

韓国・中国・日本の 国際的 商事仲裁制度の 相違点と共同的 紛争解決の 方途

松浦 聲*

I. 序 説

1. 世界貿易の発展拡大と国際商事仲裁制度の拡充改善の世界的潮流

いうまでもなく、近年における世界貿易の発展拡大は著しいものがありますが、国際貿易が盛んになりますと、不可避免的にその国際貿易に関する紛争が多発します。そしてその紛争の処理方法としては、訴訟とか、調停とか、あっせんとか、苦情処理（相談）など、いろいろあるわけですが、仲裁（arbitration, arbitrage, Schiedsgerichtsbarkeit）が最も有効適切であるというのが、定説とされています。それは、一般に自由主義国家間の国際貿易についていえるのみでなく、東西貿易や南北貿易についても、否その場合には一層そうであるといえます。何故なら、そのような場合には、一方の当事者が国家又は公社となることが多いために、訴訟によることが一層難しくなるからです¹⁾。

そこで、世界貿易の発展拡大に雁行して、洋の東西、緯度の南北を問わず、国

※ Professor, Meijo University
Vice-Chairman of the Study Group on the Improvement
of the System of International Arbitration of JCAA

注1) 喜多川篤典・国際商事仲裁の研究 159 頁以下、機械振興会・経済研究所=国際商事仲裁協会・国際商事仲裁の理論と実際——ソ連、東欧諸国の商事仲裁制度——など参照。なおソ連邦をはじめ社会主義国家の崩壊に伴う東西貿易仲裁契約の効力の帰すうについては、たとえば、ハーブシャイド（坂本恵三訳）「東西貿易仲裁の終焉」民商 108 巻 2 号 142 頁以下参照。

際商事仲裁制度の抜本的な拡充改善が近年の世界的潮流になっています。御承知のように、すでに少なからざる国で、抜本的拡充改善（法改正）が完了しています。たとえば、オランダ、スイス、スペイン、オーストラリア、ブルガリア、カナダ、キプロス、香港、ナイジェリア、スコットランドなどです。しかしなお非常に多くの国が、現在抜本的な拡充改善（法改正）のために真剣に取り組んでいます。韓国、中国、日本はもちろん、英、米、独、ベルギー、エジプト、メキシコ、台湾、マレーシア、スリランカなど枚挙にいとまがありません。

世界各国における、仲裁制度の抜本的な拡充改善（法改正）は、それぞれの仲裁法の改正と、それぞれの常設仲裁機関の仲裁規則・仲裁協定、あるいはさらに仲裁実務の検討・改訂となって現れていますが、そこでは1976年と1985年に採択されたUNCITRAL仲裁規則と模範法がかなり重大な影響を与えたこと、また与えつつあることが、注目されます²⁾。

注2) UNCITRAL 模範法が採択された当時、模範法は仲裁後進国（仲裁事件数が絶対的に少なく、近代的仲裁法の整備が遅れ、また仲裁実務や仲裁判例が確立されていない国）には影響を与えるが、仲裁先進国にはあまり影響を与えないだろうといわれました。採択から6年を経た今日、この予測は的中したという者もいます（たとえば、デビットW. リグキン=フランセスL. ケルナー（大隅一武訳）「米国連邦仲裁法の擁護——UNCITRALモデル法の米国による採択に対する議論」JCAジャーナル1993年1-5月号、とくに5月号4頁）。しかし以下に述べるように、その後の世界の動きを見ると、模範法は予想以上に重大な影響を与えているといつてよいでしょう。

模範法が各国の仲裁法に影響を与えるというとき、二つの態様があります。模範法をそのまま、あるいは極めて僅かの修正を加えた上で、一括してまごとその国の国際仲裁法として採用する場合（たとえば、オーストラリア、ブルガリア、カナダ、キプロス、香港、ナイジェリア、スコットランドなど）と、模範法を個々の条文・規定を吟味し、取捨選択して、部分的にその国の国際仲裁法ないし仲裁法中に取り入れようとする場合（たとえば、オランダなど）です。これに対し、模範法を顧慮することなく抜本的な*

2. アジア諸国の国際商事仲裁制度研究の必要性

世界貿易ないし国際貿易の発展拡大に伴って各国はその国際商事仲裁制度を抜本的に拡充改善する必要に迫られたと、と私は述べました。今や各国はその国際商事仲裁制度を思い切り国際化、近代化する必要があるのです。日本然り、中国然り、韓国また然りです。

しかし日本や、中国や、韓国がその国際商事仲裁制度を国際化し、近代化するとき、単に欧米先進国の国際商事仲裁制度の手續・原則を採用したり、欧米の文化やニーズとの調整適合を計れば足りるものではありません。ごく最近まで、日本人は、ややもすれば、近代化、国際化とは、欧米の文化や文明を採り入れることであり、欧米の文化やニーズに向けて調整適合することであると誤解していたきらいがあります。しかしそれは明らかに誤りであります。

* 法改正を行った例として、スイスがあります。ただ、現在抜本的改正が検討されている国々においては、やや特殊な事情のある英米はともかく（デビットW. リヴキン等前掲参照）、模範法を顧慮しなくてもよいと考えるものは少ないのではないのでしょうか。少なくとも、韓国、中国、日本、独、台湾などでは、十分顧慮しなければならないという立場が優勢といえます（たとえば、「仲裁ニュース」JCAジャーナル1990年1月号27頁、1990年3月号17頁、仲裁研究会・仲裁法の立法論的研究45頁〔小山昇〕、K.H. Schwab “Das Uncitral-Model Law und das deutsche Recht” FS für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag S. 427 ff., Schwab-Walter, Schiedsgerichtsbarkeit 4. Aufl (1990) S. 345 mit weit. Nachw.). なお、岩崎一生「UNCITRAL仲裁モデル法の各国国内法に与えた影響」現代仲裁法の論点所収、The Response of the Department Advisory Committee to the UNCITRAL Model Law, reprinted in 6 ARB.INT'L(1990) など参照。

日本や、中国や、韓国がその仲裁制度を国際化し、近代化しようとするとき、欧米先進国のみならず、アジア諸国の仲裁手続・原則をも十分に顧慮するとともに、欧米諸国のみならず、アジア諸国の文化風土、ニーズにも適合するようなかたちで、仲裁制度の抜本的な拡充改善がなされなければならないのです。

とくに最近におけるアジア貿易、ことに東アジア貿易の発展と深化³⁾を考えますと、われわれは、これからの国際商事仲裁制度を考える場合、アジアの風土や文化にも適合し、アジア諸国民のニーズにマッチした、愛好される仲裁制度という視点を逸することはできないと思うのです。そしてそのためには、われわれは互いにアジア諸国の仲裁制度やその背景をなす事情を研究し、アジアの風土や文化に適合した仲裁制度とは何か、アジアの各国のそれぞれの歴史や伝統に基づく特殊事情は何か、それぞれの国の特殊事情による仲裁制度上の相違点を踏まえて、いかにしてアジア諸国が共同して国際商事紛争を適正、円滑かつ低コストで解決できる、アジア国際商事仲裁システムの確立が可能であるかを探究しなければなりません。

3. 本報告の目的——三国の国際商事仲裁制度の相違点と共同のあり方の解明

1で述べたような、国際商事仲裁制度の抜本的拡充改善の世界的潮流の中で、また2で述べたような、アジア諸国の国際商事仲裁制度の研究が不可欠であるとの認識に立って、われわれにとって最近最も身近で、重要な三国、すなわち、韓国、中国と日本をとりあげ、これら三国において、それぞれの国際商事仲裁制度の抜本的拡充改善を行う際に、とくにアジア諸国の仲裁の手続・原則をも顧慮するとともに、アジア諸国の文化風土やニーズにもマッチした、真に国際的、近代的な国際商事仲

注3) 日本貿易振興会・1992 ジェトロ白書・貿易編・世界と日本の貿易 61頁(1992)参照。

裁制度を確立すべきであるという基本的視点のもとに、三国の国際商事仲裁制度の異同を検索し、その相違点を明示するとともに、あわせて、三国が、その相違点にもかかわらず、あるいは相違点を立法的に解決することによって、いかに共同して国際貿易上の紛争を真に適正 円滑かつ低コストで解決するかについて一つの考案を試みたいと考える。

4. 本報告の対象範囲等

本報告はまず、「国際仲裁」制度を対象とする。国内仲裁制度はさしあたり対象としない。国際仲裁と国内仲裁の区別は、厳密には仲々難しい⁴⁾。議論百出の恐れすらある。韓国規則（大韓商事仲裁院商事仲裁規則）2条は、当事者の全部又は一部がその主たる事務所又は住所を韓国以外の地に有する仲裁を国際仲裁とする、としています。ICA仲裁規則1条1項(f)もほぼ同じ規定を置いている。中国規則（中国国際経済貿易仲裁委員会仲裁規則）2条1項は、「仲裁委員会は…国際経済貿易において生じた紛争事件を受理する」と規定していますが、これは、フランス民訴法1492条もが、国際仲裁を「国際商取引上の利害に関わる仲裁」と定義している⁵⁾のと同列に解してよいでしょう。これに対し、日本では、国際仲裁について法規上の定義のようなものはありません。オランダなども同様です⁶⁾。なお、UNCITRAL模範法1条3項は、「仲裁は、次の場合に国際的とする。(a)仲裁契

注4) See Sanders, The New Dutch Arbitration Act, in: AAA General Counsel's Annual Report, Arbitration & The Law, 1986,162.

注5) 小島武司=高桑昭編・注解仲裁法535頁(多喜寛)(1988)参照。

注6) Sanders, supra note 4, van den Berg, National Reports: The Netherlands Arbitration, vol. XII - 1987, 3, 貝瀬幸雄・1986年オランダ新仲裁法研究1頁〔国際商事仲裁協会〕(1988)参照。

約の当事者が、仲裁契約の当時互いに異なる国に営業所を有する場合、又は(b)次に掲げる地の一が、当事者が営業所を有する国の外にある場合、(I)仲裁契約において又は仲裁契約により定められた仲裁地、(II)商取引における義務の実質的な部分を履行すべき地若しくは紛争の主たる事項と最も密接に関連を有する地、又は(c)当事者の合意で、仲裁契約の対象となる事項が二国以上に關係することを明示した場合」と規定している⁷⁾。

国際仲裁と国内仲裁の区別は、上述のように極めて微妙かつ困難であるわけですが、同時に実務上重要な意味を持っています。そのいずれであるかによって、たとえば、中国では、管轄常設仲裁機関が異なりますし、適用すべき仲裁法規も違います。韓国でもたとえば、仲裁法4条3項や7条3項は、国際仲裁には適用されないと解されます⁸⁾。そのほか、中国、韓国はもとより、日本でも、国際仲裁については、いわゆる涉外仲裁事件として、仲裁契約、仲裁契約の方式、仲裁可能性(仲裁適格)、仲裁手続等の涉外準拠法ならびに裁判管轄権の問題を考慮しなければなりません⁹⁾。しかしこの国際仲裁と国内仲裁の区別の問題については、中国や韓国でも實際上シリアスに争われているわけでもないので、その定義等の問題は取り上げないことにします。ただ三国においてそれぞれの概念に従って国際仲裁とされている制度について検討を試みたいと思います。

注7) 高桑昭・国際商取引委員会の国際商事仲裁に関する模範法 19頁以下〔国際商事仲裁協会〕(1987), Constantin Calavros, Das Uncitral-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit S. 14 ff.

注8) 金洪奎教授から、1993年3月の韓国仲裁制度に関する面接調査の折に、その趣旨のご意見を伺ったことがあります。この点、岩崎一生「大韓民国における商事仲裁の概況」海事法研究会誌 101号 17頁、20頁(1991)では明確ではないが。

注9) 仲裁研究会・仲裁法の立法論的研究 103頁以下〔沢木敬郎〕(1993)参照。

次に、本報告は「商事仲裁」、とくに常設仲裁機関による、いわゆる機関仲裁たるそれを中心に上げます。したがって三国の仲裁法のほかに、三国の常設仲裁機関たる、大韓商事仲裁院、中国経済貿易仲裁委員会¹⁰⁾、日本国際商事仲裁協会¹¹⁾の仲裁規則が重要です。

韓国仲裁規則1条によれば、大韓商事仲裁院は公正な商事仲裁を促進するものとされ、仲裁法4条3項によれば、商事仲裁とは、商行為により生じる法律関係に関する仲裁であると規定されています。中国規則1条によれば、中国国際経済貿易仲裁委員会は国際経済貿易において生ずる紛争を独立かつ公正に解決するものとされています。日本規則（日本国際商事仲裁協会商事仲裁規則）1条によれば、1992年10月改正前は「国際商事仲裁協会による商事紛争の仲裁」を対象とする旨規定していたが、同改正後は「国際商事仲裁協会における仲裁」を対象とする旨、表現が若干変わっています。しかし1992年改正によって、はっきりと商事紛争の仲裁から、広く一般紛争（いわゆる民事紛争も含めた）の仲裁へ拡大するものとされたわけではないでしょう。このことは、日本規則の正式のタイトルが従来どおり、日本国際商事仲裁協会商事仲裁規則とされていることから、推知されます。日本仲裁法（民事訴訟法第8編）には、商事仲裁という用語も、商事仲裁に該当する用語もみあたりません。周知のように、UNCITRAL模範法1条1項は、同法が商事仲裁に適用されるものと定め、「商事」の解釈のために脚注

注10) 中国では、国際商事仲裁機関として、中国海事仲裁委員会があり、その仲裁規則がありますが、その仲裁規則は實際上中国国際経済貿易仲裁委員会の仲裁規則と同じです。

注11) 日本には、国際仲裁機関として、日本海運集会所があり、海事仲裁規則のほか、簡易仲裁手続規則と調停規則を具えています。日本海運集会所は古い歴史と伝統を持つ常設仲裁機関であり、独自の仲裁規則等を具えているが、これら海事仲裁関係については、別の機会に譲ることにします。

(注2)を付し、「商事」の語は広く解釈すべきことを求めるとともに、商事取引の具体的例示的列挙を試みています¹²⁾。

ところで、韓国規則1条の「商事仲裁」、中国規則1条の「経済貿易において生ずる紛争」の仲裁、日本規則が暗黙のうちに予定する「商事仲裁」と、UNCITRAL模範法1条1項の「商事仲裁」の異同については、必ずしも明確ではありません。恐らくUNCITRAL模範法1条1項(脚注を含め)が大体の一致点かと思いますが、各国により若干の出入りはあろうかと考えます。なお、韓国仲裁法の「商事仲裁」と韓国規則1条の「商事仲裁」とが同じ意義を有するか、また、日本規則の予定する「商事仲裁」とは、日本商法など国内法上商行為とされる行為から生じる法律関係に関する仲裁のみを指すのかについても、必ずしもはっきりしません。恐らく規則の予定する「商事仲裁」は、国内法上商行為とされる行為に関するものに限らないと考えるべきだと思います¹³⁾、現在三国において實際上「商事」の範囲等に関してシリアスな問題が実務上生じているわけでもないようですので、本報告では立ち入らないこととし、ただ三国においてそれぞれの概念に従って商事仲裁とされている制度について検討したいと考えます。

最後に、本報告の叙述の仕方についてお断りしておきます。本報告は、今お話ししたように、韓国、中国、日本という三国の国際商事仲裁制度について、その常設仲裁機関による、いわゆる機関仲裁を中心に、その相違点を明らかにするとともに、いかにしてその相違点を実務上調整し、あるいは立法的に解決して、共同

注12) 高桑・前掲(注7)19頁以下、澤田寿夫・UNCITRAL国際商事仲裁模範法6頁以

下〔国際商事仲裁協会〕(1986), Calavros, aa0(注7)S.10ff.m.w.Nachw

注13) Calavros, aa0(注7)S.12, 澤田・前掲(注12)6頁。

的紛争解決の実をあげるかの方法を考案しようとするものですが、時間の関係上主要な問題点について、比較的簡潔に言及するにとどまることになろうと思われ
ます。より詳細な問題点にわたる、より詳細な論述については、別の機会に譲る
ほかありません。

Ⅱ．三国の国際商事機関仲裁制度の相違点

1．仲裁契約

(1) 仲裁可能性・仲裁適格 (arbitrability, Schiedsgerichtsbarkeit)

韓国仲裁法 2 条 1 項は、私法上の法律関係は、当事者が処分することができない法律関係を除き、仲裁可能であるとしています。日本民事訴訟法 766 条は、当事者が係争物につき和解をなす権利を有するときは仲裁可能としています。表現は異なるが、ほぼ同旨と解してよいでしょう。中国民事訴訟法 257 条は、涉外経済貿易・運輸および海運において生じた紛争は仲裁可能であるとしています。これは、比較法的にみて、アメリカの仲裁自由の原則 (UAA 1 条、なお FAA 2 条) に近いのかも知れませんが、この点についての具体的な実務や判例学説がよく分からないので、何ともいえません。

現在の紛争のみならず、将来の紛争も仲裁可能であることは、三国共通です (韓国仲裁法 2 条 1 項、中国民訴法 257 条 1 項、日本民訴法 787 条参照)。

(2) Kompetenz-Kompetenz, competence-competence, compétence de la compétence

仲裁人は自らの仲裁権限の存否について判断する権限を有するか、という問題です。韓国仲裁法 10 条によりますと、仲裁契約の有効性や仲裁人の仲裁権限が争われたときでも、仲裁人は自らその点につき判断し、これを肯定するときは、仲裁手続を続行し、仲裁判断をすることができる。ただ、仲裁契約の効力や仲裁人の仲裁権限の存否については、裁判所が最終的有権的判断権限を持っており、無効な仲裁契約に基づいて、または無権限な仲裁人によってなされた仲裁判断は、仲裁判断取消しの訴えによって取り消されるし、そのような仲裁判断に基づく強

制執行は拒絶される（仲裁法 13 条 1 項 1 号、14 条 2 項参照）。もっとも、仲裁人が仲裁手続を続行する場合に、仲裁契約の無効等を主張する当事者が、仲裁契約無効確認の訴えや、この仲裁契約無効確認訴訟を本案として、相手方当事者に対し仲裁申立ての取下げを命ずる仮処分申請や、仲裁人に対する仲裁手続の停止を命ずる仮処分申請をなすことができるかは、必ずしも明らかではありません¹⁴⁾。

中国規則 2 条 3 項は、「仲裁委員会は、仲裁契約の有効性及び仲裁事件の管轄権につき決定を行う権限を有する」と規定する。従って中国では、仲裁契約の有効性等については、仲裁人や仲裁裁判所ではなく、国際経済貿易仲裁委員会が決定するわけです。唐厚志氏の説明によれば¹⁵⁾、中国の経済貿易仲裁委員会は、他の国における裁判所に代わるものであり、UNCITRAL 模範法 6 条中に「その他の機関」という語が挿入されたのは、中国のような場合を考慮したものである、とのことでした。これに対して、私から、「仲裁委員会の上記判断は、仲裁判断取消しの訴えや執行許容宣言申立ての手続において仲裁契約の有効性等が争われたときに、国の裁判所を拘束するのか」と質問したのに対し、唐氏は、仲裁手続に、仲裁契約の有効性等を争う当事者が欠席していたときは拘束しない、と返答されたように記憶する。当該当事者が仲裁手続で審尋請求権を保障されていれば、仲裁委員会の決定が最終的なものになるということであろうか。この問題は、後述の、中国の常設仲裁機関の性格の問題と関連しているといつてよい。

日本民事訴訟法 797 条は韓国仲裁法 10 条と、また日本民事訴訟法 801 条 1 項 1 号・802 条 2 項 2 号は韓国仲裁法 13 条 1 項 1 号・14 条 2 項とほぼ同じである。

注 14) 金洪奎教授はおよそ仮処分申請は許されないのご意見であった。

注 15) 1993 年 3 月の中国仲裁制度に関する面接調査の折に伺ったものです。

また、仲裁人が仲裁手続を続行する場合に、仲裁契約の無効等を主張する当事者が、仲裁契約無効確認の訴えや仮処分申請をなすことができるかについても、まだ定説がないことも、韓国と変わらない（後述Ⅲ 1 参照）。

要するに、仲裁契約の有効性等について誰が最終的に判断するかについては、韓国と日本は、当座の判断権は仲裁人（仲裁廷）に、最終的判断権は国の裁判所にあるが、中国では仲裁委員会にあるとあってよいでしょう。

なお、韓国と日本では、仲裁人が仲裁手続を続行しようとする場合に、これを争う当事者が仲裁契約の無効確認の訴えや仮処分申請をなすことができるかなどについて見解が分かれる恐れはあります。

2. 仲裁人

(1) 選定方法

韓国の場合、まず仲裁法 4 条によれば、当事者は仲裁契約により自由に選任できる。当事者が仲裁契約により選任していないときは、各当事者は一名の仲裁人を選任します。当事者が法定または約定の仲裁人の選任を怠るときは、一定の催告の後に管轄裁判所が代わって選任します。ただし、当該事件が国内¹⁶⁾ 商事仲裁事件であるときは、韓国規則（大韓商事仲裁院仲裁規則）による、とされています（仲裁法 4 条 3 項、規則 8 条 2 項）。

韓国規則 19～27 条によれば、当事者が仲裁人の選出をしないときは、大韓商事仲裁院の事務局が当事者に代わって選任します。仲裁人の数は、合意がないかぎり、事務局が三名か一名か決定します。事務局は、仲裁院の仲裁人名簿から選

注 16) 前掲注(8)参照。

んだ人名表を当事者に送付し、当事者をして、異議ある人名を抹消し、かつ選好の順位を示すため、残った人名に番号を付して返送させる。そしてその結果に沿って仲裁人を選任します。人数は三名。選定の通知を受けた仲裁人は利害関係等一切の事情を事務局を通じて両当事者に開示します。もし当事者から書面で適式な異議が出されれば、その仲裁人は選任から外されます。AAA規則に類似した規定です¹⁷⁾。

興味深いのは、韓国規則 19 条 2 項が、外国在住者は両当事者の合意がなければ仲裁人とすることはできない、としていることです。事務局が仲裁人を選任する場合、一方当事者が外国人又は外国在住者であるときは、単独仲裁人又は第三仲裁人は、要求があれば、第三外国人の中から選ばなければならないとの、同規則 23 条の規定は、AAA規則にならったものでしょう。いずれにせよ、外国人仲裁人活用の問題は、われわれにとって緊要かつ困難な課題です。とくに外国人仲裁人選任に伴う報酬・旅費等の負担の高額化の問題は共通の悩みといってよいでしょう¹⁸⁾ 大韓商事仲裁院が調整する仲裁人名簿には、511 名中 19 名の外国人が含まれていますが¹⁹⁾、この費用の高額化の問題が、仲裁人名簿の国際化の足かせとなっていることは、認めざるをえないでしょう。

注 17) なお、金洪奎・韓国における仲裁の現状—国際商事仲裁を中心として— 2 頁〔国際商事仲裁協会〕(1993) 参照。

注 18) 岩崎・前掲(注 8) 21 頁、Byoung Kook Min, Practical Observations on Transnational Commercial Arbitration in Korea, 14 The Korean Journal of Comparative Law 1, 3 (1986).

注 19) 金・前掲(注 17) 7 頁によれば、アメリカ 11 名、日本 4 名、ドイツ 2 名、印度と英国各 1 名。なお、1982 年 10 月現在では、412 名中、外国人は、日本企業のソウル支店長ら 7 名を含む 28 名であった(小島=高桑編・前掲(注 5) 647 頁〔道垣内正人〕)。

中国の場合、仲裁人の選任については専ら中国規則 14～20 条が規定します。仲裁人の数は三名か一名です。仲裁委員会には名簿が備置されますが、この名簿は、仲裁委員会が帰属する中国国際貿易促進委員会が調整します。仲裁人三名の場合、名簿から、まず当事者が一名ずつ選任します。当事者が選任しないときは、仲裁委員会主席が代わって指名します。主席仲裁人は、仲裁委員会主席が指名します。単独仲裁人の場合は、当事者が共同で仲裁人を指名するか、そうでなければ仲裁委員会主席が指名します。

1989年以降の経済貿易促進委員会の仲裁人名簿には、109名中、13名の外国人が含まれています²⁰⁾。仲裁手続の費用については、中国規則 6条 4項の規定があるのに、わざわざ同 41条を設けたのは、その一つの動機として、外国人仲裁人を選任した場合には特別費用として仲裁人の報酬、旅費、出張費、宿泊費等を負担させなければならないという事情があったと唐氏は述べられました。韓国規則 23条のような明文規定はないようです。実際の運用において、韓国規則 23条のような配慮をしているかとの質問に対して、とくにしていないということでした。なお、唐氏は、外国人仲裁人の採用の際考慮すべき要件として、中国語ができること、住所が中国に近いこと、希望報酬が高くないことをあげていました。

日本の場合、まず民事訴訟法 778条・789条は、韓国仲裁法 4条と同じです。ただし、同法 4条 3項のような規定はありません。

日本規則（国際商事仲裁協会商事仲裁規則）20～30条によれば、当事者が仲裁人を選定しないときは、協会が当事者に代わって選任する。その数は一名か三名で

注 20) そのうち、8名が香港人、3名が米国人、それと、英国人とシンガポール人が各1名。

なお、海事仲裁委員会の仲裁人名簿には、67名中、外国人は英国人1名のみである。ちなみに、仄聞するところでは、外国人といっても中国系のものとのことである。

ある。協会には仲裁人名簿が備置されているが、これはあくまで便宜のためであって、名簿以外からも仲裁人は選任できます（規則 8 条参照）。

韓国規則 19 条 2 項に相当する、日本規則旧 15 条 2 項は、1992 年 10 月改正で削除されました（規則 20 条参照）。韓国規則 23 条に相当する、日本規則 24 条 3 項・25 条 5 項が置かれています。なお、国際商事仲裁協会は職務の遂行を怠る仲裁人を解任することができます（規則 30 条）²¹⁾。国際商事仲裁協会の仲裁人名簿には、101 名中 6 名の外国人が含まれていますが²²⁾、もちろん国際化は不十分であり、将来の検討課題の一つとされています²³⁾

要するに、三国の仲裁人選任手続には、常設仲裁機関の性格に由来するとも思われる若干の相違点が認められますが、むしろ三国共通の課題として、外国人仲裁人の活用をいかに推進するかという問題が注目されます。なお、主席（第三）仲裁人の選任についても、韓国・日本と中国との間に若干の相違が認められます。

(2) 仲裁人の忌避

韓国では、仲裁法 6 条により、仲裁人に対する忌避の申立ては裁判所に対してなされることになっています。韓国規則には規定がありません。

中国では、逆に民事訴訟法には規定がなく、中国規則 18～20 条で規定されています。まず、仲裁人は、案件につき利害関係を有するときは、必ず仲裁委員会に対し自発的に回避を申し立てなければならないとする。他方、当事者は忌避の申立てを仲裁委員会に対してする。忌避の申立てについては仲裁委員会主席が決定します。

注 21) 韓国規則や中国規則には、仲裁人の解任に関する規定はないようです。

注 22) 外国人 6 名の内訳は、米国人 3 名、ドイツ人 2 名、ニュージーランド人 1 名。

注 23) 国際商事仲裁協会「国際商事仲裁システム高度化研究会 1992 年度報告書」JCA ジャーナル増刊 1993 年 6 月号 75 頁。

日本では、韓国仲裁法 6 条に相当する民事訴訟法 792 条・805 条 1 項のほか、事情はすべて韓国と同じといってよろしい。

3. 仲裁手続

(1) 仲裁手続の決定

韓国の場合、仲裁法 7 条は、次のように定めています。すなわち、仲裁手続は当事者が仲裁契約において決めることができること（同条 1 項）、当事者の合意がないときは、韓国仲裁法が定めるところによるものとする、ただし、仲裁法に規定がないときは、仲裁人が定めること（同条 2 項）、商事仲裁手続について当事者の合意がないときは韓国規則によるものと推定すること（同条 3 項）、というものです。他方、韓国規則 9 条によれば、大韓商事仲裁院による仲裁を合意したときは、韓国規則によるものとみなされること（同条 1 項）、また、大韓商事仲裁院による仲裁という明示の合意がない場合でも、特段の事情がない限り、韓国規則によるものと推定すること（同条 2 項）が規定されています。ただし、韓国仲裁法 7 条 3 項と韓国規則 9 条 2 項が国際商事仲裁事件にも適用されるか、については見解が分かれるかと思いますが、もし適用されるとすれば、外国当事者の権利ないし期待が害される恐れが生じましょう²⁴⁾。

中国の場合、仲裁手続に関する規定は、民事訴訟法にも、規則にも見当たりません。当事者が国際経済貿易仲裁委員会の仲裁を合意したときは、当然中国規則によることとなります。唐氏によれば、その際、当事者がたとえば UNCITRAL 仲裁規則によることを合意しても許されない、とのことでした。当事者が他の国の仲裁法や仲裁規則を合意しても、当然許されないでしょう。

注 24) 前掲注(8)参照。

日本の場合、民事訴訟法 794 条 2 項は、仲裁手続は当事者が仲裁契約により決めることを前提として、当事者の合意がないときは仲裁人が決める、と規定する。他方、国際商事仲裁協会による仲裁を合意したときは日本規則によることになるのは当然です（日本規則 1 条参照）。韓国に比べてともに単純明快であり、韓国仲裁法 7 条 3 項、韓国規則 9 条 2 項のような推定規定はありません。

以上解説したところは、学理上いわゆる実質的指定というものですが、日本、韓国、中国の順で、当事者ないし仲裁人の決定権が幅広く認められています。

なお、より重要な問題として、仲裁手続の準拠法の問題、換言すれば、仲裁手続の準拠法の抵触法上の指定の許否の問題があります。つまり、国際もしくは涉外仲裁事件において、どの国の仲裁法を適用すべきかという問題です。この問題については、韓国、中国、日本とも、何ら法規がありません。従来、仲裁手続の準拠法については、これを当事者自治に委ねるとする考え方と、手続法の属地性を強調して、「手続は法廷地による」との原則に従い、これを法廷地法によらしめるという考え方（これは、仲裁手続の準拠法というものを認めない主張といってよい）が対立してきましたが、UNCITRAL 模範法 1 条 2 項は後者、すなわち厳格な属地主義を採用しています²⁵⁾。三国にとって共通の立法課題といえます。

(2) 仲裁手続の代理人

韓国規則 7 条は、弁護士又は適当と認められる者を代理人とすることができる と規定しています。外国弁護士も代理人になれます。

中国規則 12 条は、代理人は、中国又は外国の市民(citizen)が担当できると規定しています。外国弁護士も当然代理人となれます。

注 25) 仲裁研究会・前掲(注 9) 107 頁〔澤木敬郎〕参照。

日本規則9条は、「当事者は、この規則による手続において、自己の選択する者に代理または補佐をさせることができる。仲裁裁判所は、正当な理由があるときは、その代理人または補佐人を爾後認めないことができる」と規定していますが、外国弁護士又は外国法事務弁護士が代理人となりうるかについては、弁護士法72条、外国弁護士による事務取扱いに関する特別措置法3条・4条の解釈をめぐる議論があり、実務上は差し控えられています²⁶⁾。この問題については、法務省と日本弁護士連合会との共同による「外国弁護士問題研究会」の一つの重要問題として検討中でしたが、去る9月にはその報告が提出されました。

ちなみに、韓国でも²⁷⁾、中国でも²⁸⁾、訴訟では外国弁護士は代理人となることはできませんが、仲裁は訴訟でないとして、仲裁では代理人となることができるとされているのです。

4. 仲裁判断

(1) 仲裁判断の判断基準

韓国においては、仲裁人が仲裁判断をなす場合に実体法を適用するか、あるいは善と衡平によるかについて、規定がありません。そこで当事者の指定があればそれに従うことはもちろんですが、当事者の指定がない場合について、仲裁人の

注26) 国際商事仲裁協会・前掲(注23)64頁、小島=高桑・前掲(注5)429～430頁。

注27) 韓国の弁護士法6条が日本弁護士法旧7条と同様なものであり、外国弁護士による事務取扱いに関する特別措置法のような立法もまだなされていない。

注28) 中国民事訴訟法241条。なお、同58条2項参照。

裁量によりいずれでもよいとする説²⁹⁾と、その場合は実体法によらなければならないとする説に分かれています³⁰⁾。

中国においても、とくに仲裁判断の判断基準を定めた規定はありません。ただ 次のようにいわれています。涉外経済契約の当事者は契約中に定めた準拠法の適用を指定したことになるし、その契約中に準拠法を定めなかったときは、仲裁人が「契約に最も密接な国の法律」³¹⁾を適用することになる（涉外経済契約法 5 条 1 項参照）。ただし中国で履行される中外合資経営企業契約・中外共同経営企業契約・中外天然資源共同探査開発契約については、中国の法律が適用されることが定められているから（同法 5 条 2 項）、中国以外の法律を仲裁判断の準拠法として当事者が指定する余地はない。なお、仲裁人が判断基準となる法律を定めるときは、①仲裁地、②契約の目的たる物や権利 (subject matter) の所在地、③契約当事者の国籍・住所地・事務所所在地、会社の登録地、④以前の取引との関係、⑤契約事項の性格、⑥当該法律がこの取引に与える影響などを考慮する³²⁾。

以上のような議論を見る限りでは、中国では、仲裁判断の判断基準というとき、法律のみが問題なのであり、善と衡平は考えていないのではないか、という疑問が生じます。果たしてそうなのか。当事者が善と衡平による仲裁を合意したときはどうなるのでしょうか。

日本においても、仲裁判断の判断基準を定めた規定はありません。この問題に

注 29) 金・前掲(注 17) 17～8 頁、岩崎・前掲(注 8) 18 頁、Kwang Young Kim, Arbitration practice in korea(The Korean Commercial Arbitration Board 1987) p.21.

注 30) 金・前掲(注 17) 17 頁参照。

注 31) 通常、契約締結地又は契約履行地の法律と解されているようである。

注 32) 陶春明=王生長編著・中国国際経済貿易仲裁—手続理論と実務 124 頁以下(人民中国出版社、1992 年)。

関する学説判例も十分とはいえません³³⁾。当事者は実体法によるか、善と衡平によるかを指定することができますが、指定のない場合には、仲裁人は実体法によらなければならないという説、裁量によりいずれでもよいという説と、善と衡平によらなければならないとする説に分かれています。なお、仲裁人が実体法により仲裁判断をする場合、どの国の実体法を適用すべきかについて、当事者の指定があればそれに従うのが当然であるが、指定がないときは、仲裁人が抵触法の規定に従い定めるとい説と、仲裁人が相当と認める国の実体法という説とに分かれています。

(2) 判断の理由の記載

韓国においては、仲裁法 11 条 3 項は、（当事者間の和解に基づいて仲裁判断をする場合を除き）必ず仲裁判断には理由を記載しなければならない、と規定しており、同法 13 条 1 項 4 号（同条 2 項参照）は、理由の記載がないときは仲裁判断取消しの理由になるとしています。しかしこれらの規定の妥当性については、議論が少なくなく、その改正提案の一つとして、理由の記載は、当事者の別段の合意がある場合のほかは不要とすべきである、との有力な主張があります³⁴⁾。

中国規則 34 条は、37 条により作成される仲裁判断書（調停を経て和解が成立した場合）を除き、理由の記載が必要であると規定しています。他方、中国民事

注 33) 小山昇・仲裁法〔新版〕177 頁以下(1983)、小島=高桑・前掲(注 5) 231 頁以下〔高桑昭〕、仲裁研究会・前掲(注 9) 86 頁〔高橋宏志〕、143 頁(小山昇・青山善充)。

注 34) 金・前掲(注 17) 20 頁。なお金教授は、韓国仲裁法 13 条 1 項 5 号が、民訴法 422 条 9 号の判断遺脱を仲裁判断取消理由に数えているのに対し、かかる規定は、仲裁判断取消しの訴えの濫用を助長する弊害もあるので、また理由記載原則不要論との斉合性からも、削除すべしとされます。ちなみに、韓国仲裁法 13 条 1 項 5 号に相当する日本民事訴訟法 801 条 1 項 6 号には、判断遺脱(日本民訴 420 条、項 9 号)は脱落しています。

訴訟法 260 条は、仲裁判断の執行許容宣言申立てに対する、不許容事由を列挙していますが、そこには理由不記載が含まれていません。これは、同条がニューヨーク条約の規定を参考にして立案されたことによるものかもしれませんが、解釈論として、被申立人は、理由不記載を 260 条 1 項 3 号の「仲裁の手続が仲裁規則に合致しないとき」に該当すると主張する余地はないとはいえないでしょう³⁵⁾。

日本においては、韓国仲裁法 11 条に相当する民事訴訟法 798 条と 799 条には、とくに理由の記載を必要とする旨の明規はない。しかしこれは、日本現行上は、仲裁に関する規定は民事訴訟法中にその第 8 編として規定されているため、第 1 編総則中に規定された 191 条 1 項 3 号（判決には理由を記載しなければならない）が当然適用ないし準用されることが予定されているためです³⁶⁾。また韓国仲裁法 13 条 1 項 4 号（同条 2 項参照）も、日本民事訴訟法 801 条 1 項 4 号・5 号と同じです。ただこの点に関する立法論としては、略式・簡易・少額仲裁手続はともかく、通常仲裁手続においては、特段の合意のない限り、理由の記載を必要とするとする説が多数説です。ただし、理由の記載を欠く場合を仲裁判断取消事由として明記すべきか否かは、別問題ということもできます。げんに、仲裁法研究会の試案は、32 条で原則的に理由の記載を要求しながら、41 条では理由の記載の欠缺を仲裁判断取消事由として明示していません。これは、理由の記載の欠缺のあるときは、同 34 条の仲裁判断訂正で処置すれば足りると考えたことにもよりますが³⁷⁾、他方で、理由記載ということの重要性は、一審制の仲裁判断の場合には、判決の場合ほど大きいわけではないので、理由の記載欠缺じたいを取消事由にするまでもない。しかしたまたま理由記載欠缺が重大な意味あいを持つときは、他の

注 35) 松浦馨ほか「シンポジウム・仲裁」民訴雑誌 36 号(1988) 120 頁(高橋宏志)参照。

注 36) 仲裁研究会・前掲(注 9) 54 頁〔青山善充〕参照。

注 37) 金・前掲(注 17) 23 頁以下参照。

取消事由、たとえば、「仲裁手続が当事者の合意またはこの法律の規定に従って
いなかったこと」（試案 41 条 2 項 4 号）に該当するとして取り消すことも可能
ということも予定しているとも思われる。いずれにせよ、も少しつめる必要があ
ります。

5. 仲裁判断の取消判決又は執行不許可の裁定が確定したときの元の仲裁契約の帰趨

韓国の場合、仲裁判断取消しの訴え（仲裁法 13 条）が提起され、仲裁判断取
消判決が確定したとき、当事者は元の仲裁契約に基づいて仲裁の申立て、又は従
来の仲裁手続の再開の申立てをすることができるかについて、学説の対立があり
ます³⁸⁾。ただし金教授は、その対立を止揚する改正提案として、UNCITRAL 模
範法 34 条 4 項の採用を推奨されています。

中国の場合、民事訴訟法 260 条に、裁判所が仲裁判断の執行のために、所定の
障害事由がないときには、執行許容の裁定をする旨の規定があり、同 261
条に、裁判所により仲裁判断の執行不許が裁定されたときは、「当事者は
双方が締結した書面による仲裁の合意に基づきあらたてて仲裁を申し立てること
も、裁判所に訴えを提起することもできる」という、やや曖昧な規定があること
から、韓国と同様な問題が生ずるわけです。唐氏は、その執行不許の事由が、仲
裁契約が元々不存在とか無効とされた場合以外は、原則として元の仲裁契約は有
効と考えてよいとのご意見でありました。

日本の場合、やはり韓国や中国と同じ問題を抱えています。仲裁判断が取消し
の訴えによって取り消された場合に、元の仲裁契約に基づいてあらためて仲裁申
立てができるか、あるいは元の仲裁手続の再開申立てができるかは、要するに仲

注 38) 金・前掲 (注 17) 26 頁。

裁契約の失効の問題でしょう。すなわち、通常は、仲裁判断が出れば、仲裁契約は目的を達して失効します。しかしその仲裁判断が後に取消しの訴えによって取り消されれば、結局目的は達しなかったことになるから、失効しないというのが普通かも知れません。面白いのはオーストリア民訴法 595 条 2 項です。それによりますと、取消判決が仲裁契約の不存在・無効等、595 条 1 項 1 号以外の事由で、二度にわたって確定したときは、仲裁契約は失効すると定めています。それ故、立法的に、仲裁契約が失効する場合と、しない場合をはっきりするとともに、失効しない場合には、金教授の指摘されるように、仲裁判断を取り消すだけでなく代替りの仲裁判断作出への橋渡しの措置を講ずるべきでしょう。

日本の仲裁研究会の試案は、UNCITRAL 模範法 34 条 1 項ないし 3 項をそのまま取り入れましたし、さらに UNCITRAL 模範法 33 条と同様の試案 34 条（仲裁判断の訂正及び追加）も取り入れましたが、同模範法 34 条 4 項は採用しませんでした。再検討の余地があるでしょう³⁹⁾。

6. 調停と仲裁の連結

韓国規則 18 条によれば、次のようなかたちで調停を試みる事が可能である。基準日（仲裁申立てを受理した旨の仲裁院事務局の通知の両当事者への発信日）から 15 日又は 30 日以内に両当事者の申立てに基づき、事務局は調停による解決を試みることができる。調停人は一名か複数名であるが、事務局により仲裁人名簿の中から選任される。調停人の相当と認める方法手続による。調停が成立すれば、和解に基づく仲裁判断と同様に扱う。30 日以内に調停

注 39) 仲裁研究会・前掲(注 9) 102 頁〔谷口安平〕。

がまとまらないときは、仲裁に移行する。仲裁人は別に選任される。要するに、仲裁手続が進行する前に、両当事者の申立てがあれば、仲裁人とは別人の調停人が選ばれ、調停を試みることができる、というものです。

中国の調停はやや異なるといってよいでしょう。もっとも明文規定としては、中国規則 37 条があるだけで、これは、調停が成立したときは、調停内容に基づく仲裁判断をするというもので、1989 年の改正で設けられたものです。それ故、現在行われている調停は不文の実務として行われているものといえます。

それによりますと、仲裁廷が構成される以前には、仲裁委員会が調停を試みます。つまり仲裁委員会の事務局のスタッフが調停人になります。仲裁廷が構成された後は、仲裁人が調停人の役を兼ねます。調停人は双方当事者の自由な意思により調停を行います。調停は「丸め込んでなだめる」式のものではなく、事実関係をはっきりさせ、責任を明確にしたうえで、合理的和解へ導きます。相当な期間内にまとまらなければ、仲裁へ移行します。審理の形式としては、通常三種の審理方式を用います。双方当事者を個別に審尋。双方当事者を対席的に審尋。調停人抜きで双方当事者同士で協議。これらを交互に組み合わせて行う。調停不調の場合、それまでになされた陳述、主張、提案は、後の仲裁手続で当事者を拘束しないし、影響を及ぼさない。大体以上ですが、受理事件の半数が調停で解決しているそうです。

韓国の場合と最も違う点は、同一人が調停人と仲裁人を兼ねることです。この点について中国の人々は何の抵抗も感じないようですが、中国以外の人々で抵抗ないし危惧のようなものを感じる者は少なくないようです。香港法が中国と同じような調停を取り入れています。そこでは上記の抵抗ないし危惧に配慮した保

障の規定を置いているのが注目されます⁴⁰⁾,⁴¹⁾。

日本においては、よく知られているように、調停制度は一般に非常に利用されていますが、国際商事事件の紛争解決手段としては、ほとんど利用されていません。日本国際商事仲裁協会も商事調停規則を作り、調停人又は調停委員会が調停を行うことを予定してはいますが、実際に調停が行われることは非常に稀です。

また、韓国のように、仲裁規則の中に調停に関する規定を設け、仲裁人とは別個の調停人に前置的調停手続を行わせるということはありません。いわんや中国のように、仲裁人じしんが前置的に調停手続を行うということはありません。そして仲裁研究会の仲裁法試案でも、その中に調停手続についての規定を設けることは、やっていないのです。

しかし中国や香港の法規、とくに中国における調停の仲裁手続における実務上の比重の大きさ、韓国の仲裁規則を目のあたりにして、も一度仲裁法の中に調停に関する規定を取り入れる方向で再検討する必要があるように思います。少なくとも、日本を含めてアジアの諸国民にとって、何らかのかたちで、仲裁手続法の中で調停に関する規定を設けることは必要ではないかと考えます。仄聞するところでは、AAAでも、調停と仲裁を合体した、調停=仲裁プログラム (Med-Arb scheme) が行われており、成功を収めている、といわれます⁴²⁾。従来の西欧

注 40) 松浦馨「東南アジア仲裁の特徴と問題点——その一・香港」名古屋大学法政論集 141 号 121 頁以下参照(1992)。

注 41) そのほか、注目すべき制度として、いわゆる連合調停制度がある (林克敏「中国における連合調停について」名古屋大学法政論集 139 号 263 頁以下参照(1992))。

注 42) Neil Kaplan, The Hong Kong Arbitration Ordinance: Some Features and Recent Amendments, American Review of International Arbitration vol.1, 1990, p34-5.

的仲裁感覚からくる抵抗感ないし危惧に対する相当程度の配慮はしなければなりません。できるだけ積極的に調停手続を仲裁手続の中に取り込む努力は、三国としては怠ってはならないと考えます。

7. 常設仲裁機関の性質・機能

韓国の大韓商事仲裁院、中国の国際経済貿易仲裁委員会、日本の国際商事仲裁協会は、それぞれその国の代表的常設仲裁機関です。しかし当然のことですが、これら三機関の性質は微妙に異なりますし、機能も異なります。最後にこれらの点にふれておきましょう。

まず、韓国の大韓商事仲裁院⁴³⁾は社団法人であり、民間団体といってよい。しかしその運営に要する資金の大部分は韓国貿易協会の貿易特別会計補助金で賄われ、大韓商事仲裁院固有の年会費、仲裁料金、その他の収入はごく一部にすぎません。

大韓商事仲裁院は、社団法人ではあるが、準公的性格・機能をもっています。たとえば、前にも述べましたが、仲裁法4条3項は、商事仲裁契約において、仲裁人の選定を約定していない場合は、商工部長官が指定する社団法人の商事仲裁規則によったものと推定する、と規定しているが、同法付則2条は、同法4条3項に規定した「商工部長官が指定する社団法人」を大韓商事仲裁院とみなす、と規定しています。また、韓国政府財務部は、韓国当事者と外国当事者との合弁契約の認可に際し、大韓商事仲裁院の仲裁を定めた仲裁条項を挿入することを求める傾向があるともいわれます。

注43) 金・前掲(注17) 4頁以下、小島=高桑・前掲(注5) 647頁、岩崎・前掲(注8) 19頁以下など参照。

大韓商事仲裁院は、また、貿易去来法によって、貿易クレームに対する責任を回避しようとする韓国当事者に対する調査権原及び正当な理由なく仲裁に応じなかったり、仲裁判断を任意に履行しない韓国当事者に対する制裁権限が与えられています。他方、仲裁院は、韓国企業から外国企業への物品の輸出入に伴う違約金、損害賠償金、または代理宛手数料、取引斡旋手数料等の支払いのため、外貨の海外支払いに対して、事前に審査して、適宜関係銀行長に外国為替支払の推薦もします。

なお、大韓商事仲裁院には、商事法務委員会が設置されていますが、同委員会は、仲裁廷の要求があれば、仲裁法、仲裁規則などの解釈の諮問に応じます。その意見はもちろん拘束はありませんが。

中国の国際経済貿易仲裁委員会も一応民間団体といわれています⁴⁴⁾。しかし韓国の大韓商事仲裁院に比べても、さらに公的性格が濃厚です。

まず、国際経済貿易仲裁委員会は、1954年の政務院決定により設立されました（当時は、対外貿易仲裁委員会と呼ばれた）。またその後の名称変更、受理しうる仲裁事件の範囲の拡大、仲裁規則の制定、改正などはすべて国务院の通知または許可によって行われています。役職員の給与も国から支払われます。ただ国際経済貿易仲裁委員会は、中国国際貿易促進委員会とは、その定款によれば「中国の対外的商業会議所」（1条）であり、「中国の経済貿易の社会に置く代表的な個人・企業・組織・団体からなる全国規模の民間対外経済貿易組織」（2条）であると説明されています。したがって、形式上は民間団体と

注44) 王家福=江偉=韓延龍・現代中国涉外取引法論（張友 =天野和夫総監修・現代中国法叢書(5)）81頁以下（江偉）（1990）、齊藤明美・現代中国民事訴訟法（天野和夫=畑中和夫監修・国際比較法シリーズ）136頁以下（1992）。

して位置づけられています。その実質は、相当国家機関的性格の強いものといえるでしょう。そのことは、国際経済貿易仲裁委員会に与えられた強い権限・機能を具体的に検討することによって、一層明らかになるでしょう。

第一に、前掲1(2)Kompetenz-Kompetenz で指摘したように、少なくとも実質上、仲裁契約の有効性等について最終的判断権を持つものは、裁判所や仲裁人ではなく、仲裁委員会です。仲裁委員会は、韓国や日本でならば、裁判所や仲裁人が保有する、仲裁契約の有効性等についての判断権能の多くを自らの中に取り込んでいるのです。

第二に、仲裁人の選任過程における、仲裁委員会ないし仲裁委員会主席の決定権について。日本の場合、国際商事仲裁協会が仲裁するときでも、必ずしもその仲裁規則による仲裁人選任が行われるとは限りません。韓国の場合は、国内商事仲裁事件においては仲裁規則によるとの推定が働くことは、前述のとおりです。これに対し、中国の場合は、国際商事仲裁事件の場合でも、常に仲裁規則によることとなります。しかもこの仲裁規則によりますと、当事者が仲裁人を選任しない場合に仲裁委員会主席が選任することはもとより、主席仲裁人は常に仲裁委員会主席が選任することになっています（規則14条）。

第三に、仲裁人忌避の申立てについては、韓国と日本では、裁判所が決定しますが、中国では仲裁委員会主席が決定します。

第四に、中国では、仲裁実施場所を仲裁委員会所在地の外にするときは、仲裁委員会主席の許可をえなければなりません。韓国や日本では仲裁人が決められるはずですが。

第五に、中国では、仲裁判断の評決方法は多数決とされていますが、この点について当事者が別の合意をすることはできないといわれています。韓国や日本で

はそうではありません。これなども仲裁委員会の規則が裁判所の法律・規則と等視されていることの現れとってよいでしょう。

第六に、中国規則には、仲裁廷の証拠調べに対する裁判所の協力・援助に関する規定が見当たらないように思います。これも仲裁委員会がにらみをきかせている関係で、仲裁廷の行う証拠調べがスムーズに行われている結果だとすれば、結局仲裁委員会が裁判所の役割・機能を肩代わりしているといえないこともないでしょう。

これに対し、日本の国際商事仲裁協会は、民間的、あまりに民間的といってもよいでしょう。

Ⅲ．協同して紛争を解決するための方策

1．仲裁契約関係

(1) 仲裁可能性・仲裁適格について

三国の仲裁実務において、現在実務上、仲裁可能性について、シリアスな争点となっている問題はあまりないようです。しかし将来に備えるという意味で、とくに将来の国際商事仲裁の発展に備える意味で、前びろに検討しておく必要は十分あります。

とくに国際取引は、技術取引・資本取引の比重を日増しに加えてつあります。従来貿易取引が主であったのと異なるわけです。その意味で、商標権・特許権関係、独占禁止法関係、証券取引法関係等の事件の仲裁可能性が検討されなければなりません。その際、きめ細かい議論が必要でしょう。この方面ではアメリカが進歩しているようで、参考になるでしょう。判例や判断例の積み重ねが大切なのはいうまでもありませんが、仲裁法や仲裁規則の整備によって制度上これら新分野の仲裁可能性を明確にできるならば、新分野の国際商事仲裁事件を呼び込む効果が出てくるでしょう。

(2) Kompetenz-Kompetenzについて

仲裁契約の有効性等についての最終的判断権限に関して、韓国・日本と中国との間に差異があることは、それほど重大ではないと思います。差異があることによつてとくに障害があるわけではないからです。むしろ、それぞれにおいて、明確にすべき問題をかかえているので、それをつめる必要はあるでしょう。

たとえば、中国では、實際上仲裁委員会が最終的判断権限を有するとはいえ、なお、裁判所をも常に拘束するかについては、つめなければならないのではないのでしょうか。他方、韓国や日本においても、仲裁人が仲裁手続を続行しようとする場合に、これを争う当事者が訴訟や保全処分での範囲で対抗できるか、逆に仲裁人が仲裁手続を開始しない場合に、これを争う当事者がいかなる訴訟や保全処分に対抗できるか、などについて明確にする必要があるでしょう⁴⁵⁾。

2. 仲裁人関係

(1) 仲裁人の選定方法について

三国の仲裁人選定手続には、常設仲裁機関の性格に由来するとも思われる若干の相違があります。概して日本、韓国、中国の順に当事者の選択権が広く認められています。私じしんは選択権を広く認める方向をめざしてほしいと思いますが、さほど深刻な問題ではありません。

最も重要な問題は、外国人仲裁人の適切な利用ということです。適切な外国人仲裁人は多くありませんし、何よりも、外国人仲裁人を選任しますと、報酬、旅費、宿泊費その他費用が激増するのが問題です。韓国規則 19 条 2 項が、外国在住仲裁人を選任するには当事者双方の合意を要するとしたのは、この激増費用は当事者の負担すべきものとの前提に立って、この問題に対処したものです。しかしこのような対処の仕方では仲裁制度は発展しないのではないのでしょうか。このよりの特別な費用については、少なくともその一部を特別基金その他で支弁するような措置が必要と思います。その特別基金等は、国際貿易ないし取引団体、商工

注 45) たとえば、仲裁研究会・前掲(注 9) 63 頁以下〔松浦馨〕、77 頁以下〔小島武司〕参照。

業団体から募金するなどすべきものと考えます。最も適切な外国人仲裁人を選任した、最も適切な仲裁判断をえられるようにすることは、当然当事者の利益になるのみならず、国済商事仲裁制度全体の利益につながるわけですから、そのコストも当然当該当事者だけに帰せしめるべきではないのです。

なお、韓国規則 23 条や日本規則 24 条 3 項・25 条 5 項のような規定は、やはり中国でも検討していただきたいと思います。中国のやり方にはそれなりの理由がありましようし、本当に公正な仲裁人ならば国籍は問わないはずでしょうが、訴訟や仲裁など紛争処理制度は、現実に公正であることと同時に、公正に疑念を生じる余地のないことも必要です。その意味では、韓国規則 23 条等がベターです。

(2) 忌避について

忌避の制度は、韓国も日本も古びた感じを免れない。仲裁研究会の試案⁴⁶⁾はその近代化の一案とあってよい。

3. 仲裁手続関係

(1) 仲裁手続の決定について

ここで重要な問題は、仲裁手続の準拠法の問題、つまり国際もしくは涉外仲裁事件において、どの国の仲裁法を適用すべきかという問題です。この点については、三国とも明確な規定を置いていませんが、私は属地主義、すなわち UNCITRAL 模範法 1 条 2 項の立場を正当と考えます⁴⁷⁾。

注 46) 仲裁研究会・前掲(注 9) 72 頁以下〔澤田寿夫〕参照。

注 47) 仲裁研究会・前掲(注 9) 106 頁以下〔澤木敬郎〕参照。

(2) 仲裁手続の代理人について

この点については、韓国や中国と同様、日本でも、代理人資格を外国弁護士にも認めるようにすべきものと考えます。

4. 仲裁判断関係

(1) 仲裁判断の判断基準について

まず、当事者が実体法によるか、善と衡平によるかを定めていない場合、韓国と日本の現行法には規定がなく、中国では、そもそも善と衡平による仲裁判断の余地があるのか明白ではないようであるが、立法により明らかにすべきでしょう。私見によれば、実体法によるものとするべきだと考えます⁴⁸⁾。

なお、仲裁人が実体法により仲裁判断をする場合、どの国の実体法を適用すべきかについては、仲裁人が相当と認めるものというのではなく、(仲裁地の) 抵触法の規定に従って定まるものと考えべきでしょう。

(2) 判断の理由の記載について

略式・簡易・少額仲裁事件ではなく、通常仲裁事件の場合に、仲裁判断の理由の記載を原則として必要とするか、不要とするかについては、必要とする説でよいのではないかと考えますが、仲裁判断の取消事由として、理由の記載の欠缺を明示的に挙げるべきかについては、慎重に検討すべきものと思います。仲裁研究会の試案は、明示的列挙を避けています⁴⁹⁾。

注 48) 仲裁研究会・前掲(注 9) 86 頁以下〔高橋宏志〕参照。

注 49) 仲裁研究会・前掲(注 9) 99 頁以下〔谷口安平〕参照。

5. 仲裁判断の取消判決等が確定したときの元の仲裁契約の帰趨に関して

韓国や日本の現行法では、仲裁判断が取り消された後の当該事件の解決はどうかなるのかについて、とくに規定していません。あとは、仲裁契約が失効したか否かによって適当に処理すべきであるということになっています。ただし仲裁契約が失効するか否かについての明確な規定はありませんから⁵⁰⁾、その点も適当に判断してせよということです。しかしこれでは当事者に対する配慮が十分とはいえないのではないのでしょうか。せめてUNCITRAL 模範法 34 条 4 項を採用することが必要ではないのでしょうか。仲裁法研究会の試案 41 条が 34 条 4 項を採用しなかったこと、その再検討の余地があることは、前述のとおりです。

6. 調停と仲裁の連結に関して

大抵の常設仲裁機関では、仲裁規則のほかに調停規則を作って、それぞれ別個の手續制度として仲裁と調停を行っています。もっとも実務上調停が行われることは少ないようですが。ここで問題として取り上げますのは、仲裁規則の中に調停に関する規定を置くこと、換言すれば、何らかのかたちで、仲裁手續の前手續として、調停手續を仲裁手續に組み込む、あるいは組み合わせることです。

その場合に、韓国のように仲裁人とは別個の調停人を選任して調停させるか、あるいは中国のように、仲裁人が同時に調停人を兼ねるか、二通りの方法があります。前者は比較的抵抗が少ないと思いますが、後者については、仲裁判断をするときに不当な予断を持つ恐れがあるという点で抵抗があります。もちろん不当な予断などありえない、むしろ仲裁人と調停人を兼ねた方が、真に妥当な判断が

注 50) 仲裁研究会・前掲(注 9) 66 頁以下〔松浦馨〕参照。

できるとの反論もあります。西欧人にはともかく、アジア諸国民にはその方がいいという考えもあります。三国としては、大いに関心のある、重要な研究課題の一つとってよいでしょう。

7. 常設仲裁機関の性格・機能に関して

この点に関しては、とくにいうことはありませんが、大きな流れとしては、民間団体としての性格を次第に純化していくことになると思います。

8. 韓国・中国・日本の常設仲裁機関に対する期待

これからの国際商事仲裁は、恐らく機関仲裁を軸として発展していくでしょう。まだ常設仲裁機関が設置されていない国もありますが、いずれ設置されるに違いありません。いかなる国も国際貿易をしないですますわけにはいきませんし、国際貿易をすれば、国際商事仲裁制度の整備が必要ということになりますが、それは、ひっきょう国際商事「機関」仲裁の整備が中心になると思われ⁵¹⁾。

私どもの共通の最大の願望は、それぞれの国際商事仲裁制度をいかに整備し、高度化するかにあるとってよいでしょう。この願望の達成はまことに容易ではないわけですが、およそ次の二点が重要です。仲裁法ならびに仲裁規則の整備と、常設仲裁機関の組織の強化と運営の改善です。

注51) もちろん今後とも、ad hoc 仲裁も存続するでしょう。常設仲裁機関としては、機関仲裁を推進拡張するとともに、ad hoc 仲裁に対しては、その完備した審理室、通訳者や書記等補助職員を気軽に利用できるよう、人的・物的サービスの提供に尽力すべきです。

まず、前者——仲裁法ならびに仲裁規則の整備については、世界的な改正の流れに注意を怠らないと同時に、われわれとしては、アジア諸国の地理的・歴史的接近性や、予想されるアジア経済の著しい発展にかんがみて、アジアの風土や文化に適した仲裁法や仲裁規則を工夫しなければなりません。

次に、後者——常設仲裁機関の組織の強化と運営の改善の問題です。人々にはややもすれば、前者（仲裁法と仲裁規則の整備）がなされれば、国際商事仲裁制度の整備の仕事は、大部分終了したと考えがちです。しかしそれは飛んでもないことで、前者だけではその2割程度が終わったにすぎません。残る8割は実に後者（常設仲裁機関の組織強化と運営改善）にかかっているのです。その意味で、仲裁制度の改善問題において、常設仲裁機関の組織・運営がいかに重要かということを強調したいと思います。

後者について若干補足いたしますと、まず組織の強化としては、理事会（評議会）の長と構成員の充実強化、事務局の長と職員の質的・量的拡充が必要です。また、運営の改善としては、主要貿易相手国に配慮した仲裁人名簿の人選、仲裁人の養成ないし継続教育制度の整備、信頼できる通訳の確保などのほか、とくにその国と貿易相手国の企業や政府・産業・貿易団体などに対する、その国と貿易相手国の仲裁制度や常設仲裁機関のPRがぜひ必要です。

さらに必要なことは、韓国・中国・日本の常設仲裁機関が互いに連携・交流を密にして積極的に協力することです。私は、将来韓国・日本・中国の間の国際取引紛争は原則としてすべて三国いずれかの常設仲裁機関の仲裁で処理されるようになっていかなければならないと考えています。しかしそのためには、三国の仲裁機関が既存の紛争をそれぞれ自己の仲裁事件として取り込むことに腐心するのではなく、いかにすれば、三国の仲裁機関が共同して、国際取引当事者の満足のいく国際

仲裁制度を提供できるかをよく考え、それぞれがそのような見地に立って法規を整備し、制度を運用することが大切です。もしそうなれば、仲裁事件数は現在より爆発的に増加するはずです。いずれにせよ、そのためには、単に仲裁協定を締結しただけでは足りず、常時仲裁業務上のきめ細かな連絡や意思疎通が保たれなければなりませんし、できるだけ無用な差異をなくする方向で法規を整備することにも、とくに外国当事者に配慮した実務が確保されるよう力めるべきです。そのため、立法問題・実務問題の研究や情報交換の面でも協力関係が推進される必要があります。その意味でも、今回のソウル国際商事仲裁シンポジウムは重要な役割を果たすものと考えます。

このような催しが今後も各地で引き続き開かれることを期待いたします。実は、まだ確定的とはいえませんが、日本国際商事仲裁協会の国際商事システム高度化研究会の94年度計画として、いくつかのアジアの国・地域の仲裁専門家にお集まりいただいて国際商事シンポジウムを開きたいというプランを検討しています。

以上、韓国・中国・日本の常設仲裁機関に対する期待を申し述べて、私の報告をしめくくることとします。