

ニューヨーク協定に従う外国仲裁判定の承認（その二）

——韓国の場合——

郷 石
田 光
正
萬 現[※]
(訳)

目次

- VI 承認および執行のために提出すべき書類——積極的要件——
 - 一、承認および執行のために提出すべき書類
 - 二、承認および執行のために提出する書類の訳文
- VII ニューヨーク協定上、外国仲裁判定の承認拒否事由——消極的要件——
 - 一、当事者の無能力または仲裁合意の無効（第一項 a 号）
 - 二、被申請人の防衛権の侵害（第一項 b 号）

(前号からのつづき)

VI、承認および執行のために提出すべき書類⁽⁹⁹⁾

ニューヨーク条約(第四条)は外国仲裁判定の執行を求める当事者が提出すべき書類を掲げている。これが承認および執行の積極的要因であるが、執行を求める当事者がその立証責任を負う。彼はその書類を提出することによって、外国仲裁判定の執行を受ける資格があるという、一応の証拠(*Prima facie evidence*)を提出したことになる。

一、承認および執行のために提出すべき書類

〈イ〉提出すべき書類と提出時期

外国仲裁判定の執行を求める当事者は申請時に⁽¹⁰⁰⁾①正当に認証された仲裁判定の原本(または正当に証明されたその謄本)と②仲裁合意の原本(または正当に証明されたその謄本)を提出しなければならない(第四条第一項)⁽¹⁰¹⁾。〃認証(*authentication*)は文書の署名(*signature*)が(二六八頁)本当のものであることを証明するものである⁽¹⁰²⁾。〃証明(*Certification*)は謄本(原本全部の写本)が原本の写本であることを証明するので、認証は署名に関するものであり、証明は全体としての文書に関するものである⁽¹⁰³⁾。

上記書類の提出は外国仲裁判定に関する執行判決請求の訴訟の訴訟要件ではなく、法院が執行判決をするための要件である⁽¹⁰⁴⁾。

上記書類は提訴後、訴訟手続で提出してもよい。

第四条の要件は、相手方を保護しようとするものなので、相手方が、訴状に添付された仲裁判定と仲裁合意の写本を受け取った後、その直正性を争わなければ、これを固執する必要はない。上記、大法院二〇〇四年判決も同様な趣旨である。

（ロ） 認証または証明の準拠法と主体

ニューヨーク条約は書類の認証または証明如何を決定する準拠法を明示していないが、立法歴史とニューヨーク条約（第四条）の目的に照してみて、仲裁地または執行申請を受けた国家の中で、ある国家の法に従って、権限のある機関が認証または証明をすればよい。

認証または証明の主体は国家によって異なるが、概ね法院公務員、公証人または外交官（または領事館）である。ただ、外国法人仲裁判定地法に従って、正当に認証または証明されたことは判断され難いので、実務上では仲裁判定地国にある、執行申請を受けた国家の外交官（または領事館）による認証または証明を受けるのが安全である。仲裁判定部が仲裁判定の原本を認証したり、または仲裁判定の謄本を証明したり、仲裁人または常設仲裁機関の事務局が証明した仲裁判定の謄本を許容する場合、外国にいる韓国外交官（または領事館）から謄本を受ける必要はない。

一方、仲裁合意の場合、当事者たちがおよそ（概ね）契約書原本を保有しているので証明された謄本を提出する実質的な必要は少ないが、当事者が原本の提出を望まない場合、証明された藤本を提出する必要がある。仲裁判定の藤本を証明できる者は仲裁合意の藤本を証明することができるが、仲裁合意の藤本は公証人が証明することができるが、公証人は仲裁判定地であれ、韓国の公証人であれ関係はない。⁽¹⁹⁾

二、承認および執行のために提出すべき書類の翻訳文

〈イ〉翻訳文の証明主体と証明対象

ニューヨーク条約(第四条第二項)に従えば、仲裁判定や仲裁合意が援用された国家の公用語で作成されない場合、仲裁判定の執行を求める当事者は共同語本訳文を提出しなければならない。

第二項は、本訳文は公的または宣誓した本訳官または外交官(または領事館)によって証明されなければならない⁽¹⁰⁶⁾、とすることによって、申請当事者の義務を軽減しているが、公証人は本訳文を証明できるものではない。ニューヨーク条約は本訳官または外交官(または領事館)の国籍を規定していないが、可能な限り要件を柔軟に解釈することになるので、仲裁判定地国または執行申請を受けた国家の法のなかで、いずれか一つに従って可能である。韓国では、公的本訳官(official translator)または宣誓した本訳官(sworn translator)制度がないが、従来は実務上、仲裁判定地国にいる韓国外交官(または領事館)による確認または韓国公証人の本訳公証の方法を取るものと見られる。

第四条二項は本訳文の証明を求めているが、これは本訳文の正確性を証明せよ、ということである。しかし、大法院一九九五、二、一四宣告九三タ五三〇五四判決は、第四条第二項の趣旨は本訳官または外交官によって仲裁判定な¹⁰⁶どが、直接本訳されなければならない、ということではなく、彼らによって当該仲裁判定の本訳文であることを証明すれば充分であり、上記規定における証明とは、当該仲裁判定を本訳した本訳文であるという事実確認であるだけで、外交官(または領事館)の署名が必ず必要なものではなく、またその本訳の正確性まで証明すべきではなく(下線は筆者)、という趣旨で判示した。上記、大法官の判決はニューヨーク条約の要件を緩和したもので、本訳に関する韓国¹⁰⁶の特殊な問題を解決した肯定的な面が大きい。しかし、ニューヨーク条約の趣旨には反すが、肯定的に本訳文の正確

性を確認する制度を導入することによって、これを解決すべきであろう。

（ロ） 仲裁法第二七条との関係

外国仲裁判定の執行を求める当事者が韓国法院に提出すべき書類の要件はニューヨーク条約に従うが、仲裁法は書類要件をやや異つて規定しているので疑問が生じる。

第一に、仲裁法（第三七条第二項）は仲裁判定と仲裁合意の正本または正当に認証されたその藤本の提出を求めているが、正当に認証されたを正当に証明されたに修正する方が正しい。

第二に、仲裁法は仲裁判定の正本を求める点と、本訳文の本訳主体を制限してない点で、ニューヨーク条約より緩和されているが、これは本訳上の問題に見えるので、ニューヨーク条約が適用される場合には同条約に従わなければならない。一九九九年仲裁法の改正の際に、ニューヨーク条約が優先することを明確にしておけば良かったと思われる。

ドイツ民事訴訟法（第一〇六四条第一項）も仲裁判定の執行を求める当事者が提出すべき書類（すなわち、仲裁判定またはその証明された藤本）を列挙している点は、仲裁法（第三七条第二項）と類似しているが、訴訟代理人である弁護士が証明できることを明示している。

さらに、第一〇六四条第三項は国際条約が優先し、適用されることを明示しているが、ただその趣旨に関しては論難がある。⁽¹⁰⁾

（ハ） 要件が未備された本訳文を提出された場合の処理

仲裁判定において真の当事者は法院が仲裁判定を理解できる限り、本訳文の要件を放棄することもできる。

上記、二〇〇四年大法院判決も同様な趣旨である。

Ⅶ、ニューヨーク条約上、外国仲裁判定の承認拒否事由——消極的要件——

ニューヨーク条約は承認拒否事由を被告が主張・立証すべき事由（第五条第一項）と要請を受けた国家の法院が職権で判断すべき事由（第五条第二項）に区分して規定している。

これが承認の消極的要件である。前者は①当事者の無能力または仲裁合意の無効、②被申請人の防衛権の侵害、③仲裁人の権限優越、④仲裁判定部の構成または仲裁手続の瑕疵、⑤仲裁判定の拘束力の欠如または取消・停止であり、後者は①仲裁可能性の欠如と、②公序違反である。

前者は主に仲裁判定において、真の当事者の利益を保護するためのものであるのに反して、後者は法廷地国（すなわち、執行国）の重要な利益、または根本的な価値を保護するものである⁽¹⁰⁸⁾ので、ニューヨーク条約は後者を、法院が職権で調査すること⁽¹⁰⁹⁾にしている。承認拒否事由は実体的公序違反を除けば、概ね仲裁過程での、または仲裁判定自体の手続的欠陥（一七一頁）に関するものである。

さらに、第五条第一項と第二項は承認拒否事由が存在しているとしても、法院が裁量で執行できることを明らかにしている。以下では、承認拒否事由を検討してみたい。

一、当事者の無能力または仲裁合意の無効（第一項a号）

第五条第一項a号が規定する承認拒否事由は当事者の無能力と、仲裁合意の無効の二つである。すなわち、仲裁合意の当事者が関連する準拠法にしたがって無能力者であったか、または仲裁合意が当事者が準拠法として指定した法令によって、または指定がない場合には仲裁判定を下した国家の法令によって無効であるものは承認拒否事由である。

実際に、これは主に仲裁手続の初期に主張されるのであり、もし主張しない場合、後に主張するのは排除されるので、実務上の重要性はそれほど大きくない。⁽¹⁰⁾

〈イ〉当事者の無能力

a号の英文は、当事者が、無能力 (the parties...were...under some incapacity) であると言っているがこれは当事者の「権利能力」または「行為能力」がないことを意味する。⁽¹¹⁾ 自然人の場合、通常、行為能力だけが問題になるが、法人の場合、権利能力と行為能力が共に問題になり得る。当事者の無能力の結果、仲裁合意が無効になり得る。

ニューヨーク条約は、当事者の能力の準拠法を明示せず、単純に「関連準拠法に従って」、となっているが、これを「half way conflict rule、(不完全な抵触規則)」と称する。⁽¹²⁾

その結果、当事者の能力の準拠法が乱れる (二七二頁) ことになり得る。⁽¹³⁾ 能力は英米法国家においては概ね契約の準拠法の問題である。⁽¹⁴⁾

しかし、大陸法系国家では、身分の問題として理解されるので、⁽¹⁵⁾ 能力は当事者の属人法 (Personal law) に従うが、執行段階において、属人法は執行国の国際私法によって決定される準拠法による。⁽¹⁶⁾

しかし、厳密には見解が分かれることもある。すなわち、仲裁合意の法的性質を私法上の契約として見ればそのようになるが、訴訟法上の契約として見れば、当事者能力と訴訟能力に関する民事訴訟法の規定を類推適用する余地があるからである。ただ、民事訴訟法上の当事者能力は権利能力を、訴訟能力は行為能力を基礎にするので、両者は概ね類似した結論になる。⁽¹⁷⁾

〈ロ〉仲裁合意の無効

執行段階における仲裁合意の準拠法に関しては、ニューヨーク条約が明示的に規定している。すなわち、ニューヨーク

ク条約(第五条第一項a号)は外国仲裁判定の承認拒否事由の一つとして、仲裁合意は当事者たちが準拠法として指定した法令によって、または指定がない場合には判定を下した国家の法令によって無効である場合を規定している。仲裁合意の無効は狭い意味の原始的無効でなく、意思表示の瑕疵によって、仲裁合意が取消されるか、撤回された場合も含めており、仲裁合意の不存在も含める⁽¹⁸⁾。したがって、仲裁合意、正確には、仲裁合意の成立と(実質的)有効性の準拠法は、当事者たちが仲裁合意の準拠法として指定した法によるのであり、指定がない場合には仲裁判定地国法による⁽¹⁹⁾。ただ、補充的連結原則として、仲裁判定地国法によるように規定していることに対しては、仲裁地は常に、当事者が選定するものではなく、仲裁合意の有効性と関連のない事項を考慮して選定できることもあるので、不適切である、という批判もある⁽²⁰⁾。

注意すべきことは、準拠法の指定は明示的指定だけでなく、黙示的指定も含めるということである⁽²¹⁾。この場合、準拠法の指定は実質法を指定することを意味しており、反致(renvoi)は許容されない⁽²²⁾。実務上の問題は、仲裁合意の準拠法の明示的指定はないが、当事者たちが主な契約の準拠法を明示的に、または黙示的指定した場合、これを仲裁合意の黙示的準拠法の指定として看做すことのできるか否かである。

否定説は仲裁合意の独立性と、仲裁合意の手続的性格に照して、これを否定しながら、仲裁地法を仲裁合意の黙示的準拠法として見るのである⁽²³⁾。

私見はつぎのようなことである。

「仲裁条項」の場合には、仲裁合意が主たる契約の一部を構成する形式を取っているので、明示的であれ黙示的であれ、当事者たちが主たる契約の準拠法を指定した時には、その法を仲裁条項の準拠法として、黙示的に指定していると主張していると推定するのが、通常、当事者の意思と付合するであろう⁽²⁴⁾。反面、主たる契約の準拠法が客観的に連

結によって決定される場合には、仲裁地法が仲裁条項の準拠法になる。

ところで、韓国国際私法（第二六条）によれば、客観的連結の場合、主たる契約の準拠法は最も密接な関連のある国家の法がなるので、主たる契約と仲裁条項の準拠法が異なることもあり得る。実際に問題になるのは、当事者が主たる契約の準拠法としてA国法を選択しながら、仲裁地はB国として合意する場合であり、両者が同一である場合は、いずれの見解を取っても相違はない。

仲裁合意において問題になることの一つは、仲裁条項が約款に含れている場合である。すなわち、韓国の約款の規制に関する法律（以下、約款規制法⁽¹²⁸⁾と称する）第一四条は、顧客に対して、不当に不利な諸提起の禁止条項を無効として、規定しているので、第一に、仲裁条項が当事者間の合意の一部を成すのかという編入統制と、第二に仲裁条項の内容に対する内容統制が問題になる。編入統制については、ニューヨーク条約が適用される範囲内においては、統一規範であるニューヨーク条約に従わなければならない、韓国約款規制法を適用すべきではないと考える。

反面、ニューヨーク条約は内容統制に関して規定していないので、もし韓国法が準拠法であれば、約款規制法の内容統制に関する条項は依然として適用される。問題はその準拠法であるが、これは仲裁合意の許容要件の問題であるので、法廷地法に従う、という見解も可能である⁽¹²⁹⁾。ただ、約款規制法の規定で漠然であるので、これを具体化する必要がある。約款に含まれているという理由だけで、仲裁条項が無効になることではない、ということは疑問のないことであろう。

韓国では選択的仲裁合意の効力に関して、大法院判決（例えば、大法院二〇〇三、八、二二宣告二〇〇三タ三一八判決と大法院二〇〇四、一一、一一宣告二〇〇四タ四二一六六判決など）もあって多くの論争があるが、これは仲裁合意の成立および（実質的）有効性の準拠法が韓国法である場合に、その意味を持つ。

仲裁合意は、ニューヨーク条約第二条が定めた方式要件を具備できない場合に無効であるが、第二条と第五条との関係は下記（ホ）で論じることにした。

（ハ）仲裁合意の無効と仲裁可能性の欠如との関係

紛争の対象が仲裁可能性がない場合、仲裁合意は無効になり得る。⁽¹²⁶⁾そこで、仲裁可能性の判断基準になる準拠法が問題になる。

ニューヨーク条約（第五条第二項a号）は、執行段階の場合には執行国法が仲裁可能性の準拠法であることを明示しているが、抗弁段階または仲裁段階においては、仲裁可能性を明示していないからである。この場合、仲裁合意の準拠法説、法延地法説と重・説などがあるが、韓国においては法延地法説と重・説が有力である。⁽¹²⁷⁾

（二）国際的強行法規の適用を回避するための仲裁合意の効力

立法例によつては、海上運送に関する国際条約であるハーグ規則またはハーグ・ビスビ規則を立法化した法を国際的強行法規として規定しているが、仲裁判定部は同法を適用しない可能性がある。したがって、国際的強行法規である同法の適用を貫徹するために、仲裁合意の効力を否認すべきである、という見解が可能である。

しかし、米国連邦大法院は一九九五年 *Vimar Seguros Y Reaseguros S.A.V.MV Sky Reefer* 事件で全員合意体判決⁽¹²⁸⁾として、*Indussa* 基準⁽¹²⁹⁾を仲裁合意に適用することを拒否し、船荷証券上の仲裁条項を有効であると看做した。

韓国においても、韓国商法の適用を排除し、ハーグ規則またはハーグ・ビスビ規則を、立法化してない国家の法を適用する目的で仲裁合意をする場合、その有効性が問題になり得る。これを判断するためには、第一に、韓国の国際的強行法規の適用を排除しようとして、仲裁合意をすることが有効であるか否かと、第二に、商法（第七九〇条第一項）が国際的強行法規であるか否か、この二つの論点を検討しなければならぬ。筆者は共に、否定的見解をとる。

特に、前者に關して、当該事案が韓国と密接な關連があるとすれば、仲裁人は準拠法が外国法であつても、韓国の國際的強行法規を適用するか考慮しなければならぬので、仲裁合意の結果、韓国法が必ずしも排除されるものではない。⁽¹³¹⁾

さらに、仲裁判定部が韓国の商法を適用せず、仲裁判定を下した場合、これを韓国で執行できるか否かも問題になるが、筆者は執行できると考えている。⁽¹³²⁾

國際的強行法規に關するものではないが、大法院判決も公序を説示しながら、外国仲裁判定に適用された外国法が、我が國（韓国）の実定法上、強行法規に反するとして、すぐ承認拒否すべきではなく、当該仲裁判定を設定する場合、その具體的結果が韓国の善良な風俗、その他、社会秩序に反する時に限つて、承認および執行を拒否すべきである、という趣旨で判示した。⁽¹³³⁾

〈ホ〉 仲裁合意の無効と仲裁合意の方式——ニューヨーク条約第五条と第二条との關係⁽¹³⁴⁾

(一) ニューヨーク条約第五条と第二条との關係

仲裁合意の方式要件の欠如が承認拒否事由であるか否かが問題になる。仲裁合意が方式要件を具備できなければ無効であるので、これは第五条第一項 a 号に該当することになるが、嚴密に言えば、これは仲裁合意の方式要件を定めたニューヨーク条約第二条の結果であり、第五条第一項 a 号が定めた仲裁合意の準拠法に従つた結果ではない。

しかし、第二条が執行段階においては適用されないという見解はニューヨーク条約の立法歴史と内的な一貫性にも反する。⁽¹³⁵⁾ 要するに、仲裁合意の方式要件の欠如は承認拒否事由になるのであり、実務上で最もひんばん（二七七頁）に主張される。その根拠はニューヨーク条約第二条によつて直接に導き出されてか、⁽¹³⁶⁾ 第五条第一項 a 号、すなわち、仲裁合意の無効で説明するか、または第二条と第五条との体系的關係——特に、第五条第一項 a 号が、第二条に規定

された合意⁽¹³⁸⁾を言及した点——の合理的な解釈によって引き出されることができる。

(二) ニューヨーク条約上の書面要件

ニューヨーク条約(第二条第一項)は、ニューヨーク条約(第二条第一項)は韓国仲裁法(第八条第二項)の様に、仲裁合意の書面性を要求する。その理由は、仲裁合意は私人に紛争解決を委ねるので、契約の真实性を担保し、また当事者に契約内容の重要性を認識させることによって、意思決定を慎重にさせようとするものである⁽¹³⁹⁾。書面による合意は当事者によって署名されたり、書信または電報交換の中に含まれた、主たる契約のなかの仲裁条項または仲裁合意を含める(ニューヨーク条約第二条第二項)。

仲裁合意を書面によって行うという意味は、仲裁合意に関する書面証拠がなければならない、というものではなく、合意自体が書面によって成されなければならない、ということであるので、両当事者が署名した契約書、または両当事者がそれぞれ作成した文書が互いに交換された場合に、書面要件が具備されるが、書面請約を口頭で承諾したり、口頭請約を書面によって承諾することと、当事者間の口頭合意を死後に書面で確認することは、国際取引で広く使用されているが、書面要件を具備しているものではない⁽¹⁴⁰⁾。ドイツではこれを「完全な書面方式」(Volle Schriftform)または「二重書面性」(doppelte Schriftform)と称する⁽¹⁴¹⁾。

モデル法の書面要件も同様である⁽¹⁴²⁾。しかし、これを緩和して解釈する国家もあり、この頃は、このような傾向が次第に拡散されており⁽¹⁴³⁾、下記で見られる様に、後に二〇〇六年末にはモデル法の改正をもたらした。

国内法がより緩和された仲裁合意の方式を定めた場合、ニューヨーク条約(第七条)に従って、その条項が適用されることができ。なぜならば、第七条は文面上では仲裁判定の執行の脈絡のみで最悪権利条項を規定しているが、これは仲裁合意の脈絡においても妥当であるからである。

ニューヨーク条約第二条第二項と第七条第一項の解釈に関し、UNCITRALが二〇〇六年七月七日、第三九回総会で採択した勧告案（第二項）はこの点を明確にしている。⁽¹⁴⁾

(三) 被告が仲裁申請に応じた場合、仲裁合意の書面要件の具備

書面仲裁合意がなくても、一方が仲裁申請をし、当事者たちが仲裁人を指明して、仲裁手続を経て、仲裁判定が下された場合、または原告が仲裁申請書において仲裁合意の存在を主張し、被告が答弁書で争わない場合、ニューヨーク条約上、書面要件の具備如何が問題になる。

特に、モデル法（第七条第二項）は、申請書と答弁書の交換によって一方の当事者が仲裁合意があることを主張し、相対方がそれを争わない場合、書面要件が具備されると明示しているが、韓国仲裁法（第八条第三項第三号）は、これを当事間で交換された文書として拡大したのである。⁽¹⁵⁾ この場合、果して、ニューヨーク条約が意味する書信のなかに含まれた仲裁合意として看做することができるかいなか、の問題であるが、見解が分れる。⁽¹⁶⁾

厳密に解釈すれば肯定し難いが、必ずしも否定すべきものではない。上記、大法院二〇〇四年二月一〇日宣告、二〇〇四年タ二〇一八〇判決は、これを議論しなかったが、決論的にこれを否定している。

(四) 被告が仲裁申請に応じた場合、禁反言の法理の適用如何

仲裁申請前まで、書面仲裁合意がなくても、一方当事者が仲裁申請をし、相対方が答弁書などによって、本案に対して弁論することによって、⁽¹⁷⁾ 有効な仲裁合意の存在を黙視的に肯定する場合、禁反言（estoppel）の法理⁽¹⁸⁾によって、相対方は、その後、有効な仲裁合意の存在を否定することはできないのであろうか、という疑問が提起される。

これに関しては、第一に、ニューヨーク条約の方式要件が具備されないと見る見解、第二に、禁反言の法理を肯定しながら、これは国内法に従う、という見解、第三に、禁反言の法理を肯定しながら、ニューヨーク条約上、禁反

言の法理が含まれている、という見解が見られる。⁽¹⁴⁸⁾ 私見としては、第三の見解が現代仲裁法の傾向に附合するもので妥当する。⁽¹⁴⁹⁾

したがって、信義則の根本原則である禁反言の法理は、ニューヨーク条約に内在する法理として、国条約そのものから導き出されるのであり、これは方式要件に優先するものと思われる。その根拠は「禁反言の法理」または「先行行為と矛盾する行為禁止の原則」⁽¹⁵⁰⁾ または方式要件の機能、乃至は規範目的などで説明できる。

このように、相手当事者が仲裁手続に参加した場合、方式要件の欠缺を主張することができない、という見解が多数説であるかのように見られる。⁽¹⁵¹⁾

大法院二〇〇四年一月一〇日、宣告二〇〇四タ二〇一八〇判決は、第一の見解に従って、方式要件の具備を否定した。しかし、私見としては、大法院は、申請書と答弁書の交換によって、書面要件が具備されたものと見たり、そうでなければ、被告が仲裁合意の書面性を争わず仲裁に応じたので、執行判決請求の訴で、書面要件の欠如を主張することは禁反言の法理に反していて、許容されないと見るべきである。

(五) モデル法の改正とニューヨーク条約上の書面要件を緩和して解釈するための勧告

二〇〇六年六月～七月に開催されたUNCITRAL第三九回総会本会議において、モデル法第七条を改正して、書面要件を緩和しようとする改正案と、さらに一歩進んで、書面性そのものを全部廃止してしまう代案を採択したのである。⁽¹⁵²⁾

こうした作業と並行して、仲裁合意の書面要件を定めたニューヨーク条約第二条第二項との整合性が問題にされた。これを解決する方案として議定書(protocols)を採択する方案、ニューヨーク条約(第七条第一項)に最悪権利条項があるので、ニューヨーク条約よりも書面要件を緩和したモデル法を推進することによって、事実上ニューヨーク条約を訂正する方策が議論されたが、結局、ニューヨーク協約の方式要件に関する解釈や適用上の指針を提供して、それ

それぞれの締結国の法院（裁判所）に、ニューヨーク条約、第二条第二項に対する解釈の基準としてモデル法第七条を使用するようにする方策に従うようにした結果、ニューヨーク条約第二条第二項および第七条第一項の解釈に関する勸告案が採択された。

勸告案第一項は、⁽¹⁵³⁾ ニューヨーク条約第二条第二項を適用するに際し、同項に記述された状況が網羅的でない点を認めることを勧告する。⁽¹⁵³⁾ これは勧告であるので、法的拘束力はないが、尊重することが望しい。

（へ） 仲裁合意の失効

第五条第一項 a 号は、仲裁合意の無効だけを承認拒否事由として規定し、仲裁合意の失効 (inoperative) は言及してないので、仲裁合意の失効が承認拒否事由であるか否か、という疑問が提起される。

これに対する第一項の趣旨は、当事者間に有効な仲裁合意が存在しない場合、執行国の法院が外国仲裁判定の執行を拒絶できる、ということなので、仲裁合意が初めから無効であるか、後に効力がなくなつたか、仲裁約定が存在したり、どんな場合であつても、当事者間の仲裁合意がその規定通りの効力を認められない状況があるならば、当事者間には有効な仲裁合意が存在しないことになるので、執行国法院は第一項 a 号に従つて、執行を拒絶することができるといふ見解がある。⁽¹⁵⁴⁾ これは概ね、妥当であるが、常にそうではない。すなわち、仲裁合意の失効とは、仲裁合意がその効力を中止したことを意味するが、仲裁合意の取消された場合と、既に仲裁判定や法院による当該紛争が決定された場合を含める。⁽¹⁵⁵⁾ 仲裁合意の取消は、承認拒否事由や、仲裁判定が下された場合、仲裁合意は失効されるが、承認拒否事由ではないので、仲裁合意の失効を一律的に取り扱うべきではなく、失効の原因別に判断しなければならぬ。

仲裁合意の失効如何は仲裁合意の準拠法によつて判断すべき事項であり、ニューヨーク条約から統一的な規則を引

き出すことは難し⁽¹⁵⁶⁾。

二、被申請人の防御権の侵害（第一項 a 号）

仲裁判定で真の当事者が仲裁人の選定や仲裁手続に関して適切な通知を受けなかったり、またはその他の理由によって防御できなかつたことは承認拒否事由になる（第一項 b 号）。これは、仲裁が最少限の手続的基準を遵守に行われることを求めるもので、当事者たち、特に、仲裁に敗した当事者の防御権（*droit de la defense*）または公正な審理（*fair hearing*）を受ける権利を保障するためのものである⁽¹⁵⁷⁾。

英米では、これを「適法手続」（*due process*）を保障するためのもの、ドイツでは「法的な訊問」（*rechtliches Gehör*）⁽¹⁵⁸⁾を受ける権利を保障するためのものである」と説明する。

仲裁判定で敗けた真の当事者が仲裁人の選定や仲裁手続に関して適切な通知を受けてないのは、彼が防御できなかつた事例の一つなので、これを別途明示することはないが、ジュネーブ条約（第二条 b 号）に含まれていた文言である、という歴史的な理由から存置されていた⁽¹⁵⁹⁾。

（イ）防御権の侵害を判断する準拠法

ニューヨーク条約は防御権の侵害如何を決定する準拠法を明示していない。防御権の保障は各国で、私法的紛争解決という手続的正義の実現と直結された問題として公々の秩序の一部を構成するので、これは仲裁判定の執行を求められた国家の適法手続の基準に従って判断する事項である⁽¹⁶⁰⁾。大法院一九九〇年四月一〇日、宣告八九タカ二〇五二判決も、当事者の防御権保障は手続的正義実現と直結され、公々の秩序の一部を成すものである⁽¹⁶¹⁾ので、これは執行国法令の基準によって判断するものである、と判示した。ただ、韓国法上の基準に従って仲裁判定に関する当事者の防御

権の侵害があるとしても、それが必ず第一項b号に該当するものではないが、何故ならば第一項b号の国際的性格を考慮する必要があるからである。⁽¹⁶¹⁾

さらに、ニューヨーク条約が統一的な実質法規則を定めているものと解釈する見解もある。⁽¹⁶²⁾

〈ロ〉防御権の侵害になる場合

ニューヨーク条約（第一項b号）は包括的に「当事者が他の理由によって防衛できない場合」と規定して、まるで技術的違反を含めて、当事者の防御権が侵害された全ての場合を含めているように見える。しかし、承認拒否事由を狭く解釈すべきであるという原則に照して、⁽¹⁶³⁾ 執行を求められた国家の法体系全体の手続的正義の観点から判断して、当事者に適切な審理の機会が与えられたか否か、すなわち、主張および立証をし、相手方の主張および立証に対して答弁し、意見を表示することができたのか否かを、判断して防御権の侵害がはなはだしく、公正な審理であると見るには難し、場合にのみ、承認拒否事由として認めることができ、反面、韓国仲裁法上、当事者の防御権と関連された条項の違反が、すべて承認拒否事由になるものではない。⁽¹⁶⁴⁾

上記大法院一九九〇年四月一〇日、宣告八九タカ二〇二五二判決も、「…ニューヨーク条約第五条第一項ナ号（二八二頁）の趣旨は：当事者の防御権が侵害された全ての場合を意味するのではなく、その防御権侵害の程度が著しく容認し難い場合だけに限定されるもの」と判示した。

これは上記の学説と類似するか、またはそれよりもb号をより制限する趣旨として見えるが、これは妥当である。⁽¹⁶⁵⁾ こうした態度を「執行に好意的偏向」（proenforcement bias）と称することができる。⁽¹⁶⁶⁾

これに該当する事例としては、当事者が訊問や証拠調査手続に参加する権利を排除されたり、彼らが選択した代理人によって代理されたり、助力を受けることが許れない場合などがある。⁽¹⁶⁷⁾

さらに、ドイツ法院は当事者と仲裁判定部が提起したことの無い主張、したがって、当事者がそれに対して意見を陳述する機会が持てない主張に基づいて下れた仲裁判定は法的手続を違反し、訊問を受ける機会を剥奪するものである、と判示した。⁽¹⁶⁸⁾

しかし、仲裁申請が外国語で作成された場合、または当該事件の法的基礎を変更しない主張を提起した後、審理再開要請をしたが仲裁判定部がこれを拒否した場合や、仲裁人が一部の期限延長を拒んだ場合は、これに該当しない。⁽¹⁶⁹⁾

防御権が上記のように、侵害されれば、それ自体、承認拒否事由になるのであり、そのような防御権の侵害によって、被申請人が実際に損害を受けたこと、すなわち、仲裁判定の結果が異ならなくても、防御権が侵害されなくても結果が同一になったことが明白である場合は、承認拒否事由である、と見るべきではない。⁽¹⁷⁰⁾

反面、被申請人が仲裁手続に関して、適切な通告を受けたにも拘わらず、手続に参加して防御しない場合、防御権の侵害はないので、b号の承認拒否事由に該当しない。⁽¹⁷¹⁾

（ハ）仲裁人の公正性が欠如された場合

被申請人の防御権が侵害された場合として、その外にも、仲裁人の独立性、または公正性が欠如された場合を指すこともある。⁽¹⁷²⁾

仲裁人が仲裁手続上、実際に、不公正な行動をした場合、防御権を侵害したことになるので、承認拒否事由になるが、仲裁人が単に不公正である、という印象を与える状況に過ぎない場合には、承認拒否事由ではない。⁽¹⁷³⁾ 仲裁人の公正性に関しては、米国では、仲裁判定の取消に関して、多くの判示がある。⁽¹⁷⁴⁾

しかし、論者によっては、仲裁人の独立性と公正性が欠如された場合を、手続的公序で説明するが、有力な見解は仲裁人の独立性と公正性の欠如は第一項b号によって主張され得ないが、ほとんど常に、第二項b号によって主張さ

れる、と言われている。⁽¹⁷⁶⁾

（二）公序違反との関係

当事者の防御権の保障は正義の実現という公々秩序の一部であるので、防御権を侵害する仲裁手続に基づく仲裁判定の執行は公序違反になって、いずれの条項も適用できる。⁽¹⁷⁷⁾したがって、両者を区別すべき実益は大きくなく、実務的には、執行に抵抗する当事者は両者を全て主張するであろう。ただ第五条第一項b号とd号が、別途に、取消事由を規定しているので、手続的公序は補充的意味を持つ。⁽¹⁷⁸⁾

反面、もし第二項b号は公序一般に関する条項であるのに反して、第一項b号は被申請人の防御権に関する特別条項であるので、後者が優先的に適用し、前者は排除される、という見解を取れば、法院は仲裁判定の執行を反対する当事者が立証する場合に限って、これを判断することができるだけで、第二項b号に従って職権で執行を拒否することはできない。

注

(99) 詳細はこの論文の第七章（ⅡとⅢ）で論じてるので、ここでは本文と注を簡単に整理したのである。

(100) ニューヨーク条約の表現に従ったものである。韓国法院だけを考えれば、請求時になるが、法制が多様であるので、このような表現を用いる。ただし、韓国訳は間違っている。

(101) モデル法（第三五条第二項）も仲裁合意書の提出を求めているが二〇〇六年改正されたモデル法はこの要件を廃止した。ドイツ民事訴訟法（第一〇六四条）と日本仲裁法（第六四条）は仲裁合意書の提出要件を既に廃止している。

(102) van den Berg, P. 251. Kim Sangho, 『外国商事仲裁判定に関する研究』、中央大学大学院、貿易学博士学位論文（一九八八）、四四頁。Su Chulwon, 『外国仲裁判定の承認と執行に関する一九五八年ニューヨーク条約・韓国法院における適用事例を中心に』、ソウル国際法研究、第三卷一号（一九九六）、二二八頁の認証と証明に関する説明は多少不適切である。

- (103) 大法院二〇〇四年二月一日宣告、二〇〇四タ二〇一八〇判決も同旨。
- (104) Su Dong-hi、*外国仲裁判定の韓国内執行と関連したいくつかの問題*、仲裁第二九八号(二〇〇〇年冬号) 六六頁。
- (105) 政府が公布した第四条第二項の韓国文訳のなかの、*公証人または宣誓した翻訳版*、は間違っている。
- (106) Su Donghi、(注104) 六六頁。
- (107) Stein/Jonas/Schlosser, §1065 Rn. 4 Fn. 3.
- (108) W. Laurence Craig/William W. Park/Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration Third edition* (2000), para. 37, 04; Fouchard/Gaillard/Goldman, para. 1674.
- (109) モデル法(第三四条)の仲裁判定の取消事由はニューヨーク条約第五条の承認拒否事由を準用したものである。ただし、第五条は第一項e号が定めた、*仲裁判定の拘束力の未発生または仲裁判定の取消または停止*、は取消事由には含まれない。
- (110) Tweeddale/Tweeddale, para. 13, 15.
- (111) Stein/Jonas/Schlosser, Anhang 8 1061 Rn. 79, 44. しかし、Mok yongjun、二五六頁は行為能力だけを用いる。記事訴訟法の用語をかりれば、*当事者能力と訴訟能力に相応するものである*。
- (112) van den Berg, p. 277. しかし、仲裁判定の執行に関するモデル法条項(第三六条)はニューヨーク条約を基礎にしたものであるにも拘わらず、あまりにも単純で、*すべての法体系で承認されるものでもない、という理由で、関連準拠法に従って*、という文言を削除した。Holtzmann/Neuhaus, P. 1058.
- (113) Fouchard/Gaillard/Goldman, para. 465. 以下は、これを防止するため実質法的接近方法を主張しながらその基準を提示している。
- (114) 例えば、米国の場合、*契約締結のための能力に関する属人法*の概念がなく、*契約の準拠法に従う*。American Law Institute, *Restatement of the Law Second—Conflict of Laws 2d* (1971)、第一九八条、第一八七条、第一八八条。そのような国家の場合、当該国家の国際私法原則に従って準拠法を定めれば良い。Van den Berg, p. 277.
- (115) Peter North/James J. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law, Thirteenth Edition* (1999), p. 546.
- (116) Mok yongjun、二五六—二五七頁も同旨。しかし必ずしも韓国の国際私法を適用すべきでないという異見もある得る。
- (117) 韓国民事訴訟法上、*当事者能力と訴訟能力の準拠法*に関しては見解が分れる。石光現、『*国際私法と国際訴訟*』第四卷(二〇〇七)、一二五頁以下参照。国内仲裁の場合、民事訴訟法の当事者能力と訴訟能力に関する規定を適用する余地はあるが、国際仲裁の場合、

- 権利能力に関する国際私法原則に従ったものである。
- (118) 註釈仲裁法 (Lee Howon, 三八五頁・六七六頁, Su Chulwon 「外国仲裁判定の承認と執行に関する一九五八年ニューヨーク条約に対する国内法院判例分析」『国際判例研究』第一集(一九九九)、二〇七頁も同旨。
- (119) 大法院一九九〇年四月一〇日宣告八九タカ二〇二五二判決(法院公報一九九〇、一〇四三)はこれを確認している。これはGKN事件であるが、評釈は Mok Youngin, 「外国仲裁判定の執行拒否事由である公共秩序・韓国と米国の判例を中心に」, 商事判例研究V 卷(二〇〇〇年) 四一三頁以下参照。
- (120) Fouchard/Gallard/Goldman, para. 1695.
- (121) Reithmann/Martiny/Hausmann, Rz. 3305; Stein/Jonas/Schlösser, Anhang § 1061 Rn. 77. しかし、明示的なことを求める見解もある。Manja Epping, Die Schiedsvereinbarung im internationalen privaten Rechtsverkehr nach der Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts (1999), S. 50, Fn. 59 に引用された文献参照。
- (122) Epping (注121) ' S. 47 f.
- (123) van den Berg, p. 293; Lee Howon, 六七五頁; Kim Sangho (注102) ' 四六頁。他の学説は、Kang Sumi, 「仲裁合意の成立ないし効力に関する準拠法」『仲裁研究』第一六巻第二号(二〇〇六) ' 一一〇—一一頁参照。
- (124) Redfern/Hunter, para. 2-93.
- (125) 詳細は、石光現 (注10) ' 一二六—一二七頁参照。
- (126) Schwab/Walter, Kapitel 57 Rn. 1; Kapitel 44 Rn. 1 ff.
- (127) 詳細は本書第一章(四五)参照。
- (128) 115 S. Ct. 2322 (1995). 紹介は Kim Sunkuk, 「米国外海上物件運送法の適用を受ける船荷証券上の外国仲裁地条項と外国法停止条項の有効性」『商事法研究』第二〇巻第三号(通巻第三二一号)。
- (129) 上記法理を適用にノルウェイの法院に管轄を付与する船荷証券上の管轄合意の効力を否定し、米国法院の管轄を肯定した代表的な判決が米国第二連邦抗訴法院の一九六七年 *Indussa Corporation v. S. S. Ramborg* 事件判決 (377 F. 2d 200 (2d Cir. 1967)) である。ドイツでも類似した立場が有力である。Reinhold Geimer, Internationales Zivilprozessrecht 5, Auflage (2005), Rz. 1762, 1770 参照。
- (130) 韓国はハーグ規則またはハーグ・ビスビ規則に加入しておらず、その主要条項を商法に受容した。

- (131) 仲裁における国際的強行法規の適用に関しては、石光現、「国際商事仲裁における紛争の実体に適用すべき準拠法——韓国仲裁法の解釈論を中心に——漢陽大学法学論業第二三集第一号（二〇〇六年三四四頁以下）。
- (132) 石光現（注131）、三四九頁参照。
- (133) 大法院二〇〇〇年二月八日宣告二〇〇〇タ三五七九五判決と大法院一九九五、二、一四宣告九三タ五三〇五四判決（公一九九五、三、一五（九八八）、一三三二）参照。
- (134) 本文以下（5）を除外した残りの部分の詳細は、石光現、『国際私法と国際訴訟』第四卷（二〇〇七）四四四頁参照。これは本文で論じる大法院二〇〇四、一二、一〇宣告二〇〇四タ二〇一八〇判決に対する評釈である。
- (135) van den Berg, p. 285, p. 296; Lee Howan, 六七七頁。
- (136) Schütze（注47）、Rn. 258.
- (137) van den Berg, p. 284 以下; Schwab/Walter, Kapitel 57 Rn. 1.
- (138) Stein/Jonas/Schlosser, Anhang § 1061 Rn. 七六頁はそごのちやうな趣旨に見える。
- (139) Mok Yongjun, 三七頁; van den Berg, p. 171.
- (140) van den Berg, p. 196.
- (141) Reithmann/Martiny/Hausmann, Rz. 3269; Epping（注121）、S. 65.
- (142) Holtzmann/Neuhans, pp. 260-261; Berger（注47）、一四二頁以下。
- (143) Fouchard/Gaillard/Goldman, para. 620 は緩和された立場をとっている。
- (144) 第二項（その通りである）。
- 「二、ニューヨーク条約第七条第一項を適用するに際し、仲裁合意が有効であると承認されるためには、すべての利害関係人が、そこで、仲裁合意を援用しようとする国家の法律または条約に基づいて持つ全ての権利を利用できるように許容することを勧める。」
- (145) それに関する不当性、すでに指摘した。石光現、『国際私法と国際訴訟』（第二卷）（二〇〇一年）四八〇頁以下参照。
- (146) 例えば肯定説は（Holtzmann/Neuhans, p. 263 参照）と否定説（Mok Yongjun, 四〇頁）がある。
- (147) その他にも、例えば相手方での当事者が仲裁人選任手続に協力したり、話を提起した場合において、法院の管轄を争うための手段として仲裁合意を援用する場合もある。Van den Berg, p. 182.

- (148) van den Berg, 一八四頁参照。
- (149) van den Berg, p.184-185; Schwab/Walter, Kapitel 44 Rn. 10-9 同旨。
- (150) Reithmann/Martiny/Hausmann, Rz. 3293.
- (151) Epping (注12), S. 82.
- (152) 文献は http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html 参照。
- (153) これについては、Ro Lee Kangbin「国際商事仲裁に関する UNCITRAL モデル法の改正動向」、仲裁研究第一六巻第三号（二〇〇六年）五八頁、七三頁参照。
- (154) Kim Kabyu「外国仲裁判定の執行と仲裁条約の失効」、『ソウル地方弁護士会判例研究』第二〇集（二〇〇六年）。
- (155) Van den Berg, p.158. 条山高等法院一九九五、七、二一宣告九五十三六八判決は終局的仲裁判定があれば仲裁合意は失効すると判示した。
- (156) Stein/Jonas/Schlosser, Anhang § 1061 Rn. 38 しかし、米国法院は統一的な基準として、ニューヨーク条約から引き出そうと努力しながら、詐欺、錯誤、強迫と放棄だけがそれに含まれると見る傾向がある。Podar Bros. v. ITAD Ass. Inc., 636 F.2d 75, 77 (1981) 事件判決 Ledee v. Ragno, 684 F.2d 184 (1982) 事件判決などの Stein/Jonas/Schlosser, Anhang § 1061 Rn. 38 参照。
- (157) Redfern/Hunter, paras. 9-21, 10-39.
- (158) Stein/Jonas/Schlosser, Anhang § 1061 Rn. 81 f.
- (159) Fouchard/Gaillard/Goldman, para. 1696.
- (160) Lee Howon, 六七八頁; Son Kyonghan, 一五七頁; Redfern/Hunter, para. 10-40. 米国の主要な判決である第二巡回区連邦抗訴法院の *Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc. v. Société Générale de l'Industrie de Papier (RAKTA)*, 508 F.2d 969, 975 (2nd Cir. 1974) も同旨。その他、英国、米国の判例も Tweeddale/Tweeddale, paras. 13, 17, 13, 46 参照。
- (161) van den Barg, p. 298 以下の考察も同旨。
- (162) Fouchard/Gaillard/Goldman, para. 1696.
- (163) van den Barg, pp. 267-268.
- (164) Lee Howon, 六七八頁。

- (165) Tweeddale/Tweeddale, para. 13, 18 の同旨。
- (166) Redfern/Hunter, para. 10—35.
- (167) Redfern/Hunter, para. 9—21; Stein/Jonas/Schlosser, Anhang § 1061 Rn. 87, Rn. 89. 適法な代理人によって代理されたり、助力を受
けられない場合を、当事者の無能力や手続的公序の問題として説明するところがある。Stein/Jonas/Schlosser, Anhang § 1061 Rn. 84—
112 は防衛権保障に関して詳細に説明している。
- (168) Redfern/Hunter, para. 10—40, Fn. 89 に引用された 2001. 10. 6. Stuttgart 抗訴法院判決。
- (169) リンダ Fouchard/Gaillard/Goldman, para. 1698 に紹介された事例である。
- (170) van den Barg, p. 301 (なか) Fouchard/Gaillard/Goldman, para. 1699. は反対する。
- (171) Lee Howon 六七九頁; Fouchard/Gaillard/Goldman, para. 1698.
- (172) Tweeddale/Tweeddale, paras. 13, 17—13, 18, 13, 27, 13, 54 は、第一項の号と二項の号および第二項の号にすべて該当すると言われている。
- (173) Lee Howon 六八〇頁。
- (174) 概観は、Mok Yorgün 一〇六頁以下参照。
- (175) Stein/Jonas/Schlosser, Anhang § 1061 Rn. 151.
- (176) van den Barg, p. 377.
- (177) van den Barg, pp. 299—300; Fouchard/Gaillard/Goldman, para. 1697; Lee Howon 六八〇頁。
- (178) Stein/Jonas/Schlosser, Anhang § 1061 Rn. 150.