

仲裁における相殺の抗弁の取扱い

堤 龍 弥

1 はじめに

訴訟における相殺の抗弁については、その特殊な性格から、法的性質論を初めとして様々な場面で、その取扱いについて種々論じられてきた⁽¹⁾。学説上、未だ決着の付いていない論点も少なくない。ともあれ、これに加えて、近時、わが国でも、国際民事訴訟法における相殺の抗弁の取扱いが新たな論点として、注目を集めている。たとえば、仲裁契約の対象とされる債権を国家裁判所において相殺の抗弁として主張することが可能か、反対債権の訴求についての裁判管轄合意は訴訟上の相殺禁止を含むものか、訴訟係属中の裁判所が相殺につき判断するために反対債権についても国際裁判管轄を有することが必要か、などがその適例である⁽²⁾。

-
- (1) 他に、民訴法114条2項による既判力の範囲の問題、重複訴訟の禁止および一部請求や控訴審における不利益変更禁止との関連で生じる問題、反対相殺の再抗弁の許否の問題などが、既に判例において争点となり、学説上議論の対象となっている。以上の論点につき、中野貞一郎「相殺の抗弁—最近の論点状況—」『民事訴訟法の論点II』136頁以下(判例タイムズ社、2001年)〔初出、判タ891号・893号(1996年)〕参照。
- (2) これらの問題については、ルートヴィヒ・ヘーゼマイアー(三上威彦訳)「いわゆる『裁判上の相殺』—その教義的な誤った強調—」ペーター・アーレンス編(小島武司編訳)『西独民事訴訟法の現在』236~238頁(中央大学出版部、1988年)、ダグマー・ケスター・ヴァルチェン(渡邊悳之訳)

本稿は、以上列举した相殺の抗弁に関する諸問題のうち、後者の相殺に関する当該司法機関の裁判権（国際裁判管轄権）が問題となった一連の流れの延長線上にある問題の一つを扱おうとするものである。問題の所在を明らかにするためにも、まず次章において、この問題を扱った UNCITRAL（国連国際商取引法委員会）の「国際商事仲裁の分野において考慮すべき将来作業（Possible future work in the area of international commercial arbitration）」に関する事務局ノートを紹介することにしよう。⁽³⁾

2 問題の所在

UNCITRAL（国連国際商取引法委員会）では、現在、商事仲裁法制の国際的調和に関する新たな動きとして、1985年に作成された「国際商事仲裁に関するモデル法」の改訂作業が進められていることは、周知のところである。⁽⁴⁾ その仲裁作業部会において取り上げられた論点の一つに、「相殺を目的とする請求の定立（Raising claims for the purpose of set-off）」がある。⁽⁵⁾ 以下に紹介するのは、その事務局ノートである。

「国際民事訴訟法における相殺」阪大法学46巻2号167頁以下（1996年）、とくに最後のテーマについては、酒井一「相殺の抗弁と国際裁判管轄」判タ936号65頁以下（1997年）、石渡哲「涉外民事訴訟における訴訟上の相殺と反対債権に関する国際裁判管轄」石川古稀祝賀『現代社会における民事手続法の展開・上巻』275頁以下（商事法務、2002年）など参照。

(3) 本学国際関係法学科において、開設以来ずっと国際民事訴訟法をご担当されてこられた上村明廣先生のご退職を記念し、併せてこれまでの学恩に感謝しつつ、拙いものではありませんが、本稿を謹んで上村先生に献呈いたします。

(4) 三木浩一「商事仲裁法制の国際的調和に関する新たな動き(上)」NBL701号6頁以下（2000年）参照。

(5) A/CN.9/460: Thirty-second session, Vienna, 17 May - 4 June 1999, Nr. 72-79.

仲裁における相殺の抗弁の取扱い

72. 仲裁実務上しばしば起こる問題として、仲裁事件の相手方が、申立人の請求に対して、その答弁に付加して、彼が申立人に対して有している請求権を行使することがある。相手方によるその請求権の行使には2つの方法がある。1つは、反対請求 (counter-claim : 訴訟における反訴に相当する) の提起である。……

73. 2つ目は、相手方がその請求を反対請求としてではなく、相殺を目的とする抗弁 (defence for the purpose of a set-off) として行使することである。この場合、この抗弁は、それが可能ならば、申立人の請求が理由のある限りにおいて、仲裁人により判断されることになる。もし申立人の請求に理由がないときは、仲裁廷が相殺に供された請求を考慮する必要がない。

74. 実務上しばしば提起される論点は、いかなる要件のもとに、仲裁廷が相殺に供された争いのある請求を考慮することができるかということである。この問題には、異なった答えが起ちうるが、論争は、当該請求が主たる請求を包含する仲裁契約に包含されていない場合 (しかし、別の仲裁契約に包含されている可能性のある場合、またはいかなる仲裁契約にも包含されていない場合) に、仲裁廷が、相殺のために持ち出された請求の実体的判断をする権限があるかどうかである。

75. この問題は、当事者の合意により解決させることが可能である。かりに当該請求が申立人の主たる請求を包含する仲裁契約に包含されていなくても、相殺を目的とする請求を斟酌することを仲裁廷に認めている仲裁規則が存在する。たとえば、チューリヒ商業会議所国際仲裁規則 (1989年) 27条は、次のように規定する。すなわち、仲裁廷は、相殺のために主張されている請求権が、(申立人の請求を包含する) 仲裁条項に含まれていない場合でも、当該請求のための別の仲裁条項または管轄条項が存在する場合は、相殺の抗弁につき審判権限を有する、と。

76. UNCITRAL 仲裁規則 (1976年) は、当該請求が (申立人の請求と) 同一の契約 (contract) から生じる場合には、相手方は、当該請求権に基づく相殺を主張することができる、という風にして、より制限的な立場をとっている (19条3項)。この規則は、当該相殺に供される請求権が、申立人の請求と同じ仲裁契約 (arbitration agreement) に含まれていなければならないとは明示的に述べていない。もし当事者が、この規則1条の脚注に挙げられている

モデル仲裁条項（「この契約からまたはこの契約に関連して生じるすべての紛争，論争または請求……は，現在効力を有する UNCITRAL 仲裁規則に従って，仲裁により解決されるものとする。」〔下線部強調〕）を基にして，その仲裁契約書を作成（そして，それによって，当該契約から生じる紛議を仲裁に付託）した場合は，申立人の請求権および（それと同一の契約から生じる）相殺を目的として行使された請求権の両方とも，同じ仲裁契約に含まれることになろう。しかしながら，もし申立人の請求権を包含する仲裁契約に相殺に供する請求権が含まれていないケースにおいては，UNCITRAL 仲裁規則の下でも，仲裁廷が仲裁契約に含まれない，相殺に供される請求権を斟酌する権限を有するかどうかという問題が生じよう。

77. 国際商事仲裁に関する UNCITRAL モデル法（1985年）は，この問題については，明示的に扱っていない。ただ，事務局により準備されたモデル法の草案に関する解説書は，かりに相手方が相殺を目的としてある請求権を主張する場合，当該請求権は仲裁契約の範囲を超えてはならない，との立場をとっている。この解説書は，このような制約は，条文には明示されていないけれども，仲裁廷の審判権限は，そのような仲裁契約に基づいて，かつその限度内でのみ付与されているということから考えて，自明のように思われる，と付け加えている。⁽⁶⁾

78. その後，相殺の方法による請求を斟酌する仲裁廷の権限は，一定の条件の下では，申立人の請求が依拠する契約を超えて及ぶとされるべきであるとする見解が表明されている。援用されている理由は，手続的な効率と当事者間での紛争を除去することに対する要請である。このような理由は，とくに両当事者が商人である場合，または申立人の請求と相殺の目的で行使される請求が経済的に関連する契約から生じているものである場合に重要であると思われる。

79. 当委員会は，この論点については，さらに検討に値するかどうか，考慮したい。検討されるべき問題には，例えば，相殺の方法で主張される請求権を扱う仲裁廷の権限が，適切に仲裁規則に入れられるべきかどうか，または適切な立法的措置が求められるべきかどうか，の問題も含まれる。

(6) Doc. A/CN.9/264, UNCITRAL Yearbook, Vol. XVIII: 1985, Part Two, I, B, commentary on draft art. 23, paras. 5 and 8.

3 立法例の紹介

前章で明らかとなったように、本稿で考究しようとしている問題は、仲裁手続において、相手方が相殺の抗弁として（明示的な仲裁契約のない）反対債権を主張する場合の取扱い（換言すれば、相手方が相殺のために主張する請求権につき、〔申立人の請求を審理すべき仲裁人にその判断権限を認めうる〕何らかの仲裁契約が当事者間に存在する必要があるかどうか、かりにその必要なしとした場合、無条件かまたは別の何らかの要件が必要か等）である。⁽⁷⁾

この問題を論じる前に、まず、これまでの立法例がこれをどのように規定し、取り扱ってきたか、を見てみることにしよう。

(1) まず、外国の仲裁法で相殺の抗弁につき規定しているものに、スイス統一仲裁法（仲裁に関する協定）29条（1969年）がある。

「1.当事者の一方が、仲裁契約の内容からは仲裁廷の知り得ない権利関係に基づく相殺の抗弁を提出した場合において、当事者間に仲裁手続を当該権利関係にまで拡張する合意が成立しないときは、仲裁廷は、仲裁手続を停止し、当該当事者に対し適当な猶予期間を付与するものとし、当該当事者は、裁判所に対しその権利関係を主張する訴訟を提起するものとする。2.その仲裁手続は、当該権利関係についての管轄裁判所の判決があった後に、当事者の一方の請求に基づき再開される。3.当該仲裁廷がその任期を定められている場合には、その期間は仲裁手続停止期間中は進行しない。」

この規定内容は、後でも触れるように、反対債権に対する仲裁申立人の裁判を受ける権利の保障と相殺の抗弁の持つ防御機能や担保機能の確保との調整を計りうる点で優れているといえるが、他方で、提訴期間を

(7) ちなみに、仲裁付託の範囲を超える事項に関する仲裁判断は、違法として、仲裁判断取消しの対象となり（公裁仲裁801条1項1号）、また仲裁判断の承認・執行の拒否事由となる（外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約〔ニューヨーク条約〕5条1項(c)、公裁仲裁802条2項）。

設定するとはいえ、申立人の仲裁による権利実現を遅らせる要因を孕むものであり、他に類似の立法例はなく、このような取扱いを支持する学説⁽⁸⁾も見あたらない。

(2) 次に、常設仲裁機関の仲裁規則を見てみると、そのいくつかに相殺の抗弁の取扱いに関する規定が置かれている。それらをタイプ別に列挙すると、以下のようである。

①前掲の UNCITRAL 仲裁規則19条3項と類似の規定として、米州商事仲裁委員会 (IACAC) 手続規則19条3項 (1988年) および国際商事仲裁カイロ地域センター (CRCICA) 仲裁規則19条3項 (1998年) がある。

「答弁書において、または仲裁廷が当該事情の下ではその遅れはやむを得なかったと判断した場合は仲裁手続のその後の段階において、相手方は、同一の契約から生じる反対請求を提起し、または同一の契約から生じる請求権を相殺のために主張することができる。」(なお、同規則1条によれば、当該契約から生じる紛争を仲裁に付する合意が存在する)

②申立人の請求と同一の仲裁契約に含まれていることを要求する規定として、ロシア連邦商工会議所国際商事仲裁裁判所規則33条1項前段 (1995年) がある。

「相手方は、……同一の仲裁契約から生じる反対請求、または同一の仲裁契約から生じる反対債権による相殺の抗弁 (plea in reconvention) を提出することができる。」

類似の規定として、(a)ストックホルム商業会議所仲裁協会 (SCC) 規則

(8) なお、相殺の抗弁に関する規定ではないが、中華人民共和国仲裁法27条 (1995年) によれば、「申立人は、仲裁請求を放棄または変更することができる。相手方は、仲裁請求を承認または否認することができ、反対請求を提出する権利を有する。」とされている。その前提として、反対請求も当然に仲裁請求と同一の仲裁契約に包含されている必要があるのかどうか、主たる請求との関連性は必要ないのかどうか、規定上は不明である。かりにその必要なしということであれば、他に類を見ない極めて特異な規定というべきであるが、相殺の抗弁は当然に可能ということになるうか。

仲裁における相殺の抗弁の取扱い

10条3項(1999年)および(b)アメリカ仲裁協会(AAA)国際仲裁規則3条2項⁽⁹⁾(2001年)がある。

(a)「相手方が反対請求または相殺の抗弁を提出しようとする場合には、これらの主張の要旨が答弁書で述べられなければならない、また当該請求の種類および求める救済の仮定主張を含むものでなければならない。反対請求または相殺の抗弁は、仲裁契約にその根拠を置くものでなければならない。」

(b)「相手方は、答弁書を提出する際に、仲裁契約に包含される請求権に關する反対請求または相殺を主張することができる。……」

③他に、すでに前章で紹介したが、UNCITRAL(国連国際商取引法委員会)事務局ノート Nr. 75において論じられている方法(反対債権につき別の仲裁契約が存在する)で相殺の抗弁を認めているものに、チューリッヒ商業会議所国際仲裁規則27条(1989年)がある。

「仲裁廷は、相殺のために主張されている請求権が、(申立人の請求を包含する)仲裁条項に含まれていない場合でも、当該請求のための別の仲裁条項または管轄条項が存在する場合は、相殺の抗弁につき、管轄権限を有する。」

④なお、カナダ・ケベック国際商事仲裁センター仲裁規則46条2項(1988年)では、「仲裁廷は、当事者間で取り上げられずまたは合意の対象とされてこなかった問題を処理する権限を有する。」とされているが、この規定が仲裁契約に包含されない反対債権による相殺の抗弁を許容するものかどうかは不明である。

(9) なお、同規則4条によれば、「仲裁手続の係属中、当事者は、その請求、反対請求または抗弁を訂正または補充することができる。……当事者は、当該訂正または補充が仲裁契約の範囲外に当たる場合には、請求または反対請求を訂正または補充することができない。」と規定されている。同3条2項では、原則的には反対債権も仲裁契約の範囲内に含まれていることを要件としながらも、4条では、抗弁(相殺がこの文言に含まれているかは不明確であるが)の訂正または補充については必ずしもそれが要求されていない。

(3) 以上から、《検討事項》について、仲裁契約のない反対債権に仲裁人の審判権限が及ぶことを明示的に認めている仲裁法規は存在せず（逆に、多くの立法例において、仲裁契約の範囲外の事項に関する判断は、取消し及び執行判決拒否の対象となる旨の規定が置かれていることから考えて）、これまでの立法例においては、反対請求はもちろん、防御方法としての反対債権による相殺の抗弁についても、仲裁人の審判権限を認めうるためには、要件の広狭はあるにせよ、何らかの（明示または黙示の）仲裁契約の存在が不可欠と考えられているようである。

4 学説・判例の紹介

次に、これまでの学説・判例が、この問題をどのように取り扱ってきたか、についても確認しておく必要がある。以下、项目的に整理してみると次のようである。

(1) 相手方により相殺の抗弁に供された反対債権につき仲裁契約がない場合でも、当該反対債権（の存在・内容）が既判力をもって確定している場合（外国判決または外国仲裁判断の場合は、さらに承認されている必要がある）、または当事者間で争いのない場合には、仲裁人は、それを前提⁽¹⁰⁾に判断することができる。

(2) その反対債権が仲裁付託されている債権と同一の法律関係から生じたものであり、仲裁契約の当事者の意思もその法律関係から生じるすべての争いを仲裁人に委ねるといえるものであるならば、仲裁契約の効力として、仲裁人は、反対債権についても判断しなければならない。⁽¹¹⁾

(10) Zöller/Geimer, ZPO, 23. Aufl., 2002, §1029, Rdn. 73, S. 2348; Musielak, ZPO, 3. Aufl., 2002, §1029, Rdn. 24, S. 2202 [Voit]. なお、ヴァルチェン・前掲論文175頁、石渡・前掲論文281頁参照。

(11) Glossner, Das Schiedsgericht in der Praxis, 2. Aufl., 1978, Rdn. 51, S. 40; Schütze/Tscherning/Wais, Handbuch des Schiedsverfahrens, 1985, Rdn. 54, S. 28; Wiczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl., 1995, §1025, Rdn. 68, S. 409; 小島武司＝高桑昭編『注解仲裁法』73頁〔小島武司＝豊田博昭〕

仲裁における相殺の抗弁の取扱い

(3) 仲裁の申立人がそれに異議なく防御をしたときは、原則として反対債権につき黙示の仲裁契約の成立を認めることができよう。⁽¹²⁾

(4) 相殺を一般的に許容する仲裁条項がある場合は、具体的に問題となる反対債権について個別の仲裁契約がなくても、仲裁人は、当該反対債権による相殺の抗弁につき判断することができるものと解すべきであろう。⁽¹³⁾

(5) 上記(1)~(4)のいずれにも属しない場合に、仲裁人が反対債権について判断できるかについては、否定するのが現在の多数説であると思われるが、なお争いがある。⁽¹⁴⁾

(青林書院, 1988年), 小島武司『仲裁法』131・234頁(青林書院, 2000年)。これは、前掲の UNCITRAL 仲裁規則19条3項と同趣旨か。なお、石渡・前掲論文281頁参照。

(12) Zöller/Geimer, a. a. O., Rdn. 73; Habscheid, “Über die Rechtsfolgen der fehlgeschlagenen prozeßaufrechnung”, ZJP 76 (1963), S. 373; 小島・前掲書131頁。なお、ヴァルチェン・前掲論文175頁, 石渡・前掲論文281頁, および UNCITRAL 仲裁規則21条3項, UNCITRAL 国際商事仲裁モデル法16条2項(無管轄の抗弁), ドイツ民訴法1031条6項(方式の瑕疵の治癒)・1040条2項3号・4号(無管轄の抗弁), イタリア民訴法817条(管轄違いの抗弁)参照。ただし, Münchener Kommentar ZPO, Bd. 3, 2. Aufl., 2001, §1046, Rdn. 23, S. 1258 [Münch] 参照。この場合, Schütze/Tscherning/Wais, a. a. O., Rdn. 54, S. 29 および小島=高桑編・前掲書73頁は, とりわけ法律専門家によって代理されていない場合には, 法的審尋請求権保障の観点から, 仲裁人は, 予め申立人にその異議なき防御がいかなる結果を生じるかを指摘すべきであるとする。

(13) Kohler, “Kompensation und Prozess”, ZJP 20 (1894), S. 45.

(14) わが国でこの問題を明示的に扱った裁判例は見あたらないが, 関連判例としては, 東京地判昭和42年10月20日下民集18巻9=10号1033頁・判タ215号169頁(執行判決請求事件)がある。対象となった東京都建設工事紛争審査会の仲裁判断の内容は, 請負代金の一部請求に対し, 予備的相殺の抗弁がなされたケースにおいて, 仲裁人が債権全額を認定したうえ, 反対債権(仲裁契約の有無不明)との差額(一部請求額内)を認容した事例である。なお, 仲裁ではないが, 被告の応訴によりわが国に一般管轄権が生じたときとされた事案において, 傍論としてはあるが, 「当裁判所が本訴請求

①肯定説 (a)「仲裁契約ある債権といえども当事者は通常訴訟手続においてこれを相殺に用い得る。相手方はこれに対し仲裁契約の再抗弁をもって対抗することを得ない。けだし仲裁契約は債権の訴訟上の主張にのみ関する契約であって、実体法上の相殺権の放棄を当然には包含せぬからである。又逆に自働債権につき仲裁契約なき場合にも仲裁人は相殺の抗弁についても判断をなし得る。何とならば仲裁契約は仲裁人に対し特定の争い(請求)をすべての方向においてすなわち滅権的事由についても審判すべき権限を付与するものだからである。」(旧字・旧仮名は現代表記に改めた、筆者)

(b)「仲裁に付託された紛争の解決判断に至るために必然的に判断すべき先決問題については、当事者間に争いがありながら当事者がこれをとくに仲裁に付託していなくても、仲裁人はこれを判断する権限を当事者から与えられているとみるべきである。相殺の抗弁は必然的な先決問題に当たらないが、反対債権につき仲裁を排斥しているのでないときは、仲裁人はこれを判断して仲裁判断の基礎とすることができるものであろう。」⁽¹⁵⁾

-
- につき裁判管轄権を有する以上、被告が抗弁として主張する相殺の適否、本件自働債権の存否についてもまた当裁判所で審判すべきことになる」と判示した大阪地(中間)判昭和61年3月26日判タ601号65頁が参考となろう。
- (15) 中田淳一『特別訴訟手続第一部第三編仲裁手続(新法学全集)』124頁(日本評論社、1938年)。これに賛成するものとして小山昇『調停法・仲裁法』65頁(有斐閣、1958年)。同旨、Maier, Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit, 1979, Rdn. 338, S. 299f; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, 60. Aufl., 2002, §1029, Rdn. 22, S. 2458(権能であり義務ではない〔仲裁契約のない相殺の抗弁につき、仲裁廷が判断することも、裁判所にその判断を委ねることも可能である〕とする)。
- (16) 小山昇『仲裁法〔新版〕』93頁(有斐閣、1983年)(ただし、本稿が扱うのとは逆のケースでは、否定説を採る〔同82頁参照〕。また、小山昇「仲裁法の基本問題」全国建設工事紛争審査会連絡協議会会報18号41頁では、本稿のテーマにつき、否定説を採る)。

その他の肯定説として、RGZ 133, 16 (Urt. v. 2. Juni 1931); Glossner, a. a. O., Rdn. 51, S. 41; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, 15. Aufl., 1993, §172, S. 1081; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 6. Aufl., 2000, Kap. 3., II4, Rdn. 12, S. 27; Henn, Schiedsverfahrensrecht, 1986, Anlage 4, §24 (3), S. 319; Münchener Kommentar ZPO, Bd. 3, 1992, §1025, Rdn.

仲裁における相殺の抗弁の取扱い

②否定説 (a)「仲裁において相手方に相殺の抗弁の提出を認めることは、仲裁の合意のない紛争について仲裁を強制することになり、……仲裁契約なければ仲裁なしという命題に衝突する。また、相殺の抗弁の提出が認められ、相殺に関し相手方の主張を認める仲裁判断が下された場合には、相殺に用いられた自働債権の存在・額についても『既判力』が生じるため、申立人は自働債権について訴訟で争う機会を奪われることになる。これらの理由から、相手方の相殺の抗弁の提出は認められないと解される。……もっとも、相殺の成立が完全に否定されるわけではない。……仲裁判断の執行の段階までに相殺を主張する機会を与えることができよう。即ち、当該仲裁判断について執行判決を求める訴えの提起が申立人よりあった場合に、相手方に相殺の抗弁の提出を認めるか、または相手方が請求異議の訴えを提起して相殺による執行債権消滅を主張することを認めれば、そこで自働債権の存否・額等をめぐる争いを含む相殺に関する紛争が解決されるからである。⁽¹⁷⁾」

(b)「仲裁契約は、仲裁手続に付託された請求権に対して、当該仲裁手続に服さない請求権による相殺を斟酌してはならないという合意を含んでいる(手続的禁止：実体的には有効)。⁽¹⁸⁾」

(c)「相手方が、仲裁手続において、裁判所の面前で主張されるべき債権をもって相殺を主張する場合は、仲裁廷が裁判所の審判権に介入することが避けられなければならない。……ここでは、仲裁契約の結果として生じる、提起された債権について仲裁判断の成立を促進すべき当事者の義務から、仲裁条項の対象たる債権に関する仲裁判断が裁判所の審判権に属する反対債権をもってする相殺によって妨げられてはならないという手続上の義務が生じる。⁽¹⁹⁾」

26, S. 922 [Maier]. なお, BGHZ 23, 17 (Urt. v. 20. Dezember 1956 : 本稿が扱うのとは逆のケース) 参照。

(17) 大橋圭造「国際民事訴訟法に関する実務上の諸問題」澤木敬郎＝青山善充編『国際民事訴訟法の理論』538頁(有斐閣, 1987年)。同旨, 小島＝高桑編・前掲書73頁, 小島・前掲書132頁, 青山善充「仲裁契約の効力」松浦馨＝青山善充編『現代仲裁法の論点』336頁(有斐閣, 1998年), 安藤一郎『建設工事紛争と仲裁手続』123頁(三省堂, 1995年)。

(18) Zöller/Geimer, a. a. O., Rdn. 73.

5 論点の整理

以上紹介した立法例および学説・判例を受けて、検討すべき論点の整理を試みることにする。

(1) 一般に抗弁は、最終的に、仲裁の対象となっている申立人の請求を斥ける防御方法であるから、それを制約するような解釈は原則としてすべきではないが⁽²⁰⁾(→4(5)①(a))、相殺の抗弁のみは、その例外として既判力が生じうるので、手続上は仲裁対象(または反対請求)に準じて扱われるべきかどうか(→4(5)②(a))。

(2) 申立人の請求に関わる他の抗弁と異なり、仲裁廷で相殺の抗弁が却下されても、裁判所での権利行使ができなくなるわけではない点をどう考えるか。

(3) 以上の問題と関連するが、一方で、相殺の抗弁を、その防御方法

(19) ゲルハルト・リュケ(堤龍弥訳)「仲裁の諸問題」神戸学院法学18巻3・4号174頁(1987年。原論文はGerhard Lüke, “Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit”, FS 150 Jahre Landgericht Saarbrücken, 1985, S. 309)。

その他の否定説として, Musielak, a. a. O., Rdn. 24; Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., 2002, §1029, Rdn. 9, S. 1582 [Thomas]; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 21. Aufl., 1994, §1025, Rdn. 37, S. 124; Münchener Kommentar, a. a. O., 2. Aufl., §1046, Rdn. 23 [Münch]; Schütze/Tscherning/Wais, a. a. O., Rdn. 55, S. 29; Wiczorek/Schütze, a. a. O., Rdn. 68; Habscheid, a. a. O., S. 373; Schreiber, “Prozeßvoraussetzungen bei der Aufrechnung”, ZJP 90 (1977), S. 415. なお, BGHZ 38, 254 (Urt. v. 22. November 1962: 本稿が扱うのとは逆のケース)により, 前掲 BGHZ 23, 17 (肯定説)は, 判例変更されたとするのは, Stein/Jonas/Schlosser, a. a. O., Rdn. 37; リュケ・前掲論文174頁注41。

(20) これを訴訟流にいえば、手続上の観点において防御は、申立人によって開始された仲裁手続の構成要素であるから、仲裁対象(訴訟物に相当)に対して問題となる審判権(裁判管轄権に相当)などの適法要件(訴訟要件に相当)は必要とされず、また事件係属(訴訟係属に相当)も生じていないはずである。なお、ヴァルチェン・前掲論文172・174・176頁、酒井・前掲論文66頁、石渡・前掲論文288頁参照。

仲裁における相殺の抗弁の取扱い

としての性格上許容されるべきものとした場合、他方で、(相殺に供された請求権に関する) 申立人の「裁判を受ける権利」(憲法32条)を侵害することができないことから(→4(5)②(a)), 仲裁人が行った相殺に供された請求権の存否・内容に関する判断には、(当該仲裁人に対する拘束力は認められるべきであるか) 裁判所までをも拘束する確定力(既判力)は認められるべきでない(民訴114条2項の準用なし:この点では、他の抗弁と同じ扱い。ドイツの肯定説・判例の立場)と解することができるかどうか。⁽²¹⁾

(4) 先決問題については、仲裁人の審判権限が及ぶと解されている点との関係をどう考えるか(→4(5)①(b))。相殺の抗弁については、とりあえず仲裁手続を停止して、裁判所の確定力ある判断を待つて再開するという方法もあり得よう(前掲、スイス統一仲裁法(仲裁に関する協定)29条(1969)参照。→3(1))。

(5) 「この契約に関連して生じるすべての紛争、論争または請求」(UNCITRAL 仲裁規則のモデル仲裁条項)というような、いわゆる広範な仲裁契約の解釈問題として(→2(7), 3(2)①, 4(2)), この問題をどう考えるか。さらに、このような相殺の抗弁は、申立人の請求に関する仲裁手続の審理対象の範囲を超える債権を持ち出すものであるから、それが適

(21) これは、家事審判(これ自体に既判力がないとされている点で仲裁判断とは異なるが)の前提として訴訟事項を判断(例えば、遺産分割の前提として、当該財産が遺産に含まれるかどうかを判断)した場合に、最高裁判例や通説によればその判断には既判力が生じないとされていることのアナロジーである(佐上善和「家事審判における相殺主張の取り扱い」新堂古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築・下巻』34頁以下(有斐閣, 2001)参照)。

なお、このような扱いを承認すると、仲裁廷での争いの、形を変えた裁判所での蒸し返しを容認することになるが(青山・前掲論文336頁参照)、仲裁廷で十分に審理を尽くせば通常そのようなことにはならず、例外的な場合はやむを得ないと割り切ることができるか、が問題となる。私見は、当事者間における公平な解決、(関連)紛争の一括処理(手続的効率)との利益衡量などを踏まえて、これを肯定的に解したい。

法に提出されたときは必然的に審判範囲を拡大させることになることから、仲裁手続における相殺の抗弁の立法に当たって、申立人の請求との関連性のほか、手続を遅滞させないこと(反訴の要件: 民訴146条1項参照)や両当事者が商人であることなどを要件とするかどうかも考慮の対象となろう(→2(7))。

(6) 大きくは民事紛争解決に関わる仲裁人と裁判所の関係・役割分担に対するスタンス(筆者は、仲裁人の審判権限をできるだけ広く解したいというスタンス)の問題でもある(→4(5)①, ②(c))。

6 検 討

一般に、抗弁は、申立人の請求に対する相手方の当然の権利(防御方法)として認められ、他方、(反訴に相当する)反対請求については、仲裁契約の対象となっているか、申立人の請求と同一の契約ないし法律関係から生じたものであることが必要と⁽²²⁾されている。問題は、相殺の抗弁が、仲裁手続において、どちらの扱いに準じて考えられるべきかにあるように思われる。また、反対債権に対する申立人の裁判を受ける権利の保障と関連紛争の一括処理(当事者の便宜と手続的効率)のいずれに重点を置くべきかも重要な検討課題である。そこで、これらの相克、⁽²³⁾困難な諸利益の

(22) 前掲, 3(2)①, ②のほか、国際商事仲裁協会(JCAA)商事仲裁規則16条1項(1997年)、オランダ仲裁協会(NAI)仲裁規則25条2項(1998年)、オーストリア連邦経済会議所国際仲裁センター仲裁規則7a条1項(2001年)参照。

(23) なお、相殺のもつ簡易決済および担保的機能は、ここでは必ずしも仲裁手続において相殺の抗弁を認めるべき決定的な理由とはならないであろう。すなわち、かりに否定説の立場でも、執行判決請求訴訟(かりに将来、外国仲裁判断の承認・執行手続が決定手続となった場合でも、反対債権による相殺を主張して異議の申立てがなされた場合は、判決手続に移行することとされる限りは、理屈は同じである)または少なくとも請求異議訴訟において、相殺を主張する機会が保障されているからである(大橋・前掲論文538頁、小島・前掲書132頁参照。もっとも、後者の場合は、それと同

仲裁における相殺の抗弁の取扱い

比較衡量をできるだけ避けようとすれば、仲裁手続遅延の問題はあるものの（もっとも、仲裁申立人が紛争解決の遅延を嫌うなら、相手方による相殺の主張に異議なく対応すればよいともいえよう）、何度も紹介しているスイス統一仲裁法（仲裁に関する協定）29条（1969年）のような仲裁手続の停止⁽²⁴⁾という手法も、選択肢としては十分考慮に値するところである。

次に、考慮すべき要素が同じでないことから必ずしもパラレルではないものの、第1章で指摘した他の国際民事訴訟法における相殺の取扱い⁽²⁵⁾も参考になろう。

時に執行停止を得ておく必要と負担はあるが）。

(24) 制度設計としては、およそ次のようなものになろうか。すなわち、仲裁契約のない反対債権による相殺の抗弁がなされた場合において、当事者間に仲裁手続を当該権利関係にまで拡張する明示または黙示の合意が成立しないときは、仲裁人は、一方で、相手方に対し、予め反対債権につき裁判所で確定する必要がある旨を伝え、他方で、申立人の請求および相殺以外の抗弁について審理し、主たる請求の存在を確認しかつ相殺以外の抗弁に理由のないことを認定した場合には、その時点で仲裁手続を停止する。その際、仲裁人は、相手方に対して相当な提訴期間を通知するものとし、その期間内に提訴の証明がない場合は、相殺の抗弁を却下する。停止中の仲裁手続は、当該権利関係についての管轄裁判所の判決が確定した後に、当事者の一方の請求に基づき再開されることになろう。わが国の裁判所に国際裁判管轄のない反対債権による相殺が主張された場合の取扱いにつき、ほぼ同旨の見解を提案するものとして、石渡・前掲論文294頁、また本稿とは逆のケースにつき、ヘーゼマイアー・前掲論文237～238頁参照。

(25) たとえば、石川明「不適法な訴訟上の相殺」『訴訟行為の研究』118頁（酒井書店、1971年）〔初出、中田還暦記念『民事訴訟の理論(上)』（有斐閣、1969年）〕は、「管轄の専属的合意があったり仲裁契約が反対債権についていれば、当該裁判所は反対債権につき審理・判断できないと解すべきであろう。」とされ、また小山・前掲『仲裁法〔新版〕』82頁も、「仲裁付託の利益を一方的に奪うことは許すべきではない」として、いずれも問題を否定的に解する。これに対して、中野貞一郎「相殺の抗弁」『訴訟関係と訴訟行為』123頁（弘文堂、1966年）は、「相殺の抗弁は、反対債権についての実体判決を申し立てるものではなく、訴訟要件は、既判力の要件であるわけでもないから、反対債権の主張につき訴訟要件ないし反訴要件の具備

さらに、仲裁契約の効力および仲裁人の審判権限の準拠法(法例7条1項参照)との関係にも留意する必要がある。すなわち、どこの国が仲裁地になっても、同一の結果となることが望ましいとするならば、また仲裁法制の国際的調和の観点からも、今後のわが国仲裁法における相殺の抗弁の取扱いについては、できるだけ UNCITRAL モデル仲裁法、同仲裁規則および諸外国・諸機関の仲裁法ないし仲裁規則と同様になること(たとえば、現時点で立法するとすれば、UNCITRAL 仲裁規則19条3項のようなもの)が望ましいといえようか。

ただ、今後のあるべき姿を睨みながら、あえて《試案》を作るとすれば、論点として取り上げた抗弁としての一般的許容性、反対請求を認める場合の関連性、申立人の迅速な審判を受ける利益等を総合的に考慮して、未だ発想の域を出ないが、次のようなものを提案し、今後の議論のきっかけとしてみたい。

「仲裁人は、相殺のために主張されている請求権が、(申立人の請求を包含する)仲裁契約に含まれていない場合でも、当該請求権につき当事者が明示的に仲裁を排除しているのではないときは、⁽²⁶⁾申立人の請求との関連性および⁽²⁷⁾

を要しないことは、いうまでもなく、たとえば、他の裁判所の管轄に専属または仲裁契約の存在する反対債権に基づく相殺の抗弁も適法である。」とされ、また酒井・前掲論文68頁も、「専属的国際裁判管轄の合意や仲裁合意は、ある取引関係を巡る紛争が生じた場合の法廷地ないし方法を指定するにすぎない。それゆえ、当事者において、その合意により当該取引関係から生ずる債権による相殺が、実体法的にはもちろん、訴訟法的にも、禁じられることを意図していないように思われる。……こうした合意に実体法的相殺禁止を見出だすならば、国際取引の決済を阻害することに連なる。したがって、このような合意により、相殺の抗弁が不適法とされることはない。」として、いずれも問題を肯定的に解している。一応、否定説が多数説とされているが(小島=高桑編・前掲書73頁)、なお見解が分かれている。その他、酒井・前掲論文71頁注25参照。

(26) 実務では、契約の履行をめぐる紛争につき仲裁契約が結ばれる際は、不当な瑕疵担保の請求を排除する目的で、相殺禁止条項が入れられる場合もあると思われる。そこで、このような特約がない限り、反対債権につき

仲裁における相殺の抗弁の取扱い

手続の進行状況等を考慮したうえで、相殺の抗弁につき、判断することができる。⁽²⁸⁾」

7 おわりに

本稿は、国際民事訴訟法における相殺の取扱いに関する最新の論点、すなわち、仲裁手続において、相手方が相殺の抗弁として仲裁契約に包含されない反対債権を主張した場合の仲裁人の審判権限いかん、について、諸外国・諸機関の立法例および主としてドイツ並びにわが国の学説・判例を紹介した⁽²⁹⁾後、内包する諸問題について、若干の検討を試みたものである。一応、主として肯定説の立場から、3つの（解釈論的・立法論的）可能性を示唆したつもりであるが、結論としては、やや曖昧なものとなったかもしれない。

すなわち、第1は、商事仲裁法制の国際的調和の観点から、たとえばUNCITRAL 仲裁規則19条3項のような「主たる請求と同一の契約ないし法律関係」を要件とする規律が望ましいとする考え方、第2は、反対債権に対する申立人の裁判を受ける権利と手続的効率などとの調整が可能なスイス統一仲裁法（仲裁に関する協定）29条のような「仲裁手続の停止」を活用する考え方、そして、第3は、問題となる諸利益を総合的に比較衡量した結果、〈試案〉のような「申立人の請求との関連性」を主

仲裁契約がある場合や申立人の請求と同一の契約ないし法律関係から生じた場合に限らず、当事者間の公平および手続的効率の観点から、一般的に相殺の抗弁を許容する趣旨である。

(27) 反訴の場合でさえ、関連性があれば、国内はもちろん、国際裁判管轄の場面でも、管轄が肯定されている。

(28) 反対債権につき仲裁契約が存在するわけではないので、それに基づき相殺の抗弁が主張されても仲裁人は判断を義務付けられるものではなく、権能として許容する趣旨である。

(29) 時間的な制約もあり、比較法的には不十分なものといわざるを得ない。テーマの性格上も、今後機会を得て、フランス・アメリカ、その他の諸外国の学説・判例を調査し、本稿を補完するの必要を感じている。

な要件に、仲裁人の審判権限を広く認める代わりに、反対債権に係る仲裁判断には既判力を認めないとする考え方である。

以上、仲裁申立人の権利・利益に配慮しながら、指摘されている相殺の抗弁の機能を活かすことは、容易に解決の困難な作業といえよう。まだまだ論究が不十分であることは筆者自身のもっともよく自覚しているところであるが、本稿が、この問題に関心を持つ研究者・実務家に1つの基礎資料を提供できれば幸いである。

〔追記〕 本稿は、名城大学国際商事仲裁プロジェクト（座長・松浦馨教授）「アジア・オセアニアの国際商事仲裁制度活性化の条件と方策」（私立大学学術フロンティア推進事業）における研究成果の一部である。