』220頁(商事法務, 2003) (以下「仲裁コメ」という) 253頁, 山本和彦=山田文『ADR 仲裁法〔第2版〕』(日本評論社, 2015) (以下「山本=山田・ADR 仲裁」という) 365頁, 小島=猪股・仲裁484頁参照。
- 7) 仲裁コメ249頁, 山本=山田・ADR 仲裁370頁参照。また, 仲裁法が準拠するモデル法もこの裁判所の裁量を認めている。この点に関し, UNCITRAL がモデル法の解釈の統一を目指して公刊している UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration (hereinafter referred to as “UNCITRAL Digest”) 141 を参照。
- 8) 小島=猪股・仲裁548-549頁, 山本=山田・ADR 仲裁370頁参照。
- 9) See Albert Jan van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958 (Kluwer Law and Taxation Publishers 1981) 265; Born International Commercial Arbitration 3428-3432. See also International Council for Commercial Arbitration (ICCA), ICCA’s Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges (International Council for Commercial Arbitration 2011) 83; Wolff (ed), New York Convention: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 Commentary (C.H. Beck・Hart・Nomos 2012) (hereinafter referred to as “Wolff NYC Commentary”) 240, 263-266. Nicola Christine Port *et al.*, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention (Kluwer Law International 2010) (hereinafter referred to as “Port NYC Commentary”) 208-209 は, 条約締約国が異なる裁量権を行使することによる法的不安定, 予見性の欠如を指摘し, このような解釈は, 外国仲裁判断の承認・執行要件を統一するための5条を定めた条約の目的と矛盾するというが, 裁判所の裁量権を認めない締約国においても, 仲裁判断の瑕疵が軽微であるかどうかや仲裁判断に影響を与えたかどうかが考慮されており, 結論的には裁判所に裁量権を認める締約国と変わらないという。同旨, Stefan Kröll, Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure),

Chapter VIII: Recognition and Enforcement of Awards, §1061 – Foreign Awards in Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Michael Kröll, *et al.* (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, 2nd edition (Kluwer Law International 2015) 457.

- 10) 仲裁法施行後、判例集に初めて掲載された仲裁判断の取消しに関する判例として、東京地決平 21・7・28 判タ1304号292頁があるが、その後判例集に公表されたものとして、東京地決平 23・6・13 判時2128号58頁、大阪地決平 27・3・17 金融・商事判例1471号52頁がある。これら以外にも、筆者の知る範囲に限られるが、4件の判例があり、また、本稿執筆時において仲裁判断の取消申立事件が少なくとも5件裁判所に係属している。
- 11) 仲裁コンメ249頁。また、この見解と同様に、山本＝山田・ADR 仲裁370頁は、裁判所の裁量は無制限のものではなく、取消事由等の重大性やその判断内容との関連性に配慮したものでなければならない、という。仲裁法が「仲裁判断を取り消すことができる」と改定した点に関し、小島＝高桑・注釈仲裁251頁〔谷口〕は「取消事由が軽微で結論に影響を与えない場合とか、そうでなくても、その事由を主張することが信義則や禁反言に触れる場合には、取消しをしないことができると解されている」が、「そうだとすれば、とくにこのような改定を必要としないとも解されようが、この表現はモデル法に倣ったものである」という。
- 12) 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、2006）（以下「理論と実務」という）352頁〔三木浩一発言〕。
- 13) 理論と実務352頁〔出井直樹発言〕。
- 14) 小島＝猪股・仲裁507頁。
- 15) 小島＝猪股・仲裁510頁。
- 16) 小島＝猪股・仲裁496-497頁。
- 17) 河野・仲裁549頁も同旨。
- 18) 青山・仲裁715頁は、個々の手続違背であっても重大なものは取消事由になり、重大な手続違背とは、当事者の手続上の権利を直接侵害し、それがなければ仲裁判断の結論が異なった可能性があるもの、と解する。これに対し河野・仲裁547頁は、仲裁判断との因果関係には触れず、仲裁手続が手続上重要な規定に違反した場合には、仲裁判断は取り消される旨の見解を示す。
- 19) 青山・仲裁713頁も同旨。
- 20) 小島＝高桑・注解仲裁188頁、191-192頁〔吉村徳重〕。
- 21) 松下祐記「判批」ジュリスト1126号（1998）344頁、346頁参照。
- 22) 同上346頁参照。
- 23) 小島＝猪股・仲裁502頁参照。
- 24) 小島＝猪股・仲裁248-249頁、仲裁コンメ106頁、山本＝山田・ADR 仲裁352頁。
- 25) 仲裁コンメ148頁、小島＝猪股・仲裁316頁参照。
- 26) *See* Port NYC Commentary 212-213; *Born International Commercial Arbitration* 3482-3485.
- 27) 小島＝猪股・仲裁504頁参照。
- 28) 小島＝猪股・仲裁505頁参照。

- 29) UNCITRAL History and Commentary 922.
- 30) Emmanuel Gaillard and John Savage (eds), Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration (Kluwer Law International 1999) para. 1699. See Wolff NYC Commentary 287.
- 31) See Port NYC Commentary 298-299.
- 32) Wolff NYC Commentary 286-287.
- 33) See Born international Commercial Arbitration 3256.
- 34) Wolff NYC Commentary 287.
- 35) Wolff NYC Commentary 286-287.
- 36) van den Berg, *supra* note 9, 303. See Rice Trading (Guyana) Ltd. v. Nidera Handelscompagnie BV, Gerechtshof [Court of Appeal], The Hague, 28 April 1998, in Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook Commercial Arbitration 1998 - Volume XXIII (Kluwer Law International 1998) 731, 734.
- 37) 小島=猪股・仲裁513頁参照。また、モデル法に関し UNCITRAL Digest 140.
- 38) See Wolff NYC Commentary 287.
- 39) See Born international Commercial Arbitration 3257, 3536; Wolff NYC Commentary 287. モデル法に関するものであるが、Pacific China Holdings Ltd v Grand Pacific Holdings Ltd, [2012] HKEC 645, Court of Appeal, 10 May 2012, para.105 はこの見解に立つ。また、東京地決平 21・7・28 判タ 1304号292頁は、手続保障違反と仲裁判断の結果との因果関係については触れていないが、「44条1項4号は、当事者が立ち会うことのできない手続が実施されたとか、当事者が認識できない資料に依拠して判断がされた場合など、当事者に対しておよそ防御する機会が与えられなかったような重大な手続保障違反があった場合にのみ、裁判所による仲裁判断の取消しを認める趣旨であると解するのが相当である」と判示している。
- 40) See UNCITRAL History and Commentary 922.
- 41) 仲裁コンメ147頁。
- 42) See Wolff NYC Commentary 258; Born International Commercial Arbitration 3537-3539. また、外国判決の承認に関する岡田幸宏「外国判決の承認・執行としての公序について(5)」名古屋大学法政論集(1994) 388-389頁をも参照。
- 43) See Wolff NYC Commentary 258.
- 44) See Wolff NYC Commentary 309.
- 45) See Wolff NYC Commentary 327.
- 46) See Wolff NYC Commentary 328; Born International Commercial Arbitration 3558-3559.
- 47) See Wolff NYC Commentary Wolff 321; UNCITRAL Digest 157.
- 48) 小島=猪股・仲裁508頁参照。
- 49) See Born International Commercial Arbitration 3564-3565.
- 50) Kröll, *supra* note 9, at 479. これに対し Wolff NYC Commentary 342 は、ニューヨーク条約 5 条 1 項(d)に関し、仲裁廷の構成に違反があった場合、仲裁判断の違法性が推定されるべきであり、仲裁判断の承認・執行を求められた当事者は、仲裁廷の構成違反を証明し、

他方、その承認・執行を求める当事者は、仲裁廷の構成違反が仲裁判断の結果に影響を及ぼさなかったことを証明することになるとの見解を示す。

- 51) 理論と実務164頁〔三木浩一発言〕, 小島＝猪股・仲裁220頁。拙稿「仲裁人の忌避に関する諸問題」国士館法学42号（2009）212頁参照。See also Born International Commercial Arbitration 1912. なお、仲裁人の調査義務の実務上の問題について小島＝猪股・仲裁220頁参照。See also Nathalie Voser and Angelina M. Petti, The Revised IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 33 ASA Bulletin (2015) 6, 19.
- 52) 小島＝高桑・注釈仲裁112-113頁〔森勇〕。
- 53) 小島＝猪股・仲裁222頁。
- 54) Port NYC Commentary 293; 371; Alexis Mourre, Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Conflicts Disclosures: The IBA Guidelines and Beyond in Gerold Zeiler, Irene Welsler, *et al.* (eds), Austrian Yearbook on International Arbitration 2015 (Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2015) 297. See also Schmitz v. Zilveti, 20 F.3d 1043 (9th Cir. 1004).
- 55) See Wolff NYC Commentary 339; Kröll, *supra* note 9, at 481.
- 56) See Born International Commercial Arbitration 3589-3590.
- 57) See Eric Schwartz, Challenging Awards for Arbitrator Bias: Two Recent U.S. Cases, 3 The Paris Journal of International arbitration (2013) 609, 618. See also Ometto v. ASA Bioenergy Holding A.G., 2013 WL 174259 (S.D.N.Y. 2013).
- 58) Mourre, *supra* note 54, at 298.
- 59) David Arias, The Revised IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 9 World Arbitration & Mediation Review (2015) 134-135.
- 60) 2014 IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, General Standards Regarding Impartiality Independence and Disclosure (3)(b).
- 61) 2014 IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Practical Application of the General Standards 2. Waivable Red List 2.3.6.
- 62) See Kröll, *supra* note 9, at 483.
- 63) 理論と実務115頁〔中野俊一郎発言〕, 小島＝猪股・仲裁514頁参照。
- 64) See Kröll, *supra* note 9, at 483.
- 65) 拙稿「仲裁規則上の仲裁判断期間の徒過を理由に仲裁判断の承認が拒絶された事例」三木浩一ほか編『国際仲裁と企業戦略』259頁, 268頁（有斐閣, 2014）参照。See also Born International Commercial Arbitration 3267-3268.
- 66) See Wolff NYC Commentary 346-347.
- 67) See Port NYC Commentary 299.
- 68) UNCITRAL Digest 161; Port NYC Commentary 387-389.
- 69) 小島＝猪股・仲裁520-522頁, 山本＝山田・ADR 仲裁368頁参照。
- 70) See Wolff NYC Commentary 291-292.
- 71) 小島＝猪股・仲裁522頁参照。
- 72) See Port NYC Commentary 388. 外国判決の承認に関し、竹下守夫「判例から見た外国

判決の承認」新堂幸司ほか編『判例民事訴訟法の理論(下)』(有斐閣, 1995) 547頁参照。これに対し、鈴木正裕=青山善充編『注釈民事訴訟法(4)』(有斐閣, 1997)〔高田裕成〕は「手続の瑕疵が、外国判決の結論に影響を及ぼしたことを要しないと解すべきであろう」という。

- 73) See Port NYC Commentary 40-407; Wolff NYC Commentary 415.
- 74) 外国判決の承認に関するものであるが、岡田・前掲注(42)384-390頁を参照。
- 75) See 2014 IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Practical Application of the General Standards 1. Non-Waivable Red List 1.2. また、拙稿・前掲注(51)18-19頁参照。
- 76) 渡部美由紀「判研」JCA ジャーナル59巻4号(2012)14頁, 18頁, 拙稿「判研」最先端技術関連法研究11号(2012)145頁, 155頁参照。
- 77) 渡部・前掲注(76)18頁, 拙稿・前掲注(76)155頁参照。渡部・前掲注(76)18頁は、「仲裁人が、明らかに争いのある事実を、故意に争いのない事実として判断しなかったことにより、結論が変わった蓋然性が高いような場合には、手続的公序違反として、仲裁判断は取り消されるべきである」という。この点に関し谷口安平「仲裁判断取消事由としての手続的公序違反——東京地裁平成23年6月13日決定を素材として」三木浩一ほか編『国際仲裁と企業戦略』302頁, 321頁(有斐閣, 2014)は、仲裁人の責任を問う場面ではないから、過失の有無は問題とはならない、という。
- 78) 谷口・前掲注(77)321頁参照。
- 79) 山本=山田・ADR 仲裁367頁参照。See also Port NYC Commentary 250.