

한일 국제중재 심포지움

國際仲裁と國際私法*

— 立法論的視點から —

中野俊一郎 **

〈 목 차 〉

はじめに

I. 仲裁法の適用範圍 (仲裁手續の準據法)

II. 仲裁契約の準據法

III. 仲裁可能性 (仲裁適格) の準據法

IV. 仲裁契約準據法と消費者保護

V. 實體判斷の準據法

おわりに

* 이 논문은 2002년도 한국중재학회의 한일 국제 중재 심포지움에서 발표된 논문임.

** 神戸大學大學院法學研究科 教授

はじめに

韓国の仲裁法改正から少し遅れて、現在日本では、司法制度改革推進本部におかれた仲裁検討會を中心に、仲裁法の改正作業が急ピッチで進められています。その進捗状況や方向性については、検討會の座長である青山先生からご報告を頂きますが、改正作業の過程においては、國際仲裁に固有の論點がいくつか浮上しております。従来、日本においては、國際仲裁の利用はあまり活發でなく、例えば、代表的仲裁機關である國際商事仲裁協會の場合、年間20件前後の仲裁申立てがあるにすぎません。このような状況を改善し、國際仲裁の利用を活性化するというのが、仲裁法改正の重要な目的の一つであります。そのためには、國際仲裁をめぐる問題についても、可能な範圍で明確な立法的手當てをすることにより、日本を、國際取引従事者にとって、信頼度の高い仲裁地にすることが望まれます。しかし、これらは理論的に複雑な問題を含むことが多いえ、UNCITRALモデル法やニューヨーク條約との整合性も問われますため、作業は容易ではありません。

幸い、私どもの眼前には、よいお手本として、モデル法やドイツ法を十分に参照しながら作り上げられた、韓国の新仲裁法があります。私どもの検討會の作業でも、韓國仲裁法はしばしば参照されております。その立法過程では、韓國仲裁學會が重要な役割を果たしたと聞きますので、本日は、日本の仲裁法改正が抱える問題について、學會員の皆様と率直な意見交換をする機会をもつことができ、私どもは心より感謝しております。

そこで以下におきましては、國際仲裁と國際私法の接點に位置するいくつかの問題を取り上げ、主として立法論的見地から考えてみたいと思います。なお、報告中で述べる意見は、全て私の個人的見解にすぎません。

I. 仲裁法の適用範囲（仲裁手続の準據法）

韓国仲裁法2條は、モデル法（1條2項）やドイツ法（1025條）にならい、本法は仲裁地が國內にある場合に適用されると規定しています。これは、国際仲裁手続に適用される法（手続準據法）の決定という視点から見ると、仲裁地という連結点を使って、仲裁手続準據法を決めることを意味します。従來の學説上は、仲裁は當事者の合意に基づく自治的紛争解決手段であり、裁判のような屬地的性質に乏しいという理由から、仲裁手続準據法について當事者の法選擇（當事者自治）を認める考え方が、ドイツを中心にかなり有力でした。しかし、モデル法が仲裁地法の屬地的適用の考え方を採用して以來、ドイツも當事者自治説を捨ててこれにならい、現在では、手続準據法について當事者自治を認める立法は、エジプト法（1條）など、かなり少数になっています。

では、そこでいう「仲裁地」とはどのような概念でしょうか。韓国仲裁法21條は、ドイツ法（1043條）やモデル法（20條）と同じく、當事者が合意で仲裁地を定めることができるとしており、それ以上に、例えば、現實にそこで審問手続が行われるべきことは要求しておりません。換言すれば、現實の審問手続地とは無關係に、當事者が「仲裁地」として指定した地が、仲裁手続準據法や仲裁判斷取消訴訟の管轄を決定するわけです。この意味で、現在では、仲裁地は「虚構的」(fictitious)なものでもよいとする考え方が、世界的に有力になりました。最近のオリンピックでよく使われるスポーツ仲裁裁判所（C A S）が、審問地のいかに問わず、スイスのローザンヌを仲裁地とするのは、その代表例といえましょう。

このような、場合によっては虚構的でありうる「仲裁地」を連結点として仲裁手続準據法を決めるということは、實質的には、

当事者が合意で自由に仲裁手続準據法を決めることと変わりません。従って、ここで「仲裁地法の屬地的適用」という言葉を使うことは、あまり適切でないと思いますが、表現や理論的説明の仕方はそれ自體として重要なものではなく、大事なことは、仲裁を利用する者のニーズに適った立法をすることでしょう。そうだとすれば、このような「仲裁地」概念を前提として仲裁手続法の適用範囲を決めるのが、当事者自治を正面から認めるよりも、法適用の簡明さという点で優れると思われ、この点で、韓國法をはじめとする最近の多くの立法例は支持できると考えます。

II. 仲裁契約の準據法

國際的な仲裁合意の有効性や効力をいずれの國の法によって判断するかという問題は、従来、實務的にはあまり問題になりませんでした。むしろ實務的重要性をもつのは、仲裁契約が書面によるかどうかを、どの國の法で判断するかという問題（仲裁契約の方式の準據法）ですが、これについては、韓國仲裁法8條2項やモデル法7條2項のような實質規定を國內法におき、これを國際的な仲裁合意にも直接適用するという手法（いわゆる「涉外實質法」的規律）が一般的になっています。

他方、日本では、最近の最高裁判決（リングリング事件判決：最高裁1997年9月4日判決民集51巻8號3657頁）により、仲裁契約の準據法問題が一躍脚光を浴びました。この事件では、日本法人と米國法人が締結したサーカス興行の契約中に、「日本側当事者が仲裁申立てするときは米國、米國側当事者が申し立てるときは日本で仲裁を行う」旨の合意（いわゆる「クロス式仲裁合意」：大韓商事仲裁協會と國際商事仲裁協會との間の商事仲裁協定1條をも参照）がありました。ところが、日本側当事者が、米國法人の代表者に對し、日本の裁判所で不法行為訴訟を起し

たことから、これが仲裁契約に反するかどうかが問題となりました。米國法によれば、本件のような訴えも仲裁契約の範囲内とされるのに對して、日本法ではそうでないために、仲裁契約準據法が日本法か米國法かが争われたわけです。最高裁判所は、本件仲裁契約の準據法については明示の合意がないが、日本側当事者はほんらい米國で仲裁申立てすべきだから、仲裁地は米國であり、そこから当事者の默示意思を推定すると、仲裁契約準據法は米國法になるとして、米國側当事者からの仲裁の抗辯を認めました。

このように、仲裁契約準據法について、第一次的には当事者の合意（当事者自治）を認め、それがない場合は仲裁地法を適用する、というのが従來の多數説です。ところが、この考え方では、本件のようなクロス式合意の場合、いずれの当事者が仲裁申立てするかによって、一つの仲裁契約が別々の準據法で判断されてしまいます。そのため、仲裁地ではなく、主契約（本件ではサーカス興行契約）の準據法を仲裁契約準據法とする見解も増えつつあります。しかし、仲裁地と主契約準據法のいずれを優先させるかについては、未だ見解の一致はないうえ、仲裁地未定の場合には、他に適當な連結點がないという問題もあります。

おそらくはそのような事情から、仲裁契約準據法について一般的な規定をおく立法例は、スペイン、スイスなど少數にとどまります。ニューヨーク條約もモデル法も、仲裁判断取消事由ないし執行拒絶事由としての仲裁契約の有効性判断について、第一段階として当事者自治、第二段階として仲裁地法の適用を定めるにすぎません（つまり、裁判所での妨訴抗辯に際し仲裁契約の効力が問題となる場合の準據法については定めていません）。韓國仲裁法36條もこれになっています。

假に一般規定を考えるとすれば、まず第一段階として当事者自治を認

め、そこに黙示の合意も含める。例えば、主契約準據法に関する明示の合意があれば、黙示の合意ありとして、それを仲裁契約準據法とする。第二段階として、仲裁地法を準據法とする。そこまでは決められるのですが、その次の第三段階が、どうもうまく書けないように思われます。ある意見によれば、「仲裁の対象となる法律関係の準據法」を第三段階にせよというのですが、仲裁では複数の契約が問題となったり、不法行為や物権が並行して争われることもあるので、必ずしも完全な規則にはなりません。また、「仲裁契約締結地」を連結点とする考え方もありますが、これが理由に乏しいことは昔から批判のあるところです。

このように考えて参りますと、仲裁契約準據法について一般規定をおくのは難しく、モデル法や韓國法の線にとどめておくのが得策であるように思われます。

Ⅲ. 仲裁可能性（仲裁適格）の準據法

これよりさらに難しい問題として、仲裁可能性の準據法があります。いかなる紛争について仲裁による解決を許すかは、法廷地の公序に関係しますので、仲裁可能性は全て法廷地法で判断すればよいとの考え方があります。しかし、これによると、例えば英國で仲裁可能な問題について、英國を仲裁地とする仲裁が合意されたにも拘わらず、一方当事者が韓國で訴訟提起し、法廷地である韓國の法律上仲裁可能性がないすると、仲裁合意の効力は否定されてしまいます。そこで、当事者意思の可及的尊重という見地からは、仲裁可能性を仲裁契約の問題と見て、公序に反しない限り、仲裁契約準據法で決めるという考えが主張されます。私個人としてはこれがよいと思うのですが、他にも實體準據法を重ねて適

用する見解や、仲裁手続準據法（仲裁地法）による見解などがあり、意見は一致しません。

ニューヨーク条約（5條2項(a)）、モデル法（34條2項(b)(i)、36條1項(b)(i)）は、法廷地法上の仲裁可能性缺如を取消事由ないし執行拒絶事由にしています。韓国仲裁法36條2項も同様です。上に見たように、仲裁契約準據法につき一般規定の定立に困難があるとすれば、仲裁可能性についても、この範囲での立法にとどめておくのが妥當ではないでしょうか。

IV. 仲裁契約準據法と消費者保護

消費者・企業間の契約について仲裁合意を許すかどうかは、未だ見通しのつかない問題ですが、假にこれを認めるとすれば、仲裁契約準據法について当事者の自由な法選擇合意を許すこととの関係が問われます。約款中の仲裁條項で、消費者に不利な準據法が定められる危険があるからです。韓国やドイツは約款規制法でこの問題に對處しておりますし、日本でも同様の規律を考えるべきだとの聲がありますが、いずれにせよ、基本的には、國內の仲裁合意に關する消費者保護の規律を、國際事件でも、國內に住む消費者のために強行的に適用する、という方針がよいと思います。解釋論的に對應しようとするれば、「公序による外國法の適用排除」によるか、「内國強行法規の特別連結」という手法を用いることになりましょう。さらに、例外的なケースでは、内國企業と外國消費者の間の仲裁合意の効力（準據法は内國法）が内國裁判所で問題となる場合に、消費者の常居所地である外國の法で消費者保護を圖るべきかどうか問題になりえます。理論的見地からはこれを肯定する餘地もありますが、立法で踏み込むべき問題ではないと考えます。

V. 實體判断の準據法

通常の国際取引契約では契約の準據法が合意され、これが仲裁手続でも尊重されることは当然であり、韓国仲裁法29條1項も、モデル法（28條1項）にならい、このような当事者自治の尊重を明記しています。問題は、当事者が準據法について合意していない場合です。裁判であれば、法廷地の国際私法が適用されて準據法が決まりますが、仲裁ではどうか、というのがここでの問題です。

裁判が法廷地に密接に關係するように、仲裁は「仲裁地」と不可分の關係に立つから、仲裁人は「仲裁地の国際私法」に従うべきだ、との主張もないではありませんが、世界的に見ると、このような考え方はあまり支持されません。必ずしも法律専門家とは限らない仲裁人に、裁判官と同等の正確な法適用を要求することは難しいし、ここで仲裁人の自由を制約することは、国際仲裁の利點である柔軟性を失わせるから妥當でない、との考え方が根強いからです。このような見地から、モデル法（28條2項）は、当事者による實體準據法の指定がない場合、仲裁人は「適當と考える国際私法」を使って準據法を決めることとしました。これに従う國は少なくありませんが、最近では、フランス法やオランダ法のように、仲裁人は、いずれかの国際私法の適用を考える必要すらなく、自らが「適當と考える（實質）法」を適用すればよい、との規定をおく國も見られます。これが、法適用に關する仲裁人の裁量を最大限に尊重する趣旨であることは、言うまでもありません。

これらに對して、最近では、ドイツ（1051條2項）、スイス（国際私法187條1項）、イタリア（834條）、スペイン（62條）など、仲裁人は「紛争對象が最も密接に關係する法」を適用すべきであると定める立法が増えています。韓国仲裁法29條2項もこれに屬しま

す。これは、モデル法型やフランス法型の規律では、仲裁人による恣意的な法適用を導く可能性があることを考慮したものと思われる。

ここで我々は、仲裁人がこれらの規定に反し、誤った法を適用した場合に、それが取消事由になるかどうか、という問題を考える必要があるでしょう。国内判決の場合、法適用の違背は上訴審の再審査に服するわけですが、外國判決の場合、法適用の誤りは基本的に審査の対象とならず、同様に仲裁でも、取消事由は厳しく制限されているからです。結論的にいうと、仲裁人が、当事者が明示的に合意した實體準據法を無視したり、合意がないにも拘わらず「善と衡平」によって判断した場合のように、「恣意的な法適用」を行った場合には、仲裁契約からの逸脱、あるいは一種の公序違反があったとして、取消しを認めてよいでしょう。しかし、それ以外の場合には、假に法適用の過誤があったとしても、仲裁判断の取消しはできないと思われます。そう考えないと、取消訴訟の亂發を招くからです。

このように、仲裁人による法適用違背が、原則として取消事由にならないとすれば、この点につき仲裁人の裁量を正面から認め、仲裁人は「適當と考える法」を適用すれば足りるというフランス法型の規定は、ある意味で正直なやり方なのかもしれません。しかし、仲裁人の法適用は恣意的であってはならないという意味で、一定の制約があることを示すことにも、意味がないわけではありません。そのような意味で、当事者による準據法指定がない場合、仲裁人に、「紛争が最も密接に關係する法」の適用を指示するドイツ・韓國法型の規定は、立法論として支持されてよいのではないかと考えます。

VI. 外國仲裁判断の承認執行

韓國仲裁法38條、39條は、外國仲裁判断の承認執行についてニューヨ

ーク條約によるほか、モデル法にならって、同條約の承認拒絶事由を取消事由とし、その不存在を内國仲裁判斷の執行拒絶事由にしています。これらについてはほぼ異論のないところかと思うのですが、他方、韓國仲裁法39條2項は、同條約の適用を受けない外國仲裁判斷について、外國判決の承認執行に關する民事訴訟法203條を準用しています。このように、外國判決と外國仲裁判斷をバラレルに扱うという考え方は、われわれ外國の者にはやや理解が難しいところとして、むしろドイツのように、ニューヨーク條約（1條3項）の相互主義留保を撤廢するか、條約と同内容の規定を國內法中におくという方が、内容的に整合性がとれて分かりよいように思うのですが、いかがでしょうか。

おわりに

國際仲裁の法的規律について論ずべき點はあまりに多く、日本の法改正作業のために残された時間はあまりに短く、私の能力はあまりにも限られております。極めて不十分な報告ではございましたが、ここで學會員の皆さまから多くのご意見やご批判を頂戴し、それを今後の改正作業に役立ててゆきたいと思ひます。

（主要参考文献）

- ・ 金祥洙「韓國改正仲裁法」JCA47巻8～11號（2000年）
- ・ 梁炳晦「韓國ADR概観」『アジア・太平洋諸國におけるADR』（別冊NBL）掲載豫定
- ・ 『仲裁法試案改定案に關する調査研究』（産業研究所、2000年）
- ・ 『仲裁法をめぐる最近の諸問題に關する調査研究』（産業研究所、2001年）
- ・ 『仲裁法試案2001年改訂』（日本海運集會所、2002年）
- ・ 『仲裁法改正の今後の展望』（別冊NBL67號）（商事法務研

究會、2002年)

- ・高桑昭 = 道垣内正人編・國際民事訴訟法(青林書院、2002年)420頁以下(青山善充ほか)
- ・高桑昭・國際商事仲裁法の研究(信山社、2000年)93頁以下
- ・道垣内正人「國際商事仲裁」『日本と國際法の100年(9)』(三省堂、2001年)79頁
- ・中野俊一郎 = 中林啓一「國際仲裁における實體判斷基準の決定と國際私法」『現代社會における民事手續法の展開(下)』(商事法務研究會、2002年)307頁
- ・中村達也「仲裁手續の準據法をめぐる基本的問題」JCA49卷5號(2002年)24頁
- ・松浦馨 = 青山善充編・現代仲裁法の論點(有斐閣、1998年)371頁以下(澤木敬郎ほか)

한일 국제중재 심포지움

국제중재와 국제사법*

-입법론적인 시점에서-

나카노 준이치로 **

(中野俊一郎)

〈목 차〉

들어가는 글

1. 중재법의 적용범위(중재절차의 준거법)
2. 중재계약의 준거법
3. 중재가능성(중재적격)의 준거법
4. 중재계약 준거법과 소비자 보호
5. 실체판단의 준거법
6. 외국 중재판단의 승인집행

끝으로

* 이 논문은 2002년도 한국중재학회의 한일 국제 중재심포지움에서 발표된 논문임.

** 고베대학 대학원 법학연구과 교수(神戸大學大學院法學研究科 教授)

들어가는 글

현재 일본에서는, 한국의 중재법 개정보다 약간 늦게, 사법제도 개혁추진본부에 설치된 중재검토회를 중심으로 중재법의 개정작업이 급속하게 이루어지고 있습니다. 그 진전사항과 방향에 대해서는 검토회의 의장인 아오야마씨가 보고를 하셨습니다만, 개정작업의 과정에서는, 국제중재에 고유한 논점이 몇 개 거론되고 있습니다. 원래 일본에서는 국제중재의 이용이 그다지 활발하지 않아서, 예를 들면 대표적 중재기관인 국제상사 중재협회의 경우, 연간 20여건의 중재신청이 있을 뿐입니다. 이러한 상황을 개선하고 국제중재의 이용을 활성화시키는 것이 중재법 개정의 중요한 목적 중의 하나입니다. 이를 위해서는 국제중재를 둘러싼 문제에 대해서도 가능한 범위 내에서 명확한 입법적 조치를 취함으로써, 국제거래종사자에게 일본을 신뢰도 높은 중재지로 만드는 것이 바람직합니다. 그러나 이것들은 이론적으로 복잡한 문제를 안고 있는 경우가 많을 뿐더러, UNCITRAL 모델법이나 뉴욕조약과의 정합성도 문제되기 때문에, 작업이 쉽지 않습니다.

다행히 우리들 앞에는 좋은 모델로서, 모델법과 독일법을 충분히 참고해서 만들어진 한국의 신중재법이 있습니다. 우리 검토회의 작업에서도 한국 중재법은 종종 참조되고 있습니다. 그 입법과정에서는 한국 중재학회가 중요한 역할을 감당했다고 들었기 때문에, 오늘은 일본의 중재법 개정이 안고 있는 문제에 대해서 모든 학회원과 솔직한 의견 교환을 할 수 있는 기회를 가지게 되어 진심으로 감사드립니다.

그래서 이하에서는 국제중재와 국제사법의 접점에 위치하는 몇가지 문제를 들어, 주로 입법론적인 견지에서 생각해보고 싶습니다. 덧붙여

보고 중에 말하는 의견은 전부 저의 개인적인 의견에 불과합니다.

1. 중재법의 적용범위(중재절차의 준거법)

한국중재법2조는, 모델법(1조2항)과 독일법(1025조)을 본떠서, 본 법은 중재지가 국내에 있는 경우에 적용된다고 규정하고 있습니다. 이것은, 국제중재절차에 적용되는 법(절차준거법)의 결정이라고 하는 시점에서 보면, 중재지라고 하는 연결점을 사용해서, 중재절차준거법을 결정하는 것을 의미합니다. 원래 학설상으로는, 중재는 당사자의 합의에 의거한 자치적인 분쟁해결수단이며, 재판처럼 속지적인 성질이 부족하다는 이유 때문에, 중재절차준거법에 대해서 당사자의 법선택(당사자자치)을 인정하는 사고가, 독일을 중심으로 상당히 유력했습니다. 그러나 모델법이 중재지법의 속지적 적용의 사고를 채용한 이래, 독일도 당사자 자치설을 버리고 이것을 따라, 현재는 절차준거법에 대해서 당사자자치를 인정하는 입법은, 이집트법(1조) 등, 매우 적은 것으로 되어 있습니다.

그렇다면 거기에서 말하는 「중재지」란 어떤 개념일까요? 한국중재법 21조는, 독일법(1043조)나 모델법(20조)와 마찬가지로, 당사자가 합의로 중재지를 정할 수 있게 하고 있고, 나아가 예를 들면 현실적으로 그곳에서 심문절차가 이루어져야 한다는 것은 요구하고 있지 않습니다. 다시 말하자면, 현실의 심문절차지와는 관계없이, 당사자가 「중재지」로서 지정한 땅이, 중재절차준거법이나 중재재판 취소소송의 관할을 결정하는 것입니다. 이러한 의미에서 현재, 중재지는 「허구적」(fictitious)인 것이라도 좋다 라는 사고가 세계적으로 유력하게 되었습니다. 최근 올림픽에서 자주 사용되는 스포츠 중재재판(CAS)이 심문

지의 여부를 불문하고, 스위스의 로잔을 중재지로 하는 것은 그 대표적인 예라고 할 수 있습니다.

이렇게, 경우에 따라서는 허구적일 수도 있는 「중재지」를 연결점으로 하여 중재절차준거법을 정한다는 것은, 실질적으로는 당사자가 합의로 자유롭게 중재절차준거법을 정하는 것과 다르지 않습니다. 따라서 여기에서 「중재지법의 속지적 적용」이라는 단어를 사용하는 것은, 그다지 적절하지 않다고 생각합니다만, 표현이나 이론적인 설명 방법은 그 자체로서 중요한 것이 아니고, 중요한 것은 중재를 이용하는 자의 필요에 적합한 입법을 하는 것이겠지요. 그렇다고 한다면, 이러한 「중재지」 개념을 전제로 해서 중재절차법의 적용범위를 정하는 것이, 당사자 자치를 정면으로 인정하는 것보다, 법적용의 간명함이라는 점에서 뛰어나다고 생각되며, 이 점에서 한국법을 시작으로 하는 최근의 많은 입법례는 지지할만하다고 생각합니다.

2. 중재계약의 준거법

국제적인 중재합의의 유효성이나 효력을 어느 국가의 법에 의해 판단할 것인가 라는 문제는, 원래 실무적으로는 그다지 문제가 되지 않았습니니다. 오히려 실무적으로 중요성을 가지는 것은 중재계약이 서면에 의할 것인지 아닌지를, 어느 국가의 법으로 판단할 것인가 하는 문제(중재계약방식의 준거법)입니다만, 이것에 대해서는 한국중재법 8조 2항이나 모델법 7조2항과 같은 실질규정을 국내법에 두고, 이것을 국제적인 중재합의에도 직접 적용한다는 수법(이른바 「섭외실질법」적 규율)이 일반적입니다.

한편, 일본에서는 최근의 최고재판결(링링사건판결: 최고재 1997년

9월4일 판결민집 51권 8호 3657페이지)에 의해, 중재계약의 준거법문제가 일약 각광을 받았습니다. 이 사건에서는 일본법인과 미국법인이 체결한 서커스 흥행계약 중에, 「일본측 당사자가 중재신청을 할 경우에는 미국, 미국측 당사자가 신청할 때는 일본에서 중재를 한다」는 뜻의 합의(이른바 「크로스식 중재합의」: 대한상사중재협회와 국제상사중재협회간의 상사중재협정 1조도 참조)가 있었습니다. 그런데, 일본측 당사자가 미국법인의 대표자에 대해서, 일본의 재판소에서 불법행위소송을 일으켰다는 점에서, 이것이 중재계약에 반하는지 아닌지가 문제가 되었습니다. 미국법에 의하면, 본 건과 같은 소송도 중재계약의 범위 내라고 여겨지는 반면, 일본법에서는 그렇지 않기 때문에, 중재계약준거법이 일본법인가 미국법인가를 다투었던 것입니다. 최고재판소는 본건 중재계약의 준거법에 대해서는 명시적인 합의가 없으나, 일본측 당사자는 본래 미국에서 중재신청해야 하기 때문에, 중재지는 미국이며, 거기에서 당사자의 묵시의사를 추정한다면, 중재계약준거법은 미국법이 된다고 해서, 미국측 당사자로부터의 중재항변을 인정했습니다.

이와 같이 중재계약준거법에 대해서 제1차적으로는 당사자의 합의(당사자 자치)를 인정하고, 그것이 없는 경우는 중재지법을 적용한다는 것이 종래의 다수설입니다. 그런데 이 견해로는 본 건과 같은 크로스식 합의의 경우, 어느 쪽의 당사자가 중재신청 하는가에 따라서, 하나의 중재계약이 각각의 준거법에 의해 판단되고 맙니다. 그 때문에 중재지가 아니라 주계약(본 건에서는 서커스 흥행계약)의 준거법을 중재계약준거법으로 하는 견해도 계속 늘어나고 있습니다. 그러나 중재지와 주계약준거법 중 어느 쪽을 우선시할 것인가에 대해서는, 아직 일치된 견해가 없는데다가, 중재지미정의 경우에는, 다른 적당한 연결

점이 없다는 문제도 있습니다.

아마도 그러한 사정 때문에, 중재계약준거법에 대해서 일반적인 규정을 두는 입법례는, 스페인, 스위스 등 소수에 지나지 않습니다. 뉴욕 조약도 모델법도, 중재재판취소사유 내지 집행거절사유로서의 중재계약의 유효성 판단에 대해서, 제1단계로서 당사자 자치, 제2단계로서 중재지법의 적용을 정하는 것에 지나지 않습니다(즉, 재판소에서 방소 항변할 때 중재계약의 효력이 문제가 되는 경우의 준거법에 대해서는 정하지 않고 있습니다). 한국중재법 36조도 이것에 따르고 있습니다.

만일 일반규정을 생각한다고 한다면, 먼저 제1단계로서 당사자 자치를 인정하고, 거기에 묵시의 합의도 포함됩니다. 예를 들면, 주계약준거법에 관한 명시적 합의가 있다면 묵시적인 합의가 있다고 해서, 그것을 중재계약준거법으로 한다. 제2단계로서, 중재지법을 준거법으로 한다. 거기까지는 정할 수 있는 것입니다만, 그 다음의 제3단계가 도무지 받아쓸 수 없을 것 같습니다. 어떤 의견에 의하면, 「중재의 대상이 되는 법률관계의 준거법」을 제3단계로 하자고 합니다만, 중재에서는 복수의 계약이 문제가 되거나, 불법행위나 물권이 병행해서 다투어지는 경우도 있기 때문에, 꼭 완전한 규칙이 되는 것은 아닙니다. 또 「중재계약체결지」를 연결점으로 하는 사고도 있습니다만, 이것이 타당하지 않다는 것은 옛날부터 비판을 받는 부분입니다.

이와 같이 생각해본다면, 중재계약준거법에 대해서 일반규정을 두는 것은 어렵고, 모델법이나 한국법의 선에 머무르는 것이 득책이라고 생각합니다.

3. 중재가능성(중재적격)의 준거법

이것보다 한층 더 어려운 문제로서, 중재가능성의 준거법이 있습니다. 어떠한 분쟁에 대해서 중재에 의한 해결을 허락할 것인가는, 법정지의 공서에 관계되는 것이기 때문에, 중재가능성은 전부 법정지법에서 판단하면 된다는 사고가 있습니다. 그러나 이것에 의하자면, 예를 들면 영국에서 중재가능한 문제에 있어서, 영국을 중재지로 하는 중재가 합의되었음에도 불구하고, 일방 당사자가 한국에서 소송을 제기하고, 법정지인 한국의 법률상 중재가능성이 없다고 한다면, 중재합의의 효력은 부정되고 맙니다. 그래서 당사자 의사의 가급적 존중이라는 견지에서는, 중재가능성을 중재계약의 문제로 보고, 공서에 반하지 않는 한, 중재계약준거법으로 정한다고 하는 생각이 주장됩니다. 저 개인으로서 이것은 좋다고 생각합니다만, 이외에도 실제준거법을 중복 적용하는 견해나, 중재절차준거법(중재지법)에 의한 견해 등이 있어, 의견이 일치하지 않습니다.

뉴욕조약(제5조2항(a)), 모델법(34조2항(b)(i), 36조1항(b)(i))은, 법정지법상의 중재가능성결여를 취소 사유 내지 집행거절사유로 하고 있습니다. 한국중재법 36조2항도 마찬가지입니다. 위에서 보았다시피, 중재계약준거법에 있어 일반규정의 정립이 곤란하다고 한다면, 중재가능성에 있어서도 이 범위에서의 입법에 그치는 것이 타당하지 않을까요?

4. 중재계약 준거법과 소비자 보호

소비자·기업간의 계약에 있어서 중재합의를 허락할 것인가 아닌가

는, 아직 전망이 서지 않는 문제입니다만, 만약 이것을 인정한다고 한다면, 중재계약준거법에 있어서 당사자의 자유로운 법선택합의를 허락하는 것과의 관계가 문제입니다. 약관중의 중재조항에서, 소비자에게 불리한 준거법이 정해질 위험이 있기 때문입니다. 한국이나 독일은 약관규제법에서 이 문제에 대처하고 있으며, 일본에서도 같은 규율을 생각해야 한다는 소리가 있습니다만, 어쨌든 기본적으로는 국내의 중재합의에 관한 소비자보호의 규율을, 국제사건에서도 국내에 사는 소비자를 위해서 강행적으로 적용한다고 하는 방침이 좋을 것이라고 생각합니다. 해석론적으로 대응하려고 한다면, 「공서에 의한 외국법의 적용배제」에 의하거나, 「내국강행법규의 특별연결」이라는 수법을 이용하게 되겠지요. 더욱이 예외적인 케이스에서는, 내국기업과 외국소비자 간의 중재합의의 효력(준거법은 내국법)이 내국재판소에서 문제가 되는 경우에, 소비자의 상거소지인 외국의 법에서 소비자보호를 도모해야만 하는지 어떤지도 문제가 될 수 있습니다. 이론적인 견지에서 이것을 긍정할 여지도 있겠지만, 입법으로 해결해야 할 문제는 아니라고 생각합니다.

5. 실체판단의 준거법

통상의 국제거래계약에서는 계약의 준거법이 합의되고, 이것이 중재절차에서도 존중되는 것은 당연하며, 한국중재법 29조1항도, 모델법(28조1항)에 따라 이와 같은 당사자 자치의 존중을 명기하고 있습니다. 문제는, 당사자가 준거법에 대해서 합의하고 있지 않은 경우입니다. 재판이라면, 법정지의 국제사법이 적용되어서 준거법이 정해집니다만, 중재에서는 어떨지가 여기에서의 문제입니다.

재판이 법정지와 밀접하게 관계되는 것 같이, 중재는 「중재지」와 불가분의 관계에 있기 때문에, 중재인은 「중재지의 국제사법」에 따라야만 한다는 주장이 없는 것도 아닙니다만, 세계적으로 보면 이와 같은 사고는 그다지 지지를 받지 못합니다. 반드시 법률전문가라고는 할 수 없는 중재인에게, 재판관과 같은 정확한 법적용을 요구하는 것은 어려운 일이고, 여기에서 중재인의 자유를 제약하는 것은, 국제중재의 이점인 유연성을 잃어버리게 하는 것이기 때문에 타당하지 않다는 사고가 아주 강하기 때문입니다. 이와 같은 견지에서, 모델법(28조2항)은, 당사자에 의한 실체준거법의 지정이 없는 경우, 중재인은 「적당하다고 생각하는 국제사법」을 사용해서 준거법을 정하기로 했습니다. 이것에 따르는 국가는 적지 않습니다만, 최근에는 프랑스법이나 네덜란드법과 같이, 중재인은 어느 국제사법을 적용할 것인가를 생각할 필요조차 없이, 스스로 「적당하다고 생각하는 (실질)법」을 적용하면 된다는 규정을 두는 국가도 눈에 띕니다. 이것이 법적용에 관한 중재인의 재량을 최대한 존중하는 취지라는 사실은 말할 필요도 없습니다.

이에 대해서 최근에는 독일(1051조2항), 스위스(국제사법 187조1항), 이탈리아(834조), 스페인(62조)등, 중재인은 「분쟁대상이 가장 밀접하게 관계되는 법」을 적용해야 한다고 정한 입법이 늘어나고 있습니다. 한국중재법 29조2항도 이것에 속합니다. 이것은 모델법형이나 프랑스법형의 규율에서는, 중재인에 의한 자의적인 법적용을 이끌어낼 가능성이 있다는 것을 고려한 것이라고 여겨집니다.

여기에서 우리는 중재인이 이들 규정에 반해, 잘못된 법을 적용한 경우에, 그것이 취소사유가 될 것인가라는 문제를 생각해 둘 필요가 있겠지요. 국제판결의 경우, 법적용의 위배는 상소심의 재심사에 복종

합니다만, 외국판결의 경우, 법적용의 잘못은 기본적으로 심사의 대상이 되지 않으며, 마찬가지로 중재에서도 취소사유는 엄격하게 제한되어 있기 때문입니다. 결론적으로 말하면 중재인이, 당사자가 명시적으로 합의한 실체준거법을 무시하거나, 합의가 없음에도 불구하고 「선과 형평」에 의해 판단한 경우와 같이, 「자의적인 법적용」을 행한 경우에는, 중재계약에서의 일탈 혹은, 일종의 공서위반이 있다고 해서, 취소를 인정해도 좋을 것입니다. 그러나 그 이외의 경우에는, 만일 법적용의 과오가 있다고 해도, 중재판단의 취소를 할 수 없다고 여겨집니다. 그렇게 생각하지 않으면, 취소소송의 난발을 부르기 때문입니다.

이와 같이 중재인에 의한 법적용위배가 원칙적으로 취소사유로 되지 않는다고 한다면, 이 점에 있어서 중재인의 재량을 정면으로 인정하고, 중재인은 「적당하다고 생각되는 법」을 적용하면 족하다는 프랑스법형의 규정은, 어느 의미에서 정직한 방법일지도 모릅니다. 그러나 중재인의 법적용은 자의적이어서는 안된다는 의미에서, 일정한 제약이 있다는 것을 나타내는 것에도, 의미가 없는 것은 아닙니다. 그러한 의미에서 당사자에 의한 준거법지정이 없는 경우, 중재인에게 「분쟁이 가장 밀접하게 관계하는 법」의 적용을 지시하는 독일·한국법형의 규정은, 입법론으로서 지지해도 좋다고 생각합니다.

6. 외국 중재판단의 승인집행

한국중재법 38조, 39조는 외국중재판단의 승인집행에 있어서 뉴욕조약에 의한 것 외에, 모델법을 따라, 동 조약의 승인거절사유를 취소이유로 해서, 그 부존재를 내국중재판단의 집행거절사유로 하고 있습니다. 이것들에 대해서는 거의 다른 의의가 없다고 생각합니다만, 다른

한편 한국중재법 39조2항은, 동 조약의 적용을 받지 않는 외국중재판단에 대해서, 외국판결의 승인집행에 관한 민사소송법 203조를 준용하고 있습니다. 이와 같이 외국판결과 외국중재판단을 병행해서 취급하는 사고는, 우리 외국인에게는 약간 이해하기 어려운 것으로서, 오히려 독일과 같이 뉴욕조약(1조3항)의 상호주의유보를 철폐하든지, 조약과 같은 내용의 규정을 국내법 중에 두는 편이, 내용적으로 정합성을 이루어서 알기 쉽다고 생각합니다만, 어떨까요.

끝으로

국제중재의 법적 규율에 대해서 논해야 할 점이 너무나 많고, 일본의 법개정작업을 위해서 남겨진 시간은 아주 짧고, 제 능력은 너무나 한정되어 있습니다. 아주 불충분한 보고였습니다만, 여기에서 학회원 모두로부터 많은 의견과 비판을 수용해서 그것을 금후의 개정작업에 도움이 되기를 바랍니다.