

# 日本の仲裁法と仲裁の現状並びに仲裁人の育成

## The law of arbitration, situations around arbitration

渡辺 惺之\*

Satoshi Watanabe

### 目次

- 1.はじめに
- 2.日本の仲裁法とその特徴
- 3.日本における仲裁の利用状況
- 4.仲裁人の育成
- 5.おわりに

### 국문초록

일본에서는 2003년 새로운 중재법이 성립되어 시행되고 있다(법률 138호). 한편 중국은 1994년, 한국은 2000년에 새로운 중재법을 시행하고 있다. 이러한 극동 3국은 저마다 나라 상황에 맞추어서 중재법이 제정되어 약간의 차이점은 있지만 기본적으로는 UNCITRAL 모델법의 영향을 받고 있는 점에서는 공통되고 있다.

일본의 중재법은 UNCITRAL 모델법을 모체로 한 것으로 그 규정내용은 한국법과 유사성이 크다. 그러나 일본중재법의 특징은 외국중재판단의 승인·집행에 대해서 뉴욕조약과 같은 내용의 요건을 중재법안에 규정하고 있다. 즉 중재법 제46조는 중재판단의 집행에 대해서 집행판결이 아닌 집행결정으로 충분하다고 하고, 따라서 외국중재판단에 대해서도 결정절차에 따라 외국판결의 경우보다 신속하게 집행을 실행하는 것이 가능하도록 하고 있다.

일본의 중재현황은 재판소의 조정이용이 대단히 많아서 중재의 이용률은 극히 낮은

논문접수일 : 2010. 3. 30.

심사완료일 : 2010. 4. 30.

게재확정일 : 2010. 5. 4.

\* 立明館大學 法科大學院 教授

상태에 있다. 그러나 최근 몇 년 중재서비스의 제공과 그 이용에 관해서 몇가지의 변화가 지적되고 있다.

중재인의 양성에 관해서는 일본중재인협회에 의한 연수와 자격검정을 들 수 있다. 이하에서는 극동3국의 각 중재제도와 그 차이에 대해 살펴보고 나아가 일본중재법의 주요내용과 주요판례 그리고 중재이용현황과 중재인 양성 등에 관해 논의한다.

주제어 : 중재법, 중재판단, 중재인 양성, 중재이용현황

## 1.はじめに

日本では2003年に新しい仲裁法が成立し施行された(法律138号)。中国では1994年に仲裁法が施行され、韓国は2000年に新しい仲裁法を施行している。このような極東3国は近年に相次いで新しい仲裁法を持つことになった。3国の仲裁法はそれぞれの国の状況に応じて若干の違いはあるが、UNCITRALモデル法の影響を受けている点で共通している。

21世紀に入り仲裁を含むADRの活用が重要な意味を持つようになってきている。法律の整備の上に、その具体的な制度化、仲裁に関わる人材の養成など、実際の運用に関して、仲裁制度の活性化に向けて推進すべき段階にある。この観点から、この時点で3国が各仲裁制度や法状況の違いについて相互の理解を深め、具体的な運用に津市手共同して検討することは、極東における仲裁の協調体制を展望する上で大きな意義を持つシンポジウムであり、参加の機会を頂いたことに感謝申し上げたい。

報告では、先ず、2において、日本の仲裁法の主要な内容と特徴を、UNCITRALモデル法、中国及び韓国の仲裁法と対比しながら簡単に紹介し、併せて、注目されるべき最近の仲裁判例を若干紹介したい。3において、日本における仲裁の利用状況について若干のデータに基づき報告し、続いて4で、日本における仲裁人の要請について、触れることにしたい。

## 2. 日本の仲裁法とその特徴

日本の仲裁法はUNCITRALモデル法を母体とするもので、その規定内容には韓国法との類似性が大きい。以下でその概要を韓国法、中国法との比較を含めて概観してみたい。

### 2-1. 日本の仲裁法の基本構造

先ず第1章に総則(第1条—第12条)規定を置いている。仲裁地を内国仲裁と外国仲裁との区別基準とするUNCITRALモデル法の構成に従っている。韓国法も同じ基準を採用している。中国法はこの区別基準に関する明文の規定を欠いているが、ニューヨーク条約の締約国であることから、NY条約の基準に従い、原則的には実際に仲裁判断がなされた場所により区別するものと思われる(N.Y.条約1条)。UNCITRALモデル法の下では仲裁地は実際に仲裁がなされた国に必ずしも限られないと解し得る(モデル法20条、31条3項、日本法28条、39条4項、韓国仲裁法21条、32条4項)。

日本の新仲裁法は仲裁地が日本国内にある内国仲裁に適用されるが、例外的に第8章仲裁判断の承認及び執行決定に関する規定に限り内外仲裁を区別せず適用される。

第2章は仲裁合意(arbitration agreement)について第13条—第15条に規定をしている。仲裁合意の定義は、2条1項において、ほぼUNCITRALモデル法と同じ定義を規定している。即ち、既に生じた民事上の紛争又は将来において生ずる一定の法律関係(契約に基づくものであるかどうかを問わない)に関する民事上の紛争の全部又は一部の解決を一人又は二人以上の仲裁人にゆだねる合意としているが、それに付加して、「かつ、その判断に服する旨の合意」としている。新仲裁法には、中国仲裁法9条のように、判断の終局性(finality of decision)を明示的に仲裁の要件とする規定はないが、この2条1項の付加的な

定義は判断の終局性が当然に要件であることを示している。従って、例えばWIPOのいわゆるドメインネーム仲裁のような不服当事者が国家裁判所に提訴する余地を残した仲裁は、新仲裁法が適用されるべき仲裁とは認められないことになる。

13条1項は更に仲裁合意の有効性要件として、仲裁適格(arbitability)に関して「和解をすることができる民事上の紛争(離婚又は離縁の紛争を除く)」と規定する。仲裁適格

に関しては2001年試案では「決定できる」という表現も提案されていたが、ドイツ法の伝統に従いこれまでと同様に和解できるという表現が採用されている。

仲裁適格について韓国仲裁法3条1項は「私法上の紛争」と定義する。中国仲裁法3条は仲裁適格を欠く事件を、婚姻、縁組み、監護、扶養及び相続、並びに、「法律に基づき行政機関が処理すべき行政紛争」と列挙する。特に仲裁適格に関しては、例えば特許侵害紛争で被侵害特許権の有効性が争われるような場合にどう解すべきかが問題となり得る。日本の新仲裁法の下では、特許侵害紛争も和解が可能であるので仲裁適格を認められると解されるが、特許権の有効性の確定自体を目的として仲裁は許されないであろう。従って、特許侵害紛争に関してなされる仲裁契約、ライセンス契約に付される仲裁条項は有効と解される。

合意の方式に関する13条の規定は、電子的データ交換(elec.data exchange)によるも方式も可とする他は、基本的にUNCITRALモデル法に準じており、手続に応じたことによる事後的合意も有効とされている(13条5項)。

有効な仲裁合意ある場合に裁判所に訴えられた場合、被告は仲裁合意あることを抗弁とすることができる。その場合、先にも述べたが、裁判所は訴訟を却下することとされ(14条)、仲裁付託を命じるとしているUNCITRALモデル法とは異なる。一方で、仲裁合意はこのように国家裁判所の裁判管轄を排除する効力が認められるが、保全処分を国家裁判所に申し立てることは排除されていないことを明文で明らかにしている(15条)。これはUNCITRALモデル法9条、韓国仲裁法10条、中国仲裁法28条も同じである。但し、中国仲裁法は保全処分に際して仲裁委員会の申請が必要としている。保全処分に関しては、同時に、仲裁廷自体が保全措置・暫定措置を命じることができることも明定した(24条)。この仲裁的による保全措置は2001年仲裁法試案では認められておらず、司法官僚の抵抗もあったと側聞する。しかし、仲裁の紛争解決機能の実効性を高める観点からは必要な権限であり、同じような目的を部分的仲裁判断により達成する余地もあることを考えれば明文で規定したことは正しかったといえよう。UNCITRALモデル法では17条がこれを規定しており、韓国仲裁法18条も認めている。中国仲裁法にはこれに関する規定は見られない。

UNCITRAL仲裁モデル法や韓国仲裁法と異なり、日本の新仲裁法は仲裁廷に関する規定を仲裁人に関する第3章と仲裁廷の権限に関する第4章に分けてはいるが、その内容の

基本は異ならない。例えば、仲裁人による自己の公正性・独立性に関する事項の開示義務は、仲裁人の忌避原因の条文にまとめられているが（18条3、4項）、内容はUNCITRAL12条、韓国仲裁法13条と異ならない。中国仲裁法34条は構成・独立性を疑わせる事由を列挙し辞任及び忌避原因と規定している。

第4章23条は仲裁廷のいわゆる*competence competence*を明確に規定しているが、これもUNCITRALモデル法16条、韓国仲裁法17条と同じである。仲裁廷による保全措置（24条）については先に述べた。

仲裁手続の開始及び仲裁手続における審理に関する第5章の規定（第25条—第35条）も、仲裁による請求に時効中断効を認める規定をここにおいた以外はUNCITRALモデル法と基本的に異ならない。即ち、審理手続は基本的に当事者の合意によるという任意性、特に合意がない場合は口頭審理によるか書面審理によるかは仲裁廷に委ねられる（32条）。使用言語についても複数言語の使用も含め同様である（30条）。当事者の懈怠への対応（33条）、仲裁廷による鑑定人の選任（34条）、証拠調べに関する裁判所の協力（35条）等であり、これらは基本的に韓国仲裁法と同じである。但し、韓国法は裁判所に対する証拠調べ手続の利用申立を仲裁廷に限り、当事者の申立を認めない等の若干の違いはある（韓国仲裁法28条）。中国仲裁法は、当事者の合意がない限り口頭審理手続きを原則とし（中国法39条）、裁判所による証拠共助として証拠保全のみを掲げている点（46条）に特徴がある。

仲裁判断及び仲裁手続の終了に関する第6章（第36条—第43条）で注目されるのは、UNCITRALモデル法に準じて法に基づく仲裁判断を原則としたこと（36条）、及び、仲裁手続における和解について明文の規定（38条）を置いたことである。

仲裁判断は、特に明示の合意ある場合にのみ衡平と善(*ex aequo et bona*)に基づくことができ、原則は国家の制定した法律に基づく仲裁を原則とし、その場合に準拠すべき法律は当事者の合意により、合意なき場合は最密接関連法による。UNCITRALモデル法28条は適用されるべき抵触法によるとしているが、新仲裁法は韓国と同じく最密接関連法によると規定した。これは適用すべき抵触法について一般的に規定する困難を避けたものと思われるが、通常は仲裁地の国際私法ルールによることになるであろう。国家の制定法による仲裁を原則とした結果、当事者の合意がない限り*lex mercatoria*等の非国家法を直接に

仲裁判断において適用することは排除されることになるが、紛争にかかわる契約の解釈

及び慣習として考慮される（36条4項）。中国仲裁法の場合、この点に関して中国仲裁法7条の解釈によると思われるが、「法律の規定に従い」という表現からは国家法によることが求められているように思われる。

UNCITRALモデル法30条は仲裁手続における和解を仲裁判断とすることを認めているが、新仲裁法38条、韓国仲裁法30条は共にこれに従っている。中国仲裁法49条も同じであるが、中国法は更に進んで和解を勧める調停を行う権限を仲裁廷に認めている。従来は仲裁と調停・和解は異なる紛争解決の方法として法的性質の違いが強調されてきた。しかし、いずれも基本的に当事者の合意を基礎としていること、国家裁判所による法適用判断による紛争解決でないことは共通している。この二つを併用した紛争処理システムは日本においても各地の弁護士会仲裁規則や知的財産仲裁センターの仲裁規則などに多く見られる。実際にも、仲裁に至らず調停・和解で解決した事例の方が数は多い。

仲裁判断書には、当事者の合意ある場合を除き理由の記載を要すること、仲裁地の記載が必要であること（39条）などUNCITRALモデル法31条と同じである。この他に、仲裁廷による仲裁判断の解釈（42条）や追加仲裁判断（43条）等の制度はこれまで日本法には規定がない問題で興味深いがいずれもUNCITRALモデル法に基づくものである。

仲裁判断の取消しに関する第7章は第44条のみであり、その取消事由はUNCITRALモデル法34条、韓国仲裁法36条2項と実質的に変わりがない。中国仲裁法58条も若干の条文構成の違いはあるが大差はないといえよう。日本の新仲裁法で注目されるのは仲裁判断取消を判決手続によらずに行うこととした点であろう。口頭弁論若しくは審尋は必要的ではあるが訴えの提起を要さず決定により裁判することになった。これは仲裁による紛争解決の迅速と実効性を重視した結果であり、仲裁判断の執行に関して執行判決ではなく執行決定で足りるとしたこととも対応している。

仲裁判断が取消された後の仲裁契約の効力については規定が設けられていない。この点についての各国の制度は多様であり、仲裁廷への差戻し（英国法）、仲裁契約が復活し新仲裁（ドイツ民法1056条）、仲裁契約失効し訴訟（イタリア）等に分かれるようである。日本の場合は解釈による他ないが、見解は分かれることになりそうである。

第8章は仲裁判断の承認及び執行決定（第45条・第46条）を規定しているが、これ

については木棚教授のご報告に譲らせて頂くことにしたい。第9章は雑則であるが、仲裁費用の分担について、当事者の合意によるが、合意がなければ各自分担を原則とする制度が採用されている(49条)。

日本の新仲裁法の以上の簡単な概観から明らかになる特徴として、まず、基本的にUNCITRALモデル法に準拠していることが挙げられる。特に、仲裁の紛争解決機能を高める方向で、裁判所側の抵抗が大きいといわれていた、仲裁廷に暫定的保護措置の権限を認めたことは注目される。又、仲裁判断の取消、執行の手続きを基本的に決定手続とすることで手続の簡易化を図り、迅速性を高めている。新仲裁法は当初予測されていたより仲裁の紛争解決機能と実効性を高める方向で制度が作られており、この新しい制度により民事紛争解決に仲裁の利用が拡がることが期待されている。実際、日本では従来に比べ多様な民間セクターが紛争解決制度として仲裁制度を採用し始めている。

## 2-2. 仲裁に関する日本判例

仲裁合意があるにもかかわらず当事者が裁判所に訴えを提起した場合、中国、韓国、日本の仲裁法のいずれもが訴えを却下することを規定している。この場合、裁判所に提起された訴えが、仲裁によることを合意されていた事件に該当するかどうか問題となる。仲裁合意の範囲をどう解するかに関わる問題といえることができる。これを解決する権限(competence competence)は、裁判所に訴えが提起された場合は裁判所、仲裁廷に仲裁が申し立てられた場合は仲裁廷が判断することになる(中国仲裁法20条はこれを明らかにしている。日本の新仲裁法は裁判所については14条、仲裁廷自身が判断する場合については23条、韓国法の場合は裁判所については9条、仲裁廷に関しては17条)。

仲裁合意を含む契約の当事者は会社であったが、その契約の締結に際して会社を代表した個人に対して契約の内容にかかわる訴えを裁判所に提起した場合、これを仲裁によるべきものとして訴えを却下すべきか、仲裁が合意された範囲外の事件として裁判によることを認めるべきかが、国際的な仲裁合意について問題となったのが、これから紹介する日本の最高裁の判例(Ring Ring Circus事件判決、1997年9月4日、民集51巻8号3657頁)である。

事件は米国のサーカス会社と日本会社との間で締結されたサーカスの日本での公演契約に関わる。米国のサーカス会社A社の代表者Yは日本のプロモーターXとの間で日本でA社のサーカス公演を行う契約をした。サーカス公演は2年間行われたがお客は余り増えず、成功したとはいえなかった。XはA社ではなくその代表者であるY個人を被告として日本の裁判所に、公演の内容が契約時の約束とは異なり程度の低いものであった、公演会場でのおみやげ品の販売利益の配分等が契約とは違っていたことを挙げて、YがXを欺罔して契約を締結させ、Xに損害を与えた詐欺に当たると主張して、損害賠償を求める訴えを提起した。ところでこのサーカス公演の契約書には仲裁条項が含まれていた。それによるとこの公演契約に関わる全ての紛争は仲裁によること、その仲裁はXが申し立てる場合はニューヨークで、Yが申し立てる場合は東京で行われることとされていた。そこでYは日本裁判所に対し本件の訴えは却下されるべきであり、事件はニューヨークで仲裁により解決されるべきであると主張した。これに対してXは仲裁合意はAとX間で締結されたものであり、その効力はXとY間の事件には及ばないと主張した。

この問題は基本的には仲裁契約の解釈によるべきである。しかし、この国際契約の解釈についてYは米国法によればこのような場合A X間の仲裁合意はY X間の訴えられた事件にも及ぶと解されていると主張し、Xは日本の法律の下ではA Xの契約の効力がY Xの間の本件訴訟の事件に及ぶことはないとして主張した。そこで仲裁合意の準拠法が問題となるが、この事件の場合、仲裁契約の準拠法について明示的な合意はなかった。

最高裁判所はこの点につき判決において、仲裁が当事者の合意を基本とすることからも、国際仲裁契約の成立及び効力を判断する準拠法は、契約に関する国際私法の規定により決定されるべきであり、準拠法について当事者の合意がない場合、仲裁地に関する合意やその内容、仲裁条項が含まれている主たる契約の内容その他の事情を考慮し、黙示の合意が認められる時はこれによるべきであるとした。更に、この事件の場合は仲裁地に関するクロス合意がなされているので、Xの申し立てる仲裁はニューヨーク市で行われるのであるから、ニューヨーク市に適用される法律を仲裁準拠法とする黙示の合意があったと認めるべきであるとした。

次に、最高裁は、仲裁の抗弁により訴えを却下すべき範囲は、仲裁合意により仲裁によると決められた範囲と等しいと解すべきであるとして、ニューヨーク市に適用される米国内邦仲裁法に関する米国裁判所の判例によれば、XのYに対する本件事件における訴



えの内容は仲裁契約の効力範囲に属すると解されている。従って、Xの訴えは仲裁によるべきであり、却下されるべきであるとした。

この判決には多くの論点が含まれており、又、数多くの批評が公表されている。私はこの判決の結論には賛成するが、いくつかの点について異なる考えを持っている。例えば、仲裁契約は私法上の契約というよりは訴訟契約であり、私法上の契約に関する国際私法のルールによるべきではないと考えるし、又、当事者が仲裁によると仲裁契約で合意した範囲と裁判所が仲裁によるべきであるとして訴えを却下する範囲とは、仲裁適格の問題を考慮に入れると必ずしも一致しないと考えている。これらの理論的な問題とは別に、この判例は仲裁契約の準拠法決定に際して仲裁地を重視する立場を明らかにしている。これはUNCITRALモデル法、日本の新仲裁法、韓国仲裁法に共通する視点であり、これからの実務にも影響を与える視点であるといえよう。

### 2-3. 日本仲裁法の注意すべき特徴点

外国仲裁判断の承認・執行について、ニューヨーク条約と同じ内容の要件を仲裁法の中に規定した。仲裁法46条は仲裁判断の執行について、執行判決ではなく執行決定で足りると規定した。従って、外国仲裁判断についても決定手続により、外国判決の場合より迅速に執行を実施することができる

仲裁法の附則において消費者仲裁、労働仲裁に対する制限規定が置かれている。これは弱者保護の性格を有する制限であり、消費者契約約款において一方的な仲裁合意条項が置かれていた場合、その効力を強く制限するものであり、消費者側は仲裁契約の無効にすることができる。又、仲裁手続において、仲裁人は必要的な高等手続を行う義務を課されることになる。仲裁手続に消費者側当事者が出席しなかった場合、仲裁契約は取り消されたものと見なされることになる（仲裁法附則3条）。これらの規定は消費者保護の観点から加えられた制限であり、日本仲裁法が適用される場合には注意を要する規定といえる。特にインターネットによる通信販売などの消費者契約に関しては注意を要すると思われる。

個別の労働契約に仲裁条項が付されていた場合も無効とされる。これは各県の労働委員会による労働仲裁制度があるためである。

### 3. 日本における仲裁の利用状況

#### 3-1. 仲裁を取り巻く全体的状況

日本における仲裁をめぐる状況は2003年の仲裁法の改正、2007年の「裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律」（ADR基本法）などにより大きく変化した。ADR基本法はADRの活性化を目標とした法律で、政府が資格を認定した民間機関が行った和解や調停などの紛争解決に法的効力を認めることを基本とする。従って、仲裁法自体により法的効力が認められる仲裁が、直接にADR基本法の影響を受けることはない。しかし、この法律により認定された種々のADR機関は、和解や調停などの紛争解決サービスに加えて、それらによって紛争解決が得られなかった場合に、当事者の合意に基づき仲裁を実施する例が多い。そこから、従来、日本では調停の利用に比して極端に低かった仲裁の利用がわずかであるにしても促進される可能性が生じている。

#### 3-2. 最近の仲裁の利用可能性の増大

もともと日本では裁判所の調停の利用が極めて多く、高い信頼度を寄せられているのに比べ、仲裁の利用率は極端に低い状態にあった。しかし、近年、仲裁サービスの提供とその利用に関していくつかの変化が指摘される。第1に、仲裁制度が利用される分野が多様化している傾向である。仲裁は国際取引紛争とか海事紛争のような専門性の高い特別な法分野における紛争解決制度という従来の伝統的な分野から、日常的な市民生活における少額紛争の迅速で低廉な解決制度としての展開している。これは司法制度改革の一環として裁判所による訴訟以外の身近で利用しやすい紛争解決方法、つまりADRとしての仲裁の新たな利用展開、民間セクターの活用という方向への展開が見られる。その好例が各地区弁護士会の仲裁センターや紛争処理センターの設立である。これらの仲裁センターによる仲裁制度は一般市民に利用しやすいかに且つ低廉な紛争解決制度となっている。第2に、調停或いは和解のあっせん手続との合体させる傾向である。従来は、調停と仲裁とは法的性質が異なるものとして区別して取り扱われてきた。しかし、最近の民間セクターによる仲裁手続は仲裁や和解のあっせんを含むものが多く、相互の手続間での移行が可能な制度となっている。

各地弁護士会の紛争処理センターは市民生活に身近な紛争解決制度としての仲裁の新たな展開といえ、制度的には中国における各地区の仲裁委員会の制度に似ているともいえる。他方で、伝統的に仲裁が利用されてきた分野として専門的な知識や判断能力が必要とされる紛争領域がある。この領域における新たな展開として知的財産紛争があり、それを対象とした日本知的財産仲裁センター(<http://www.ip-adr.gr.jp/>)、都道府県建設工事紛争審査会による建設請負工事に関わる紛争仲裁(建設業法25条の18以下)、スポーツ仲裁機構によるスポーツ仲裁なども挙げられる。

国際取引仲裁：日本で国際取引に関わる機関仲裁としては日本商事仲裁協会の国際仲裁がある。これは従来の国際商事仲裁協会を組織的に拡充したものであり、日本において国際取引仲裁について最も経験を積んだ仲裁機関である。しかし、個別の国際取引仲裁は様々な外国機関によって行われる場面を増えており、それらの外国仲裁機関における仲裁人として日本の弁護士が関わる例も多いようであり、正確な事例数などは明らかではないが、極めて少数であるといわれる。

なお、日本では今年度中に、国際裁判管轄規定を整備する立法が予定されており、その改正要綱案も公表されている。これにより裁判所における国際訴訟へのアクセスがより明確になるため、国際訴訟との競合場面もこれから一層増えてくると思われる。

#### 4. 仲裁人の育成

仲裁人の養成に関しては日本仲裁人協会による研修と資格検定が挙げられる。日本仲裁人協会は2003年に設立され、仲裁・ADRの普及・啓発を図ることを目的とし、そのために仲裁人、調停人、その他仲裁及びADR関係者の養成・研修を行い、又、仲裁・ADRに関して法律・実務の研究及び開発を行う社団法人である。

2006年から仲裁人検定制度の実施をはじめている。それに併せて仲裁人研修講座を開設し、その履修を資格検定の受験の条件としている。2009年度に関しては、同協会のHPによれば、仲裁人研修講座Ⅰ(実務論点整理)と仲裁人研修講座Ⅱ(模擬仲裁)とに別れている。仲裁人研修講座Ⅰは、「仲裁合意および仲裁人選任手続」(2009年11月13日)、「仲裁審理手続(証拠調べを含む)」(2009年11月26日)、「仲裁判断、

仲裁判断の執行、取消」(2009年12月3日)について各2時間の講義が行われたようである。講師は国際私法の研究者と国際訴訟を専門とする弁護士1名により行われたようである。仲裁人研修講座Ⅱ(模擬仲裁)は、模擬仲裁ビデオに基づきながら仲裁手続実務上の論点を議論するとされ、「仲裁の全体像」(2010年2月4日)、「仲裁手続の諸論点」(2010年2月5日)とされている。講師は日本商事仲裁協会の役員と渉外弁護士であるようである。

しかし、注意しなければならないのは、この資格検定制度はあくまでも民間法人によるもので、公式な資格ではない。実際にはこのような資格がどれほどの意味を持つのかは不明である。多くの仲裁機関が仲裁人リストとして掲げているのは、一般的には学識経験者とか当該分野における経験者などから希望者を選別して掲げているのが実情である。

ロー・スクールにおいては、仲裁法が国際関係法(私法系)という受験科目の範囲に入っているため国際仲裁について講義が行われるが、実際には受験勉強の域を出ていない。実際に仲裁人として直ちに活躍できる人材は、むしろ各分野で実務経験を積んだ経験者であり、ロースクールにおける教育が実質的意味での人材育成に直結するかには疑問が残る。しかし、他方、国際取引法分野ではロースクールの段階から外国語での交渉や説得などに経験しておくことは将来の優れた仲裁人となる一つの条件ともいえる。

## 5. おわりに

仲裁は各分野における実務経験の豊富な者に、裁判官とは異なる実際に即した判断を期待するということが一つの大きな長所といえる。この点に注目すれば、例えば建設紛争などについてロースクールを出たての若い法律家に優れた仲裁判断を期待することは無理である。仲裁はこの点で経験を積んだ法律家にこそふさわしい領域といえる。しかし、一方で、特に国際取引の場合、法による仲裁を原則とする限り、国際的な紛争における正しく当事者を納得させられる法適用は、特定業務に関する実務経験では得られない専門知識である。従って、仲裁人の養成を考える場合、二つの段階を分けて考える必要がある。即ち、特定の業務分野で経験を積んだ実務家に仲裁という手続、中立で公平な手続の進行などの手続法を教育し、そのトレーニングを行う養成システム、他方で、特に国際取引法分野での外国法適用を正しく行い、外国語による交渉や説得の基本的な

感覚を養成するという基礎的養成の二つである。

いずれにしても、極東を優れた国際仲裁の拠点とするためには国境を越えた適切な国際事件での法適用、公平中立的な手続進行等に優れた人材を豊富に備えておくことが必要であり、そのような教育養成の機会と施設が求められている。この点で、このたびの済州島大学のシンポジウムは、その一步を考える上で、意義深いものと思われる。これが更に次の一步に進むことを期待したい。

(번역본)

## 일본 중재법의 중재 현황과 중재인 육성

### 1. 들어가며

일본에서는 2003년 새로운 중재법이 성립·시행 되어졌다(법률138호). 중국에서는 1994년 중재법이 시행되고, 한국은 2000년에 새로운 중재법을 시행하고 있다. 이러한 극동 3국은 근년에 잇달아 새로운 중재법을 갖추게 되었다. 3국의 중재법은 저마다 나라 상황에 맞추어서 약간의 차이는 있지만, UNCITRAL 모델법의 영향을 받고 있다는 점에서는 공통되고 있다.

21세기에 들어서 중재를 포함한 ADR의 활용이 중요한 의미를 갖게 되었다. 법률의 정비상 구체적인 제도화와 중재에 관한 인재 양성 등 실제 운영에 관해서, 중재제도의 활성화를 향해 추진해야할 단계에 있다. 이 시점에 3국이 각 중재제도와 법 정황의 차이에 대해 서로 깊이 이해하고 구체적인 운용에 대해서 공동으로 검토한다는 것은 극동의 중재 협조체제를 전망함에 있어 큰 의의를 가진 심포지움이며, 참가 기회를 가지게 되어 감사의 말씀 올린다.

보고에서는 우선 “2. 일본 중재법과 그 특징”에서는 일본 중재법의 주요한 내용과 특징을 UNCITRAL 모델법, 중국 및 한국의 중재법과 대비하면서 간단히 소개하고, 아울러 주목되어져야 할 최근의 중재판례를 소개하고 싶다. “3. 일본 중재의 이용현황”에서는 일본에 있어서의 중재의 이용 현황에 대해 약간의 자료를 토대로 보고하고, 계속해서 “4. 중재인의 육성”에서는 일본에서의 중재인 육성을 위한 제안에 대해서 언급하고 싶다.

### 2. 일본 중재법과 그 특징

일본 중재법은 UNCITRAL 모델법을 모체로 한 것으로, 그 규정내용에는 한국법과의 유사성이 크다. 이하, 그 개념을 한국법, 중국법과의 비교를 포함해 개관하고 싶다.

## 2-1. 일본의 중재법의 기본구성

우선 제1장에 총칙(제1조-제12조)규정을 두고 있다. 중재지를 내국중재와 외국중재와의 구별기준으로 하는 UNCITRAL 모델법의 구성을 따르고 있다. 한국법도 같은 기준을 채택하고 있다. 중국법은 그 구별기준에 관한 명문의 규정이 빠져 있지만, 뉴욕조약의 체결국이기 때문에 NY조약의 기준을 따르고 있으며, 원칙적으로는 실제 중재판례가 행해진 장소에 의해 구별되어진다(NY조약 1조). UNCITRAL 모델법 아래에서는 중재지는 반드시 실제로 중재가 행해진 나라에 한하지 않음을 이해할 수 있다(모델법 20조, 31조 3항, 일본법 28조, 39조 4항, 한국중재법 21조, 32조 4항).

일본의 신중재법은 중재지가 일본국내에 있는 내국중재에 적용되지만, 예외적으로 제8장 중재판례의 승인 및 집행결정에 관한 규정에 한해서 내외중재를 구별하지 않고 적용된다.

제2장은 중재합의(arbitration agreement)에 대해서 제13조-제15조에 규정을 하고 있다. 중재합의의 정의는 2조 1항에 있어서 UNCITRAL 모델법과 같은 정의를 규정하고 있다. 즉 기존에 발생한 민사상의 분쟁 또는 장래에 있어서 발생할 일정의 법률관계(계약을 토대로 하는 것인지 아닌지를 묻지 않음)에 관한 민사상의 분쟁의 전부 또는 일부의 해결을 한사람 또는 두 사람 이상의 중재인에게 위임하는 합의로 하고 있지만, 그것에 덧붙여서 '동시에 그 판결에 순순히 따르는 취지의 합의'로 하고 있다. 신중재법에는 중국 중재법 9조처럼 판단의 종국성(finality of decision)을 명시적으로 중재의 요건으로 하는 규정은 없지만, 2조 1항의 부가적인 정의는 판단의 종국성이 당연히 요건임을 명시하고 있다. 즉 WIPO의 이른바 도메인명 중재 같은 불복 당사자가 국가재판소에 제소하는 여지를 남긴 중재는 신중재법이 적용되어야 할 중재라고는 인정되지 않는다.

13조 1항은 더욱 중재합의의 유효성요건으로 하고, 중재적격(arbitrability)에 관해 '화해를 하는 것이 가능한 민사상의 분쟁(이혼 또는 파양의 분쟁을 제외)'으로 규정한다. 중재적격에 관해서는 2001년 시안에서는 '결정가능하다'라는 표현도 제안되고 있지만 독일법의 전통에 따라 지금까지와 마찬가지로 화해 가능하다는 표현이 채택되어지고 있다.

중재적격에 대해서 한국중재법 3조 1항은 '사법상의 분쟁'이라 정의한다. 중국중재법 3조는 중재적격이 빠진 사건을 혼인, 양자 결연, 보호 감호, 부양 및 상속 그리고 '법률에 근거한 행정기관이 처리해야할 행정분쟁'이라 열거한다. 특히 중재적격에 관해서는 예를 들어 특허침해분쟁에서 피침해 특허권의 유효성이 다투어지게 되는 경우에 어떻게 해결해야 할지가 문제가 될 수 있다. 일본의 신중재법 하에서는 특허침해분쟁도 화해가 가능하기 때문에 중재적격이 인정된다고 해석되지만, 특허권의 유효성의 확정자

체를 목적으로 하는 중재는 인정될 수 없을 것이다. 따라서 특허침해분쟁에 관한 행해지는 중재계약, 자격증 계약에 붙는 중재 조약은 유효하다고 해석되어진다.

합의의 방식에 관한 13조 규정은 전자적 데이터 교환(elec.data exchange)에 의한 방식도 가능한 것 외에, 기본적으로 UNCITRAL 모델법에 준하고 있고 절차에 응한 것에 의한 사후적합의도 유효하게 여겨지고 있다(13조 5항).

유효한 중재합의가 있는 경우에 재판소에 소송되어진 경우, 피고는 중재에 합의가 있는 것을 항변하는 것이 가능하다. 이 경우, 앞서서도 말했지만 재판소는 소송을 각하하는 것이 되어서(14조), 중재부탁을 명하고 있는 UNCITRAL 모델법과는 다르다. 한편으로 중재합의는 이처럼 국가재판소의 재판관할을 배제하는 효력이 인정되지만, 보전처분(保全處分)을 국가 재판소에 제기하는 것은 배제되고 있지 않음을 명문으로 분명히 하고 있다(15조). 이것은 UNCITRAL 모델법 8조, 한국중재법 10조, 중국중재법 28조도 같다. 단, 중국중재법은 보전처분 즈음에 중재위원회에 신청이 필요하다고 하고 있다. 보전처분에 관해서는 동시에 중재정자체(仲裁廷自體)가 보전조치·잠정조치를 명한 것이 가능하다는 것도 명확히 정했다(2조). 이 중재정에 의한 보전조치는 2001년 중재법시안에서는 인정되고 있지 않고, 사법관료의 저항도 있었다고 풍문에 언뜻 들었다. 그러나 중재의 분쟁해결기능의 실효성을 높이는 관점에서는 필요한 권한이고, 같은 목적을 부분적 중재판단에 의해 달성하는 여지도 있는 것을 생각한다면 명문에서 규정한 것은 옳다고 말할 수 있을 것이다. UNCITRAL 모델법에서는 17조가 이것을 규정하고 있고, 한국중재법 18조도 인정하고 있다. 중국중재법에는 이것에 관한 규정이 보이지 않는다.

UNCITRAL 모델법은 한국중재법과 달리, 일본의 신중재법은 중재정(仲裁廷)에 관한 규정을 중재인에 관한 제3장과 중재정의 권한에 관한 제4장으로 나뉘고 있지만, 그 내용의 기본은 다르지 않다. 예를 들어 중재인에 의한 자신의 공정성·독립성에 관한 사항의 개시의무는 중재인의 기피원인의 조문에 정리되어 있지만(18조 3,4항), 내용은 UNCITRAL 12조, 한국중재법 13조와 다르지 않다. 중국중재법 34조는 구성·독립성을 의심하게 하는 사유를 열거하고 사임 및 기피원인으로 규정하고 있다.

제4장 23조는 중재정의 이른바 competence를 명확히 규정하고 있지만, 그것도 UNCITRAL 모델법 16조, 한국중재법 17조와 같다. 중재정에 의한 보전조치(24조)에 대해서는 앞에서 이야기 했다.

중재절차의 개시 및 중재절차에 있어서의 심리에 관한 제5장의 규정(제25조-제35조)도 중재에 의한 청구에 시효중단효를 인정하는 규정을 여기에 두었던 것 이외에는 UNCITRAL 모델법과 기본적으로 다르지 않다. 즉 심리 절차는 기본적으로 당사자의 합의에 의한다는 임의성, 특히 합의가 없는 경우는 구두심리에 의할지 서면심리에 의



할지는 중재정에 위임되어진다. (32조) 사용언어에 대해서도 복수언어의 사용도 포함 되어진다.(30조) 당사자의 나태함으로의 반응(33조), 중재정에 의한 감정인의 선임(34조), 증거조사에 관한 재판소의 협력(35조) 등, 이것들은 기본적으로 한국중재법과 같다. 단, 한국법은 재판소에 대한 증거조사절차의 이용 제기를 중재정에 한해, 당사자의 제기를 인정하지 않는 등 약간의 차이가 있다.(한국중재법 28조) 중국중재법은 당사자의 합의가 없는 한 구두심리 절차를 원칙으로 하고(중국법 39조), 재판소에 의한 증거공조로 증거보전만을 내걸고 있는 특징이 있다.

중재판례 및 중재절차의 종료에 관한 제6장(제36조-제43조)에서 주목되어지는 것은 UNCITRAL 모델법에 준하고 법에 기초한 중재판단을 원칙으로 하는 것(36조) 및 중재절차의 화해에 대해서 명문의 규정(38조)을 둔 것이다.

중재판단은 특히 명시된 합의가 있는 경우에만 형평과 선(ex aequo et bona)에 토대가 가능하고, 원칙은 국가가 제정한 법률에 근거한 중재를 원칙으로 하고 그 경우에 준거해야 하는 법률은 당사자의 합의에 의하고, 합의가 없는 경우는 최밀접관련법에 의한다. UNCITRAL 모델법 28조는 적용되어야 할 저촉법에 의하지만 신중재법은 한국과 같이 최밀접관련법에 의한 것으로 규정한다. 그것은 적용해야 할 저촉법에 대해서 일반적으로 규정하는 어려움을 피했던 것이라 생각되어지지만, 보통은 중재지의 국제사법 규칙에 의한 것이겠다. 국가의 제정법에 의한 중재를 원칙으로 한 결과, 당사자의 합의가 없는 한 *lex marcatoria* 등의 비국가법을 직접 중재판단에 있어서 적용하는 것은 배제하기로 되어있지만, 분쟁에 관계된 계약의 해석 및 습관때문인 것으로 사료되어진다(36조 4항). 중국중재법의 경우, 그 점에 관해서 중국중재법 7조 해석에 의하지만 '법률의 규정에 따른다'라는 표현에서는 국가법에 의한 것이 요구되어 진다고 생각된다.

UNCITRAL 모델법 30조는 중재절차에 있어서의 화해를 중재판단으로 하는 것을 인정하고 있고, 신중재법 38조, 한국중재법 30조는 함께 이것에 따르고 있다. 중국중재법 49조도 동일하며, 중국법은 더욱 나아가 화해를 권하는 조정을 행사하는 권한을 중재정에서 인정하고 있다. 종래는 중재와 조정·화해는 다른 분쟁해결의 방법으로써 법적성질의 차이가 강조되어져 왔다. 그러나 모두 기본적으로 당사자의 합의를 기초로 하고 있는 것, 국가재판소에 의한 법 적용 판단에 의한 분쟁해결이 아닌 것은 공통되고 있다. 그 두 가지를 병용한 분쟁처리시스템은 일본에 있어서도 각지의 변호사회 중재법칙과 지적재산중재 센터의 중재규칙 등에 많이 보인다. 실제로도 중재에 다다르지 않고 조정·화해로 해결한 사례가 많다.

중재판단서에는 당사자의 합의가 있는 경우를 제외한 이유의 기재를 요하는 것, 중

재지의 기제가 필요한 것(39조)등 UNCITRAL 모델법 31조와 같다. 이 외에 중재정에 의한 중재판단의 해석(42조)과 추가중재판단(43조)등의 제도는 이제까지 일본법에는 규정이 없는 문제이며 흥미롭지만 모두 UNCITRAL 모델법에 토대로 한 것이다.

중재판단의 취소에 관한 제7장은 제44조뿐이고, 그 취소 사유는 UNCITRAL 모델법 34조, 한국중재법 36조 2항과 실질적으로 다르지 않다. 중국중재법 58조도 약간의 조문 구성의 차이는 있지만 큰 차는 없다고 말할 수 있다. 일본의 신중재법에서 주목되어지는 것은 중재판단취소를 판결절차에 의하지 않고 행한다는 점이겠다. 구두변론 또는 심문은 필요하지만 소송제기를 요하지 않고 결정에 의해 재판하게 되어있다. 이것은 중재에 의한 분쟁해결의 신속과 실효성을 증명한 결과이며 중재판단의 집행에 관해서도 집행판결이 아닌 집행결정으로 충분하다고 한 것과도 대응하고 있다.

중재판단이 취소되어진 후 중재계약의 효력에 대해서는 규정이 마련되어 있지 않다. 이 점에 대해서는 각 국의 제도는 다양하고 중재정에 환송하고(영국법), 중재계약이 부활한 신중재(독일민소법 1056조), 중재계약실효소송(이탈리아)등에서 알 수 있다. 일본의 경우는 해석에 의할 수밖에 없으나 견해는 나뉘지게 될 것 같다.

제8장은 중재재판의 승인 및 집행결정(제45조·제46조)을 규정하고 있지만, 그것에 대해서는 木棚교수의 보고에 양보하고 싶다. 제9장은 잠척이지만 중재비용 분담에 대해서 당사자의 합의에 의하지만 합의가 없으면 각자 분담을 원칙으로 하는 제도가 채택되어지고 있다(49조).

일본의 신중재법은 이상의 간단한 개관에서 분명히 드러나는 특징으로는 우선 기본적으로 UNCITRAL 모델법에 준거하고 있는 것을 들 수 있다. 특히 중재의 분쟁해결 기능을 높이는 방향으로 재판소측의 저항이 크다고 하지만, 중재정에 잠정적 보전조치의 권한을 인정한 것은 주목되어진다. 또 중재판단의 취소, 집행의 절차를 기본적으로 결정 절차에 따르는 것으로 절차의 간이화를 피하고 신속성을 높이고 있다. 신중재법은 당초 예측한 것보다 중재의 분쟁 해결기능과 실효성을 높이는 방향으로 제도가 만들어져 있고, 그 새로운 제도에 의해 민사 분쟁해결에 중재의 이용이 확대되는 것을 기대하고 있다. 실제로 일본에서는 종래와 비교해 다양한 민간센터가 분쟁해결제도로 중재제도를 채택하기 시작했다.

## 2-2. 중재에 관한 일본판례

중재합의가 있음에도 불구하고 당사자가 재판소에 소송을 제기한 경우, 중국, 한국, 일본의 중재법 모두가 소송을 각하하는 것을 규정하고 있다. 이 경우, 재판소에 제기된 소

송이 중재에 의할 것이 합의되어진 사건에 해당되는지가 문제가 된다. 중재합의 범위를 어떻게 해석하는지에 관한 문제라고 할 수 있다. 그것을 해결하는 권한(competence)은 재판소에 소송이 제기된 경우는 재판소, 중재정에 중재가 제기되어진 경우는 중재정이 판단하기로 되어 있다(중국중재법 20조는 이것을 명확히 하고 있다. 일본의 신중재법은 재판소에 대해서는 14조, 중재정 자신이 판단하는 경우에 대해서는 23조, 한국법의 경우는 재판소에 대해서는 9조, 중재정에 관해서는 17조).

중재합의를 포함한 계약의 당사자는 회사에 있지만, 그 계약의 체결 즈음에 회사를 대표한 개인에 대해서는 계약의 내용에 관련한 소송을 재판소에서 제기한 경우, 이것을 중재에 의하는 것으로 하고 소송을 각하해야할지, 중재가 합의되어진 범위 외의 사건으로 해서 재판에 의한 것으로 인정해야할지가 국제적인 중재합의에 대해서 문제가 되는데, 여기 소개할 일본의 대법원의 판례(Ring Circus 사건판결, 1997년 9월 4일, 민집51권 8호 3657면)이다.

사건은 미국의 서커스 회사와 일본회사와의 사이에서 체결되어진 서커스의 일본에서의 공연계약에 관한다. 미국의 서커스 회사 A사의 대표자 Y는 일본의 프로모터 X와의 사이에서 일본에서 A사의 서커스공연을 행하는 계약을 했다. 서커스 공연은 2년간 이뤄질 것이었으나 손님은 그다지 늘지 않고 성공했다고 볼 수 없었다. X는 A사뿐만 아니라 그 대표자 Y개인을 피고로 하고, 일본 재판소에 공연 내용이 계약시 약속과는 달리 정도가 낮은 것이었고, Y가 X를 속이고 계약을 체결 시켜서 X에게 손해를 준 사기에 해당한다고 주장하고 손해배상을 청구하는 소송을 제기했다. 그런데 이 서커스 공연의 계약서에는 중재조항이 포함되어져 있었다. 그것에 의하면 그 공연계약에 관한 모든 분쟁은 중재에 의할 것, 그 중재는 X가 제기할 경우는 뉴욕에서, Y가 제기할 경우는 동경에서 이뤄지는 것으로 되어 있었다. 그래서 Y는 일본재판소에 대해 본건의 소송은 각하되어야 하고, 사건은 뉴욕에서 중재에 의해 해결되어야 한다고 주장했다. 이것에 대해서 X는 중재합의는 A와 X 사이에서 체결되어진 것이고 그 효력은 X와 Y 사이의 사건에는 미치지 못한다고 주장했다.

이 문제는 기본적으로는 중재계약의 해석에 의해야 한다. 그러나 이 국제계약의 해석에 대해서 Y는 미국법에 의하면 이 같은 경우 AX사이의 중재합의는 YX간의 소송 사건에도 영향을 미친다고 해석되어진다고 주장하고, X는 일본 법률 아래에서는 AX의 계약 효력이 YX의 간의 본건소송의 사건에 영향을 미치는 것은 아니라고 주장하고 있다. 그래서 중재합의의 준거법이 문제가 되지만 이 사건의 경우, 중재계약의 준거법에 대해서 명시적인 합의는 없었다.

대법원 재판소는 그 점에 따라 판결에 있어서 중재가 당사자의 합의를 기본으로 하

는 것이기 때문에, 국제중재계약의 성립 및 효력을 판단하는 준거법은 계약에 관한 국제사법의 규정에 의해 결정되어야 하고, 준거법에 대해서 당사자의 합의가 없는 경우 중재지에 관한 합의와 그 내용, 중재조항이 포함되어 있는 주요한 계약의 내용 그 외의 사정을 고려하고, 묵시(默示)의 합의가 인정되어지는 때는 그것에 의해야 한다고 한다. 더욱이 그 사건의 경우는 중재지에 관한 크로스 합의가 이뤄지고 있어서 X가 제기한 중재는 뉴욕시에서 이뤄지는 것이기 때문에 뉴욕시에 적용되는 법률을 중재 준거법으로 하는 묵시의 합의가 있었다라고 인정해야 한다.

다음에 대법원은 중재 항변에 따라 소송을 각하해야할 범위는 중재합의에 따라 중재에 의한다고 결정된 범위와 동일하다고 해석해야 하고 뉴욕시에서 적용된 미국연방 중재법에 관한 미국재판소의 판례에 의하면 X가 Y에 대한 본 사건의 소송의 내용은 중재계약의 효력범위에 속한다고 해석하고 있다. 따라서 X의 소송은 중재에 따라야 하고, 각하되어야 한다고 했다.

이 판결에는 많은 논점이 포함되어져 있고, 또 수많은 비평이 공표되어지고 있다. 나는 그 판결의 결론에는 찬성하지만 몇 가지 점에서는 다른 생각을 갖고 있다. 예를 들어 중재계약은 사법상의 계약이라기보다는 소송계약이고 사법상의 계약에 관한 국제사법의 룰에 따라야 한다고 생각하지 않으며, 또 당사자가 중재에 의하면 중재계약에서 합의한 범위와 재판소가 재판에 의거해야 한다고 하고 소송을 각하하는 범위와는 중재적격의 문제를 고려한다고 해서 반드시 일치한다고는 생각하지 않는다. 이것들의 이론적 문제와는 달리 그 판례는 중재계약의 준거법결정 때 중재지를 중시하는 입장을 명확히 하고 있다. 이것은 UNCITRAL 모델법, 일본의 신중재법, 한국중재법에서 공통된 시점이고 앞으로의 실무에도 영향을 주는 시점이다.

### 2-3. 일본중재법의 주의해야할 특징

외국중재판단의 승인·집행에 대해서 뉴욕조약과 같은 내용의 요건을 중재법 안에 규정했다. 중재법 46조는 중재판단의 집행에 대해서 집행판결이 아닌 집행결정으로 충분하다고 결정했다. 따라서 외국중재판단에 대해서도 결정절차에 따라 외국판결의 경우보다 신속하게 집행을 실행하는 것이 가능하다.

중재법의 부속(附屬)에 있어서 소비자중재, 노동중재에 대한 제도규정이 정해져 있다. 이것은 약자보호의 성격을 가진 제한이고 소비자 계약약관에 있어서 일방적인 중재 합의조항이 놓인 경우, 그 효력을 강하게 제한하는 것이고 소비자측은 중재계약을 무효로 하는 것이 가능하다. 또 중재절차에 있어서 중재인은 필요한 고등 절차를 행

하는 의무를 다하게 되어 있다. 중재절차에 소비자측 당사자가 출석하지 않은 경우, 중재계약은 취소되어지는 것으로 보여 진다.(중재법부속 3조) 이들 규정은 소비자보호의 관점에서 더해진 제한이고 일본중재법이 적용되는 경우에는 주의를 요하는 규정이라고 말할 수 있다. 특히 인터넷에 의한 통신판매 등의 소비자계약에 관해서는 주의를 요한다.

개별 노동계약에 중재조항이 붙어 있는 경우도 무효로 한다. 이것은 각 현(縣)의 노동위원회에 의한 노동중재제도가 있기 때문이다.

### 3. 일본 중재의 이용현황

#### 3-1. 중재를 둘러싼 전체적 상황

일본의 중재를 둘러싼 상황은 2003년 중재법 개정, 2007년 '재판 외 분쟁해결 절차 이용 촉진에 관한 법률(ADR기본법)'등에 의해 크게 변화했다. ADR기본법은 ADR의 활성화를 목표로 한 법률로, 정부가 자격을 인정한 민간기관이 이행한 화해와 조정 등의 분쟁해결에 법적효과를 인정하는 것을 기본으로 한다. 따라서 중재법자체에 의해 법적효과가 인정되는 중재가 직접 ADR 기본법의 영향을 받는 것은 아니다. 그러나 이 법률에 의해 인정된 여러 가지 ADR기관은 화해와 조정 등의 분쟁해결 서비스를 더하고, 그것들에 의해 분쟁해결을 얻을 수 없는 경우에 당사자의 합의를 토대로 중재를 실행하는 예가 많다. 거기에서 종래 일본에서는 조정의 이용에 비해 극단적으로 낮았던 중재 이용이 약간이지만 촉진될 가능성이 생기고 있다.

#### 3-2. 최근의 중재의 이용가능성의 증대

원래 일본에서는 재판소의 조정 이용이 대단히 많고 높은 신뢰도를 얻고 있는 것에 비해 중재의 이용률은 극히 낮은 상태에 있다. 그러나 최근 몇 년, 중재서비스의 제공과 그 이용에 관해서 몇 가지의 변화가 지적되고 있다. 첫 번째로 중재제도가 이용되는 분야가 다양화 되고 있는 경향이다. 중재는 국제거래 분쟁이나 해상분쟁 같은 전문성이 높은 특별한 법 분야의 분쟁해결제도라는 종래의 전통적인 분야에서, 일상적인 시민생활에의 소액분쟁의 신속, 저렴한 해결제도로써 전개하고 있다. 이것은 사법제도 개혁의 일환으로 재판소에 의한 소송이외에 주변에서 이용하기 쉬운 분쟁해결방법, 즉

ADR로서의 중재의 새로운 이용전개, 민간 센터의 활용이라는 방향으로의 전개라 볼 수 있다. 그 좋은 예가 각 지역 변호사회의 중재센터와 분쟁처리 센터의 설립이다. 이 중재센터에 의한 중재제도는 일반시민이 이용하기 쉬운 동시에 저렴한 분쟁해결제도로 되어 있다. 두 번째로 조정 또는 화해의 알선절차와 합체시킨 경향이다. 종래는 조정과 중재는 법적성질이 다른 것으로 구별하고 다뤄져 왔다. 그러나 최근의 민간 센터에 의한 중재절차는 중재와 화해의 알선을 포함한 것이 많고, 서로 절차 사이에서의 이행이 가능한 제도로 되어 있다.

각지 변호사회의 분쟁처리센터는 시민생활에 신변적인 분쟁해결제도로써의 중재의 새로운 전개라고 말할 수 있고, 제도적으로는 중국에 있어서의 각지구의 중재위원회의 제도와 닮아있다고 말할 수 있다. 한편으로 전통적으로 중재가 이용되어져 왔던 분야로써 전문적인 지식과 판단능력이 필요한 분쟁영역이 있다. 이 영역에 있어서의 새로운 전개로써 지적재산분쟁이 있고, 그것을 대상으로 한 일본지적재산중재센터(<http://www.ip-adr.gr.jp/>) 일본 도도부현건설공사 분쟁심사회에 의한 건설청부공사에 관한 분쟁중재(건설업법 25조 18이하), 스포츠 중재기구에 의한 스포츠 중재 등도 들 수 있다.

국제거래중재: 일본에서 국제거래에 관한 기관중재로서는 일본상사중재협회의 국제중재가 있다. 이것은 종래의 국제상사중재협회를 조직적으로 확충한 것이고, 일본에 있어서 국제거래중재에 대해서 가장 경험을 쌓은 중재기관이다. 그러나 개별의 국제거래중재는 여러 가지 외국기관에 의하여 행해지는 장면이 늘고 있고 그것들의 외국중재기관에 있어서 중재인으로서 일본의 변호사가 관련되는 예도 많은 듯 하고, 정확한 사례 수 등은 확실하지 않지만 극히 적다고 볼 수 있다.

또한 일본에서는 올해 중으로 국제재판 관할규정을 준비하는 입법이 예정되어 있고 그 개정요강안도 공표 되어지고 있다. 그것에 의해 재판소의 국제소송에 액세스가 보다 명확해지기 때문에 국제소송과의 경합 장면도 앞으로 한층 늘어날 것이라 생각된다.

#### 4. 중재인의 육성

중재인의 양성에 관해서는 일본중재인협회에 의한 연수와 자격검정을 들 수 있다. 일본중재인협회는 2003년에 설립, 중재·ADR의 보급·개발을 도모하는 것을 목적으로 이를 위해 중재인, 조정인, 그 외 중재 및 ADR관계자의 양성·연수를 행하고, 또 중재·ADR에 관해서 법률·실무의 연구 및 개발을 행하는 사단법인이다.

2006년부터 중재인검정제도의 실행을 시작하고 있다. 그것에 아울러 중재인 연수강

좌를 개설하고 그 이수를 자격검정의 시험 조건으로 하고 있다. 2009년도에 관해서는 동협회의 HP에 의하면 중재인연수강좌 I(실무논점정리)와 중재인연수강좌 II(모의중재)로 나뉘어져 있다.

중재인연수강좌 I은 '중재합의 및 중재인선임절차'(2009년 11월 13일), '중재심리절차(증거조사를 포함)'(2009년 11월 26일), '중재판단, 중재판단의 집행, 취소'(2009년 12월 3일)에 대해서 각 2시간의 강좌가 행해진 것 같다. 강사는 국제사법의 연구자와 국제소송을 전문으로 하는 변호사격을 가진 1명에 의해 이뤄진 것 같다. 중재인 연수강좌 II(모의중재)는 모의중재 비디오를 토대로 하면서 중재절차 실무상의 논점을 의논하고, '중재의 전체상'(2010년 2월 4일), '중재절차의 여러 논점'(2010년 2월 5일)으로 되어 있다. 강사는 일본상사 중재협회의 임원과 섭외 변호사인 것 같다.

그러나 주의해야할 것은 이 자격검정제도는 어디까지나 민간법인에 의한 것으로서 공식적인 자격은 아니다. 실제로는 이러한 자격이 어느 정도의 의미를 갖는 것인지는 불명확하다. 많은 중재기관이 중재인 명단으로 내걸고 있는 것은 일반적으로는 학식 경험자나 그 분야에 있어서 경험자 등 희망자를 선별하고 내걸고 있는 사정이다.

로스쿨에 있어서는 중재법이 국제관계법(사법제)라는 수험과목의 범위에 들어가고 있기 때문에 국제중재에 대해서는 강의가 이뤄지지만, 실제로는 수험공부 단계를 못 벗어나고 있다. 실제로 중재인으로서 즉시 활동 가능한 인재는 오히려 각 분야에서 실무 경험을 쌓은 경험자이고, 로스쿨에 있어서의 교육이 실제적 의미에서의 인재육성에 직결하는가는 의문이 남는다. 그러나 한편, 국제거래법 분야에서는 로스쿨의 단계에서 외국어로 교섭과 설득 등에 경험해 두는 것은 장래의 우수한 중재인이 되는 하나의 조건이라고도 말할 수 있다.

## 5. 마치며

중재는 각 분야에 있어서의 실무 경험이 풍부한 자에게 재판관과는 다른 실제에 입각한 판단을 기대한다는 것이 하나의 큰 장점이라 말할 수 있다. 이 점에 주목하면 예를 들어 건설분쟁 등에 대해서 로스쿨을 갓 나온 젊은 법률가에게 우수한 중재판단을 기대하는 것은 무리이다. 중재는 그 점에서 경험을 쌓은 법률가야 말로 어울리는 영역이라고 말할 수 있다. 그러나 한편으로 특히 국제거래의 경우, 법에 의한 중재를 원칙으로 하는 한, 국제적인 분쟁에 있어서의 올바르게 당사자를 납득시키는 법적용은 특정 업무에 관한 실무경험에서는 얻을 수 없는 전문지식이다. 따라서 중재인의 양성을 생각

하는 경우, 두 가지의 단계를 나눠서 생각할 필요가 있다. 즉 특정 업무분야에서 경험을 쌓은 실무가에게 중재라는 절차, 중립에서 공정하게 절차 진행 등의 절차법을 교육하고 트레이닝을 하여 양성하는 것과 국제거래법분야에서 외국법적용을 바르게 실행, 외국어에 의한 교섭과 설득의 기본적인 감각을 양성한다는 기초적 양성 두 가지다.

어쨌든, 극동을 우수한 국제중재의 거점으로 하기 위해서는 국경을 넘은 적절한 국제사건에서의 법적용, 공정중립적인 절차 진행 등에 우수한 인재를 충분히 준비해 놓는 것이 필요하고, 그러한 교육양성의 기회와 시설이 요구되어지고 있다. 이 점에서 이 시기의 제주대학 심포지움은 그 한 걸음을 생각하기에 뜻 깊은 의의가 있다고 생각된다. 이것이 더욱 다음 한 걸음으로 나아가는 것이 되기를 기대한다.



[Abstract]

## The law of arbitration, situations around arbitration

Satoshi Watanabe

*Professor, Ritsumeikan Univ.*

### 1. The Arbitration Law of Japan

In 2003 Japan reformed its old arbitration law which was ruled as a part of the Civil Procedure Law Code and had the new Arbitration Law as an independent code. Its model was the UNCITRAL model law of arbitration. China effectuated the Act of Arbitration in 1998. And Korean new Arbitration Act has been effectuated since 2000. Thus with the legislation of Japan all of 3 countries in the Far East have new arbitration law in the last decade of year under the influence of UNCITRAL model law.

The arbitration laws of these three Far East countries can be seen as brothers born from the UNCITRAL model law. Of course their arbitration laws are considerably different in details reflecting the legal system and situations of each country.

### 2. Overview on Japanese Arbitration Law

The new Arbitration Act is constituted with 55 articles divided in 9 Sections, including miscellaneous provisions. It is impossible to explain all provisions here in the limited time and space. Only the fundamental outline and some specialties of the Japanese act will be sketched.

The Japanese new Act is fundamentally based on the UNCITRAL model act. So it contains in its system many institutions which are common or similar to the Korean and Chinese Arbitration law.

In the new Act the foreign arbitration and domestic arbitration are divided with the place of arbitration. The place of arbitration seems not always coincident with the place where the arbitration proceedings really take place. But this idea seems practical when man thinks about the possibility of the on-line or cyber arbitration.

The provision on the definition of arbitration agreement (Art.13) contains the problem of the arbitability. The definition of the arbitability in the Japanese provision is "the dispute which is permitted to settle with the negotiation by parties". The Korean Act defines the arbitability as "the disputes in the fields of private law" (Art.3.1), and the Chinese Arbitration Act (Art.3) defines it in the way prescribing the issues on which the arbitration is not permitted. It can be discussed in relation with these difference of the definition, for example, whether the patent infringement dispute which often contains the problem of the validity of the patent is arbitable or not.

When a party brings the case before the national court notwithstanding the case should be resolved by arbitration subject to the arbitration agreement, under the new Japanese Act (Art.14) the court should dismiss the case. The Japanese Act, different from the UNCITRAL model act (Art.8), does not adopt the system to order the reference to arbitration. The court may only dismiss the case, as the Korean Act (Art.10) and the Chinese Act (Art.28), and this is the common character of German system of civil procedure law.

The provision on the so-called competence of the arbitration tribunal (Art.23), as well as the provisions concerning with the arbitration proceeding (Art.25-35), are fundamentally in their substance same with the provisions in the UNCITRAL model act.

The arbitration award on the substantive matters should be decided under application of the national law, except when the parties have clearly agreed arbitration *ex aequo et bona*. The applicable law on the substantive matters should be designated by the parties, but in case of lack of such designation, the law of the country which has the most significant relationship with the case should be applied (Art.36), and this is same with the Korean Act (Art.30.2), and different from the provision of the UNCITRAL model act (Art.28) which set forth the law determined by "the conflict of laws rules which considers applicable".

The settlement in the arbitration proceeding is admitted in the Japanese new Act

(Art.38), as same with the Korean Act (Art.30) and the Chinese Act (Art.40). But the Chinese Law admitted not only the settlement but also conciliation proceeding by arbitration tribunal. Also in Japan almost all rules of the recently organized arbitration centers contain the conciliation proceeding if the parties agree on it.

One of the most remarkable points of the Japanese Arbitration Law is that a party who wants to set aside the arbitration award as well as to enforce it needs the decision of the court only in the form of order, and not the court decision in the form of the judgment. But in the proceeding for this order the court must hear the parties.

The requirements for the recognition of arbitration award as well as for the enforcement of it are regulated in Art.45, 46 as the requirements for rejecting them. And they are substantially same with the requirements for revocation of the arbitral award (Art. 44) which are same with the requirements under the UNCITRAL model.

One more characteristic point to be mentioned is the strong control on the arbitration agreement in the so-called "consumer contract". This is not found the main body of the Arbitration Act but in the Bylaw for it. The Japanese Arbitration Act principally does not admit the validity of the arbitration clause in consumer contract for the sake of consumer. It is admitted valid only when the consumer party voluntarily respects it.

### 3. Practical situation concerning use of arbitration in Japan

The area of the legal disputes for which the arbitration system is arranged is remarkably expanded in recent Japan. The mile stone symbolizing it is the legislation of so-called ADR Act in 2007. This Act itself is intending to encourage ADR institutions in civil section. The basic idea of this Act is that the government admits some of NPO as the proper institution to resolve the civil disputes by ADR and the settlement by such authorized institutes is admit the legal effect to enforce it by law. And many of such NPO organized dispute resolution by the mediation or settlement procedure. The arbitration it self does not need this kind of law to authorize the legal effect as a court decision, because such effect is already admitted by the arbitration

law. But almost all of such NPO organization is adopted the arbitration as a method of disputes resolution measure as well as mediation or settlement procedure.

The arbitration has been for long time thought in Japan as the private dispute resolution system for the dispute which is proper to be decided by the expert or the specialist rather than the judge. But such image of the arbitration is changed by the movement of organizing NPO after ADR Act. The arbitration is widely adopted for the dispute in the every day life of the citizens. And it is common characteristic of the arbitration rules for such case to combine the arbitration proceeding with the settlement and/or mediation proceeding.

Beside this new tendency it should be also pointed out that the traditional characteristic of arbitration is still today very effective for the special kind of disputes. One of the good examples for that seems the arbitration for the I.P. disputes by the Japanese Intellectual Property Arbitration Center.

But we must at the same time know the fact that in most of all successful cases by such NPO organization are brought by the mediation procedure and not by the arbitration. The arbitration is not yet a civil disputes resolution measure which is popular and trusted in ordinary citizen in Japan. This is also true for the civil disputes with the special character such as the IP problem. Many of parties would go to the mediation or settlement but not go to the arbitration. They choose rather court procedure which is modified well and rapid and strong measure to resolve such disputes.

#### **4. The education system to be an arbitrator**

The law school can not provide the proper educational course for the arbitrator now in Japan. In the Japanese law school many of the students does not have real concerns to the arbitration. The arbitration law is the subject for the national exam for the qualified lawyer only as a part of the subject private international law. And it is not practical for the young lawyer who has not any experiences as lawyer. I think that the proper person worth to be educated and trained as an arbitrator is not inexperienced young lawyer but the person who has considerably experienced

lawyer. And for such experienced person the Japanese Association of arbitrator provides the course and examination system.

I think the best choice would be that the law school provides such special educational course for the experienced lawyer not for the normal young student.