

## 検討事項案その2 (第2 仲裁合意について)

### 【目次】

- 1 仲裁合意の意義(定義)について
  - (1) 対象となる紛争の要件(仲裁適格)について
  - (2) 仲裁合意のその他の要素について
- 2 仲裁合意の方式について
  - (1) 仲裁合意の書面性について
  - (2) 仲裁合意の「書面」の意義, 範囲等について
  - (3) 申立書及び答弁書において, 一方当事者が仲裁合意の存在を主張し, 他方当事者がこれを否認しない場合の取扱いについて
  - (4) 仲裁条項を含む文書を引用する場合について
- 3 仲裁合意の分離可能性について
- 4 妨訴抗弁について
  - (1) 主張時期について
  - (2) 妨訴抗弁の効果(訴訟の帰趨)について
  - (3) 仲裁廷の手續続行権について
- 5 裁判所に対する保全処分の申立てについて

- 1 仲裁合意の意義(定義)について
  - (1) 対象となる紛争の要件(仲裁適格)について

【仲裁検討会資料4の 1 参照】

仲裁合意の意義(定義)に関し, 仲裁の対象となる紛争の要件(紛争の仲裁適格)について, どのように考えるか。

(A案)当事者が仲裁による解決を合意した紛争であって, 仲裁合意が公序良

俗に反し、又は他の法律に照らし仲裁による解決ができないとされていないもの（ニュージーランド仲裁法第10条第(1)項参照）  
（B案）処分可能性又は和解可能性が認められる権利又は法律関係についての紛争であること（公催仲裁法第786条等参照）。

#### 【説明】

モデル法（模範法）は、紛争の仲裁適格性には触れておらず、各国の立法及び解釈に委ねられていると解される。

なお、同法は、「一定の法律関係」についての紛争を対象としているが、これは、対象となる紛争の外延を画する機能を有するにすぎず、仲裁適格を有するか否かに係る紛争の性格を限定するものではないと解される。

また、ニューヨーク条約第2条第1項の「仲裁による解決が可能である事項に関する一定の法律関係」という表現も、仲裁適格の実質を表すものではないと考えられる。

仲裁法制の整備に当たり、仲裁適格についての規定を設けるべきであるとする意見がある一方、当事者が合意して求めさえすれば仲裁を認めるべきであり、仲裁判断について執行できるかどうかは別次元の問題であるとする見解もある。枠内の例示は、前者の考え方に基づくものである。

#### 【コメント】

B案のように、権利又は法律関係の処分可能性又は和解可能性をメルクマールとする考え方は、仲裁が当事者自治による紛争解決方法であることから、その対象も当事者がみずから処分できるものとする必要十分であるとするものであり、仲裁の本質論に根ざしたものと評することができよう。ただし、この考え方に対しては、「和解」とはどのような意味・性質を有するのか明らかでない、和解可能性の有無によって限定を付すると実際にも仲裁の対象となる紛争又は事項の範囲が狭小となるといった批判もあり、また、「処分することができる」とした場合にも、具体的内容が明らかでないとの批判がある。

（参考）

- ・ モデル法（模範法）第7条〔定義及び仲裁合意の方式〕  
「(1) 「仲裁合意」とは、契約に基づくか否かを問わず、一定の法律関係につき、当事者間で既に生じたか又は生じうべき、すべての又はある種の紛争を仲裁に付託する旨の当事者の合意をいう。仲裁合意は、契約中の仲裁条項又は別個の合意のいずれのかたちによってもすることができる。」
- ・ ニューヨーク条約第2条  
「1 各締約国は、契約に基づくものであるかどうかを問わず、仲裁による解決が可能である事項に関する一定の法律関係につき、当事者の間にすでに生じているか、又は生ずることのある紛争の全部又は一部を仲裁に付託することを当事者が約した書面による合意を承認するものとする。」
- ・ ニュージーランド仲裁法（1996年 平成8年 制定。1997年 平成9年 施行）第10条〔紛争の仲裁適格〕  
「(1) 仲裁契約に基づいて当事者が仲裁に付託することを合意した紛争は、仲裁契約が公序良俗に反しまたは他の何らかの法律に照らして当該紛争が仲裁で解決することができない場合を除き、仲裁でこれを決することができる。」
- ・ 公催仲裁法第786条  
「一名又八数名ノ仲裁人ヲシテ争ノ判断ヲ為サシムル合意ハ当事者カ係争物ニ付キ和解ヲ為ス権利アル場合ニ限り其効力ヲ有ス」
- ・ ドイツ法第1029条〔定義〕  
「(1) 仲裁契約とは、当事者間で契約に基づく一定の法律関係又は契約に基づかない一定の法律関係について生じている又は生ずるであろうすべての又はいくつかの紛争を、仲裁裁判所の判断に付託する旨の当事者の合意をいう。」
- ・ 韓国法第3条〔定義〕  
「2. "仲裁合意"とは、契約上の紛争であるか否かに関わらず、一定の法律関係に関して、当事者間にすでに発生したかまたは将来発生しうる紛争の全部または一部を、仲裁によって解決すると定める当事者間の合意を意味する。」

## (2) 仲裁合意のその他の要素について

【初出】

モデル法（模範法）第7条にならい、仲裁合意は、一定の法律関係について、前記(1)の要件を満たし、かつ、契約に基づくものであると否とを問わず、既に生じ、又は生じる可能性のある、あらゆる紛争若しくはある種類の紛争を仲裁に付託する旨の当事者の合意をいうものとする。

### 【説明】

枠内に示した考え方は、仲裁適格の要件のほか、仲裁合意の対象となる紛争は、契約に基づく法律関係から発生したものであると否とを問わないこと、現に発生

している紛争のみならず将来の紛争をもその対象とすることができること、特定の法律関係から生ずるものであれば、個別の紛争だけでなく、複数又は全部の紛争をも対象とすることができること（この点で、将来の紛争について無限定に仲裁合意を許容し、仲裁が当事者の予測を超える範囲に及び、裁判所において裁判を受ける権利が不当に減殺されることを防止するため、紛争の源となる法律関係の限定は必要である。）を意味するものである。

### 【コメント】

仲裁に係る種々の概念についての定義規定を設ける場合には、仲裁合意の意義（定義）も他の概念と合わせて同一の位置に規定するか、あるいは、仲裁合意に関する他の事項とともに仲裁合意に関する規定の一部として設けるかもなお検討する必要がある。

（参考）

- ・ モデル法第7条第(1)項（前掲）
- ・ ドイツ法第1029条第(1)項（前掲）
- ・ 韓国法第3条第2号（前掲）

## 2 仲裁合意の方式について

### (1) 仲裁合意の書面性について

【検討会資料4の 2(1)参照】

モデル法（模範法）第7条第(2)項にならい、仲裁合意は、書面によってしなければならないものとする。

（参考）

- ・ モデル法（模範法）第7条〔定義及び仲裁合意の方式〕  
「(2) 仲裁合意は、書面によらなければならない。以下、略」
- ・ ニューヨーク条約第2条  
「(1) 各締約国は、契約に基づくものであるかどうかを問わず、仲裁による解決が可能である事項に関する一定の法律関係につき、当事者の間にすでに生じているか、又は生ずることのある紛争の全部又は一部を仲裁に付託することを当事者が約した書面による合意を承認するものとする。」

- ・ ドイツ法第1031条〔仲裁契約の方式〕  
「(1) 仲裁契約は、当事者によって署名された文書...中略...において記載されていなければならない。」
- ・ 韓国法第8条〔仲裁合意の方式〕  
「(2) 仲裁合意は書面によらなければならない。」

(2) 仲裁合意の「書面」の意義，範囲等について【検討会資料4の 2(2)参照】

モデル法（模範法）の改正案に準じ，次のような媒体等は，仲裁合意における書面要件を満たすものとしたうえ，「書面」の意義を含む規定振り，消費者が一方当事者となる場合の特則の要否等について，なお検討を継続する。

ア 両当事者の署名した文書，交換された書状

イ 電子的，光学的若しくはこれらと類似する方法で作成され，送受信される等した情報であり，合意の記録となり，又は後の参照に供することのできるもの。たとえば，テレックス，電報，ファクシミリ，電子データ交換（EDI），電子メールなど。

【説明】

- ・ 現在，UNCITRAL仲裁作業部会において，仲裁合意の書面要件についての改正作業が行われており，その動向をみつつ，検討する必要がある。
- ・ 近時の通信手段の発達，隔地者間取引の形態の変容等にかんがみ，書面の範囲を電子媒体等に拡充することが適切であると考えられる。  
その場合には，「書面」の定義や規定振りについて，更に検討する必要がある（将来，新しい通信手段が普及した場合にも対応することができるようにする必要もある。）
- ・ 他方，例えば，一方が消費者である場合について，当事者間の利害の妥当な規律を図る必要があると考えられ，このような場合の仲裁合意の在り方については，なお検討を加える必要がある。

（注）

電子データ交換（EDI）とは，異なる組織間で，取引のための情報を，通信回線を介して標準的な規約を用いて，コンピュータ間で交換することである。

(参考)

- ・ モデル法(模範法)第7条〔定義及び仲裁合意の方式〕  
「(2) 仲裁合意は、書面によらなければならない。合意は、それが両当事者の署名した文書、交換された書状、テレックス、電報その他隔地者通信手段で合意の記録となるもの、...中略...に含まれているときは、書面によるものとされる。以下、略」
  
- ・ モデル法(模範法)第7条改正案(抄)(2002年 平成14年 3月に開催されたUNCITRAL作業部会用資料による。訳は、事務局による試訳である。)  
「(2) 仲裁合意は、書面によってしなければならない。「書面」には、[有形の]合意の記録となり、又は[それ以外の]後の参照に供することのできる利用可能なデータメッセージの形式によるものを含む。」
  
- ・ ドイツ法第1031条〔仲裁契約の方式〕  
「(1) 仲裁契約は、当事者によって署名された文書において又は当事者間で交換された文書、テレックス、電報若しくは仲裁契約の証明を保證するその他の通信手段において記載されていなければならない。」
  
- ・ 韓国法第8条〔仲裁合意の方式〕  
「(3) 次の各号の1に該当する場合には、書面による仲裁合意であるとみなす。  
1. 当事者が署名した文書に仲裁合意が含まれている場合  
2. 書信、電報、模写電送及びその他の通信手段の交換に仲裁合意が含まれている場合」

(3) 申立書及び答弁書において、一方当事者が仲裁合意の存在を主張し、他方当事者がこれを否認しない場合の取扱いについて【検討会資料4の 2(3)参照】

ア モデル法(模範法)第7条第(2)項にならば、仲裁の申立書(あるいは申立人の請求及び主張の記載書面)及び答弁書(あるいは相手方の答弁及び主張の記載書面)が交換され、それらの書面において、一方当事者が仲裁合意の存在を主張し、他方当事者がこれを否認していない場合には、書面による仲裁合意があるものとする。

イ 仲裁の目的たる権利又は法律関係について訴訟が提起され、被告が仲裁合意の存在を妨訴抗弁として主張したのに対し、原告がこれを争わない場合(明示に認める場合と争うことを明らかにしない場合とがありうる。)にも、書面による仲裁合意があるものとすべきかについて、なお検討する。

【説明】

仲裁手続内でやりとりされた書面の記載から仲裁合意の存在について当事者

間に争いが無いことが看取される場合には、モデル法（模範法）第7条第(2)項にならぬ、書面による仲裁合意があるものとして差し支えないものと解される（格別の方式を要求しない現行公催仲裁法下での事案であるが、最判昭和47年10月12日民集26巻8号1448頁は、仲裁申立てを受けた者が、仲裁手続の意味を理解したうえ、期日に出頭し、仲裁人の面前で仲裁合意の不存在を主張することなく本案の陳述をしたケースに関し、仲裁合意の黙示の成立を認めたものである。）

これに対し、訴訟において、被告が仲裁合意の存在を主張し、原告がこれを争うことを明らかにしないとした場合については、訴訟を提起したこと自体が仲裁合意を肯認しない趣旨の顕れであるのが通常と考えられることから、その取扱いについては、なお検討する必要がある。

（参考）

- ・ モデル法（模範法）第7条〔定義及び仲裁合意の方式〕  
「(2) 仲裁合意は、書面によらなければならない。合意は...中略...交換された申立書及び答弁書であつて、そのなかで一方の当事者が合意の存在を主張し、他の当事者によつて否認されていないものに含まれているときは、書面によるものとされる。以下、略」  
  
モデル法（模範法）第7条第(2)項にいう「交換された申立書及び答弁書」については、UNCITRALのモデル法（模範法）採択時の議論の議事録によると、仲裁手続におけるものに限定したものであるかについては、必ずしも明らかではないようである。
- ・ 英国法第5条〔書面による合意〕  
「(5) 書面による方法以外の仲裁合意の存在を主張する一方当事者から他方の当事者に対する仲裁手続又は訴訟手続に於いて、他方当事者の答弁の際、他方当事者が仲裁合意の存在を否認しなかつた場合はこれらの当事者の間で申立てられた趣旨による書面による合意となる。」
- ・ ドイツ法第1031条〔仲裁契約の方式〕  
「(6) 方式の瑕疵は、仲裁裁判所における本案の弁論に回答したことにより治癒される。」
- ・ 韓国法第8条〔仲裁合意の方式〕  
「(3) 次の各号の1に該当する場合には、書面による仲裁合意であるとみなす。  
3. 一方当事者が当事者間に交換された文書の内容に仲裁合意が存することを主張し、相手方がこれを争わない場合」
- ・ 仲裁法試案2001年改訂（平成14年。仲裁研究会）第7条〔方式〕  
「(2) 次の各号に定める場合には、書面による仲裁契約があるものとする。  
1 仲裁契約が当事者の署名した文書、郵便、電報、テレックス、ファクシミリその他の通信手段によつて交換された書面によつてされたとき。  
2 仲裁申立書又は訴訟の答弁書において当事者の一方が仲裁契約のあることを主

張し、他方の当事者がこれを争わないとき。」

(4) 仲裁条項を含む文書を引用する場合について【検討会資料4の 2(4)参照】

モデル法（模範法）第7条第(2)項にならい、当事者が取引等の契約を締結し、その契約において仲裁条項を含む文書に言及している場合には、その契約が書面でされ、かつ、その言及が当該仲裁条項をその契約の一部とする趣旨のものである場合には、当事者間に仲裁合意があるものとする。

このような契約の当事者の一方が消費者である場合の規律について、なお検討する。

【説明】

一般に、本体契約とは別個の文書を引用して当該契約を締結する場合には、当該文書に記載された事項を契約の一部とする趣旨に出たものと解される。

この理は、仲裁条項が記載された別個の文書を引用する場合も変わりはなく、モデル法（模範法）のような規律には相応の根拠が見いだされる。しかし、仲裁合意の成立が実質的に訴権の放棄を意味することから、その条項を確実に契約内容の一部とする趣旨に基づくものであることが必要であろう（この点については、仲裁条項を含む文書への言及が単に一般的指示文言で引用すれば足りるか、あるいは、紛争解決について特定の仲裁条項によるとの特定した引用でなければならないかについても議論がある。）

これに関連し、このような他文書引用型の契約の一方当事者が消費者である場合の規律について、なお検討する必要がある。

【コメント】

UNCITRAL 仲裁作業部会では、本体契約そのものが口頭で締結された場合にあっても、これによって引用される仲裁条項等が書面に記載されている場合には書面性の要件を満たすものとする方向でのモデル法（模範法）の改正が検討されている。もっとも、この種の仲裁合意が問題となるのは、サルベージ契約等特定の分野についてのもののようにあり、同作業部会での検討状況を注視しつつ、



なお検討する必要がある。

### 3 仲裁合意の分離可能性について

【検討会資料4の 1 参照】

モデル法(模範法)に準じ、当事者間の取引等の契約に関して生ずる紛争を対象とする仲裁合意は、当該契約とは独立しており、当該契約が無効であり、又は取り消された場合にも、当然には仲裁合意の効力は失われない旨の規定を設けるものとする。

#### 【説明】

一般に、仲裁合意は、対象とする取引契約等(以下、本稿において、便宜上「主たる契約」という。)とは独立しており、主たる契約の効力に左右されないと解されている。そこで、この点を明らかにする規定を設けることが考えられる。

もっとも、モデル法(模範法)は、このような仲裁合意の分離可能性について、第16条〔仲裁廷の管轄に関する決定権限〕第(1)項において、仲裁廷が自己の管轄権(事件の審理判断権限)について決定する権限を有する旨の定め続けて規定している。しかしながら、仲裁合意の分離可能性が問題となるのは、仲裁廷の自己の管轄権が問題とされる場面には限られないため、仲裁合意について規定する部分に併せて規定することが考えられる。

#### (参考)

##### ・ モデル法(模範法)第16条〔仲裁廷の管轄に関する決定権限〕

「(1) 仲裁廷は、仲裁合意の存在又は効力に関する異議を含む自己の管轄に関して決定する権限を有する。この場合、契約の一部を構成する仲裁条項は、契約の他の条項から独立した合意として扱われる。契約を無効とする仲裁廷の決定は、法律上当然に仲裁条項を無効とするものではない。」

##### ・ ドイツ法第1040条〔仲裁裁判所の自己の管轄権を決定する権限〕

「(1) 仲裁裁判所は、自己の管轄権について及びこれに関係する仲裁契約の成立又は有効性について裁判することができる。この場合には、仲裁条項は、仲裁契約の他の条項から独立した合意として扱われる。」

##### ・ 韓国法第17条〔仲裁判断部の判断権限に関する決定〕

「(1) 仲裁判断部は、自己の権限およびこれに関連した仲裁合意の存否または有効性に対する異議に対して、決定をすることができる。この場合、仲裁合意が仲裁条項の形式としてなされているときには、契約の中のその他の条項の効力は、仲裁条項の効力に影響を

与えない。」

#### 4 妨訴抗弁について

仲裁合意の対象となっている権利又は法律関係を目的とする訴えが提起された場合において、このような仲裁合意の存在が認められると、訴えの利益が否定され、訴訟要件を欠くこととなるとされている。そこで、このような仲裁合意が妨訴抗弁として主張される場合に関し、次の諸点を検討する。

##### (1) 主張時期について

【検討会資料4の 1(2)参照】

仲裁合意が存することを妨訴抗弁として主張することができる時期について、どのように考えるか。

(A案) モデル法(模範法)第8条第(1)項に準じ、被告は、訴訟の口頭弁論等において、留保なく本案について答弁したときは、妨訴抗弁として仲裁合意の存在を主張することができなくなるものとする。

(B案) モデル法(模範法)第8条第(1)項とは異なり、被告が本案について答弁した後であっても、妨訴抗弁の主張が時機に後れ訴訟の完結を遅延させるものあるいは信義則に照らして許されないと考えられるものでない場合には、口頭弁論終結に至るまで、これを主張することができるものとする。

##### 【コメント】

- ・ モデル法(模範法)第8条第(1)項は、本案に関する自己の最初の陳述より前に仲裁合意があることを申し立てるべきことを規定するが、民事訴訟においては、本案前の抗弁を主張しつつ、本案についての答弁及び認否反論がされるのが通常であり、本事項に関しても、被告が仲裁合意が存する旨を主張しつつ本案について弁論することは可能と考えられる。
- ・ B案は、これと趣旨を同じくする裁判例(東京地判昭和48年10月29日判例時報736号65頁)を参考としたものである。
- ・ A案又はB案いずれの立場にあっても、具体的な仲裁合意の存在の主張の許

否については、各事例ごとに被告の応訴態度や諸事情を考慮して決せられることになる。

(参考)

・ モデル法(模範法)第8条〔仲裁合意と裁判所における実体的権利の主張〕

「(1) 仲裁合意の対象である事項について訴えの提起を受けた裁判所は、当事者の一方が本案に関する自己の最初の陳述より前にその旨申し立てたならば、仲裁に付託すべき旨を当事者に命じなければならない。但し、裁判所が、合意が無効であるか、効果を生じえないか、履行が不可能であると認める場合にはこの限りでない。」

・ ドイツ法第1032条〔仲裁契約の存在と裁判所への訴えの提起〕

「(1) 裁判所に仲裁契約の対象とされる事件について訴えが提起された場合には、被告が本案について口頭弁論の開始までに異議を述べる限り、裁判所は、訴えを不適法として却下しなければならない。ただし、裁判所が、仲裁契約を不成立、無効又は実行不能であるとした場合は、この限りでない。」

・ 韓国法第9条〔仲裁合意と裁判所への提訴〕

「(1) 仲裁合意の対象たる紛争に関して訴えが提起された場合、被告が仲裁合意存在の抗弁を提出するときには、裁判所はその訴えを却下しなければならない。ただし、仲裁合意が存在・無効であるかまたは効力を喪失もしくはその履行が不可能な場合には、この限りでない。

(2) 被告は、第1項の抗弁を最初の弁論をするまで提出しなければならない。」

(2) 妨訴抗弁の効果(訴訟の帰趨)について **【検討会資料4の 1(1)参照】**

モデル法(模範法)第8条第(1)項の規律とは異なり、ドイツ法第1032条第(1)項及び韓国法第9条第(1)項にならぬ、仲裁合意が認められるときは、裁判所は、訴えを却下するものとする。

**【説明】**

モデル法(模範法)第8条第(1)項は、仲裁合意が認められるときには、裁判所は、当事者に対し、仲裁に付託すべき旨を命じなければならないとするが、日本の裁判制度の下でこのような仕組みを直ちに設けることができるかについては、慎重な検討を要するところである。

これに対し、ドイツ法第1032条第(1)項及び韓国法第9条第(1)項は、いずれも訴えを却下すべきものとする。

このような場合には、訴訟要件としての訴えの利益が認められないことになる

ことからすると、訴えを却下するものとするのが論理的帰結であろう。

### 【コメント】

訴え却下とする考え方に対しては、時効中断効が失われる（民法第149条参照）難点があるとの指摘がある。しかしながら、判例上「裁判上の催告」の概念が認められ（最判昭和38年10月30日民集17巻9号1252頁ほか）、これによれば、訴訟係属中は催告としての効力が継続しており、訴えが却下されても、却下後6か月以内に仲裁の申立て等仲裁手続上の所要の措置を講ずることにより、時効中断効が維持されうるものと解される（民法第153条参照）。

（参考）

- ・ モデル法（模範法）第8条第(1)項（前掲）
- ・ ドイツ法第1032条〔仲裁契約の存在と裁判所への訴えの提起〕第(1)項（前掲）
- ・ 韓国法第9条〔仲裁合意と裁判所への提訴〕第(1)項（前掲）

### (3) 仲裁廷の手続続行権について

【初出】

モデル法（模範法）第8条第(2)項にならう、仲裁合意の対象となっている権利又は義務を目的とする訴えが提起され、係属している間においても、仲裁廷は、仲裁手続を開始し、又は続行し、仲裁判断をすることができるものとする。

### 【説明】

枠内に示した考え方は、仲裁廷は、諸事情を考慮して、仲裁手続を遂行することも、仲裁合意をめぐる裁判所の判断を待つこともできるとするものである。これは、裁判所への申立てが仲裁手続遅延に利用されるおそれを防止し、仲裁手続の迅速な進行と事件の解決を図る必要がある一方、裁判所の手続と並行して仲裁手続を進めても、仲裁合意が裁判所によって無効とされた場合に仲裁手続が徒労に帰する損失を回避する必要があることにかんがみ、これらの要請を調和するた

め、仲裁廷の裁量において適切な措置を講じることを期待したものである。

### 【コメント】

枠内に示した考え方のように、仲裁廷の独立の判断による仲裁手続の続行を認める場合にあっては、仲裁廷の判断と訴訟に係る受訴裁判所の判断が異なる場合が生じうる。これをどのように調整するかについては、困難な問題があり、規定の要否を含めなお検討を継続する必要がある。

(参考)

- ・ モデル法(模範法)第8条〔仲裁合意と裁判所における実体的権利の主張〕  
「(2) 本条(1)項にいう訴が提起された場合、争いが裁判所に係属している間も、それにかかわらず〔仲裁廷は〕仲裁手続を開始又は続行し、判断をくだすことができる。」
- ・ ドイツ法第1032条〔仲裁契約の存在と裁判所への訴えの提起〕  
「(3) 第1項又は第2項の手続が係属するときでも、仲裁手続を開始し、又は続行し、仲裁判断をすることができる。」
- ・ 韓国法第9条〔仲裁合意と裁判所への提訴〕  
「(3) 第1項の訴えが裁判所に係属する場合にも、仲裁判断部は仲裁手続を開始若しくは進行し、又は仲裁判断を下すことができる。」

## 5 裁判所に対する保全処分の申立てについて

【初出】

モデル法(模範法)第9条にならい、仲裁合意がある場合においても、当事者は、仲裁手続の開始前又は仲裁手続中に、裁判所に対し、民事保全法(平成元年法律第91号)の民事保全手続に関する申立て等を行うこと、及び裁判所がこの申立てに基づいて民事保全の命令、執行等を行うことができるものとし、その趣旨を表す規定を設けるものとする。

### 【説明】

本文に示した考え方は、仲裁合意と裁判所による保全処分が両立するものであるとの原則を示すものである。

なお、民事保全法第37条第5項は、起訴命令に関し、「本案に関し仲裁契約があるときは仲裁手続の開始の手続を「本案の訴えの提起とみなす。」としており、

裁判所による保全処分が可能であることを明らかにしている。

### 【コメント】

仲裁廷による暫定的な措置を許容する場合には，裁判所による保全処分との調整等をどう図るかも問題となり，規定の要否を含めなお検討する必要がある。

(参考)

・ モデル法（模範法）第9条〔仲裁合意と裁判所による暫定措置〕

「当事者が仲裁手続の前又は手続中に暫定保全措置を申し立てること，及び裁判所がかかる措置を認めることは，仲裁合意に抵触しない。」

・ ドイツ法第1033条〔仲裁契約と裁判所の保全処分〕

「仲裁契約によって，裁判所が，仲裁手続前又は仲裁手続中に当事者の申立てに基づいて仲裁手続の対象について暫定的措置又は保全的措置を命ずることを妨げられることはない。」

・ 韓国法第10条〔仲裁合意と裁判所の保全処分〕

「仲裁合意の当事者は，仲裁手続開始前または進行中に裁判所に保全処分を申請することができる。」