

翻

訳

国際商事仲裁における紛争の実体に適用すべき準據法 — 韓国仲裁法の解釈論を中心に — (一)

ソウル大法科大学院(韓国) 教授

石 光 現

神奈川大学法学部教授

郷 田 正 萬 (訳)

目 次

I	問題の提起
II	国際商事仲裁に於ける仲裁地
III	紛争の実体の主観的準據法
	当事者自治(第二十九条第一項)
IV	紛争の実体の客観的準據法
	当事者たちの指定がない場合(第二十九条第二項)
V	衡平と善による仲裁判決(第二十九条第三項)
VI	契約の遵守と商慣習の顧慮(第二十九条第四項)
VII	国際商事仲裁と国際的強行法規
VIII	準據法または契約条件の適用の誤りと仲裁判定の取消、または承認(および執行)の拒否
IX	結 び

I. 問題の提起

1. 国際商事仲裁に提起される準拠法の諸問題

国際商事仲裁の概念をどのように定めるかについては見解が分かれているが、そのどちらの見解を従っても、⁽¹⁾ 外国の要素がある商事紛争を仲裁によって解決するためのものであるので、準拠法に関する多様な問題が提起される。

国際商事仲裁で提起される準拠法の諸問題としては、次のようなものがあげられる。⁽²⁾

1. 仲裁合意（これを仲裁契約または仲裁約定と称する。以下では、“仲裁合意”と称する）の準拠法。

そこには、仲裁合意の成立および実質的な有効性の準拠法、仲裁合意の効力の準拠法と仲裁合意の方式の準拠法などがあつた。一九五八年外国仲裁判定の承認および執行に関する国際連合条約（Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards）（以下“ニューヨーク条約”と称する）（第五条第一項に従えば、仲裁合意の準拠法は当事者たちが指定した法であり、指定がない場合には仲裁判定地になる）。

2. 紛争の対象である実体（以下“実体”⁽³⁾と称する）の準拠法、以下ではこれを“紛争の実体の準拠法”と称する。

3. 仲裁手続きの準拠法（*lex arbitri*）⁽⁴⁾（ニューヨーク条約（第五条第一項b号）に従えば、仲裁手続きの準拠法は当事者が指定した法、そして当事者が決めてない場合に、仲裁地法が準拠法になる。）⁽⁵⁾

4. 仲裁合意を締結できる当事者たちの能力の準拠法、それには権利能力と行為能力が含まれる。

5. 紛争対象の仲裁可能性または仲裁適格（*arbitrability, arbitrabilité, objective schiedsfähigkeit*）の準拠法。⁽⁶⁾

6. 仲裁判定と仲裁判定の取消の準拠法。

仲裁判定の準拠法は仲裁判定取消の準拠法と同一であると考えるが、ニューヨーク条約(第五条第一項e号)⁽⁷⁾は仲裁判定取消の準拠法を明示しているので、それにしたがって仲裁判定地法または仲裁手続きの準拠法が仲裁判定の準拠法と看做する⁽⁸⁾。

7. 仲裁判定の承認および執行の準拠法。

仲裁判定の承認および執行の準拠法は当事者が承認および執行を求める国家の法である。但し、現在二三〇国以上の国家が外国仲裁判定の承認および執行を容易にするためのニューヨーク条約に加入しているので、ニューヨーク条約が特に重要な意味を持っている。韓国は国連国際貿易委員会(UNCITRAL)が一九八六年採択した「国際商事仲裁に関するモデル法 (Model law of International Commercial Arbitration)」(以下、「モデル仲裁法」と称する。)を受け入れ、仲裁法を全面改正したのであり、これは一九九九年二月三一日発効されているが、ここでは仲裁法を中心に、紛争の実体の準拠法(すなわち(2)の準拠法)を検討する。また一九九八年一月一日に改正された国際商業会議所(International Chamber of Commerce, ICC)の仲裁規則(Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce)(以下、「ICC仲裁規則」と称する⁽⁹⁾、国連国際貿易法委員会の一九七六年仲裁規則(UNCITRAL Arbitration Rules)(以下、「UNCITRAL仲裁規則」と称する)、モデル仲裁法を受け入れ一九九八年一月一日、改正されたドイツ民事訴訟法、モデル仲裁法を受け入れ二〇〇四年三月一日施行された日本の仲裁法とスイスの一九八七年国際私法⁽¹⁰⁾(第二章)に従った国際商事仲裁も簡単に考察する。紛争の実体の準拠法に従って、仲裁判定の結論が異なることになり得るし、また紛争の実体の準拠法がどの法であるかに従って、実際にその準拠法所属国の弁護士が中心に、または少なくとも補助的に仲裁手続きに関与するように

なるという点から、紛争の実体の準拠法は理論的に、または実務的に重要な意味を持つことになる。

2. 紛争の実体の準拠法の決定過程と論点の整理

国際商事仲裁において、仲裁人（たち）または仲裁判定部（以下、両者を互換的に使用する）は外国的要素（foreign element）がある事案に対する仲裁判定を下すためには、実体に適用すべき準拠法を決定しなければなら
ないが、この点は国際訴訟において、法院（裁判所）が紛争を解決する場合と同様である。法院であれば、まず法
廷地（forum）の抵触規範（または、国際私法、以下、両者を互換的に使用する）を適用し、その抵触規範が連結
原則にしたがって、実体に適用される準拠法である実質法を決定する二つの段階を経ることになる。⁽¹¹⁾問題は、こ
のような準拠法の決定過程が国際商事仲裁において、仲裁人に対しても妥当であるか、という点である。旧仲裁法
は実体の準拠法に関して、明示的な規定を定めなかったが、仲裁法はモデル仲裁法を受容して、明示的な規定を定
めている。したがって、以下では、仲裁法を中心に、紛争の実体の準拠法の決定に関するつぎのような論点を順序
に従って検討することにした。⁽¹²⁾これは主に、韓国の仲裁法（第二九条）⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾の解釈論の問題である。

第一に、紛争の実体の主観的準拠法—当事者自治（Ⅲ）

第二に、当事者が、準拠法を指定してない場合、紛争の実体の客観的準拠法（Ⅳ）

第三に、当事者は仲裁人をして衡平と善（ex aequo et bono）を適用して判断するようにすることができる（Ⅴ）

第四に、契約の遵守と商慣習の考慮（Ⅵ）

第五に、国際商事仲裁と国際的強行法規の適用または考慮（Ⅶ）

第六に、仲裁判定部の準拠法決定の誤りと仲裁判定の取消または承認および執行の拒否（Ⅷ）

但し、国際商事仲裁の伝統的な理論によれば、上記の論点を検討する際において、仲裁地（または仲裁判定地）⁽¹⁵⁾が重要な意味を持つので、仲裁地の意味をまず簡単に考察してみたい（Ⅱ）。

Ⅱ．国際商事仲裁における仲裁地

1．仲裁地の意義

国際商事仲裁において、当事者はたとえばソウル（またはロンドン）という形で仲裁地を明示する。仲裁地（place, seat, forum or locus arbitri of arbitration）は一般的に仲裁事件の審理を進行し、仲裁判定を下すところ、またはこれを行うことに予定するところを指すが、これは一つの場所である。⁽¹⁶⁾ 仲裁地は単純な地理的な問題ではなく、仲裁の法的環境としての意味を持つが、より具体的には仲裁の進行および仲裁判定の執行と関連して重要な意味を持つのである。⁽¹⁷⁾

まず仲裁の進行に関して見れば、伝統的な理論によれば、仲裁地は仲裁人に対して、まるで訴訟における法廷地（forum）のような意味を持つているので、第一に、仲裁手続きは当然に仲裁地の法によることであつたが、近時にはそのような意味は弱くなっている。すなわち、仲裁人の構成、仲裁人の権限、仲裁申請の提起、本案審理、証拠調査など、仲裁の進行、保全処分、仲裁判定の方式と効力および取消など、仲裁の手続き的問題は仲裁地法によって規律されることになるが、当事者はそれと異なることを定めることができ、当事者たちの合意がない場合にはじめて仲裁地法が適用されることから、その意味は制限される。⁽¹⁸⁾ さらに、当事者たちの合意によって、国際商事仲裁を特定国家の法から切り離そうとする試みもある。⁽¹⁹⁾ いずれにせよ、仲裁手続きと関連された仲裁地の強行法規

は必ず遵守されなければならない。第二に、仲裁判定の執行に関して見れば、仲裁地は仲裁判定に対するニューヨーク条約の適用いかん——これは仲裁判定の国籍の問題である——、当事者の合意がない場合に、仲裁合意の成立と実質的有効性の判断、仲裁判定の承認および執行と関連した相互主義の適用、および仲裁判定に対する不服手段と仲裁判定を取消または停止できる国際裁判管轄を持つ法院の決定などにおいて意味を持つようになる。⁽²⁰⁾

さらに、伝統的な理論によれば、第一に、当事者たちが紛争の実体の準拠法を指定しなければ、仲裁人は仲裁地の抵触規範にしたがって準拠法を決定したのであり、第二に、実体に関する仲裁地の国際的強行法規は、まるで法廷地のそれであるかのように、仲裁人によって当然に適用されるものとして理解された。⁽²¹⁾しかし、主要な国際仲裁規則および主要国の立法例上では、実体の準拠法決定において、仲裁地は法廷地としての意味をかなりの部分喪失されている。仲裁地の意義がかなり褪色していることを示す証拠としては、例えば、特定国家で下された仲裁判定であっても、これが当該国家と関連のない外国人たち間の紛争であれば、必ずしも自国の仲裁法または法院の介入を排除する立法である。⁽²⁴⁾モデル仲裁法も国際商事仲裁において仲裁地が持つ重要性を弱化させることを政策としていた。⁽²⁵⁾しかし、仲裁地の意味がかなり色あせたことは、事実であるが、すでに考察したように、制限された範囲内で依然として意味を持つていることも否めない事実である。⁽²⁶⁾

2. 仲裁地の決定

今日、国際商事仲裁において、当事者たちが、仲裁地を自由に選定することができるのは広く認められている。⁽²⁷⁾

韓国仲裁法（第二一条第一項）も仲裁地は当事者間の合意によって定めることを明示している。当事者たちは、仲裁地が当事者たちに中立的であり、交通・通信の便利、資金為替の自由、熟練された現地の支援（サービス）を

含む実質的な考慮に基づき、仲裁地を直接に選定するか、あるいは第三者を持つて選定させるようにする。仲裁地の合意は仲裁合意それ自体とは異なり、必ず書面で行わなければならないものではなく、口述で行っても差しつかえない。⁽²⁸⁾

仲裁地が当事者または事案と合理的なまたはその他のなんらかの関連を持つ必要はない。⁽²⁹⁾ 仲裁人は普通、心理的ないし会合を含む仲裁手続きをその場所で進行するが、必ずそこで審理、証拠調査などの活動をする必要はない。韓国の仲裁法(第二一条、第三項)⁽³⁰⁾においても、当事者間に他の合意がない場合に、仲裁判定部は仲裁地外の適切な場所で仲裁人たちの協議、証人・監定人および当事者本人に対する迅問、物件・場所の検証または文書の閲覧を行うことができる。また、仲裁判定部が必ず仲裁地で仲裁判定を下さねばならないものでもない。すなわち韓国の仲裁法(第三二条第三項)によれば、仲裁人たちは仲裁判定には作成日時と仲裁地を記載しなければならないが、この場合の仲裁判定は当該日時と場所で下されたものと看做す。⁽³¹⁾ 仲裁人たちが仲裁判定地で、仲裁判定に実際に署名しなければならぬものでもない。結局、仲裁地は仲裁判定に仲裁地であると記載された場所に過ぎず、そこで実際にいかなる行為も行われないこともあり得るが、このような点から、仲裁地は「形式的な法的住所または本拠 (formals Legaldomicil, juridical seat of arbitration)」⁽³²⁾ または「純粹に法的な概念 (purely legal concept)」⁽³³⁾ であると言える。韓国では仲裁手続きが多様な場所で行われた場合、仲裁地は最も重要な仲裁手続きを行った所であればならないという見解が有力であるが、これはモデル仲裁法や韓国の仲裁法の解釈論としては不適切である。しばしば仲裁地を「法律上の意味における仲裁地」⁽³⁴⁾、実際に仲裁人の審理または証拠調査が行われた場所を「物理の意味における仲裁地」⁽³⁵⁾ と言うこともあるが、これは便宜上の用語であるだけで、後者は仲裁地ではない。

しかし、当事者たちは仲裁地を決定する際に、既に考察したように、仲裁地が持つ意味と機能を十分に考慮して

決定しなければならない。特に、最も重要な考慮事項は法的な環境であるが、既に考察したように、仲裁地は仲裁の進行と仲裁判定の執行のために意味を持っているからである。

当事者の合意がない場合、仲裁地の決定に関しては、韓国の仲裁法（仲裁法第二一条第一項）はモデル仲裁法（第二〇条第一項）にしたがって、仲裁判定部が当事者の便宜と当該事件に関する諸般事情を考慮して仲裁地を定めることになっている。⁽³⁶⁾

Ⅲ・紛争の実体の主観的準拠法—当事者自治（第二九条第一項）

従来、国際商事仲裁において、紛争の実体の準拠法に関しては、いわゆる“当事者自治（party autonomy, l'autonomie de la volonté, Parteiautonomie）の原則”が広く認められている。以下では、韓国の仲裁法の解釈を中心に、論点を検討する。

第一に、韓国の仲裁法が明示する当事者自治の原則（下記1）第二に、当事者は特定国家の法体系⁽³⁷⁾（national system of law）だけを準拠法として指定、または選択しなければならないのか、あるいはその代わりに、国際条約または商人法（lex mercatoria）または法の一般原則のような紛争解決に適切な規範を指定することができるのか。（下記2）第三に、当事者自治の原則が妥当な領域（下記3）。

1. 当事者自治の原則の明示

国際商事仲裁の実務上の紛争の実体に適用する法を当事者たちが明示的に指定する場合が多いが、国際商事仲裁に関する国際条約、仲裁規則および各国の立法例は当事者たちの準拠法選択を認めることによって、当事者自治の

原則を広く認めている。これは仲裁が私的紛争解決手段 (private method of dispute resolution) であるという点に基づくもので、訴訟と比較して広く認められる。一九六一年四月二日ジュネーブで署名された“国際商事仲裁に関するヨーロッパ条約” (以下、“ヨーロッパ条約”と称する) (第Ⅶ条第一項)⁽³⁸⁾、改正 ICC 仲裁規則 (第一七条第一項)、UNCITRAL 仲裁規則 (第三三条第一項一号)、米国仲裁協会 (American Arbitration Association, AAA) が漸増する国際商事仲裁を解決するために設置した国際紛争解決センター (International Centre for Dispute Resolution, ICDR) の国際仲裁規則 (第二八条第一項一号) (これを“ICDR 国際仲裁規則”または“AAA 国際仲裁規則”と称する) とスイス国際私法 (第一八七条第一項) は当事者自治の原則を明示する。韓国の仲裁法 (第二九条第一項第一号) もモデル仲裁法 (第二八条第一項) にしたがって“仲裁判定部は当事者たちが指定した法にしたがって、判定をしなければならない”、と規定することによって、当事者自治の原則を明示している。上記条文は最後の所で付記することにした。

当事者たちは、当事者または当該紛争といかなる実質的な関連のない中立的な法を指定することができる。また、当事者たちの準拠法指定は明示的または黙示的に行われることもできる。ただし、韓国の国際私法 (第二五条第一項但書) は一九八〇年の“契約債務の準拠法に関するヨーロッパ共同体条約” (いわゆるローマ条約)⁽⁴⁰⁾ を受容して、契約の黙視的な準拠法の選択は、契約内容、その他にすべての事情から合理的に認められる場合に限定するが、仲裁の場合においても同様な原則が妥当であると看做している。⁽⁴¹⁾ 例えば、特定法体系の条項に関する言及、通話、特定の言語または他の特定の国家的要素に関する言及などは準拠法の黙視的指定を可能にする要素になるが、特にこれらが同一な準拠法を指定する場合にそうである。⁽⁴²⁾ また、当事者たちが準拠法を明示的に合意していないが、仲裁手続きで、争わない同一の準拠法に基づき、主張または答弁する場合においても黙視的な指定を

認めることができる。⁽⁴³⁾

黙視的選択と関連して実務上に問題になるのは、当事者たちの仲裁地の選択によって、仲裁地の実質法を紛争の実体の準拠法として、黙視的に選択するものとして看做すことができるか、ということである。英国では、伝統的にこれを肯定する見解が有力であったが、これは管轄と準拠法の並行を愛好する英国法の傾向の結果であると言われている。⁽⁴⁴⁾しかし、既に考察したように、仲裁地の選定は種々の要素を考慮して行われるので、特に仲裁地の選定によって黙視的な準拠法の選択を導くことは適切でなく、ただ黙視的な準拠法を判断する上で、一つの要素として考慮するだけである。⁽⁴⁵⁾

特定国家の法、または法体系が指定された場合に、異なった明示がない限り、その国家の国際私法でない紛争の実体に適用される法を指定したものと看做す(第二九条第一項一号)。すなわち、当事者が準拠法を指定した場合には、これは準拠法所属国の国際私法でない、紛争の実体に適用される法、すなわち実質法を指定したものと看做す。これは反致(renvoi)を排除するためである。

仲裁法には明文の規定はないが、当事者が指定した準拠法を適用した結果が国際的公序(international public policy)に反する時には適用できないものと看做す。

2. 当事者は必ず特定国家の法体系を指定すべきなのか

(イ) 国際訴訟の場合

国家の法院(裁判所)が裁判する訴訟の場合、準拠法は必ず特定国家の法体系でなければならないのか、については国際的に議論がある。すなわち、伝統的な国際私法の理論によれば、契約の準拠法は特定国家の法体系でなければ

ならないことは当然であり、特定国家の法でない法規範（以下、そのような意味で“法規”または“法の規則”を互換的に使用する）の選択は準拠法の指定としての効力がない。もし、そのような選択をするならば、当該法律関係は客観的準拠法によって規律される。その理由は、特定国家の法体系だけが当事者たちの権利・義務とその執行のための救済手段網羅的に規律することができるからである。問題は当事者たちが紛争の実体の準拠法として国際条約、*les mercatoria* (law of merchant, 以下“商人法”と称する)⁽⁴⁶⁾、または法の一般原則 (general principles of law)⁽⁴⁷⁾、私法統一国際研究所 (UNIDROIT) の一九九四年および二〇〇四年国際商事契約原則 (Principles of International Commercial Contracts 以下、“国際商事契約原則”と称する)、またはヨーロッパ契約法委員会 (いわゆる Lando 委員会) が作成した一九九八年ヨーロッパ契約法原則 (Principles of European Contract Law, PECL)⁽⁴⁸⁾ などを指定できるかどうかである。これに対し、どのような見解をとるのかによって、当事者たちが国際商事契約原則を売買契約に適用することに合意するか、条約の適用範囲に属しない事件で、“国際物品売買契約に関する国連条約 (CISG) を適用することに合意した場合、これが抵触法的指定 (Kollisionsrechtliche Verweisung) であるのか、または実質的指定 (materielle rechtliche Verweisung) であるかが決定される。抵触法的指定は準拠法の指定であるのに反して、実質法的指定は準拠法の指定ではなく、外国法をまるで約款のように参照 (また言及) することによって、契約の内容として編入すること (incorporation by reference) を言うが、実質法的指定の場合には、別の準拠法が指定されなかったならば、当該契約に編入された外国法の内容は客観的準拠法の国内的強行法規⁽⁴⁹⁾による制限を受ける。

しかし、近時においては、⁽⁵⁰⁾当事者たちは特定国家の法ではない法規範を契約の準拠法として指定できるといふ見解が次第に説得力を増している。

(ロ) 国際商事仲裁の場合

① 国際的な議論

他方において、国際商事仲裁の場合、当事者たちは特定国家の法体系ばかりでなく、商人法、国際商事契約原則、または法の一般原則を紛争解決の準拠規範として合意することができるとというのが今日の傾向であり、実際にそのような事例が増加している。⁽⁵¹⁾⁽⁵²⁾ これは私的紛争解決手段という仲裁の性質に基づくものである。

モデル仲裁法(第二八条第一項)も仲裁判定部は当事者たちが紛争の実体に適用できるように選択した法規(rules of law)に従って紛争を判断しなければならない⁽⁵³⁾(下線は、筆者)としており、当事者たちが選択できる規範を“law”とする代わりに“rule of law”とすることによって、⁽⁵⁴⁾このような傾向に従う。一九九六年英国仲裁法(Arbitration Act 第四六条第三項)もモデル仲裁法と類似しており、⁽⁵⁵⁾改正ICC仲裁規則(第一七条第一項一号)も“当事者たちは仲裁判定部が紛争の本案に対して適用すべき法規を自由に合意することができる”⁽⁵⁵⁾として、同一の原則に従っている。A A A 国際仲裁規則(第二八条第一項一号)も同様である。これは当事者たちが一つの契約に対して、単一の準拠法を指定する代わりに契約を分割して複数の準拠法を別に指定すること、すなわち、準拠法の分裂(dépeçage)を可能にし、さらに当事者たちが契約のある特定国家の法体系ではなく、商人法、国際商事契約原則または法の一般原則を紛争解決の準拠規範として合意できるようにしたものである。⁽⁵⁶⁾ 韓国が加入した一九六五年“国家と他の国家が国民間の投資紛争の解決に関する条約”(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, ICSID)条約またはワシントン条約(第四二条第一項)も、“仲裁判定部は紛争を当事者たちが合意した法規に従って決定する”⁽⁵⁷⁾と明示している。一方、後述のところで見るように、モデル仲裁法(第二八条第二項)は客観的準拠法の場合、“rules of law”ではな

く“law.”を使用することによって両者を意図的に区分している。

② 韓国の仲裁法の解釈論

韓国の仲裁法の解約上、当事者は必ず特定国家の法体系を指定すべきなのか、でなければより広い自由を持つのかが問題になる。ここでは第一に、準拠法の分裂と共通する法の適用の問題と、第二に、準拠法は特定国家の法体系でなければならないのか、の問題で分けて考察したい。

(イ) 準拠法の分裂と共通する法などの適用。

当事者たちは紛争の実体、特に国際契約を紛割し、各部分に対して相異なる準拠法を指定してくれることを求める。これが準拠法の分裂である。また、前述したように、当事者たちは、例えば、韓国法と英国法の共通する範囲内においてのみ、準拠法として指定することを求めることもできる。⁽⁵⁸⁾ 先に考察したように、モデル仲裁法(第二八条第一項)が当事者たちが選択し得る規範を“law.”とする代わりに“rules of law.”としたのは、このような理由からである。

しかし、韓国の仲裁法(第二九条第一項)は、“仲裁判定部は当事者たちが指定した法に従って判定をしなければならぬ”としており、同条第二項は、“第一項の指定がない場合に、仲裁判定部は紛争の対象と最も密接な関連のある国家の法を適用しなければならない”と規定することによって、モデル仲裁法の“rules of law.”と“law.”を共に、“法”として本訳して、用語上両者を区別してないのである。

仲裁法の改正作業に参加したChang Mun-chul教授は、もしモデル仲裁法を忠実に従う場合、例えば、韓国法と英国法の共通する法原則も、準拠法として指定し得るが、これは韓国の法体系においては混乱を引き起こす心配(……)があるので、法的安定性と確実性を保障するためには、モデル仲裁法の立場を採択しなかった、と説明し

(59) している。しかし、国際商事仲裁において、当事者自治を広く認めることは望ましいことであり、特に韓国の法体系においてのみ、そのような憂慮が大きいと見る根拠もない。もし、当事者たちが両国の方を共通した範囲のなかで適用しようとするならば、これはそれ自体としては、ある一つの特定国家の法ではないが、依然として国家の法である、という点では同一である。もし当事者の意図が、それとは別に両国に共通した法原則を適用するものであれば、これは下記(ロ)の問題になるだろう。

また仲裁ばかりではなく、訴訟の場合も、準拠法の分裂を許容することが、国際的潮流であり、大法院一九九八年七月一日宣告九六タ三九七〇七判決なども、すでに準拠法の分裂を認めることもあって、韓国の国際私法(第二五条第二項)も準拠法の分裂を明示的に許容している。

(ロ) 準拠法は特定国家の法体系でなければならぬのであろうか。

韓国の仲裁法(第二九条第一項)がモデル仲裁法を従わず、"仲裁判定部は当事者たちが指定した法に従って、判定をしなければならない、"と表現した結果、仲裁法の解釈論としては、当事者たちが、国際条約や国際商事契約原則、または商人法などを準拠法として合意し得るのか、については疑問が提起されることもあり得る。

しかし、私見としては、仲裁法としても"法"を広い意味から解釈することによってモデル仲裁法と同様な結論を引き出すことも可能であり、そのように解釈することが妥当であると考え。実際に、やはり仲裁法の改正作業に参加した Mok yong-jun 判事はそのような見解をとっている。⁽⁶⁰⁾ それでは、他のところで既に指摘したように、第一項では、"法"の代わりに、例えば"法規"または"法の規則"という表現を使用することによってその趣旨をより明確にする方が望ましいことであつただろう。⁽⁶²⁾ 特に、モデル仲裁法(第二八条第一項)が"rule"にするか、

“rules of law”にするかについては、かなりの論議を経て両者を用語上で区別した、という点⁽⁶³⁾を考慮すると一層そうである。さらに、韓国が加入したワシントン条約⁽⁶⁴⁾（第四条第一項）の韓国文も“rules of law”をすでに“法律の規則”として本訳している点も考慮する必要があった。参考として、ドイツ民事訴訟法（第一〇五一条）はモデル法の用語に相応できるように、“rules of law”を“Rechtsvorschrift.”として、“law”を“Recht.”とすることによって両者を区別している。⁽⁶⁵⁾しかし、日本の改正仲裁法（第三六条）は両者を、用語上で区別しない点で韓国と類似するが、第一項では単純に“法”または“法令”⁽⁶⁶⁾と言い、第二項では“国家の法令”としているが、第一項の法は広い意味として解釈される。

(ハ) 議論の整理

韓国の仲裁法（第二九条第一項）の解釈上で、法はモデル仲裁法が言う“rules of law.”の意味で広く解釈しなければならぬ。⁽⁶⁷⁾したがって、韓国仲裁法上においても、当事者は商人法、法の一般原則、国際商事契約原則、またはヨーロッパ契約法原則などを適用できるように指定することができる。⁽⁶⁸⁾ただし、商人法（lex mercatoria）を準拠規範として指定した場合に、その内容をどのように確定するかが、問題であるが、その場合に、国際商事契約原則が有用である。

法の規則を準拠法として選択することができると否かに伴う差異は実際にはそれほど大きいものではない。つまり、国家の法体系だけが準拠法として指定できるとしても、当事者たちは実質法的指定によって、⁽⁶⁹⁾国際条約、国際商事契約原則や商人法を契約の内容として編入することができるが、勿論、その場合に契約の準拠法の強行法規の適用を排除することはできないが、契約法分野においては、強行法規は多くないからである。このように国際商

事仲裁において、商人法などを契約の準拠法、または準拠規範として指定し得ると見るならば、契約内容として編入する場合と異なり、勿論、準拠法に關らず適用されるべき国際的強行法規の適用は排除されないが、客観的準拠法の国内的強行法規の適用は排除される⁽⁷⁰⁾。

しかし、当事者たちが、例えば、国際商事契約原則と同一の規範を指定したとして、すべての抵触法の問題が解消されるものではない。もしそのような規範が一定の事項に關する規則を定めてない場合に、当該事項は抵触規範によつて客観的に連結されなければならない⁽⁷¹⁾。

3. 当事者自治の原則が妥当な領域

韓国の仲裁法（第二十九条第一項）は、国際商事仲裁の典型的な対象である国際契約上の紛争の場合、当事者自治が適用されることを宣言していることは明白である。しかし、第一項は文面上では、国際契約ばかりではなく、他の分野における紛争に対しても、当事者自治を許容する趣旨に見えるが、果して、そのように解釈することができるかが問題になる。

つまり、韓国の仲裁法と韓国の国際私法を比較して見れば、国際私法は国際契約ばかりではなく、法定債権、物権、知的財産権、および国際相続法など、多様な法律關係に対して、多様な連結原則を定めているのに反して、仲裁法は極めて簡単な連結原則を定めている点で対比される。勿論、国際親族法と国際相続法のように、仲裁可能性がないので、仲裁法では初めから關心を持つ必要もない法律關係もあるが、その他に法定債権や物権法の法律關係は仲裁の対象になり得るので、それに関する準拠法を決定する必要がある。しかし、仲裁法は別途の規定を定めてないので、当事者自治の原則がそのような紛争にも妥当であるか否か、さらに、仲裁法の条文がどのような意味を

持つのが問題になる。

これに関する韓国の見解は見られないが、ドイツでは第一に、文面を重視して、仲裁可能性のあるすべての事件で、当事者自治を許容する見解（「勿論、この見解も公序と強行法規による制限を認める」）と、第二に、一般的な国際私法に相応する範囲内においてのみ、準拠法の選択を許容する見解もあるが、私見としては、韓国の仲裁法が紛争の実体の準拠法の決定に関して、明示的に広く当事者自治を許容しているので、これを必ず国際契約についてのみ限定することではなく、適用範囲を多少とも拡張することができると考える。しかし、これを無制限に拡大して、仲裁可能な紛争のすべてについて当事者自治を許容することはできない。

例えば、物権法分野（特に、不動産物権）のように、伝統的に当事者自治が許容されない分野においては、仲裁の場合にも、当事者自治は許容されない、と見る。⁽⁷³⁾ そのような境界線は、今後、研究を通して具体化しなければならぬ。ドイツにおいても、同様な趣旨の有力説があるが、Schlosser はこれを目的論的な縮小解釈であると説明しながら、比較法的基準に従う、としている。⁽⁷⁴⁾ 実務上では仲裁人たちが、適切な国際私法規則を適用して判断しなければならないだろう。

これは国際商事仲裁で、当事者自治の原則だけで、実体の準拠法に関する全ての問題を解決できないことを示すものである。後述する国際的強行法規の適用ないし考慮も同様である。

（次号につづく）

(1) Mok Yong-jun, 商事仲裁法論 (二〇〇〇年)、一九ページ以下参照。以下、"Mok Yong-jun" と称して引用する。

- (2) 国際商事仲裁において提起される多様な準拠法の論点について、*Alan Redfern and Martin Hunter with Nigel Balckaby and Constantine Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Fourth Edition (2004), para. 2-04; Klaus Peter Renger, International Economic Arbitration (1993), pp. 477-579* を参照。前記の文献は、以下に "Redfern/Hunter" と引用する。
 - (3) この手続を (procedure) と区別される 'substance' または 'merits' を意味する。
 - (4) 英国ではこれを 'curial law' として称するところもある。しかしこれは仲裁手続を規律する法、すなわち仲裁手続の準拠法の意味、*lex 'lex arbitri'* を用いる。Berger (注2) P.477: Mok Yong-jun、七九ページも同様。しかし、これを用語に忠実に従って仲裁の準拠法 (law governing the arbitration) と言う、広く理解することもある。それに従えば、仲裁可能性と公序違反を理由とする仲裁判定の取消も *lex arbitri* に従う。Redfern/Hunter, para. 2-04 以下、特に para 2-09; Julian D.M. Law/Loukas, A. Mistelis/Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration (110011年) 三—一三ページも同様。この文献は以下に "Lew/Mistelis/ Kröll" として引用する。その反面 *lex arbitri* を仲裁合意の準拠法であるところを見解する。David St. John Sutton and Judith Gill, Russell on Arbitration, Twenty-Second Edition (110011年) 2-088。
- 参考 curial law, Berger (註1) p477; (law governing the arbitration) *lex arbitri*. Redfern/Hunter, para. 2-04 para. 2-09; Julian D.M. Lew/Loukas A. Mistelis/Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration (2003), 3-13 "Lew/Mistelis/ Kröll *lex arbitri*. David St. John Sutton and Judith Gill, Russell on Arbitration Twenty-Second Edition (2003), 2-088.

(5) ニューヨーク条約が適用されない場合について、韓国の仲裁法(第二〇条)に従えば、仲裁手続きは、まず当事者の合意によるのであり、合意がない場合には、仲裁判部が仲裁法の規定にしたがった適切な方式で仲裁手続きを進行することができる。

(6) 仲裁法は旧仲裁法(第二条)とは異なり、仲裁可能性に関して明確な基準を提示しなかったが、これは望ましくなく、そのような規定を当然置くべきであった。石光現²⁾「改正仲裁法のいくつかの問題点—国際商事仲裁を中心として—」, 国際私法と国際訴訟, 第二卷(二〇〇一年)、四七七ページ

(7) Yang, Byong Hi 他, 注釈仲裁法(二〇〇五年)(Cho, Dae Hyun 執筆部分) 一三九ページ以下、Park Sang-jo/Chu ki-jong/Yun Jong-jin, 国際商事仲裁法論(一九九七年)四〇八ページは、本稿で取り扱う紛争の実体の準拠法を「仲裁判定の準拠法」と称するが、適切な表現ではない。前記の注釈仲裁法は、以下、「注釈仲裁法／執筆者」として引用する

(8) Lee, Ho-Woen, “外国仲裁判定の承認と執行”, 裁判資料第三四卷(一九八六年) 六八六ページ

(9) 改正されたICC仲裁規則に関する概観は An Yong-Kwang, “国際商事会議所の一九九八仲裁規則に関する研究” 漢陽大学校大学院修士学位論文(二〇〇六年) 参照。

(10) これはスイスの「国際私法に関する連邦法律」を指す。スイス国際私法一般については石光現³⁾「スイス国際私法(IPRG)」, 国際私法と国際訴訟, 第一卷(二〇〇一年)、四七九ページ参照。

(11) 反致が許容される場合、外国の国際私法を適用する(韓国国際私法第九条参照)。「実質法」というのは、法適用規範(または間接規範)である抵触法(または国際私法)に対比される概念で、韓国の民・商法のように抵触法(または国際私法)によって準拠法として指定されて特定の法律関係または争点を直接規律する規

範を意味する。これは手続法と対比される実体法とは相違する概念である。しかし、Chang, Bokhi, “国際商事仲裁における準拠法選択に関する研究”, 仲裁二七七号（一九九五年秋）、六四ページ。Oh, Won-suk, “国際商事仲裁における準拠法の決定”, 貿易商務研究, 第二九卷（二〇〇六年二月）、四〇ページなどは実質法を実体法と混同する。

- (12) 筆者は、以前、石光現, “国際商事仲裁における実体に適用すべき準拠法の決定”, 東泉金仁辯弁護士華甲記念論文集（一九九六年）、五二二ページ以下で、そのような論点を簡単に取り扱ったが、これは主に、旧仲裁法における解釈論であった。ここでは現行仲裁法の解釈論を展開し、論議をさらに進展させた。最近、刊行された註釈仲裁法も反映している。旧仲裁法の解釈論は、その他にも、張 Bokhi（註11）五八ページ以下：Park, Sang-jio/Chu, Ki-jong/Yun, Chong-jin,（註7）、四〇八ページ参照。

- (13) 最近の論議では、貿易学者である Oh, Won-suk（註11）、三九ページ以下があるが、これは外国の文献を基礎にした多様な立法例を紹介したもので、韓国の仲裁法の解釈論ではない。

- (14) 第二九条は国際商事仲裁にだけ適用されるという見解がある。Kim Myong-ki, “商事仲裁における判例の法源性否認に関する研究”, 仲裁第三一九号（二〇〇六年春）七七ページ以下。しかし、そのように断定することは疑問である。まず第一項に関してみると、韓国国際私法（第二五条第四項）も純粹な国内契約によつて、当事者たちが外国法を準拠法として指定することを許容しながら、一定の限界を置いているが、仲裁法においてより厳格な立場を取る理由はない。勿論、その場合、国際私法で見られるように、国内的強行法規の適用は排除されないという原則を数推適用する必要がある。第二項に関しては、国内仲裁について、これを適用する場合に、準拠法は韓国法になるので、結果については差異がない。その上、衡平と善による判定

と契約および商慣習を考慮することを定めた第二九条第三項と第四項は国内仲裁においても適用する必要がある。勿論以下で指摘するように、当事者自治の適用範囲が国際契約だけでなく、より一層拡大される可能性があるが、その時には、国内仲裁と国際仲裁において区別する必要があると考える。要するに第二九条、特に第一項と第二項は、主に国際仲裁を念頭に置いたのは事実であるが、その場合に限定されるものではないと思われる。

(15) 以下、両者を互換的に使用する。

(16) 註釈仲裁法／Lee, Kanglin/Sub, Jeong-il (二〇〇五年) 九四ページ。

(17) Redfern/Hunter, para 6-13.

(18) ニューヨーク条約第五条第一号 (d) は、仲裁機関の構成や仲裁手続きが当事者間の合意と一致しないか、またはこのような合意がない場合には、仲裁を行う国家の法令に合しない場合を外国仲裁判定の承認拒否事由として列挙している。モデル仲裁法第一条第二項も、同法は仲裁地がその国家の領土内にある場合にのみ(だけ)適用すると規定している。またスイス国際私法(第一七六条第一項)によれば、国際仲裁に関する同法第一二章が適用されるためには、仲裁地がスイス内になければならない。

(19) このような現象を脱地域化 (delocalization) と言ふ (Albert Jan van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958 (1981), p.28 ; Redfern/Hunter, para. 2-26) 、そのような仲裁手続から下される仲裁判定を超国家的仲裁判定 (transnational award, supranational award) または無国籍仲裁判定 (a-national award) と称する。

(20) 韓国の仲裁法第三八条は、領土主義または属地主義原則に立脚しており、過去とは異なって、”大韓民国内で

行われた仲裁判定は、たとえ仲裁手続の準拠法が外国法とか、あるいは当該紛争が韓国といかなる関連がなくとも、内国仲裁判定であり、したがってこれはニューヨーク条約の適用対象はない。石光現（注6）、四九四ページ。註釈仲裁法／Lee, Ho-woen, 一四八ページも同趣旨。

- (21) ニューヨーク条約第一条第一項（適用範囲）、第三項（相互主義）、第五条一項（a）号（仲裁合意の効力）、（e）号（仲裁判定の取消または停止）など。

- (22) Otto Sandrock, "Neue Lehren zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit und das klassische Internationale Privat- und Prozeß Brecht", Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag (2001), S. 680. 一九六七年 Institute of International Law は、そのような趣旨の決議を行った。同決議の第一条は、「紛争の実体の準拠法を決定する際に、仲裁判定部の場所（仲裁地）の抵触規範を遵守しなければならない（The rule of choice of law in the seat of the arbitral tribunal must be followed to settle the law applicable to the substance of the difference）」, という趣旨である。米国においても同様であったが、近時においては、ヨーロッパで見られているように、次第にこの原則が崩れている、と言われている。Gary B. Born, International Commercial Arbitration in the United States (1994), 一〇四ページ et seq.

- (23) 二〇〇六年に於て F.A.Mann, "Lex Facit Arbitrum", P. Sanders (ed), International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke (1967), p.165 (Peter Nygt, Autonomy in International Contracts (1999), p.226n. (三九で再引用)

- (24) 例えば、ベルギー司法法（第一七一条）によれば、国際仲裁の当事者たちは合意によって、ベルギーの裁判所の仲裁判定の取消を排除することができる。またスイスの国際私法（第一九二条第一項）によれば、両

当事者が、ともに、スイスに住所、常居所または営業所を持たない場合には、当事者たちは仲裁合意または後の書面による合意に含まれた明示的な宣言によって、仲裁判定の取消事由の全部または一部の適用を排除することができる。

- (25) Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, A Guide To The UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary (1989), p.770 参照。以下 "Holtzmann/Neuhaus" と引用する。

- (26) これを根拠に、特定国家に仲裁地がない場合の仲裁の概念が普遍的に承認されるとは言えないが、少なくとも容認されている、と言われている。Nygén (注二三)、一二八ページ

- (27) モデル仲裁法 (第二〇条第一項)、UNCITRAL 仲裁規則 (第一六条第一項) または ICC 仲裁規則 (第一四条第一項) 参照

- (28) Stein/Jonas/Schlosser, Kommentar zur Zivilprozessordnung 22. Auflage Band 9 (II/2002), §1043 Rn. 3. "Stein/Jonas/Schlosser"

- (29) 韓国大法院一九九七年九月九日宣告九六タ二〇〇九三判決は、韓国法院の管轄を排除し、外国法院を管轄法院とする専属的な国際裁判管轄合意が有効であるためには、当該事件がその外国法院に対して合理的な関連性を持たなければならない、と判示したが、これを多くの批判を受けている。石光現、"船荷証券による国際裁判管轄合意の問題点—大法院一九九七年九月九日宣告九六タ二〇〇九三判決—"、国際私法と国際訴訟、第三卷 (二〇〇四)、一二二ページ以下参照。

- (30) これは、モデ法 (第二〇条第二項) に従ったものである。

- (31) 仲裁地の看做は、モデル仲裁法（第三一条第三項）に従ったものである。仲裁人たちが擬制的な場所を記載する権限を持つという点に対して拒否感があったが、最終的には看做するという接近方法（*deeming approach*）が採択された。Holtzman/Neuhans, p.596, pp.838-839
- (32) Kari Heinz Schwab/Gerhard Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit* 6. Auflage (2000), Kapitel 15 Rn. 39.
- (33) Holtamznn/Neuhans, p.839.
- (34) Mok, Yong-jun 他、註釈仲裁法九五ページ
- (35) Kang, Byong-Keun, 国際仲裁の基本問題（二〇〇〇年）一二六ページ
- (36) UNCITRAL 仲裁規則（第一六条第一項）も仲裁判定部が仲裁地を決定すると規定しており、ICC 仲裁規則（第一四条第一項）は仲裁法院が決定することになっている。
- (37) 当事者が準拠法を指定する場合、は許容されないの、これを“実質法（体系）”と訳したが、ここでは仲裁法第二九条第一項の文言に従い、単純に、法体系、と称する。
- (38) 英文名称は“European Convention on International Commercial Arbitration”であるが、同条の条文は下記の通りである。“第Ⅶ条—準拠法 1. 当事者たちは仲裁人が紛争の実体に適用すべき法を合意によって自由に定めることができる。準拠法に関する当事者たちの表示がない場合、仲裁人たちは仲裁人たちが適用されると判断する抵触規則に従った準拠法を適用しなければならない。いずれの場合においても、仲裁人たちは契約の条件と商慣行を考慮しなければならない。”
- (39) Mok, Yong-jun, 八六ページも同様。韓国国際私法（第二五条）の解釈においても同様である。
- (40) Convention on the law applicable to contractual obligation, ローマ条約に関する詳細は、石光現、“契約上

債務の準拠法に関するヨーロッパ共同体条約（ローマ条約）、⁴¹ 国際私法と国際訴訟、第一巻（二〇〇一年）、五三ページ以下参照。

(41) Lew/Mistelis/Kröll, para. 17-13.

(42) Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law and Practice*, Second revised edition (2001), p. 423. 本稿では“Rubino-Sammartano”と引用する。

(43) Lew/Mistelis/Kröll, para. 17-16.

(44) Robert Merkin, *Arbitration Law* (1991), 521; Rubino-Sammartano, p. 423.

(45) Redfern/Hunter, para. 2-78; Lew/Mistelis/Kröll, para. 17-15.

(46) これは一般に、⁴² 国際商取引において通用される統一的な法規を意味するが、⁴³ transnational law, international law of contracts, *lex mercatoria* または international trade law と称する。これを広く捉えれば、統一法を設ける国際条約、法の一般原則、国際法、国際機構の規則と国際的にしばしば使用される条項などを含めるが、狭く捉えれば国際商取引で自生的に発生して発展し、特定の国内法と関連のない一般原則と慣行を意味する。一部の見解は、契約は尊守しなければならない、⁴⁴ 事情変更の原則、⁴⁵ 契約の形成と履行における信義則、⁴⁶ “一方契約当事者の本質的な債務不履行は他方当事者を免責させる、⁴⁷ という原則などを商人法の例として列挙するか、商人法の存在と認める学者間においても、その具体的な内容に関しては見解が一致していない。これは商人法を具体的な原則の目録として理解する見解の接近方法である。（例えば Ole Lande の目録と Lord Mustill の目録、⁴⁸ Lew/Mistelis/Kröll, para. 18-56, 18-57 参照）。反面、機能的な接近方法をとる立場があるが、これは商人法の目録を作成する代わりに、⁴⁹ 特定の問題が発生した時に、これを解決するために、

適切な商人法の規則ないしは、原則を特定することを目的とする。Redfern/Hunter, para. 2-59 以下参照。一方、W. Laurence Craig/William W. Park/Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3rd edition (2000), Chapter 35 は商人法の概念を三つに分類している。いずれの立場を取っても、UNIDROIT の二〇〇四年国際商事契約原則と一九九八年ヨーロッパ契約法原則が重要な意味を持つ。韓国の文献としては、³⁴ Suh, Heun-je, *lex mercatoria とつづの UNIDROIT Principles*, “通商法律二〇〇〇年六月（通巻第三三三三号）”、八五ページ以下参照。国際商事契約原則は二〇〇四年改正を通じて拡大されたが、韓国訳本は Oh, Woen-suk・Choi, Jun-sun, Huh, Hai-kwan, *UNIDROIT 国際商事契約原則二〇〇四年*（法文社、二〇〇六年）で刊行されている。

(47) 国際商事仲裁において法の一般原則は、しばしば商人法と同一な意味で使われている。Erik Schäer/Herman Verbiest/Christophe Imhoos, *ICC Arbitration in Practice* (2005), p. 86.

(48) Ole Lando and Hugh Beale, *The Principles of European Contract Law-Part I: Performance, Non-Performance and Remedies* (1995), Ole Lando and Hugh Beale, *The Principles of European Contract Law-Parts I and II, Combined and Revised* (2000) Ole Land, Eric Clive, André Prim and Reinhard Zimmermann (Eds), *Principles of European Contract Law-Part III* (2003).

(49) これは当事者の合意によって、その適用を排除できない強行法規を意味する。これを単純なまたは通常の強行法規と称する。国際的強行法規は当事者の合意によって適用を排除することができないばかりではなく、それに加えて、準拠法が外国法であっても、その適用が排除できない強行法規を意味する。石光現、*国際私法解説*、第二版（二〇〇三年）九二ページ以下参照。

(50) Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, "Comments on the European Commission's Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernization", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 68 (2004), S. 33.

(51) 当事者が選択できる規範に関する詳細については、Redfern/Hunter, para. 2-39, 以下参照。当事者たちは特に、一方が国家である場合、特定国家の法が国際法または法の一般原則と一致する範囲内においてのみ適用するか（いわゆる concurrent law）、両当事者の国家法が共通する範囲内においてのみ適用することに合意する（いわゆる combined laws または *trunc commun doctrine* と称する）。前者の例としてはイラン石油国有化と関連した三つの仲裁事件、すなわち、Texaco 仲裁、BP 仲裁と Lianco 仲裁があり（Redfern/Hunter, para. 2-50）、後者の例としては、Saphire 事件と Channel Tunnel 事件がある。Redfern/Hunter, para. 2-54。後者は英国とフランス間のヨーロッパ・プロジェクトと関連する事件である。後者は Rubino-Sammartano, p.446 et seq. も参照。

(52) 論者によっては、このような実質法の側面で、商人法または法の一般原則を適用して行った仲裁判定も無国籍仲裁判定であると言いつ。Mok, Yong-jun, 110-112 ページ。しかし、通常、無国籍仲裁判定（a-national award）または超国家的仲裁判定（transnational award, supra-national award）というのは、当事者の合意によって、特定国家（特に、仲裁判定地）の仲裁法から断切された仲裁によって行われた仲裁判定を指すのである。このように、国際商事仲裁を特定の国家法から切り離れた現象を、「脱地域化（delocalization）」と称する。van den Berg (注 61), p.28, Redfern/Hunter, para. 2-26。すなわち無国籍仲裁判定は通常、手続き

的な側面から見たものであり、紛争の実体の準拠法が特定国家の法ではないという理由で無国籍仲裁判定と
言うのではない。無国籍判定については、ニューヨーク条約が適用できるか否かに関し、議論があるのに反
して、紛争の実体に特定の国家法以外の規範または原則を適用するのは広く認められている。したがって、
両者を、共に議論するのは混乱をまねくおそれがあるので、前者も無国籍仲裁判定であると言うのは望まし
くないのである。Redfern/Hunter, para. 2-16. Fn68; van den Berg (注19) p.33 参照。

(53) rules of law は法規、法の規則または法の原理など訳することができる。本稿ではこれらを互換的に用いる。

(54) Redfern/Hunter, para. 2-71. 条文では、“もしそのような選択または合意がないか、ない範囲内では、仲裁判
定部は（自らが）適用されると判断する抵触規範によって決定される法を適用する、”となっている。

(55) 英文は末尾に掲載する。

(56) Holzmann/Neuhans, p. 766; Klaus Peter Berger, "Entstehungsgeschichte und Leitlinien des neuen
deutschen Schiedsverfahrensrechts," Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, Klaus Peter Berger
(Hrsg.) (1998), S.21. 初期には法規の概念をせまく理解したが、商人法または法の一般原則を含む概念として
次第に拡大された。Yves Derains and Eric A. Schwartz, A. Guide to the ICC Rules of Arbitration Second
Edition (2005), pp. 235-236. 以下 "Derains/Schwartz" として引用す。

(57) "The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the
parties. である。Kang, ICSID 仲裁制度研究（法務部、二〇〇六年）、二四七ページはこれを“法原則”と
して訳している。

(58) これは上で述べた '*tronic commun*' である。

- (59) Chang, Mun-chul, 改正仲裁法 解説、人権と正義 二〇〇〇、四 (二八四号)、一一四ページ Chang, Mun-chul, 現代仲裁法の理解 (二〇〇〇) 五四ページ。
- (60) Mok, Young-jun, 九一ページ
- (61) 石光現 (註6)、四八五ページ
- (62) Mok, Young-jun, 九一ページ、注167は英文のlawとは異なり、韓国用語としての“法”は単純に“国家の法律”を指すものではないので、第二九条第一項に“法規範”または“法原則”という用語を使わなかったとする。ただし、この場合、法律の規則の正確な意味が問題になるが、まだ発効されていない国際条約と国際的なレベルで設けられた類似した国際文書を含む。Holtzmann/Neuhans, p.768. そして、前述したように最近では、法の規則には商人法と国際商事契約原則が含まれるものと見られる。Berger (注2)、p.556-557; Stein/Jonas/Schlosser, §1051. Rn. 6. ただし、UNCITRALの作業班は初段階における法の一般原則と仲裁判定によって発展された法は含まれないと決定した、という。Holtzmann/Neuhans, p.768
- (63) 作成過程は Holtzmann/Neuhans, p.766 et seq. 参照
- (64) ワシントン条約第四二条第一項の‘rule of law’はモデル仲裁法第二八条第一項の‘rules of law’と同様な脈絡で論議される。UNIDROIT, Principles of International Commercial Contracts (2004), p.4; Redfern/Hunter, para.2-71 参照
- (65) ドイツの条文と韓国語訳は末尾に添付する。
- (66) Toshio Sawada, “The 2004 Japanese Arbitration Law in Relation to the UNCITRAL Model Law and the Japanese ADR and Attorneys Law”, Gerald Aksent et al. (editors), Global Reflections on international Law,

Commerce and Dispute Resolution, Lieber Amicorum in honour of Robert Briner (2005), p. 732. Shunichiro Nakano, International Commercial Arbitration under the New Arbitration Law of Japan, The Japanese Annual of International Law No.47 (2004), p.110. 興味あることは前記の Sawada, p.732 も筆者と同様に、日本の仲裁法が「法」としたことについて批判的な見解を示めている。

(67) これが多数説である。註釈仲裁法／Cho, Dae-yoen, 一三八ページ。Kim, Myong-gi (註14) 七八ページは筆者の見解を間違って紹介している。

(68) 周知のように、国際商事契約原則の前文は当事者たちが、その原則を適用することについて合意するか、または法の一般原則や商人法を適用することで合意した場合、さらに、準拠法を選択してない場合には、適用することができることを明示している。UNCITRAL (註64) p.1. そのような国際商事契約原則またはその他の規則を国際商事仲裁に適用しようとする時には、その規則が果して、当該紛争の実体に適用するのに適しいか否かを検討すべきであることは勿論であるが、それが果して関連の仲裁法上で許容されるか否かも検討されなければならない。韓国では、今まで後者に対する論議が極めて乏しい。

(69) 通常、当事者が準拠法を指定してない場合であるから、客観的準拠法が問題になるだろう。

(70) UNCITRAL (註64) p.64, pp12-13 は、国際商事契約原則が契約に編入される場合と、準拠法になる場合との差異点を明確に区分して説明している。二〇〇四年国際商事契約原則は一九九四年版に比べて、適用範囲が拡大されながら、国内的強行法規に属する事項（例えば代理と消滅時効）を含めているので、問題が一層大きくなった。

(71) これに対して、Sandrock (註22), s.679 は商人法などを適用することによって紛争の実体の準拠法に関して全

面的な脱国家化を実現することは伝統的な国際私法の根幹をゆさぶるもので、当事者の地位を脅すものであると批判している。

(72) スイス国際私法の解釈論も文面を重視して、すべての仲裁可能な事件において準拠法を指定することができ、という見解と、その場合においても当事者自治が認められないが、または十分に認められない分野においては、依然として、当事者は準拠法を指定することができない、と見解が別れていることはすでに指摘した通りである。石光現(注6) 四八六ページ、注45。

(73) Stein/Joans/Schlosser, § 1051 Rn.5 でも、伝統的にいかなる所においても当事者自治が認められない事項、例えば、権利能力、行為能力、犯人の内部組織に関する事項については、当事者が指定した法が適用されず、消費者契約の場合と物権法の場合、人々は、概して、民法施行法(EGGB)を適用すると見なす。韓国においても、行為能力については当事者自治が許容されないという点は、Mok, Yong-jun, 八七ページも同様。