

《論 説》

## 仲裁人の忌避に関する諸問題

中 村 達 也

### はじめに

仲裁は、訴訟と同様に、対審構造の下、当事者の主張と立証に基づき判断をする手続であり、その判断には確定判決と同一の効力が付与されており、仲裁人は裁判官と同様に、公正に審理、判断をしなければならない。したがって、公正な判断をしないおそれのある仲裁人は仲裁手続から排除する必要があり、これが仲裁人の忌避<sup>(1)</sup>という制度である。わが国の仲裁法は、司法制度改革の一環として、旧法を全面改正し、国連国際商取引法委員会（UNCITRAL）が1985年に作成した国際商事仲裁モデル法（UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration。以下単に「モデル法」という）を採用し、これに準拠して平成15年法律第138号として制定された<sup>(3)</sup>。

仲裁人の忌避に関し仲裁法は、18条および19条で規定している。すなわち、まず、18条において、仲裁人の忌避事由として、当事者の合意により定められた仲裁人の要件を具備しないときと併せて、仲裁人の公正性または独立性を疑うに足りる相当な理由があるときを挙げる（1項）。これに対し、旧法は、裁判官を忌避しうる事由と同じ理由があるとき、仲裁契約をもって選定したものでない仲裁人がその責務の履行を不当に遅延するとき、および、仲裁人が未成年者、成年被後見人、被保佐人および公権の剝奪または停止中の者であるときは、仲裁人を忌避することができる<sup>(2)</sup>と定めていた（792条）。したがって、裁判官を忌避しうる事由である「裁判の公

正を妨げるべき事情」は、仲裁法が定める公正性、独立性に対する疑義に  
対応し、仲裁人の責務の不当遅延については、仲裁法は忌避事由ではなく  
20条1項2号の解任事由として規定する。また、仲裁人が未成年者、成年  
被後見人等の制限能力者であることその他については、もう1つの解任事  
由である「仲裁人が法律上又は事実上その任務を遂行することができなく  
なったとき」(1号)に包摂される<sup>(5)</sup>。これに対し当事者が定めた要件の不  
備は旧法下では忌避事由には挙げられていなかったが、仲裁法では当事者  
が定めた資格、職業等の不備が忌避事由となる。

また、仲裁法は、仲裁人および仲裁人への就任の依頼を受けてその交渉  
に応じようとする者である仲裁人候補者に対し、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の全部を開示する義務を課してい  
る(3項、4項)。かかる開示義務については、旧法下でも、仲裁当事者  
の手續権保障のため、かかる義務が認められるという見解があったが、  
仲裁法はこの開示義務を明文で規定している<sup>(6)</sup>。

次いで仲裁法は19条において、忌避手続について定めている。すなわち、  
仲裁人の忌避手続は当事者の合意により定めることができるが(19条1  
項)、かかる合意がないときは、仲裁廷が忌避の当否について判断をする  
ことになる(同2項)。その場合、仲裁人の忌避の申立てをする当事者は、  
仲裁廷が構成されたことを知った日または忌避事由のいずれかがあること  
を知った日のいずれか遅い日から15日以内に忌避の申立をしなければならない  
(同3項)。当事者が合意した忌避決定機関または仲裁廷により仲裁  
人の忌避を理由がないとする決定がされた場合には、その忌避をした当事  
者は、その決定の通知を受けた日から30日以内に、裁判所に対し、当該仲  
裁人の忌避の申立てをすることができ、裁判所は、当該仲裁人に忌避の原  
因があると認めるときは、忌避を理由があるとする決定をしなければならない  
(同4項)。忌避決定機関、仲裁廷または裁判所により忌避を理由が  
あるとする決定がされた場合、仲裁人の任務は終了し(21条1項4号)、  
後任の仲裁人が選任されることになる(22条)。また、仲裁人の忌避の申

立てに係る事件が裁判所に係属する間においても、仲裁廷は仲裁手続を開始し、または続行し、かつ仲裁判断をすることができるとして、仲裁廷による手続続行権を定めている（19条5項）。

これに対し旧法には、仲裁人の忌避手続を定めた規定はなく、忌避の訴えについての管轄についての規定が置かれていたに過ぎない（805条）。他方、仲裁廷による手続続行権については、旧法下でも認められていた。すなわち、仲裁人は、当事者が忌避事由を原因として仲裁手続が許されないことを主張した場合であっても、仲裁手続を続行し、仲裁判断をすることができる旨規定していた（797条）。

このように、仲裁法は、旧法と異なり、モデル法を採用し、仲裁人の忌避に関し、忌避要件として公正性、独立性という新たな要件を導入し、仲裁人および仲裁人候補者に対する公正独立阻害事由の開示義務を明文で定めるほか、裁判所に対する忌避申立てに前置する当事者の合意した忌避決定機関または仲裁廷による忌避手続<sup>(7)</sup>を設ける。本稿では、仲裁人の忌避に関し、仲裁法が準拠するモデル法の立法過程の審議を見つつ、実務上重要と<sup>(8)</sup>考えられる解釈上の諸問題について検討を行う。

## 1 仲裁人の忌避事由

### （1）仲裁人の公正性、独立性

仲裁法は18条1項において、仲裁手続の公正を確保するため、仲裁人の公正性、独立性を忌避の要件として定めている。この公正性、独立性という忌避要件は、モデル法を採用することによって新たに導入した概念であるが、まず、この概念の意味が問題となる。

この点に関し、立法担当者は、『公正性又は独立性を疑うに足りる相当な理由がある』とは、仲裁人が事件又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のほか、具体的な仲裁人の行動が仲裁人の公正性又は独立性についての合理的な疑いを生じさせることを意味す

(9) 』という。他方、わが国の学説によれば、公正性とは、一方当事者に偏っていないことであり、独立性とは、一方当事者ないしは第三者に依存していないことであると一般的にいうことができるとした上で、ドイツの学説を参照しつつ、両者を截然と区別することはできないし、また、その必要もないとの見解が示されている<sup>(10)</sup>。また、モデル法との比較において、仲裁法は、「不偏性 (impartiality) 概念ではなく、『公正性』概念を採用している点、また、不偏性・独立性について『正当な疑いを生じさせるような事情』ではなく、公正性・独立性について『疑うに足りる相当な理由』を求めている点、さらに、当事者の『合意した資格』を、公正性・独立性の疑いよりも前に規定している点に相違点が認められる<sup>(11)</sup>」との指摘がある。

まず、モデル法との違いについては、当事者の合意した仲裁人の要件と公正性・独立性の要件の先後が逆に規定されているが、これによる実質的の違いはないであろう。次いで、仲裁法は不偏性ではなく公正性を要件として定めていると指摘されているが、立法担当者によれば、モデル法と実質的に同一の規定を定めたものであるとされ<sup>(12)</sup>、これはモデル法の文言の翻訳上の問題であり、仲裁法がモデル法の定める impartiality とは異なる概念を導入したとは解されない。このことはまた、司法制度改革推進本部事務局に設置された仲裁法フォローアップ研究会による仲裁法の英訳において、公正性が impartiality と訳されていることから肯定されよう。忌避事由に関しても、モデル法が規定する「正当な疑いを生じさせるような事情がある (circumstances exist that give to justifiable doubts)」と「疑うに足りる相当な理由がある」との違いが指摘されているが、この点についても、仲裁法の英語訳はモデル法と同一の文言を使用しており、文言の翻訳上の問題であって、両者は実質的に同じであると解される<sup>(14)</sup>。したがって、立法担当者が説明しているように、仲裁法はモデル法と同じ概念の忌避事由を定めていると考える。

公正性・独立性の概念について、立法担当者の説明によれば、仲裁人と事件、当事者との関係を問題とし、その関係により仲裁人が公正な仲裁判

断をすることを期待することができないことが「公正性または独立性を疑うに足りる相当な理由がある」といい、公正性、独立性の両者を1つの同一の概念として捉えているようにも思われる。また、仲裁人の行動が仲裁人の公正性または独立性についての合理的な疑義を生じさせることを意味するともいうが、この説明が、公正性、独立性の概念を明らかにしているとは言えない。また、学説においても、公正性、独立性の両者を截然と区別することはできず、また、その必要もないというが、その理由については、格別の説明はされていない。

この両者の概念についてモデル法は、忌避要件として、12条1項において、公正性（impartiality）、独立性（independence）の2つを挙げているが、これが何を意味するのかについては、モデル法自体、両者の意味について審議することなく、1976年のUNCITRAL 仲裁規則の規定をそのまま採用、規定して<sup>(15)</sup>おり、モデル法上もこの要件の意味が問題となる。この公正性、独立性の概念について定義した法はないようであるが、<sup>(16)</sup>両者の概念については、一般に、独立性は、仲裁人の公正な判断に影響を及ぼす仲裁人と当事者との客観的な関係を問題とするのに対し、公正性は、<sup>(17)</sup>仲裁人の当事者の一方に偏する主観的な心理状態を問題とすると解されており、モデル法が定める公正性、独立性の概念も、この一般に理解されている意味で文言を文理的に解釈することが妥当であると考えられる。

したがって、公正な判断に影響を及ぼすような関係を仲裁人、仲裁人候補者が当事者、事件と有していないことを独立性ということになるが、その場合であっても、当該仲裁人が必ず公正な判断をするとは限らず、また逆に、独立性が認められない場合であっても、当該仲裁人が不公正な判断をするとは必ずしも言えない。しかしながら、通常人から見て仲裁人が当事者との関係から公正な判断をすることを合理的に期待することができない関係にあると推認される場合、換言すれば、独立性を疑うに足りる相当な理由がある場合、忌避事由に当たるとして、当事者が当該仲裁人を職務執行から排除することを認め、それによって不公正な判断がされることを

未然に防ぐことになる。これに対し、公正性は、文字どおり、仲裁人が当事者の一方に偏頗な手続、判断をしないことであると解される。したがって、独立性は、公正な判断、すなわち、仲裁人の公正性を担保する必要条件として観念することができるように思われる。

これに対し、両者は表裏一体の関係に立ち、両者は常に一括して使用され、また、独立性が欠如するということは、公正性を欠如していることを示すのであるから、両者を区別するのは意味がないとの指摘もある。確かに、仲裁人の公正性は、通常、仲裁人の偏頗な心理状態を問題とし、外観からこれを認識することは困難であり、独立性の要件によって公正性を確保することになる。また、独立性を疑うに足りる相当な理由があるということは、公正な判断を期待することができない関係がある、言い換えれば、公正性を疑うに足りる相当な理由があるということでもあり、公正性を独立性とは別個独立の要件として設ける必要はないようにも思われる。しかしながら、公正性に関しては、現実<sup>(18)</sup>に生じることは稀であるとしても、たとえば、独立性を疑うに足りる相当な関係を全く有しない仲裁人が、一方の当事者からのみ事情を聴取し、それを仲裁判断の資料とするようなときには、かかる不公正な手続を行う仲裁人を職務執行から排除し、不公正な仲裁判断がなされる危険を除去する必要がある。このような場合には、独立性に疑いのある関係がなくとも、公正性を疑うに足りる相当な理由がある、すなわち、忌避事由が存在するとして、当事者が仲裁人を忌避する権利を保障する必要がある。したがって、公正性を忌避事由として定めることの意味は否定できないと考えられる。

## (2) 旧法の「仲裁の公正を妨げるべき事情」との関係

旧法下では、裁判官の忌避事由である「公正を妨げるべき事情」が仲裁人にも適用されたが(792条1項)、この裁判官の忌避事由の意味について、通説によれば、通常人を基準として、裁判官と当該事件の関係から見て、不公正、不公平な裁判がなされるおそれがあることをいい、当事者の主観

的な疑惑では足りず、不公正、不公平な裁判が予測されるだけの客観的な事情を要するとされる。<sup>(20)</sup>これを仲裁に適用する場合、公正を妨げるべき事情は、個別具体の行為と個別具体の關係に分類することができる<sup>(21)</sup>。前者はさらに、当該行為がそれ自身不公正を示している場合（たとえば、当事者の一方が不在の期日で他方から事情を聴取し証拠調べを済ませるなど）と、当該行為から不公正を高度の蓋然性をもって推認することができる場合（たとえば、当事者の一方たる会社からその会社との取引上異常の優遇措置を受けたことなど）とに分けることができ、後者は、当該關係から不公正を高度の蓋然性をもって推認することができる場合（たとえば、仲裁人が当事者の一方から常習的に多額の借金をしているという關係）をいうとされる。<sup>(22)</sup>

このように、「公正を妨げるべき事情」とは、不公正な仲裁人の行為を含め、仲裁人の不公正を高度の蓋然性をもって推認することができる事情であり、これには、仲裁人の「關係」のみならず、「行為」もあると解されるが、仲裁法上、前者は「独立性を疑うに足りる相当な理由」に、後者は、不公正な仲裁人の行為と併せて、「公正性を疑うに足りる相当な理由」にそれぞれ相当しよう。つまり、忌避事由は旧法下と現行仲裁法との間に実質的な違いはなく、仲裁法が定める忌避事由である「仲裁人の公正性または独立性を疑うに足りる相当な理由」は、裁判官の忌避事由を準用する旧法が定める「仲裁の公正を妨げるべき事情」と同義であると解される。<sup>(23)</sup>

### （3）裁判官の除斥事由との關係

旧法下において、裁判官の除斥事由は、裁判の公正を妨げる蓋然性の高い事情を類型化したものであり、それらと同様の事情は、仲裁の公正を妨げるべき事情に当たると考えられている。<sup>(24)</sup>しかしながら、除斥事由は、裁判の公正を保障するため、忌避事由とは別に、この事由の存在が立証される限り裁判官は当然に職務執行から排除されることになる。したがって、仲裁人の不公正な判断の蓋然性が「独立性を疑うに足りる相当な理由」に

該当する程に高くなくても、仲裁人が職務執行から排除されることがある。たとえば、当事者が仲裁人の元妻の叔父であったが、両者間には離婚の前後を問わず交流は全くなく、面識すらないという場合、<sup>(25)</sup> 除斥事由は認められるが（民訴法23条1項2号）、忌避事由には当たらないと解される。<sup>(26)</sup> これは除斥制度の目的が、忌避事由の存否とは別に、定型的な定めによる画一的な処理にあり、個々具体的な事件についての公正さの維持にあるのではないことから、<sup>(27)</sup> 当然このような場合が生じることになる。したがって、除斥事由が必ず仲裁人の忌避事由に当たるとは言えない。

#### （４）裁判官の忌避事由の範囲との異同

忌避事由の当否を判断するに当たって、仲裁は上級審によるコントロールがなく、仲裁人が裁判官のような資格の制限、法定裁判官といった公正・公平を支える仕組みがなく、また、仲裁廷が当事者の信頼を基礎として成り立っていることから、仲裁人の忌避事由は、裁判官の場合より広く解すべきであるとの見解がある。<sup>(28)</sup> これに対し、仲裁の忌避制度は、当事者に偏った判断がなされないようにするものであるが、これは、当事者の利益保護を担保するものであり、また、当事者は自己の信頼する者を仲裁人に選任するのであり、通常、当事者と何の関係もない者が仲裁人に選任されることはなく、たとえば、紛争分野の専門家が仲裁人に選任される場合には、当事者が所属する業界に関係する専門家が仲裁人に選任され、裁判官の場合には生じない当事者と一定の関係を有する者が仲裁人に選任されるので、かかる仲裁のメリットを減殺しないよう忌避事由を裁判官より狭く解すべきであるという見解がある。<sup>(29)</sup> <sup>(30)</sup>

この問題を如何に考えるべきか。訴訟と異なり、仲裁は制度上、通常、上級審は設けられず、一審性であり、仲裁人は、専門的な訓練を受け一定の能力が保障されている裁判官とは異なり、資格も要せず誰でもなることができ、当事者が自己の信頼する仲裁人を選任する場合、両者間に独立性に係わる何らかの関係が存在することを否定することができない。したが



って、裁判官の場合には生じない仲裁制度固有の事情を考慮する必要があることは明らかである。

しかしながら、仲裁は、確定判決と同一の効力を有する仲裁判断によって紛争を終局的に解決する訴訟に代替する紛争解決手続であり、公正な裁判を保障することは、訴訟、仲裁のいずれにも要求され、その実現を期するための忌避制度においても、通常人から見て不公正な裁判がされる高度の蓋然性が推認される場合には、判断者が裁判官、仲裁人のいずれであっても職務執行から排除する当事者の権利を保障する必要があると解され、忌避事由の範囲は、両者で違いないと考えるべきである。つまり、ある事情が忌避事由に当たるかどうかは、上級審の存在の有無に関係なく、一義的に決まるべきものであり、忌避事由の範囲が上級審の存否によって伸縮することは妥当ではないと考える。

また、判断者の資格や選任方法など制度上、仲裁は訴訟と異なる点があり、とりわけ、仲裁人を当事者が選任する関係から、訴訟に比べて、一般に、仲裁の場合には、制度固有の事情から独立性の問題が生じ易いことは否定できないが、だからと言って、かかる事情を考慮して忌避事由の範囲を狭くし、本来忌避事由に当たる事情があり、公正な判断が期待できない場合においても忌避を認めないことは不当である。また、逆にその範囲を広くし、本来忌避事由に当たらない事情によって仲裁人を職務執行から排除すべきでもない。

したがって、手続の公正を確保するという点から忌避事由に裁判官以上に高度の公正性、またそれを担保するための高度の独立性を要求する必要はなく、また、逆にそれより低くても、公正な手続を確保することはできないのであるから、裁判官と仲裁人との間で忌避事由の範囲を変えて忌避の当否を判断すべきではないと解する。<sup>(32)</sup>

この問題に関連して、当事者が選任する仲裁人は、当事者が共同で選任する仲裁人、または、裁判所を含む第三者もしくは各当事者により選任された仲裁人が選任する仲裁人よりも、忌避事由を狭く解すべきであるとの

見解もある。<sup>(33)</sup>確かに、当事者が選任する仲裁人には既にその当事者と一定の関係があり、また、当事者が選任しない第三仲裁人とでは仲裁人としての役割にも違いがあるが、これは公正性とは別の問題であり、また、仲裁法は忌避要件について両者に差異を設けておらず、<sup>(34)</sup>当事者が選任する仲裁人についても、公正な手続、判断を要求していることに変わりはない。したがって、両者において忌避事由の範囲が異なるとは解されない。

#### (5) 忌避事由の拡張・縮小

忌避事由に関し実務上問題となることは少ないと思われるが、当事者が合意によってその範囲を変更することができるのであろうか。仲裁法の立法担当者によれば、仲裁法18条1項の忌避事由は強行規定であるとされる<sup>(35)</sup>ので、この見解によれば、当事者が合意によってこれと異なる忌避事由を取り決めることはできないことになる。この点に関し、旧法下において忌避事由を拡張することを許容する学説と同じ見解に立ち、忌避事由の拡張についてはこれを認めるが、無理由での忌避の可能性については、これを否定する見解がある。<sup>(37)</sup>この仲裁法が定める忌避事由は、モデル法12条2項前段の規定に対応し、これと実質的に同一であるとされ、<sup>(38)</sup>モデル法の規定の解釈を見る必要がある。

この点に関しモデル法は、仲裁法とは異なり、モデル法の立法作業を担当した作業部会が作成した条文案は、「仲裁人は、その不偏または独立について正当な疑いを生じさせるような事情があるか、当事者の合意した資格を有しないときに限って<sup>(39)</sup> (only if) 忌避されうる」(傍点追加)と定め、忌避事由を限定列举していた。この案に対し委員会は限定列举する見解と例示列举する見解とに分かれたが、最終的にはこの限定的文言は維持され、<sup>(40)</sup>他の忌避事由を排除することが望ましいとした。したがって、この立法経緯に照らすと、モデル法上、当事者は、忌避事由を拡張することを許されていないと解され、この解釈は仲裁法の解釈としても妥当し、仲裁人の忌避事由の拡張は仲裁法上許容されないと考える。

他方、仲裁人の忌避事由の縮小については、忌避事由の事前放棄と同様に、仲裁法が定める忌避事由が認められる場合であっても、当事者の事前合意によって当該忌避事由のある仲裁人の職務執行を許容するかどうかを本質的問題とし、忌避事由の縮小は、それによって排除された忌避事由に基づく忌避権の一部事前放棄と等しく、縮小の範囲が広がると、最終的には仲裁人の忌避権を全部放棄することになる。したがって、仲裁人の忌避事由の縮小は、忌避権の事前放棄と同旨することができ、前者の許容性は、後者の許容性の問題と同一に捉えることができると考えられ、この問題は、2.（4）において検討することとする。

また、仲裁人および仲裁人候補者の公正独立阻害事由の開示義務を当事者が合意により免除することが許容されるのか、という問題もある。立法担当者によれば、公正独立阻害事由の開示義務を定めた仲裁法18条3項、4項の規定は強行規定であるとされ、<sup>(41)</sup>これと異なる合意は許容されないことになるが、これに対し当事者を保護するための規定であるので、免除の合意は許容されるという見解がある。<sup>(42)</sup>この開示は、仲裁人、仲裁人候補者に忌避事由があるかどうかを判断するための資料を当事者に提供するために必要な措置であり、仲裁人の忌避権を保障するための前提となる仲裁人、仲裁人候補者の義務であると解され、当事者が仲裁人の忌避権を事前に放棄した場合に限って、<sup>(43)</sup>かかる当事者の合意も許容されると考えられる。<sup>(44)</sup>この開示義務に関連して、調査義務の有無が問題となるが、仲裁人および仲裁人候補者は、公正独立阻害事由を開示するためには、まず当該事情があるかどうかを把握する必要があり、合理的な範囲内でこれを調査する義務があると解されよう。<sup>(45)</sup>また、仲裁人が公正独立阻害事由の開示義務、調査義務を怠った場合、<sup>(46)</sup>仲裁人契約上の債務不履行の責任を負うことになろうが、その後判明したかかる義務違反それ自体は通常、公正性を疑うに足りる相当な理由とはならず、<sup>(47)</sup>忌避事由に該当しないであろう。

## 2 忌避手続

### (1) 仲裁人の解任・辞任

実務上、当事者が仲裁人を忌避する場合、忌避の申立てをし、あるいは、忌避をしたい旨の意思表示をすることになるが、いずれの場合も、他方の当事者がこれに同意すれば、仲裁法21条1項3項に基づき、仲裁人は当事者の合意により解任されることになる。また、同1項に基づき、仲裁人が自ら辞任することもある。この点に関し、当事者が仲裁人を解任し、または、仲裁人が辞任する場合、正当な理由が必要とされるか。立法担当者は、仲裁人の解任、辞任<sup>(48)</sup>のいずれの場合も、「格別の理由を付さず<sup>(48)</sup>にすることができることを前提とし」、「辞任しようとする仲裁人は、任務を遂行する意欲を喪失しており、辞任を認めずに任務を強制させることは無益であり、また、当事者の信頼を失った仲裁人に任務を遂行させることも同様だからである」と説明し、この見解によれば、仲裁人の解任、辞任に理由は必要ないということになる。

旧法下において、通説は、仲裁人が仲裁判断をすることに固有の保護法益を有するものではないこと<sup>(49)</sup>から、両当事者は合意により仲裁人契約を解除することができるが、仲裁人の辞任に関しては、正当な理由が必要<sup>(50)</sup>であるとしていた。また、仲裁法の解釈としても、仲裁が訴訟と異なり任意的紛争解決手続ではあるが、仲裁判断が確定判決と同一の効力を有する訴訟に代替しうる紛争解決手続である性質に鑑み、正当な理由なくして辞任することを許すのは、仲裁人の任務の本質と整合しないとして、正当理由を<sup>(51)</sup>必要とする見解がある。

この点に関し仲裁法が準拠したモデル法は明文で規定を置いていないが、立法過程の審議によれば、作業部会では、当事者の合意に基づく紛争解決手続である仲裁の性質から当事者は合意により制限なく仲裁人を解任することができ、また、仲裁人の辞任については、当事者に対する損害賠償等

の責任は別として、現実問題として、任務を遂行する意思のない仲裁人にそれを強いることはできず、辞任に正当事由を要求することは実際的ではないという見解が支配的であり、その後委員会においてこの点に関し審議はされてない。<sup>(52)</sup>したがって、この立法過程の審議によれば、モデル法は仲裁人の解任、辞任に正当理由を要求していないと解される。<sup>(53)</sup>

実務上、仲裁人が仲裁手続中に辞任した場合、手続の遅延は必至となり、とりわけ、手続の最終段階で辞任した場合には、当事者の損失は大きい。また、国際仲裁では、当事者が選任した仲裁人がその当事者に有利な判断をすることができないとして、不当に辞任することがあるので、これを防止するには、辞任に正当な理由を要求すべきであろう。しかしながら、仲裁法が実質的に採用したモデル法は、辞任に理由を要求せず、条文にも理由の必要性は規定していない。したがって、辞任に理由を必要としないことを前提とすることが立法者の意思であるとともに、仲裁人契約の対等性という当事者の均衡をも考慮すると、正当理由の必要性は、実務の要請はあるが、これを認めることは、立法論としてはともかく、解釈論としては無理があるように思われる。<sup>(54)</sup><sup>(55)</sup><sup>(56)</sup>

## （２）忌避の申立てを受けた仲裁人による忌避の判断の許否

仲裁法19条1項によれば、当事者が仲裁人の忌避手続に合意した場合、その合意した手続によることになる。通常、機関仲裁では、当事者の合意の一部となる仲裁規則に仲裁人の忌避について規定がされており、その場合には、仲裁規則の規定によることになる。たとえば、日本商事仲裁協会の商事仲裁規則29条5項は、「協会は、当事者および仲裁人の意見を聴いた上で、忌避審査委員会に諮り、忌避の当否について、決定する」と規定し、仲裁機関が忌避の当否について決定すると定める。当事者間に忌避の手続について合意がない場合には、仲裁法19条2項の規定により、仲裁廷が忌避の決定を行うことになる。この仲裁廷の決定に関しては、忌避された仲裁人がこの決定に加わるのかどうか、また、この問題が仲裁法37条3

項の規定する手続上の事項に当たるかどうか問題となる。まず、前者の問題であるが、仲裁法の規定の文言から、忌避の申立てについての判断者は、仲裁廷であることが明記されており、忌避の申立てを受けた仲裁人もその決定に加わることになると考えられる。

この理由について、立法担当者は、「当該仲裁人が関与できないとすると、忌避の申立てを審理判断する仲裁人の数が偶数となり、結論を出すことができないおそれがあるし、複数の仲裁人が忌避された場合などに迅速に対処することができない不都合が生ずること、また、最終的には裁判所の判断を仰ぐ機会があり、判断の適正は担保されうることを考慮したものである<sup>(57)</sup>」という。また、モデル法も、立法過程において、忌避の申立てを受けた仲裁人が忌避の決定に加わるべきかどうかという問題について審議<sup>(58)</sup>がされたが、結論的には忌避の申立てを受けた仲裁人も忌避の決定に加わる<sup>(59)</sup>とした。この点に関し、仲裁人が複数の場合において、忌避の申立てが、不真面目なものでなく、あるいは、明らかに理由がないものではない場合、仲裁廷の判断により裁判所の忌避手続は不要となり、これによって時間と費用を節約することができる<sup>(60)</sup>、との説明がされている。もっとも、仲裁人が1人の場合には、仲裁人が辞任したときは、忌避事由があると判断した<sup>(61)</sup>ことにはならないが、逆に仲裁人が辞任しないときには、忌避事由がないと判断した<sup>(61)</sup>ことと同視することができるので、これによって忌避の申立てをした当事者は、裁判所に対し忌避の申立てをすることができる<sup>(62)</sup>と解される。モデル法も、この場合、当事者は裁判所に対し忌避の申立てをすることができる<sup>(63)</sup>とする。

### (3) 忌避決定と仲裁法37条3項が定める手続上の事項との関係

次に、忌避の当否についての決定が仲裁法37条3項の規定する手続上の事項に当たるかどうかという問題がある。もしこれに当たるとすると、仲裁法37条3項の規定により、当事者双方の合意または他のすべての仲裁人の委任がある場合、仲裁廷の長である仲裁人が忌避の当否について決定す

ることができることになる。この問題について、仲裁法の立法担当者は、仲裁廷の構成は手続上の問題とは考え難く、忌避の申立てについての決定は、長たる仲裁人に委任することはできないという<sup>(64)</sup>。この問題について、忌避の申立ても紛争の実体面に関わるものではない以上、「手続上の事項」と考える方が自然であり、また、当事者双方の合意または他のすべての仲裁人の委任を必要とすることから、これを許容しても実務上の弊害は生じ難く、長たる仲裁人が決することができるとの見解がある<sup>(65)</sup>。

この問題についても、仲裁法が準拠したモデル法の立場を見る必要があるが、モデル法の立法作業を担当した作業部会は、忌避の決定が、仲裁法37条3項が準拠したモデル法29条2文が定める手続問題に関する決定には当たらないということで見解が一致し、その後委員会においてこの問題は審議されていない。したがって、モデル法の立法者は、仲裁廷の忌避の決定を手続上の決定とは認めなかったものと考えられ、モデル法の規定を実質的に採用した仲裁法の解釈としても、このモデル法の解釈に従うべきであろう<sup>(66)</sup>。

#### （４）忌避権の喪失・事前放棄

仲裁法19条3項の規定によれば、忌避の申立てをしようとする当事者は、仲裁廷が構成されたことを知った日または忌避事由があることを知った日のいずれか遅い日から15日以内に、忌避の原因を記載した申立書を仲裁廷に提出しなければならない。この期限内に忌避の申立てをしなかった当事者は、その後、仲裁判断の取消しや仲裁判断の執行決定の手続において忌避事由を主張することができないのかが問題となる。というのは、仲裁法は27条において、仲裁手続においては、「当事者は、この法律の規定又は当事者間の合意により定められた仲裁手続の準則（いずれも公の秩序に関しないものに限る。）が遵守されていないことを知りながら、遅滞なく（異議を述べるべき期限についての定めがある場合にあっては、当該期限までに）異議を述べないときは、当事者間に別段の合意がない限り、

異議を述べる権利を放棄したものとみなす」と規定し、仲裁人の公正性、独立性が公序に関するものであるとすると、当事者はこの期限に拘束されず、それが経過した後であっても何時でも忌避事由を主張することができる<sup>(68)</sup>ことになるからである。

この点に関し、仲裁手続の早い段階で忌避をめぐる争いを決着させようとした法の趣旨から、また、手続の過程や仲裁判断の結果を見て仲裁人を忌避するかどうかの恣意を当事者に与えることにもなり、不当であることを理由に忌避の申立権の行使期間の経過後は、忌避の申立ては許されない<sup>(69)</sup>という見解がある。また、仲裁法18条2項は、「仲裁人を選任し、又は当該仲裁人の選任について推薦その他これに類する関与をした当事者は、当該選任後に知った事由を忌避の原因とする場合に限り、当該仲裁人を忌避することができる」と規定し、忌避事由があることを知りながらあえてその者を仲裁人に選任した場合、当該事由により当該仲裁人の忌避を申し立てることはできないので、そうであるならば、忌避事由があることを知りながら忌避を申し立てなかった当事者は、当該忌避事由により当該仲裁人を忌避することができない<sup>(70)</sup>ことになるという。この問題についてモデル法の立法過程においてノルウェー政府は、当事者が忌避申立期限内に忌避の申立てをしなかった場合、その後仲裁手続中のみならず、仲裁判断の取消手続、執行手続においても当該忌避事由を主張することができない旨を明文で規定すべきであるとの見解を示したが、<sup>(71)</sup>委員会は、この見解について<sup>(72)</sup>審議することなく、またこの提案を採用することもしなかった。

この問題に関し学説は、旧法下においても、当事者は、忌避権を留保することなく仲裁手続を進行させた場合には、裁判官の忌避の場合と同様に、<sup>(73)</sup>忌避権を喪失するというのが通説的見解であるように思われる。これに対し、自己の権利主張の当否を自己が判断するようになる場合、たとえば、裁判官の除斥事由に相当する仲裁人が事件の当事者である場合（民訴法23条1項1号）、これは、仲裁の公正を阻害する極めて重大な事由であり、公序に反し、かかる仲裁手続の不適法は治癒されることにはならず、当事



者は忌避権を喪失しないという見解<sup>(75)</sup>があり、この見解に立てば、忌避事由が、仲裁の公正を阻害する極めて重大な事由に当たると場合には、当事者は忌避権を喪失しないことになる。

この問題を如何に考えるべきか。仲裁法の下においても、仲裁人の除斥制度は用意されていない。したがって、仲裁人の場合、裁判官の場合とは異なり、除斥事由により当然に職務執行から排除されることにはならない。また、訴訟と異なり、裁判官が自ら職務を避ける回避制度も有しない。その理由について、裁判官は仲裁人とは異なり、当事者が選任するわけではなく、当事者の意思とは無関係に事件の配点によって決まるからであるとされる<sup>(76)</sup>。仲裁の場合、回避という制度はないが、仲裁人への就任の依頼を受けた者は、自己に忌避事由があると判断した場合には、仲裁人への就任<sup>(77)</sup>を断ることができるので、訴訟のように制度として設ける必要はない。

これに対し、除斥（民訴法23条）は、裁判の公正を妨げる蓋然性の高い<sup>(78)</sup>事情を類型化したものであり、除斥事由がある場合、裁判官は当然に職務執行から排除されることになり、当該裁判官の訴訟行為は訴訟法上無効となる。仲裁の場合、除斥制度はないが、訴訟の場合と同様に、裁判の公正を確保するためには、手続の公正を阻害する極めて重大な事由がある場合、たとえば、裁判官の除斥事由にも該当することになるが、仲裁人が当事者である場合のみならず、仲裁人の配偶者が現に事件の当事者である場合には（民訴法23条1項1号）、仲裁人は当然に職務執行から排除されるべき<sup>(79)</sup>であると解される。

この点に関し、訴訟の場合、公正な裁判を受けるという当事者の利益のみならず、国民の裁判に対する信頼を確保するために、除斥、忌避および<sup>(80)</sup>回避の制度が設けられたとされるが、仲裁の場合、その利用が当事者の任意の選択によることから、公的制度である訴訟への信頼の確保とは異なり、その必要性の度合いは訴訟に比べて高くはない。<sup>(81)</sup>しかしながら、当事者の利益のみならず、国家が国民に対し提供する訴訟に代わる紛争解決制度として国民一般の信頼を確保する必要性があることは否定できない。<sup>(82)</sup>したが

って、仲裁の場合、除斥制度を有しないが、公正な判断を保障するという仲裁制度の基本原則に反する不公正な仲裁人は、制度上、当然に職務執行から排除されるべきであり、かかる選任は、無効と解すべきであると考え<sup>(83)</sup>る。

このように解する場合、忌避事由は、仲裁の公正を阻害する重大性の度合いによって、当事者が異議権を喪失することになる事由と、そうでない事由の2つが存在することになるが、本稿では、便宜上、前者を相対的忌避事由と、後者を絶対的忌避事由とそれぞれ呼ぶこととする<sup>(84)</sup>。この場合、仲裁法27条が定める異議権の放棄との関係が問題となる。すなわち、仲裁人に忌避事由が認められる場合、当該仲裁人は職務執行から排除され、仲裁手続に参与しえなくなるわけであるから、忌避事由の存在は、27条にいう「仲裁手続の準則が遵守されていないこと」に当たると解される。その場合、絶対的忌避事由については、手続の公正を阻害する重大な事由であり、当該仲裁人の手続関与は、仲裁法上公序違反を構成し、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。他方、相対的忌避事由については、公序に関するものではなく、当事者は、忌避権を喪失することになると解される。また、仲裁法18条2項の規定によれば、忌避事由があることを知りながらあえてその者を仲裁人に選任した場合、当該事由により当該仲裁人の忌避を申し立てることはできないことから、忌避事由があることを知りながら忌避を申し立てなかった当事者は、当該忌避事由により当該仲裁人を忌避することもまたできないことになると解されるが<sup>(85)</sup>、18条2項が適用される場合もまた、忌避事由は公序に関しない相対的忌避事由に限られよう。

また、仲裁法は、仲裁権限に関する異議の申立てとは異なり、申立てを義務的規定として定めていないので、当事者は期間内に忌避の申立てをする義務はないが、忌避の申立てをする場合には、この期間制限に服することになり、その経過後は、忌避申立権を喪失することになる。しかしながら、当事者は忌避事由に基づく異議を述べる限り、異議権を喪失せず、仲

裁判断後においても、当該忌避事由に基づく仲裁判断の取消しを求めることが許されると解される。したがって、当事者は、相対的忌避事由については、それを知らながら19条3項が規定する期間内に忌避の申立てをせず、かつ、遅滞なく異議を述べない場合には、27条により、当該忌避事由に基づき異議を述べる権利を喪失することになる。<sup>(87)</sup>

このように仲裁人を当然に職務から排除する事由が存在することは、国際仲裁の実務においても広く認められているように思われる。すなわち、仲裁人の利益相反に関し、国際法曹協会（IBA）が諸外国の仲裁法、判例、実務を研究して2004年5月に作成した「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）」<sup>(88)</sup>は、公正性または独立性について相当の疑いを生じさせる事情を、当事者が放棄することができない深刻なもの、重大ではあるが深刻とまでは言えない当事者が放棄することができるものとの2つに区分し、後者の場合には、当事者が放棄することによりかかる事情があっても仲裁人に就任することができるとする。

前者は、誰も自己の裁判官にはなり得ない（no person can be his or her own judge）、という基本原則に則り、仲裁人へ就任することができない事情として、①仲裁人と当事者が同一であり、または、仲裁人が当事者である法人の代表者である場合、②仲裁人が一方当事者の支配人、取締役または監督機関の構成員である場合またはこれと類似する一方当事者に支配的影響力を有する場合、③仲裁人が一方当事者または事件の結果に重大な経済的利害を有する場合、④仲裁人が自己を仲裁人に選任した当事者またはその関係者に定期的に助言をし、または仲裁人またはその事務所が当事者またはその関係者から重大な経済的収入を得ている場合を挙げている。

この忌避権の喪失とは別に、当事者が事前に忌避権を放棄することは許されるのであろうか。絶対的忌避事由に関しては、公序に関わり、当事者がこれを事前に放棄することは許されないと解される。これに対し相対的

忌避事由については、忌避権を当事者が事前に放棄することは許容されるのであろうか。この問題に関し、旧法下の学説として、忌避権を一般にあらかじめ放棄することは、法の保護を受けないということにとどまらず、法がその任務とする公益の実現を阻むことになることを理由にこれを許さないとする立場<sup>(89)</sup>がある。また、仲裁法上も、仲裁判断に確定判決と同一の効力を国家が付与する上で、忌避が適正手続を担保する機能の中核にあることに鑑み、事前放棄を認めることは仲裁制度を公的に認める趣旨にそぐわず、また、19条4項で裁判所の忌避手続を強行規定として定めている法の趣旨にも合致しないことを理由に事前放棄を認めない見解<sup>(90)</sup>がある。

しかしながら、相対的忌避事由に関しては、絶対的忌避事由とは違い、仲裁制度の根幹に関わる問題ではなく、当事者が異議を述べなければ失権してしまう権利であるから、これを当事者が事前に放棄することを禁じる程の公益があるとは思われない。また、裁判所の忌避手続を定める仲裁法19条4項は、当事者が合意した忌避決定機関または仲裁廷が忌避を理由がないとする決定をした場合、その決定は裁判所の忌避手続に服する旨の規定であり、当事者が忌避権それ自体を事前に放棄することの可否とは直接関係していないと考えられる。したがって、相対的忌避事由については、忌避権の事前放棄が許容されると解してよいのではなかろうか。

#### (5) 裁判所への忌避申立てと忌避権の喪失

仲裁法19条4項によれば、当事者が合意した忌避手続、または、かかる合意がない場合、仲裁廷による忌避手続において、仲裁人に忌避事由がないとする決定がされたときは、その忌避をした当事者は、その決定の通知を受けた日から30日以内に、裁判所に対し、当該仲裁人の忌避の申立てをすることができることになる。この規定に関しては、当事者が、この忌避の申立てをせずに、仲裁判断の後、その忌避事由に基づき仲裁判断の取消しを求めることができるのかどうか問題となる。

この点に関し、学説は、裁判所に対する忌避申立期間を経過すると、も

はや当該忌避事由を主張することはできないという。<sup>(91)</sup>その理由について、猪股教授は、「そうでなければ、期間制限を設けた意味が失われてしまうからであり、仲裁手続の経緯や仲裁判断の結果をまって、すでに知っていた忌避事由の主張を許すのでは、仲裁人の忌避をめぐる争いを裁判所での忌避手続において終局させることができないことになるからである」と述べている。<sup>(92)</sup>また、豊田教授は、「仲裁判断後の取消手続との選択権の余地を当事者に認める考え方は、仲裁人の忌避問題について当事者のイチシアチブを重視するものと評価できようが、その説によると、仲裁手続の経過や仲裁判断の結果をみて忌避事由の主張が持ち出されることにならない<sup>(93)</sup>か」との疑問を呈し、「当事者の恣意をそのように認めた場合、かえって仲裁手続の安定性を損なう結果となる<sup>(94)</sup>」と述べている。

まず、仲裁法13条3項は、忌避を申し立てた当事者は、30日以内に裁判所に対し忌避について決定するよう「申し立てることができる（may request）」と定めており、この文言によれば、この30日の期間経過後は、忌避の申立てを裁判所にすることができないということであり、これに加えて、30日以内に必ず忌避の申立てをしなければならないという義務的な意味があるとは解されない。このように解することは、仲裁廷が仲裁権限を有する旨の判断を仲裁判断前の独立の決定によって行った場合において、その決定に不服の当事者が裁判所に対し仲裁権限の有無についての判断を求める申立てをすることができる、と定める仲裁法23条4項の規定の解釈との整合性からも肯定されよう。すなわち、仲裁法23条4項は、モデル法16条3項の規定と実質的に同一であり、<sup>(95)</sup>モデル法16条3項は、仲裁人の忌避手続について定めたモデル法13条3項の規定に倣い、仲裁廷による仲裁権限を有するとする決定に対し裁判所への不服申立てを認める規定を定め<sup>(96)</sup>たが、モデル法16条3項の規定の解釈としても、裁判所に対し申立てをするかしないかは、当事者の選択に委ねられており、その申立てをせずに、当事者が仲裁権限の欠缺を理由に仲裁判断の取消しの申立てをすることは<sup>(97)</sup>妨げられないと解される。このように条文の文理解釈からは、忌避をした

当事者は、裁判所に対し忌避の申立てをせずに、忌避事由に基づき仲裁判断の取消しを求めることができると解される。

また、モデル法の立法過程の審議を見ると、仲裁判断の取消しによる時間と費用の浪費の危険を防止するため、忌避の問題を仲裁手続の早期に解決するのか、あるいは、当事者の遅延戦術による手続の遅延を防止し、その解決を仲裁判断の取消手続まで延ばすのか、という2つの基本的見解の対立が見られたが、作業部会は、仲裁人を忌避する当事者に対し、仲裁手続中の忌避申立てを許す、という案と、仲裁判断の取消手続まで忌避事由の主張を許さない、という案の2つの条文案<sup>(98)</sup>について審議した結果、仲裁廷に手続を続行する権限を付与することにより、仲裁手続中の裁判所に対する忌避申立権を認める立場<sup>(99)</sup>を採り、その後、委員会においても、この案<sup>(100)</sup>が維持された<sup>(101)</sup>。

このように、モデル法の立法過程の審議によれば、仲裁法19条4項に対応するモデル法13条3項の規定に関し、当事者が仲裁判断の取消手続を待たずして仲裁手続中に裁判所に対し忌避の申立てをすることを許容すべきかどうか議論の中心となり、委員会は最終的にこれを許容する<sup>(102)</sup>ことを決定したと考えられる。したがって、かかる立法作業の経緯に鑑みると、当事者が合意した忌避決定機関または仲裁廷による忌避を理由がないとする決定に対し、当事者が必ず更に裁判所に対し忌避の申立てをしなければならぬとは解されない。

このような解釈に対しては、上記学説が指摘するように、仲裁人を忌避した当事者に対し、仲裁判断の結果を見た上で、仲裁判断の取消事由を主張することを許すことになり、手続が不安定となる面があることは否めないが、この規定は、忌避の申立てをする当事者に対し、仲裁判断の取消手続まで忌避事由を主張することができない不利益の改善を図ったものであり、仲裁人を忌避した当事者がこの規定による権利を行使しなかった場合であっても、その不利益を受けるのは忌避の申立てをした当事者本人であり、また、これによって手続の遅延は回避されることになるので、この手

続遅延の回避という点をも考えると、当事者に必ず裁判所に対し忌避申立てをさせることを強いる必要はないと考える。他方、仲裁判断後の忌避事由の主張を懸念する相手方当事者にとっては、忌避をした当事者との合意に基づき当該仲裁人を解任することにより、仲裁判断が取り消されるかもしれないという不安定な状況を回避することができる。したがって、仲裁法19条4項の解釈として、裁判所に対する忌避申立ては、当事者の義務ではなく、権利を定めた規定であると解したとしても、解釈の妥当性を欠くとまでは言えない。もちろん、忌避事由の存否を仲裁手続中の忌避手続で終局的に判断し、この問題を早期に解決するという考え方を立法政策として採用することは十分にあり得るが、解釈論としては無理があるように思われる。

なお、猪股教授は、「裁判所に対する忌避申立ては当事者の合意によってもその適用を除外することができず（仲裁法19条1項ただし書）、裁判所への忌避申立てを定めた規定（同条4項前段）は強行規定だとされことから（26条1項ただし書）<sup>(103)</sup>」、当事者は仲裁法27条によって異議権を喪失せず、「忌避申立権は期間制限を受けないことになって、いつでも主張できることになりそうである」と解しつつ、その一方で、仲裁法18条2項に依拠して、忌避事由を知っていながらその者を仲裁人に選任した場合、当該忌避事由により当該仲裁人の忌避を申し立てることができないのであるから、忌避事由があることを知りながら忌避を申し立てなかった当事者は、当該忌避事由により当該仲裁人を忌避することはできないのであるから、<sup>(105)</sup>「裁判所への忌避申立ては、それまでの裁判外の忌避手続で忌避を理由なしとした決定がされた後にされることになるところ、それでも裁判所には忌避申立てをしなかったのであるから、より一層のこと、そのようにみられてもやむをえまい<sup>(106)</sup>」と述べている。<sup>(107)</sup>

しかしこの理由には疑問がある。というのは、仲裁法19条4項が定める裁判所に対する忌避の申立ては強行規定であり、当事者がこれと異なる合意をすることを許されないことは明らかであるが、裁判所に対する忌避申

立権を定めた規定が強行規定であるとされることから、27条によって忌避申立権は期間の制限を受けないことになりそうである、という点については、仲裁法27条は、当事者が公序に反しない仲裁手続の準則が遵守されていないことを知りつつ、異議申立期間までに異議を述べないときは、異議権を放棄したものとみなす、ということであるから、忌避をした当事者が裁判所に対し忌避の申立てをせず、それが手続準則違反になるとしても、手続準則違反を犯した当事者本人が異議権を放棄することはあり得ず、異議権を放棄することになるのは相手方当事者であるから、裁判所に対し期間内に忌避の申立てをしなかったとしても、27条によって忌避申立権を喪失することにはならない。

つまり、27条は、当事者が、仲裁人に忌避事由があるという、仲裁手続の準則に反する事実を知りつつ、異議を述べなかったときには、異議権を放棄したものとみなされるということであって、裁判所に対する忌避申立ての期間内に忌避の申立てをしなかった場合、単にその期間を経過して忌避の申立てをすることができないということである。この規定が強行規定であるという意味は、裁判所に対する忌避申立権を放棄する合意や、忌避申立期間を変更する合意が許されないとことである<sup>(108)</sup>と考える。また、当事者が裁判所に対する忌避の申立以前に既に忌避の申立てをしている限り、これによって異議権を喪失することにはならないと解される。

#### (6) 仲裁廷による手続続行権

仲裁法19条5項は、忌避の申立てに係る事件が裁判所に係属している間においても、仲裁廷は、仲裁手続を開始し、または続行し、かつ、仲裁判断をすることができるとして、仲裁廷の手続続行権を定めている。この規定の趣旨について、立法担当者は、「仲裁手続の停滞を防止し、ひいては仲裁手続の引延しを狙った濫用的な忌避の申立て抑止する」ことであると説明している。この手続続行権を行使すべきかどうかは、仲裁廷の裁量に委ねられていると解されるが<sup>(110)</sup>、その場合、仲裁廷は、どのような場合に、



これを行使すべきであるかが問題となる。

思うに、裁判所が忌避の申立てについてその請求を認容した場合、当該仲裁人の任務は終了し、新たな仲裁人が選任されることになり、手続のやり直し、また、仲裁判断がされた場合には、仲裁判断が取り消される危険があることに鑑みると、仲裁廷は、裁判所においても、忌避を理由がないとする決定がされることが明らかでそれを確信することができる場合に限って、手続続行権<sup>(111)</sup>を行使すべきであろう。

### （7）忌避裁判の効力

仲裁人は、当事者の合意した忌避決定機関もしくは仲裁廷または裁判所により忌避を理由があるとする決定がされた場合、その任務は終了する（21条1項4号）。他方、忌避決定機関または仲裁廷が忌避を理由がないとする決定をした後、当事者が裁判所に対し忌避の申立てをし、裁判所が忌避を理由がないとする決定をした場合、その決定に対し不服申立てはできないが（7条）、（5）で見たように、モデル法に準拠した仲裁法が、仲裁判断の取消手続と併せて、仲裁手続中の裁判所の忌避手続によって忌避の問題を解決する仕組みを設けた趣旨に鑑みると、裁判所の忌避手続によっても忌避の問題が終局的に解決されることになると解すべきであろう。したがって、裁判所による忌避の決定によって、かかる忌避事由の存否が確定することになる<sup>(112)</sup>。その場合、忌避を理由があるとする決定がされた場合、この決定によって、仲裁人が関与した仲裁手続は違法となり、無効となるのか、あるいは、仲裁人の職務執行の排除効は将来に向かって発生し、遡及しないのが問題となる。

この問題に関し、学説は対立している。豊田教授は、「仲裁廷に手続の開始・続行、さらには仲裁判断をなすことまでも認めた法（第19条第5項）の趣旨が生かされないこと<sup>(113)</sup>」を理由に、「忌避申立てを理由ありとする決定は将来に対してのみ効力を有し、忌避された仲裁人がそれまで行った職務行為は、有効とみなすべきであろう<sup>(114)</sup>」というのに対し、猪股教授は、

仲裁人の忌避にかかる裁判は、形成的裁判である点において訴訟の場合と変わりがないが、<sup>(115)</sup>「仲裁では、忌避申立てがあつたときでも手続続行権が認められており、訴訟におけるのと状況は必ずしも同じでない。そうすると、仲裁にあっては、忌避を理由ありとした決定がされた以上、この決定により忌避事由ある仲裁人が関与した仲裁手続は違法なものとなると解するのでなければならぬ<sup>(116)</sup>」といい、またその理由について、「仲裁判断がされた後になって忌避を理由ありとする決定がされても、その決定の効力には将来効しかなく、仲裁判断を違法なものにしないというのでは、忌避決定の意味が全く失われてしまうであろうからである<sup>(117)</sup>」という。

まず、忌避にかかる裁判は、旧法下では、形成的裁判であるとされ<sup>(118)</sup>、この見解は仲裁法の下でも維持されようが、先に検討したように、職務執行から当然に排除される仲裁の公正を阻害する極めて重大な絶対的忌避事由が仲裁人に存在する場合には、当該仲裁人の関与した手続は無効であり、忌避の裁判は、裁判官の除斥裁判と同様に、かかる事由の存在することを明確にする確認的裁判であると解される。訴訟においては、忌避を理由があるとすると裁判が確定すると、忌避の裁判がなされた裁判官の職務執行排除の効果は将来に向かって発生し、遡及効はないとするのが多数説であり<sup>(119)</sup>、忌避制度の趣旨に照らして、裁判官と仲裁人とで別異に取り扱う理由はなく、仲裁の場合にも、絶対的忌避事由の場合を除き、相対的忌避事由については、遡及効は生じないと解すべきであろう。

上記遡及効を肯定する見解は、仲裁は訴訟と違い手続続行権が認められている点を指摘するが、手続続行権は、忌避申立ての濫用に対する措置であり、例外的に認められるものであるが、この権利が仲裁廷に付与されていることは、仲裁廷が、手続続行権を行使し、仲裁判断をした場合、忌避が確定した仲裁人が関与した仲裁手続が無効となると、仲裁判断まで行った手続が無駄となってしまうので、遡及効を否定する方向に働くとしても、これを肯定する方向には働かないと考える。また、仲裁判断後に忌避を理由ありとする決定がされた場合、その決定に将来効しか認めないと、仲裁

判断を違法なものとする事ができないことが遡及効を認める理由として指摘されているが、遡及効を認めなくても、(8)で見ると、仲裁判断の効力は、仲裁判断の取消しの申立てをすることによって争うことができるので、遡及効を認めなかったとしても、当事者の権利保護は損なわれないと考える。

### (8) 仲裁判断と忌避手続

仲裁廷に手続続行権が認められていることから、裁判所に対する仲裁人の忌避手続中に仲裁判断がされることがありうるが、忌避手続は仲裁判断によって影響を受けないのであろうか。まず、仲裁人の忌避は、公正な仲裁判断を確保するため、不公正な仲裁人を仲裁手続から排除する制度であるから、仲裁判断がされた後は、仲裁人の任務は終了しており、仲裁人を排除する意味はなく、忌避の申立ては不<sup>(121)</sup>適法となろう。もっとも、忌避の裁判において、絶対的忌避事由の存在が認められる場合には、当該仲裁人が行った行為はすべて無効であり、かかる事由を確定する当事者の利益は認められるが、仲裁人を職務から排除する制度趣旨に鑑みると、この場合であっても、忌避申立ては不<sup>(121)</sup>適法とし、かかる忌避事由を主張する当事者は、(11)で述べるように、仲裁法44条1項8号の公序違反を理由に仲裁判断の取消しを求めるべきであると解される。

次に、裁判所に対し忌避の申立てが既にされているが、仲裁廷が手続続行権を行使した結果仲裁判断がされた場合はどうか。この場合には、裁判所の手続が進行中に仲裁人の任務が終了することになり、もはや仲裁人を職務執行から排除することはできず、忌避事由の存否の確定の必要性だけが問題となる。この場合、忌避事由、とりわけ、絶対的忌避事由の存否を確定する当事者の利益は認められ、忌避手続は、仲裁判断がされたことによ<sup>(122)</sup>って影響を受けないものと解するのが妥当ではなからうか。

なお、仲裁判断後の忌避の決定の必要性を肯定する根拠に関し、猪股教授は、「訴訟であっても、裁判官の忌避が申し立てられたのに判決が言い

渡されるとき、そのために判決が当然に無効となることはない、よって忌避申立ては目的を失って申立てを理由なしとする裁判をすべし、とする考え方もあるが、忌避申立ての後にされた訴訟行為の効力につき判定する必要はあり、忌避申立てはその利益が消滅するわけではなく、裁判をすべし、と解されているようである<sup>(123)</sup>」と述べるが、これは、民事訴訟法26条に反する訴訟行為であっても、忌避申立てが理由のないものであるときは、有効であり、逆に、忌避申立てが理由ありとされるときは、急速を要しない判決言渡しは違法であることが確定するとして、判決言渡しの違法性を判断するために忌避の裁判をする必要があるという見解に依拠するものであると解されるが、仲裁の場合には、仲裁廷が手続を続行することは適法であり、26条の急速を要する行為に当たらない判決言渡しがされた場合における忌避裁判の必要性の根拠は仲裁の場合には妥当しないと考える。

以上により、忌避手続において絶対的忌避事由が確定した場合、当該仲裁人が関与した手続は無効となる一方、相対的忌避事由が確定した場合には、仲裁判断の取消手続、執行手続において、その存在を前提に仲裁判断の効力が判断されることになるので、仲裁判断後においても、忌避事由の存否を確定することに意味があり、忌避手続を進める必要があると解される。

#### (9) 忌避が認められた場合の手続のやり直し

忌避手続の結果、仲裁人に忌避事由が認められた場合、仲裁人の任務は終了し、新たに別の仲裁人が選任されることになる。その場合、仲裁手続はやり直すことになるのであろうか。まず、忌避によって任務を終了した仲裁人が関与して行われた仲裁手続が違法である場合、当然手続は無効となり、やり直す必要がある。この問題は、(7) で見た忌避裁判の効力の問題と関係し、忌避事由が相対的忌避事由である場合、忌避の裁判の効力は遡及せず、将来に向かって生じると解されるので、当該仲裁人が関与した仲裁手続は有効であり、法律上、仲裁廷は、手続をやり直す必要はない

と解される。したがって、たとえば、仲裁人の忌避が確定する前に、当該仲裁人を含む仲裁廷が仲裁権限を有する旨の判断を仲裁判断前の独立の決定で行った場合、その決定は有効であると解される。しかしながら、その場合であっても、当事者の審問請求権を保障するため、その必要な範囲において、仲裁廷が、口頭審理、とりわけ、重要な証人の証拠調べを再度実施する必要はあろう。<sup>(125)</sup>これに対し、当該仲裁人に絶対的忌避事由がある場合には、その関与した手続は無効であり、仲裁廷は、法律上当然に、手続をやり直さなければならないと解される。

#### （10）忌避最終裁定条項の有効性

仲裁人の忌避に関しても、仲裁権限の有無をめぐる紛争を仲裁によって終局的に解決することができるかどうか、いわゆる仲裁権限最終裁定条項の有効性の問題と同様に、かかる紛争を仲裁によって終局的に解決することができるかどうかという問題がある。旧法下においても、かかる当事者の合意の有効性については議論があったが、わが国の学説は、忌避権の放棄は、忌避事由を知った後に事後的にのみ認められるに止まり、忌避権の事前放棄に等しい忌避最終裁定条項は認められず、法律が認める忌避訴権を終局的に放棄することはできないとするものがある。<sup>(127)</sup>仲裁法上、仲裁人の忌避をめぐる紛争を対象とする仲裁合意の有効性については、まず、その対象は「民事上の紛争」でなければならないが、仲裁人の忌避の当否の問題は、これに当たると解される。<sup>(128)</sup>

次に、仲裁適格性を有するのか。すなわち、当事者が和解をすることができる紛争であるかどうか（13条1項）。この仲裁適格性については、当事者の合意による処分性が問題となる。既に見たように、相対的忌避事由については、当事者が遅滞なく異議を述べない限り、異議権を喪失するので、忌避権は当事者が合意によって処分することができる権利であると解されるが、他方、絶対的忌避事由に関しては、仲裁権限最終裁定条項の場合と同様に、当事者の合意によって処分することができない公序に係わり、

かかる事由の存否の終局的な判断権は、国家の裁判所に委ねられていると見るべきである<sup>(130)</sup>と考える。したがって、相対的忌避事由についてのみ、仲裁適格性は肯定される。また、相対的忌避事由と絶対的忌避事由、両者の範囲の画定も公序に係わる問題であり、裁判所に判断権が留保されていると見るべきであると考えられる。

また、仲裁法は、裁判所への忌避申立てを規定した19条4項について、当事者がこれと異なる合意をすることができない強行規定であると定める(19条1項)。したがって、(4)で取り上げた忌避権の事前放棄の有効性と同様に、この強行規定との関係が問題となろうが、忌避権の事前放棄の場合に述べたように、この規定は、当事者が合意した忌避決定機関または仲裁廷による忌避を理由がないとする決定に対し、裁判所への忌避申立権を当事者が合意によって排除、変更することができないという意味であって、そもそも当事者が忌避をめぐる紛争の解決を訴訟に代えて仲裁に委ねる合意である忌避最終裁定条項の有効性の問題とは直接関係しないと解される<sup>(131)</sup>。

以上により、仲裁人の忌避をめぐる紛争は、絶対的忌避事由に関する場合を除き、仲裁によって解決できると考える。

#### (11) 仲裁人の忌避事由と仲裁判断取消しとの関係

(7)で述べたとおり、仲裁手続中に当事者が忌避の申立てをし、裁判所がこれを決定する場合には、その決定により仲裁人の忌避の問題は終局的に解決されることになる。これに対し、当事者が忌避事由に基づく異議権を留保して仲裁判断後、これを主張して仲裁判断を取り消す、または、これを仲裁判断の承認拒否事由として主張して執行決定を阻止することができるのであろうか。また、仲裁人が公正独立阻害事由の開示を怠った場合や忌避事由が仲裁判断後に判明した場合にもこれと同様の問題が生じる。

仲裁法上、忌避事由は取消事由として挙げられていないが、絶対的忌避事由が認められる場合には、手続的公序違反を理由に(44条1項8号)取

り消されることになる。これに対し、相対的忌避事由が認められる場合には、仲裁法44条1項6号が定める取消事由によって仲裁判断が取り消されるかどうか問題となる。すなわち、仲裁法は、「仲裁廷の構成又は仲裁手続が、日本の法令……に違反するものであったこと」を取消事由に挙げるが、同6項において、裁判所は、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旨規定し、取消事由がある場合、必ず仲裁判断を取り消さなければならないとは定めておらず、裁判所の裁量によってこれが判断、決定されることになる。

したがって、この裁量権を行使する基準が問題となるが、この点に関し、立法担当者によれば、「その趣旨は、取消事由に該当する事実が存する場合でも、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<sup>(133)</sup>」とし、「その判断に当たっては、取消事由の重大性、取消事由と本案の内容の因果関係等が考慮要素となると考えられる<sup>(134)</sup>」とされる。

また、旧法下の学説であるが、絶対的忌避事由が存在する場合、仲裁手続は無効であるから、その事由の存在が証明される限り、仲裁判断は取り消されることになるのに対し、相対的忌避事由については、「事由の性質にかんがみ、事由が証明されただけでは足りず、不公正の事実が証明されなければならない、さらにそれでも足りず不公正が仲裁判断の内容に影響したことの証明が必要であろう。すなわち、その事由が存しなかったならば仲裁判断の内容が異なったものであったはずであるとの証明が必要であろう<sup>(135)</sup>」との見解がある。また、「この証明はきわめて困難である場合が多いであろう」が、「成立した仲裁判断がその他の点において適法正当である場合になおその効力を否定するにはたんに右のような事由が認められるだけでは足りないと考えられる<sup>(136)</sup>」ともいう。

思うに、仲裁人の忌避は、公正性、独立性を疑うに足りる相当な理由がある場合、仲裁人を職務執行から排除し、それによって不公正な仲裁判断

がされる危険を除去することを目的としており、仲裁判断後にその効力を消滅させる仲裁判断の取消しとは制度の趣旨、目的が異なる。<sup>(137)</sup>したがって、上記学説が説くように、仲裁判断を取り消すには、相対的忌避事由が存在するだけでは足りず、仲裁判断の効力を否定するだけの重大な瑕疵の存在が必要であると解すべきであり、忌避事由によって不正な仲裁判断が現実になされたことが認められる場合に限り仲裁判断を取り消すことが妥当ではなかろうか。また、仲裁人が公正独立阻害事由の開示義務を怠り、当事者が仲裁判断後に初めて忌避事由を知った場合には、これを仲裁判断の取消手続で主張することになるが、仲裁人の開示義務違反それ自体は、通常、公正性を疑うに足りる相当な理由とはならず、44条1項6号の取消事由によって仲裁判断が取り消されることにはならないと考える。<sup>(138)</sup>

## おわりに

本稿では、仲裁人の忌避に関し実務上重要と思われる諸問題を取り上げ、モデル法の立法過程の審議を見つつ検討を行った。その結果、以下の結論を得た。

まず、忌避事由に関しては、①仲裁人の公正性は、仲裁人が当事者の一方に偏していない心理状態にあることをいい、独立性は、仲裁人が公正な判断に影響を及ぼす関係を当事者、事件と有していないことをいう、②「公正性または独立性を疑うに足りる相当な理由」は旧法の忌避事由である「公正を妨げるべき事情」と同義である、③裁判官も仲裁人も忌避事由の範囲は同一である、④当事者が選任する仲裁人とそうでない仲裁人との間においても忌避事由の範囲に違いはない、⑤忌避事由を拡張することは許されず、縮小については忌避権の事前放棄と同旨することができる、⑥仲裁人および仲裁人候補者の公正独立阻害事由の開示義務を免除する合意は、忌避権の事前放棄を前提とする、⑦公正独立阻害事由の調査義務が仲裁人、仲裁人候補者にあるが、開示義務、調査義務違反それ自体は、通常、



忌避事由とはならない。

次に忌避手続に関しては、①仲裁人の解任、辞任に正当な理由は不要である、②忌避の申立てを受けた仲裁人も忌避の判断に加わる、③忌避決定は手続上の事項には該当しない、④忌避事由は、当事者が異議権を喪失する相対的忌避事由と、そうでない手続的公序に反する絶対的忌避事由の2つに分けることができ、前者の場合、異議権を喪失するが、後者の場合には、仲裁手続は当然に無効となり、異議権を喪失しない、⑤忌避権の事前放棄は、相対的忌避事由についてのみ許される、⑥裁判所への忌避申立権の不行使は、忌避事由に基づく異議権を喪失させない、⑦仲裁廷の手続続行権は、裁判所においても忌避を理由がないとする決定がされることが明らかでそれを確信することができる場合に限り行使すべきである、⑧忌避裁判の効力は、絶対的忌避事由についてのみ遡及効が生じる、⑨裁判所への忌避申立ては、仲裁判断後は許されないが、その申立後、仲裁判断がされても、それによって影響を受けない、⑩裁判所で忌避が認められた場合、絶対的忌避事由による場合は、仲裁手続は無効であり、手続をやり直す必要があり、相対的忌避事由による場合には、手続は有効であるが、当事者の審問請求権を保障するために必要な範囲で手続をやり直す必要がある、⑪忌避最終裁定条項は、相対的忌避事由についてのみ有効である、⑫仲裁判断は、絶対的忌避事由が認められる場合、手続的公序違反により取り消されるが、相対的忌避事由が認められる場合には、それが仲裁判断の内容に影響した場合に限り、仲裁廷の構成違反により取り消され、また、通常、仲裁人の開示義務違反それ自体によっては取り消されない。

以上が本稿の一応の結論であるが、本稿で取り上げた仲裁人の忌避に関する諸問題について、学説、判例の蓄積はなく、更なる検討を要することは言うに及ばず、諸賢の教を乞うとともに、引き続き検討を重ねていきたい。

(1) 小島武司『仲裁法』179頁（青林書院、2000）（以下「小島・仲裁法」と略

- す)、小山昇『仲裁法〔新版〕』131-132頁(有斐閣、1983)(以下「小山・仲裁法」と略す)、齋藤ほか編『注解民事訴訟法〔第2版〕(11)』465-466頁〔河野正憲〕(第一法規出版、1996)(以下「河野・注解民訴」と略す)、谷口安平=井上治典編『新・判例コンメンタールVI』665頁(三省堂、1997)〔青山善充〕(以下「青山・新判コメ」と略す)参照。
- (2) 旧法に当たる「公示催告手続及び仲裁手続に關スル法律」(明治23年法律第29号)第8編は、1877年に制定されたドイツ民事訴訟法第10編(仲裁手続)を翻訳的に継受して旧民事訴訟法第8編として定められたものであるが、仲裁法制定まで100年以上にわたり実質的な改正はされなかった。
- (3) 仲裁法の立法経緯については、たとえば、青山善充「仲裁法の制定を振り返って」JCA ジャーナル50巻10号(2003)2頁参照。
- (4) 小島武司=高桑昭編『注釈と論点 仲裁法』111頁〔森勇〕(青林書院、2007)(以下「注釈仲裁法」と略す)参照。
- (5) 近藤昌昭ほか『仲裁法コンメンタール』75-76頁(商事法務、2003)(以下「近藤ほか・仲裁コメ」と略す)。
- (6) 小島・仲裁法191頁、貝瀬幸雄「仲裁人の忌避」松浦馨=青山善充編『現代仲裁法の論点』212頁(有斐閣、1998)。
- (7) 比較法的には、フランス、スイスでは、当事者が忌避決定機関を合意した場合、その忌避の決定は、終局的であり、それに不服であっても当事者は裁判所に対し忌避の申立てをすることができず、仲裁手続終了後、仲裁判断の取消手続において初めて忌避事由に基づき仲裁判断の取消しを申し立てることができる( YVES DERAÏNS AND ROSABEL E. GOODMAN-EVERARD, INTERNATIONAL HANDBOOK ON COMMERCIAL ARBITRATION SUPPL. 26 23 (Kluwer Law International 1998); WOLFGANG PETER AND CAROLINE FREYMOND, in STEPHEN V. BERTI *et al.* (eds.), INTERNATIONAL ARBITRATION IN SWITZERLAND AN INTRODUCTION TO AND A COMMENTARY ON ARTICLES 176-194 OF THE SWISS PRIVATE INTERNATIONAL LAW STATUTE 386 (Kluwer Law International 2000))。また、米国では、連邦仲裁法上、当事者は仲裁人の忌避の申立てを裁判所にすることができず、仲裁手続終了後、明白な偏頗または汚職を取消事由として定める10条a項2号に基づき仲裁判断の取消しを申し立てることができる(GARY B. BORN, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION VOL.1 1466 (Kluwer Law International 2009) (hereinafter referred to as "BORN, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION"))。
- (8) 仲裁法の下での仲裁人の忌避に関する論考として、豊田博昭「仲裁人の忌避(上)・(下)」JCA ジャーナル53巻9号(2006)2頁、同10号(2006)

10頁（以下「豊田・忌避（上）・（下）」と略す）、猪股孝史「仲裁人の忌避手続」法學新報113巻9・10巻（2007）18頁（以下「猪股・忌避手続」と略す）、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1号（2007）53頁（以下「日下部・諸問題」と略す）がある。

- (9) 近藤ほか・仲裁コメ76-77頁。
- (10) 注釈仲裁法111頁〔森〕参照。
- (11) 豊田・忌避（上）4頁。
- (12) 近藤ほか・仲裁コメ74頁。
- (13) [http://www.kantei.go.jp/foreign/policy/sihou/law032004\\_e.html](http://www.kantei.go.jp/foreign/policy/sihou/law032004_e.html)（2009年9月1日）。また、MASAAKI KONDO *ET AL*, *ARBITRATION LAW OF JAPAN* (Shojihomu 2004) に所収されている。
- (14) 同上。
- (15) UN Doc. A/CN.9/264, Analytical commentary on draft text of a model law on international commercial arbitration, Article 12, para.4. HOWARD M.HOLTZMANN AND JOSEPH E. NEUHAUS, *A GUIDE TO THE UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: LEGISLATIVE HISTORY AND COMMENTARY* 436 (Kluwer Law and Taxation Publishers 1989) (hereinafter referred to as “HOLTZMANN AND NEUHAUS, MODEL LAW GUIDE”).
- (16) See JULIAN D M LEW, LOUKAS A MISTELIS AND STEFAN M KRÖLL, *COMPARATIVE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION*, para. 13-9 (Kluwer Law International 2003) (hereinafter referred to as “LEW MISTELIS AND KRÖLL, COMARAITVE ARBITRATION”).
- (17) See LEW, MISTELIS AND KRÖLL, *COMPARATIVE ARBITRATION*, paras. 11-11,19; BORN, *INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION* 1473-1475; ALAN REDFERN AND MARTIN HUNTER WITH NIGEL BLACKABY AND CONSTANTINE PARTASIDES, *LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION*, para. 4-55 (Sweet & Maxwell 4<sup>th</sup> ed. 2004); FOUCHARD, GAILLARD, *GOLDMAN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION* paras.1028-1038 (Kluwer Law International 1999); KLAUS PETER BERGER, *INTERNATIONAL ECONOMIC ARBITRATION* 243 (Kluwer Law and Taxation Publishers 1993). もっとも、比較法的には、英国では、公正性のみを忌避事由として定めており（1996年仲裁法24条1項（a））、他方、スイスでは、独立性のみを忌避事由として定めているが（国際私法180条1項）、ここにいう独立性とは、独立した心理状態、つまり公正性の意味を包摂する概念であると解される（See PETER AND FREYMOND, *supra* note 7, at 382）。また、澤田壽夫「仲

裁人の独立」中野貞一郎ほか編『民事訴訟法の革新（上巻）』579頁（有斐閣、1991）は、「独立とは、客観的にみて、仲裁人が、当事者とそれに近い者、紛争の対象または自己の偏見による束縛を受けない状況をいい、不偏とは、仲裁人がいずれの当事者にも偏らず、また偏っているとみられるような行為をしないことをいう」と整理する。これに対し、小島・仲裁法181-183頁は、旧法の下ではあるが、「判断者には、職務の性質上、不当な影響の排除（中立性の確保）が求められるが、こうした不当な影響をもたらすものとしては、他者への従属（独立性の欠如）、および、一方当事者との間に利害関係など公正を妨げるべき事情があること（公平性の欠如）が挙げられる」とし、前者の独立性は、「忌避事由とは異なり留保なく手続行為を行っても後日仲裁判断取消事由として主張できなくなるということはないので、仲裁人の独立性は、忌避とは別に独自の意義をもつものととらえるのが妥当である」といい、忌避事由とは考えていない。

- (18) REDFERN AND HUNTER, *supra* note 17, para. 4-54.
- (19) BORN, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, at 1475.
- (20) 三宅省三＝塩崎勤＝小林秀之編『注解民事訴訟法（1）』229頁〔西野喜一〕（青林書院、2002）。
- (21) 小山昇『仲裁人の忌避について』3頁（日本商事仲裁協会、1973）（以下「小山・仲裁人の忌避」と略す）。
- (22) 同上。
- (23) 注釈仲裁法・111頁〔森〕は、「基本的には同義に解してよかろう」という。これに対し、三木浩一＝山本和彦編『新仲裁法の理論と実務』157頁〔山本和彦発言〕（ジュリスト増刊）（有斐閣、2006）（以下「ジュリ座談会」と略す）は、裁判官の場合の忌避事由である「公正を妨げるべき事情」に対し「公正性・独立性を疑うに足りる相当な理由」は緩和されているという。
- (24) 小島・仲裁法186頁、青山・新判コメ667頁、小山・仲裁法133頁、河野・注解民訴471頁参照。
- (25) 日下部・諸問題57頁で挙げられた例。
- (26) 日下部・諸問題57頁参照。
- (27) 小山・仲裁人の忌避6頁参照。
- (28) 小島武司＝高桑昭編『注解仲裁法』110-111頁〔森勇〕（青林書院、1988）（以下「注解仲裁法」と略す）、注釈仲裁法109-111頁〔森〕、小島・仲裁法186頁、河野・仲裁法472頁、ジュリ座談会157頁〔山本発言〕。青山・新判コメ665頁は、「除斥や回避の制度がなく、忌避事由は裁判官の場合より広い」といい、仲裁人の場合、裁判官の除斥事由に当たる事実のうち忌避事由として認めることになるものがあることから、その分忌避事由が裁判官の場合と

比べて広いと解しているようにも思われる。また、小島・仲裁法181-183頁は、他者への従属がないことを独立性とし、これを忌避事由とは別に捉えるが、独立性の要件は、個々の組織内の関係や事案の内実に応じて、緩厳の度合いに違いがあってもよいとし、仲裁申立人の会社の代表者の1人が単独仲裁人となっても、個別具体的事情を考慮してこれが許容されることもあるとし、裁判官の場合と比べて独立性の要件を緩く考えるべきであると解しているようにも思われる。

- (29) 豊田・仲裁人の忌避（上）7頁、BORN, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, at 1482-1483.
- (30) 比較法的には、英国、フランスにおいて、仲裁人は裁判官と同一の基準で忌避しようとされる（LEW, MISTELIS AND KRÖLL, COMPARATIVE ARBITRATION, para. 11-9; BORN, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, at 1484; DERAIS AND GOODMAN-EVERARD, *supra* note 7, at 22）。これに対し米国では、連邦仲裁法上、Commonwealth Coatings Corp.v. Continental Casualty Co., 393 U.S.145（U.S. S. Ct. 1968）に依拠し、仲裁人の公正性の基準は裁判官に比べてより厳格であるとされるが（LEW, MISTELIS AND KRÖLL, COMPARATIVE ARBITRATION, para. 11-9; BORN, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, at 1483）、同判決の同意意見を示したホワイト裁判官の見解に依拠し、裁判官に比べてより緩く解する下級審判例もあるとの指摘がある（BORN, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, at 1468-69, 1482-83）。
- (31) これに対し、ジュリ座談会157頁〔山本発言〕は、裁判官の場合の忌避事由は、仲裁人の場合に比べて緩和されているといい、その理由について、国家がその資格を一般的・制度的に担保している裁判官と、そのような担保のない仲裁人という、性質的な違いを指摘する。
- (32) もっとも、裁判官の場合、除斥事由が法定されており、(3) で見たように、裁判の公正を妨げるべき事情に当たらない事由も除斥事由に挙げられており、その分、裁判官の場合、職務執行から排除される範囲は広がる。また、忌避事由に関しては、除斥事由を併せて見ると、その分、裁判官の場合、忌避事由の範囲は、仲裁人の場合よりも狭くなる（この点に関し注（28）を参照）。また、BORN, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, at 1486-88 は、国際仲裁の場合、裁判官に適用される国内的基準を仲裁人に適用することは、仲裁を選択した当事者の意図にも反し妥当でないというが、判断者の公正性を確保するという点において、国際仲裁における仲裁人と裁判官との間に本質的な違いはなく、忌避事由の範囲は両者の間で異ならないと解される。

- (33) 注釈仲裁法109頁、120-122頁〔森〕、小島・仲裁法186頁。また、豊田・忌避(上)10頁注(11)参照。注釈仲裁法122頁〔森〕は、仲裁人の公正性・独立性は、個々の仲裁人ではなく、トータルとして「仲裁廷全体の中立性」が確保されていればよしとすべきである、という。
- (34) See BORN, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, at 1492-1493.
- (35) 近藤ほか・仲裁コメ132頁。
- (36) 小島・仲裁法181頁。
- (37) 日下部・諸問題58頁。
- (38) 近藤ほか・仲裁コメ74頁。
- (39) UN Doc. A/CN.9/264, *supra* note 15, Article 12, para.4.
- (40) UN Doc. A/40/17, Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session, paras.116-119.
- (41) 近藤ほか・仲裁コメ132頁。
- (42) ジュリ座談会164頁〔三木浩一発言〕。
- (43) この合意の有効性については、2.(4)で検討する。
- (44) 逆に、日下部・諸問題59頁は、当事者の忌避権を実効あらしめるために必要なものであり、忌避権の事前放棄は認めるべきではないとの立場から、開示義務の免除も認めるべきではないという。
- (45) ジュリ座談会164頁〔三木発言〕。これに対し、日下部・諸問題59頁は、「仲裁人就任後も継続的に調査義務を負うことは過度の負担となるため、かかる調査義務は就任依頼を受けた段階及び特に当事者が要求した時点にのみ存すると考えたい」という。
- (46) 当事者が仲裁合意に基づき紛争の解決を第三者である仲裁人に付託する仲裁人との契約を仲裁人契約といい、仲裁人契約は、一方当事者が選任する仲裁人を含め仲裁人の選任方法の如何に係わらずすべての仲裁人について、全当事者と仲裁人との間で成立すると解される(小島・仲裁法174頁、河野・注解民訴447頁、上野泰男「仲裁人契約」松浦馨=青山善充編『現代仲裁法の論点』229頁(有斐閣、1998)参照。反対、小山・仲裁法121頁、注解仲裁法95頁〔石川明=大内義三〕)。
- (47) これに対し、ジュリ座談会167頁〔近藤昌昭発言〕は、「仲裁手続において、忌避事由よりも広い事由の開示義務を課している趣旨を活かすためにはその手続違反は取消事由になるのが原則ではない」とかという。同旨、注釈仲裁法113頁〔森〕。また日下部・諸問題60頁は、「基本的には、非開示事由が忌避事由に該当している場合は、仲裁判断取消が認められるべきで、忌避事由には該当していなかった場合は、仲裁判断取消は認められるべきではないと考

えられる」というが、仲裁人候補者が開示しなかった事由が忌避事由に該当していなかったとしても、別の候補者を仲裁人に依頼する場合もあり、「この問題を一概に論じることは性質上困難といわざるを得ない」という。

- (48) 近藤ほか・仲裁コメ94頁。
- (49) 小山・仲裁法126頁。
- (50) 小島・仲裁法178頁、小山・仲裁法126頁、青山・新判コメ669頁、上野・前掲注(46)234頁、注解仲裁法97頁〔石川＝大内〕、河野・注解民訴450頁。
- (51) ジュリ座談会175頁〔小島武司発言〕。
- (52) UN Doc.A/CN.9/246, Report of the Working Group on International Contract Practices on the work of its seventh session, paras. 43-44.
- (53) UN Doc. A/40/17, *supra* note 40, para.128.
- (54) この点、規則レベルでは、たとえば、ICC（国際商業会議所）仲裁規則12条1項は、仲裁人が辞任するには、ICC国際仲裁裁判所の同意が必要であるとして、濫用的辞任を防止する措置を講じているとされる（*See YVES DERAINS AND ERIC A. SCWARUTZ, A GUIDE TO THE ICC RULES OF ARBITRATION* 193 (Kluwer Law International 2<sup>nd</sup> ed. 2005)）。
- (55) ジュリ座談会176頁〔山本発言〕。
- (56) 拙著『仲裁法なるほどQ&A』134頁（中央経済社、2004）では、仲裁人の辞任に正当理由が要求されると述べたが、本稿では、とりわけ、仲裁法の立法意思を重視し、見解を改める。
- (57) 近藤ほか・仲裁コメ85頁。
- (58) UN Doc. A/CN.9/246, *supra* note 52, para.38; UN Doc. A/40/17, *supra* note 40, para.128.
- (59) UN Doc. A/CN.9/SR.314, Summary Record reproduced in HOLTZMANN AND NEUHAUS, MODEL LAW GUIDE, at 436.
- (60) UN Doc. A/CN.9/264, *supra* note 15, Article 13, para.4.
- (61) 仲裁法21条2項は、忌避手続中に仲裁人が辞任したという事実のみから、当該仲裁人について忌避事由があるものと推定してはならない旨規定する。
- (62) 同旨、猪股・忌避手続18頁。これに対し豊田・忌避（上）16頁は、明文の規定に抵触することから、現行法の枠内では直ちに賛成し難い、という。
- (63) UN Doc. A/40/17, *supra* note 40, para.129.
- (64) 近藤ほか・仲裁コメ207頁。
- (65) 日下部・諸問題60頁。
- (66) A/CN.9/246, *supra* note 52, para.38.
- (67) 近藤ほか・仲裁コメ204頁。
- (68) *See* HOLTZMANN AND NEUHAUS, MODEL LAW GUIDE, at 409-410.

- (69) 猪股・忌避手続16頁、日下部・諸問題61頁。
- (70) 猪股・忌避手続16頁。
- (71) UN Doc.A/CN.9/263, Analytical complication of comments by Governments and international organizations on the draft text of a model law on international commercial arbitration: report of the Secretary-General, Article 13, para. 4.
- (72) HOLTZMANN AND NEUHAUS, MODEL LAW GUIDE, at 408.
- (73) 民事訴訟法24条2項(旧37条2項)は、「当事者は、裁判官の面前において弁論し、又は弁論準備手続において申述したときは、その裁判官を忌避することができない。ただし、忌避の原因があることを知らなかったとき、又は忌避の原因がその後が生じたときは、この限りでない」と規定する。
- (74) 小島・仲裁法192頁、青山・新判コメ668頁、飯塚重男「仲裁人の責務執行基準」松浦馨＝青山善充編『現代仲裁法の論点』226頁(有斐閣、1998)、注解仲裁法112頁〔森〕。また、モデル法の解釈としても、同様に忌避権を喪失するという立場として、LEW, MISTELIS AND KRÖLL, COMPARATIVE ARBITRATION, para. 13-44 がある。
- (75) 小山・仲裁人の忌避6-9頁。もっとも、小山・仲裁法133頁は、民訴訟35条(現23条)が定める裁判官の除斥事由は、仲裁制度への信頼を弱める事由であり、仲裁人個々への信頼とは別の問題であると捉えた上で、仲裁人は当事者が選任するのであるから、除斥事由の存する者であっても、これらの事由を知らず、これを仲裁人に選任することは妨げられず、これを理由に忌避することは許されないとされ、この見解によれば、たとえば、民訴訟23条1項1号の「仲裁人が事件の当事者である場合」であっても、当事者は忌避権を喪失しうると解されるが、そうであるならば、見解を改めているように思われる。
- (76) 近藤ほか・仲裁コメ77頁、青山・新判コメ665-666頁。
- (77) 河野・注解民訴471頁参照。
- (78) 近藤ほか・仲裁コメ77頁。
- (79) 小山・仲裁人の忌避5頁。
- (80) 注釈仲裁法109頁〔森〕。
- (81) 小山・仲裁人の忌避8頁参照。
- (82) 豊田・忌避(上)3頁参照。
- (83) 小山・仲裁人の忌避9頁参照。これに対し青山・新判コメ666頁は、裁判官の除斥事由に当たる事由があることを知った上で仲裁人に選任するのであれば、その仲裁人を当然に職務から排除する必要がなく、また、受諾して仲裁人になるのであるから、裁判官の場合のような自らの意思に基づく回避の



制度は不要であるという。同旨、豊田・忌避（上）3頁、注解仲裁法106頁、110頁〔森〕。

- (84) 小山・仲裁人の忌避6頁-9頁は、旧法下において、裁判官の除斥事由に類するものを定型的忌避事由と呼び、このうち、自分の主張の当否を自分で判断することになる場合のような型を絶対的定型的忌避事由と呼び（その場合、仲裁人の選任は無効であり、当該仲裁人が関与した手続は全体として不適法となる）、それ以外のものを相対的定型的忌避事由と呼び、また、裁判官の忌避事由に相当するものを一般条項的忌避事由と呼ぶ（相対的定型的忌避事由は、一般条項的忌避事由とは異なり、当該関係を証明することにより不公正への具体的な疑いをまたずして忌避することを可能とする）。本稿では、この分類を参考にしつつ、一般に、不公正が極めて重大で公序に反し、仲裁人が当然に職務執行から排除される事由を絶対的忌避事由と呼び、そこまで重大ではないが、公正な仲裁を受ける当事者の利益を保障するため当事者が申立てによって仲裁人を職務執行から排除しうる事由を相対的忌避事由と呼ぶこととする。この場合、絶対的定型的忌避事由はすべて絶対的忌避事由になると解されるが、相対的定型的忌避事由については、当該行為から不公正を高度の蓋然性をもって推認することができなくても、当該関係のみで忌避事由になるとするが、1.（3）で見たように、そもそも仲裁人を職務執行から排除すべき理由とはなりえないものがあり、相対的定型的忌避事由のすべてがそれ自体の関係でもって忌避事由となるとは解されない。
- (85) 猪股・忌避手続16頁、24-25頁参照。
- (86) 仲裁法23条2項本文は、「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」と定める。
- (87) 拙著・掲掲注（56）131頁において、仲裁人に要求される公正性、独立性の要件は、強行規定であり、異議権は喪失せず、当事者が適時に仲裁人の忌避事由に基づく異議を述べなくとも、仲裁判断の取消手続、あるいは、仲裁判断の執行手続においてこれを初めて主張することは禁じられていないとの私見を述べたが、本稿では、この見解を改める。
- (88) IBAのウェブサイト〈<http://www.ibanet.org/>〉（2009年9月1日）に搭載されている。
- (89) 小山・仲裁人の忌避2頁。
- (90) 日下部・諸問題58頁。
- (91) 注釈仲裁法116頁〔森〕、猪股・忌避手続23頁、日下部・諸問題62頁。また、

モデル法を採用しわが国の仲裁法と同じ規定を置くドイツ仲裁法（民事訴訟法第10編）は、当事者がこの期間経過後に忌避事由を主張することを許容していないとされる（Patricia Nacimiento and Amelie Abt, in Karl-Heinz Böckstiegel *et al.* (eds.), *ARBITRATION IN GERMANY THE MODEL LAW IN PRACTICE* 230 (Kluwer Law International 2007)。

- (92) 猪股・忌避手続23頁。
- (93) 豊田・忌避（下）16頁。
- (94) 同上。
- (95) 近藤ほか・仲裁コメ102頁。
- (96) UN Doc.A/40/17, *supra* note 40, para.161.
- (97) この点についてモデル法採用国の判例は見解が分かれているが、これを肯定するものとして、TAN POH LENG STANLEY V TANG BOON JEK JEFFREY, [2001] 1 SLR 624, 30 NOVEMBER 2000 HCがある一方で、これを否定するものとして、Bundesgerichtshof, III ZB 83/02, March 27, 2003, German Arbitration Journal, SchiedsVZ 2003, 133がある。前者は、条文の「申し立てることができる（may request）」という文言の文理解釈に、後者は、ドイツ仲裁法の立法者の意思をそれぞれ根拠とする。この判例の概要は、拙稿「判例から見る仲裁法」JCA ジャーナル53巻8号（2006）62頁参照。
- (98) HOLTZMANN AND NEUHAUS, MODEL LAW GUIDE, at 407-408.
- (99) 事務局が作成した第3案には、仲裁廷によりまたは当事者が合意した忌避手続により忌避が認められなかった場合、忌避する当事者は、仲裁判断の取消しの申立てにおいてのみ裁判所に異議を主張することができる、あるいは、15日以内に裁判所に対し忌避の決定を求めることができる、という2つの案が示されていた（U.N.Doc. A.CN.9/WG.II/WP/45, Article X（3） reproduced in HOLTZMANN AND NEUHAUS, MODEL LAW GUIDE, at 419）。
- (100) UN Doc. A/CN.9/245, Sixth session of the Working Group on International Contract Practices (Vienna, 29 August-9 September 1983: Report of the Working Group on the work of its sixth session), para. 212.
- (101) UN Doc. A/40/17, *supra* note 40, para.124.
- (102) UN Doc. A/CN.9/264, *supra* note 15, Article 13, para.5.
- (103) 猪股・忌避手続23頁。
- (104) 同上。
- (105) 猪股・忌避手続24-25頁。
- (106) 猪股・忌避手続25頁。

- (107) モデル法の解釈として、BERGER, *supra* note 17, at 270は同旨。
- (108) 豊田・忌避（下）16頁は、30日の期間については、ドイツの学説に依拠し、当事者はそれとは別の期間を合意することができるというが、その根拠は示されていない。なお、ドイツ仲裁法は、これに変更を加え、1037条3項で当事者が別の期間を合意することを明文で認めている。
- (109) 近藤ほか・仲裁コメ86頁。
- (110) 旧法下の学説として、小山・仲裁法143頁は、仲裁人の自由な意見によって決すべきであるという。同旨、小島・仲裁法196頁。
- (111) 猪股・忌避手続33頁参照。
- (112) 猪股・忌避手続36-38頁、日下部・諸問題62頁参照。また、豊田・忌避（下）19頁はこの決定に既判力を認める。
- (113) 豊田（下）・16頁。
- (114) 同上。また、注釈仲裁法117頁〔森〕は、単に「問題の仲裁人が関与した審理は、そのまま効力を保持する」という。
- (115) 猪股・忌避手続36頁。
- (116) 同上
- (117) 同上。
- (118) 小島・仲裁法194頁、小山・仲裁法142頁、河野・注解民訴474頁、青山・新判コメ669頁。
- (119) 三宅ほか・前掲注（20）249頁〔西野〕。
- (120) 注釈仲裁法116頁〔森〕参照。
- (121) 同上参照。See also LEW, MISTELIS AND KRÖLL, COMPARATIVE ARBITRATION, para. 13-36.
- (122) 注釈仲裁法116頁〔森〕は、「いずれにしても事後的に問題となる事柄であるから、忌避の裁判を続行させるのが、訴訟経済にかなおう」という。また、猪股・忌避手続36-37頁、豊田・忌避（下）19頁参照。モデル法を採用し、わが国の仲裁法と同じ規定を置くドイツ法の解釈としてこれと同じ見解に立つものがある（Nacimiento and Abt, *supra* note 91, at 231）。
- (123) 猪股・忌避手続37頁。
- (124) 新堂幸司＝小島武司編『注釈民事訴訟法（1）』363-365頁、369頁〔三上威彦〕（有斐閣、1991）。
- (125) LEW, MISTELIS AND KRÖLL, COMPARATIVE ARBITRATION, para. 13-60.
- (126) 注解仲裁法113頁〔森〕参照。
- (127) 注解仲裁法113頁〔森〕、小山・仲裁法142頁。もっとも、小山・仲裁人の忌避23頁では、「絶対的忌避事由に基づく忌避の争いについては、裁判所の裁判権を排除してもっぱら裁判所に非ざる者または機構にこれを判断させる

ことは許されず、これに反する合意は違法で無効である」とした上で、「その他の忌避事由にもとづく忌避については放棄が許されるのであるから、第三者に裁判させる合意も許される」とし、相対的忌避事由については、忌避最終裁定条項は有効であると解しているように思われる。

- (128) 猪股・忌避手続45頁参照。
- (129) 同上。
- (130) 小山・仲裁人の忌避23頁。
- (131) この点に関し猪股・忌避手続25頁は、「仲裁人の忌避は、制度としてこれを保障し、そして、より早い段階で裁判所がこれに関与する機会を保障しておく必要があるものの、あくまで忌避であって除外ではない以上、当事者が全く処分できないような性質のものではないのだから、裁判所に対する忌避申立権が強行規定だとされるその趣旨も、そのようなものとして理解しているのではなかろうか」という。
- (132) 仲裁法は44条1項8号において、「仲裁判断の内容が、日本における公の秩序又は善良な風俗に反すること」を取消事由に挙げるが、立法担当者によれば、この取消事由には、実体的公序のみならず手続的公序も含まれるとされる（近藤ほか・仲裁コメ253頁）。これに対し、ジュリ座談会341-342頁〔三木発言〕は、「仲裁判断の内容」という文言を重視し、手続的公序を含まないと解釈すべきであるというが、この規定が依拠し実質的に同じ内容を定めたモデル法34条2項(b)(ii)は、立法過程の審議によれば、手続的公序を含むとしており（UN Doc. A/40/17, *supra* note 40, para.297）、仲裁法の立法者の意思に依拠して解釈すべきであろう。
- (133) 近藤ほか・仲裁コメ249頁。
- (134) 同上。
- (135) 小山・仲裁人の忌避18頁。もっとも、小山・仲裁法143頁は、旧法下において忌避認容の確定判決による該仲裁人がなした仲裁判断は訴えにより取り消されるべきものとなるといい、忌避事由それ自体で仲裁判断が取り消されると解しているようにも思われるが、そうであるならば、ここでも見解を改めていることになる。また、日下部・諸問題60頁は、仲裁法上、忌避事由がある場合、仲裁判断取消しは認められるべきであるという。
- (136) 小山・仲裁人の忌避18頁。
- (137) 河野・注解民訴466頁参照。
- (138) 注(47)参照。