



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	民事判例研究
Author(s)	吉田, 邦彦; 葉, 昕
Citation	北大法学論集, 72(1), 155-180
Issue Date	2021-05-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/81561
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_72_1_05_Yoshida.pdf



民事判例研究

吉田邦彦
・葉 昶

再生債務者に対して債務を負う者が自らの関係会社の債務者に対して有する債権を自働債権としてする相殺の可否（最判平成28年7月8日第二小法廷判決）
（平成26年（受）865号、民集70巻6号1611頁、清算金請求事件、破棄自判）

I. 事実関係

X〔リーマン・ブラザーズ証券株式会社〕（原告・控訴人・上诉人）は、米国法人B〔LBHI〕の子会社であった。他方、Y〔野村信託銀行〕（被告・被控訴人・被上诉人）及びA〔野村證券（株）〕は、同一の完全親会社〔野村ホールディングス（株）〕に属する関係会社である。平成19年2月1日、XはYとの間で、基本契約（以下「本件基本契約」という）を締結し、通貨オプションと通貨スワップ取引（以下「本件デリバティブ取引」という）を行っていた。

本件基本契約には、一方当事者の信用保証提供者が破産決定その他救済を求める手続の開始を申し立てた場合に、当該当事者につき期限利益を喪失し、当事者間のすべての取引が上記手続の開始または申請の直前の時点で終了することになり、他方当事者は、自ら及びその関係会社が当該当事者に対して有する債権と、当該当事者が他方当事者及びその関係会社に対して有する債権とを相殺することができる旨の条項（以下「本件相殺条項」という）が定められていた。

Xの信用保証提供者たるBが平成20年9月15日に米国連邦倒産法第11章の適用申請を行ったことにより、本件取引は期限前に終了した。XがYに対して清算金債権甲（4億3150万余円）を取得した。AはXとの間で、平成13年11月26日に本件基本契約と同様の基本契約を締結し、取引を行っていたが、同取

引が平成20年9月15日に終了したため、Xに対し、同基本契約に基づき、清算金債権乙(17億1168万余円)を取得した。

Xは、平成20年9月19日に、再生手続開始の決定を受けた。Yは再生債権の届出期間内である同年10月2日にXに対し、本件相殺条項に基づき、甲債権と乙債権とを対等額で相殺する旨の意思表示をした(以下「本件相殺」という)。なお、Aは同日、Xに対し、本件相殺に同意する旨を通知した。XはYに甲債権の支払を求める訴えを提起し、Yが再生手続開始後にAから乙債権の債権譲渡を受けて本件相殺を行ったのであり、本件相殺は民再法93条の2第1項1号又はその類推適用により無効であると主張したが、Yは相殺への合理的期待が認められ、本件相殺は民再法92条の規定する相殺権が行使できる場合に該当する旨の主張をした。

第一審(東京地判平成25年5月30日金判1421号16頁〔民集70巻6号1640頁以下〕)は、本件相殺条項の法的性質をYがAから同意を得ることを停止条件として、相殺を行う権限をYに認めたものと解した上で、「再生債務者に対して債務を負担する者が、再生手続開始前の時点において、他者の同意を得ることを停止条件として他者の再生債務者に対して有する債権を相殺に供する権限を認める内容の契約を再生債務者との間で締結しており、その後、再生手続開始後になって停止条件が成就するなどして、確定的に相殺に供する権限を得て相殺適状が生じて行う相殺は、再生手続開始時点において再生債権者が再生債務者に対して債務を負担している場合と同視できる程度に、相殺の合理的期待が存在すると認められ、かつ、その相殺適状が生じた時点が債権届出期間の満了前であるときに限り、民再法92条によって許され、民再法93条の2第1項1号によって相殺が禁止される場合には当たらないと解するのが相当である」とし、本件相殺の有効性を認め、Xの請求を棄却した。

原審(東京高判平成26年1月29日金判1437号42頁〔民集70巻6号1710頁以下〕)は、本件相殺条項の法的性質につき一審と同様の判断をした上で、本件相殺は二者間の相殺ではないと認めつつも、「本件相殺条項の合意時において、XとYは、関係会社を含めたグループ企業同士で総体的にリスク管理をすることを企図しており、本件相殺条項のような三者間相殺を定めた契約は、分社化が進んだ金融機関のデリバティブ取引における慣行といえる程度に広く用いられていたと推認されること等からすれば、本件相殺は、再生手続開始の時点で再生債権者が再生債務者に対して債務を負担しているときと同様の相殺の合理的期

待が存在するものと認められ、かつ、再生債権者間の公平、平等を害するものであるとまでとはいえない」とし、本件相殺の効力を認め、Xの控訴を棄却した。これに対し、Xは上告受理を申し立てた。その理由としては、民事再生法92条は、二者間相殺しか認めておらず、それが合理的な期待の前提である。グループ全体でのリスク管理は、「相殺の合理的期待」とはまったく異なる概念であり、そこで主張される三者間相殺は、海外(米国)でも否定されていて、それへの合理的期待は、法的な保護に値しないなどとする。

Ⅱ. 判旨

破棄自判(小貫芳信裁判長・千葉勝美・鬼丸かおる・山本庸幸各裁判官全員一致)。

(1) 法廷意見

「相殺は、互いに同種の債権を有する当事者間において、相対立する債権債務を簡易な方法によって決済し、もって両者の債権関係を円滑かつ公平に処理することを目的とする制度であって、相殺権を行使する債権者の立場からすれば、債務者の資力が不十分な場合においても、自己の債権について確実かつ十分な返済を受けたと同様の利益を得ることができる点において、受働債権につきあたかも担保権を有するにも似た機能を営むものである。上記のような相殺の担保的機能に対する再生債権者の期待を保護することは、通常、再生債権についての再生債権者間の公平、平等な扱いを基本原則とする再生手続の趣旨に反するものではないことから、民事再生法92条は、原則として、再生手続開始時において再生債務者に対して債務を負担する再生債権者による相殺を認め、再生債権者が再生計画の定めるところによらずに一般の再生債権者に優先して債権の回収を図り得ることとし、この点において、相殺権を別除権と同様に取り扱うこととしたものと解される(最高裁昭和39年(オ)第155号同45年6月24日大法廷判決・民集24巻6号587頁、最高裁平成21年(受)第1567号同24年5月28日第二小法廷判決・民集66巻7号3123頁参照)。

このように、民事再生法92条は、再生債権者が再生計画の定めるところによらずに相殺をすることができる場合を定めているところ、同条1項は『再生債務者に対して債務を負担する』ことを要件とし、民法505条1項本文に規定する2人が互いに債務を負担するとの相殺の要件を、再生債権者がする相殺においても採用しているものと解される。そして、再生債務者に対して債務を負担する者が他人の有する再生債権をもって相殺することができるものとする

は、互いに債務を負担する関係にない者の間における相殺を許すものにはかならず、民事再生法92条1項の上記文言に反し、再生債権者間の公平、平等な扱いという上記の基本原則を没却するものというべきであり、相当ではない。このことは、完全親会社を同じくする複数の株式会社がそれぞれ再生債務者に対して債権を有し、又は債務を負担するときには、これらの当事者間において当該債権及び債務をもって相殺することができる旨の合意があらかじめされていた場合であっても、異なるものではない。

したがって、再生債務者に対して債務を負担する者が、当該債務に係る債権を受働債権とし、自らと完全親会社を同じくする他の株式会社が有する再生債権を自働債権としてする相殺は、これを行うことができる旨の合意があらかじめされていた場合であっても、民事再生法92条1項によりすることができる相殺に該当しないものと解するのが相当である。」

(2) 千葉裁判官の補足意見

千葉裁判官は、その補足意見で、まず「本件相殺的処理が許容されるのは、民再法92条1項の規定する相殺に該当する場合であるから、民法505条の定める相殺に当たると評価できるものでなければならない」と述べた上で、本件において相互性要件が実質的に認められるかを問題としている。

この点について、本件相殺処理は、当事者間あるいはそれを構成員とする企業グループ間において、経済的合理性、相当性を有するものであり、相殺的処理による債権回収への合理的期待が、当初から存在している。とはいえ、本件相殺条項にいう「関係会社」とは具体的にどの法主体なのか、が当初から特定されているわけではないこと、その「関係会社の同意」も当然に予定されているわけではないことからすれば、関係会社であるAは、Yと一体性を有しているとして相互性の要件を満たしているとまで評価することはできないとしている。

最後に、今後、本件相殺的処理のようなリスク管理の必要性・合理性を承認してよいとする共通の認識が広く醸成されてくるような状況が生じてきた場合に、「関係会社」をより制限しておくことによって上記92条の該当性を肯定してよいか、また、立法により民再法92条等が許容する相殺とは別個の債権者平等原則の例外となる債権債務の差引清算の措置を採用するかについて、慎重な検討が求められると述べている。

Ⅲ. 評釈（その1）（葉）——三者間相殺における相互性要件の補完可能性の見地から

1. はじめに

本件は、再生債務者に債務を負う者が、再生債務者との間の相殺合意により、当該債務に係る債権を受働債権とし、自らの関係会社の再生債務者に対して有する債権を自働債権として行った相殺の効力を否定したケースである。一審と原審は、本件相殺の効力について、「再生手続開始時において、再生債権者が再生債務者に債務を負担しているときと同様の相殺の合理的期待の存在」を理由に、有効性を認めた。すなわち、民法505条に規定する相殺の一般要件としての相互性要件は、合理的相殺期待によって補完されると解される。これに対し、本判決は、相殺の担保的機能への合理的期待は、通常、債権者平等原則に反するものではないから、再生手続開始時において再生債務者に対して債務を負担している再生債権者による相殺が原則として、民再法92条により認められることに言及したが、仮に二者間相殺と同視できる合理的相殺期待が存在している場合には、民再法92条の類推適用の可否を検討せず、厳格な文言解釈で本件相殺を認めなかったものであり、「あまりに形式的な、木で鼻を括ったような回答にとどまっているとの印象も否めない」と思われる¹。そこで、三者間相殺の場合に、合理的相殺期待により相互性要件は補完されるかが問題となる。

また、近時、フランスの判例により発展してきた牽連性という概念によって、相殺の担保的機能が実現される場合では、相互性要件は、代替されるとする見解も主張されている²。千葉補足意見も、「YとAとの組織ないし営業上の一体性を認め、当該デリバティブ取引におけるXに対する共通の当事者とみることが不可能ではなく、相互性の要件を満たしていると解される余地がある」と指摘している。そこで、本件において、同一の企業グループに属する関係会社の間に、組織ないし営業上の一体性が認められれば、甲乙債権の牽連性によって、相互性要件は補完されるかが問題となる。本評釈は、合理的相殺期待と牽連性を中心に、相互性要件の補完可能性を検討し、三者間相殺の倒産手続上の

¹ 山本和彦「三者間相殺の再生手続における効力—最二小判平28. 7. 8を手掛りに—」金融法務事情2035号（2016年）10頁。

² 深川裕佳『相殺の担保的機能』（信山社、2008年）302頁以下、同『多数当事者間相殺の研究』（信山社、2013年）139頁以下。

効力を考察してみたい。

2. 合理的相殺期待で相互性を補完する可否

相殺と差押えとの優劣について、最大判昭和45年6月24日判決（民集24巻6号587頁）は、「受働債権につきあたかも担保権を有するにも似た地位が与えられる」という担保的機能を明示し、無制限説を採用した。その後、実務では、相殺は、典型担保より確実・簡便・迅速に債権を回収することができるという利点があり、金融機関はその担保的機能に強い期待を持ち、とりわけ預金相殺が「最強の担保」という観念が定着した³。倒産手続においては、相殺の担保的機能（合理的相殺期待）を保護するために、倒産手続によらないで相殺により債権を回収することが、原則として許容されて（破産法67条1項、民再法92条1項前段）、相殺は別除権と同様の地位が与えられるが、倒産法の相殺権を拡張する特別の取扱い（債権の現在化、金銭化等）が認められる場合を除き、民法上の相殺行使の要件は、なお倒産手続上の相殺権の行使を制約している。民法505条に要求される「相互性」要件は、倒産法においても、相殺権の行使が認められるための前提と思われる⁴。

しかし、合理的相殺期待の有無により倒産手続における相殺の可否を決める判例は多数存在する。本件については、形式的に条文の文言に合致しないものの、合理的相殺期待を正面に出して相殺を許容することは不可能ではないとする観点が存在する。具体的に言えば、相殺を禁止する側には合理的相殺期待の不存在を援用するが、相殺を許容する側にはより厳格な態度をとり、合理的相殺期待があっても相殺が許容されないという取扱いはダブルスタンダードであり、違和感を否定できない。少なくとも相殺を許容するためには、相殺の合理的期待、かつ、相殺によって債権者の公平・平等が害されないという二重の要件を要するとの立場が妥当であると思われる。本件において、一般債権者に三者間相殺条項の有無や関係会社の債権までモニターを求めることは相当ではないから、本判決は債権者の公平・平等の要件が欠陥していることを理由に、相

³ 畑知成ほか「〈パネルディスカッション〉倒産と相殺」事業再生と債権管理136号（2012年）17-18頁〔浅田隆発言〕。

⁴ 伊藤眞『破産法・民事再生法（第4版）』（有斐閣、2018年）506頁、山本和彦ほか『倒産法概説』（第2版補訂版）（弘文堂、2015年）249頁〔沖野眞已執筆〕。

殺が認められないのであり、相互性要件が充足しないとしても、合理的相殺期待で相殺の許容を決める途が完全に閉ざされたわけではないと考えられる⁵。

これに対し、民再法92条1項に規定する「債権債務の相互対立」を絶対的要件として、それを合理的相殺期待の有無によって調整する余地はないとする見解も主張されてきた⁶。具体的に言えば、民再法上の相殺関連規定を、絶対的要件と相対的要件とに分けることができ、民再法92条1項、93条1項1号⁷及び93条の2第1項1号は前者に属し、民再法93条1項2号ないし4号及び93条の2第1項2号ないし4号は後者に属する。絶対的要件は相殺の許容要件を一義的に定めているのに対し、相対的要件は原則的要件を設ける一方でその例外を規定している。相対的要件の例外規定（民再法93条2項2号、93条の2第2項2号）の中には、「前に生じた原因」という評価性のある概念が含まれて、自働債権または受働債権の取得の時期や相殺権者の認識との関係で、相殺の担保的機能を保護すべきかどうかについて判断の幅があり、合理的相殺期待は其中で形成されたものである。

この問題を明らかにするためには、従来、合理的相殺期待はどのような範囲で如何に運用されてきたかを検討する必要がある。以下では、裁判例において、合理的相殺期待という概念の運用領域及びその内容を整理する。

（Ⅰ）最判平成17年1月17日（民集59巻1号1頁）

YはXとの間に保険契約を締結していた。Xが破産宣告を受けた後に、YはXの解約により負担した解約金返還債務を受働債権とし、自らのXに対して有する損害賠償債権を自働債権として相殺する旨の意思表示をした。判例は、破産法67条2項後段の趣旨は、破産手続開始前に成立している期限付・停止条件付債務を受働債権とし、破産債権を自働債権とする相殺の担保的機能に対して有する期待を保護しようとする点にあると解し、特段の事情のない限り、破産手続開始後に期限が到来したとき、または条件が成就したときに、期限付・

⁵ 山本和彦・前掲注（1）10頁以下。

⁶ 伊藤眞『「相殺の合理的期待」はAmuletum（護符）たりうるか—最二小判平成28年7月8日の意義』NBL 1084号（2016年）9頁以下。

⁷ ただ、民再法93条1項1号に関して、再生手続開始前に成立した停止条件付債務が再生手続開始後に停止条件成就した場合に、合理的相殺期待の有無により相殺の可否を判断するという例外も存在する。伊藤眞・前掲注（6）13頁。

停止条件付債務を受働債権とする相殺が認められるとした。

(Ⅱ) 最判平成24年5月28日(民集66巻7号3123頁)

Y銀行は、XがAに対して負う債務について、Xの委託を受けることなく、Aから保証料を徴して、Aとの間に保証契約を締結した。YはXについて破産手続が開始された後に、Aに保証債務を履行し、それにより取得したXに対する求償権を自働債権とし、Xが自らに対して有する預金返還債権を受働債権として相殺する旨の意思表示をした。判例は、本件求償権は破産法2条5項にいう「破産手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権」に該当し、破産債権であると判示した上で、「本件相殺を認めることは、破産者の意思や法定の原因とは無関係に破産手続において優先的に取り扱われる債権が作出されることを認めるに等しいものといえることができ、この場合における相殺に対する期待を、委託を受けて保証契約を締結した場合と同様に解することは困難というべきであり、そして、本件相殺は破産手続開始後に、破産者の意思に基づくことなく破産債権を行使する者が入れ替わった結果相殺適状が生ずる点において、破産手続開始後に他人の債権を譲り受けて相殺適状を作出した上同債権を自働債権として相殺に類似する」ことを理由に、破産法72条1項1号の類推適用により相殺を認めなかった。

(Ⅲ) 最判平成26年6月5日(民集68巻5号462頁)

再生債務者であるXは、Y銀行との間に管理委託契約を締結し、YからAに対する投資信託受益権を購入した。上記管理委託契約によれば、XはYに信託契約の一部解約の実行を請求することを条件に、Aが解約すると、その解約金がYに振り込まれ、YはXにこれを支払うことが定められていた。その後、Xは支払停止となり、Yはそれを知りつつも、XのAに対する解約実行請求を代位行使した。YはAから解約金を受領したことにより負担した解約金返還債務を受働債権とし、Xに対して有する保証債権を自働債権として相殺を主張した。

判例は、危機時期における債務負担は民再法93条2項2号に該当する場合、相殺の担保的機能に対する再生債権者の期待は合理的なものであって、これを保護するとしても、債権者間の公平・平等に反するものではないと述べた上で、①解約実行請求がされるまでは、本件受益権につき、全ての再生債権者がXの責任財産としての期待を有していること、②本件受益権につき、Xは原則として自由に他の振替先口座への振替をすることができ、Yの債務負担は確実に

あったとは言えないこと、③ Yは本件相殺をするために、他の債権者と同様に、債権者代位権に基づいて初めて行うほかなかったことから、本件の債務負担は同号にいう「前に生じた原因」に基づく場合に当たらないとし、相殺を認めなかった。

(Ⅳ) 検討

最判平成17年からみて、破産法67条2項後段によると、受働債権は期限付・停止条件付であっても、手続開始時に対立している債権・債務は手続開始後に、期限到来または条件成就により相殺適状となる場合、相殺権者の相殺期待は原則として手続開始後にも尊重される。また、最判平成24年の傍論からみて、委託のある保証の場合、保証人の事後求償権は、主債務者に対する弁済を停止条件としたものであって、それを自働債権とする相殺の行使も認められる。そこで、当事者間に期限付または停止条件付債権・債務の対立から生じた相殺期待は、手続開始後にも原則として尊重されると思われる。

しかし、破産債権者が、手続開始後に譲渡担保権の実行により負担した清算金支払債務を受働債権とする相殺について、破産者の債務不履行に基づく譲渡担保権の実行は、清算金支払債務の停止条件であると考えられるが、清算義務の発生及び清算金の金額は確定されていなくて、相殺期待が合理的なものではないため、相殺が認められない⁸。また、最判平成24年のような無委託保証の場合、保証人は、手続開始時において、手続開始後に保証債務の履行により取得した求償権を自働債権として相殺する期待が存在している一方、破産者は破産財団に属するはずの債権が破産債権者の相殺により消滅することを予測できないので、無委託保証人の相殺期待は合理的なものではないと思われる⁹。この点について、合理的相殺期待の内容として、相殺を主張する側の相殺期待だけでなく、相殺される側及び一般債権者の「合理的相殺覚悟」も必要であるとする観点も存在する¹⁰。いずれにせよ、最判平成24年では、停止条件付債権を有する保証人の相殺行使を否定した理由は合理的相殺期待の欠如にあると評価することができる¹¹。そこで、期限付または停止条件付債権・債務の対立から生じ

⁸ 最判昭和47年7月13日民集26巻6号1151頁、伊藤眞・前掲注（4）517頁。

⁹ 坂川雄一「保証人の事後求償権と相殺—相殺権行使の可否の観点からの考察—」倒産実務交流会編『争点倒産実務の諸問題』（青林書院、2012年）277頁以下。

¹⁰ 森田修「『三者間相殺』論と民法・倒産法」司法研修所論集128号（2018年）96－97頁。

¹¹ ただ、相殺を「担保的権利」と捉えて、本件は、合理的相殺期待の不存在というより、

た相殺期待は、合理的なものである限り、破産法71条1項1号、72条1項1号（民再法92号1項1号、93条の2第1項1号）が適用されず、倒産手続開始後に保護されると思われる¹²。

また、最判平成26年は、危機時期に負担した債務を受働債権とする相殺の可否について、当該負担した債務が、民再法93条2項2号（破産法71条2項2号）にいう「前に生じた原因」から生じたものか否かによって判断するとした。同様に、危機時期に取得した債権を自働債権とする相殺の可否は、民再法93条の2第2項2号（破産法72条2項2号）にいう「前に生じた原因」により判断すべきであると思われる。さらに、「前に生じた原因」の該当性につき、ここでいう原因は、債務負担または債権取得を基礎づける直接の法律関係でなければならないという形式的な基準が考えられるが、実質的には「合理的相殺期待」というレベルで判断すべきであると思われる¹³。

したがって、合理的相殺期待は、期限付または停止条件付債権・債務の対立から生じた相殺期待、「前に生じた原因」によって、上記相殺禁止規定の適用を避けることができるかを判断するための評価的基準であり、「絶対的要件」である相互性要件を補完するものではないと思われる。

さらに、相殺権（合理的相殺期待）が倒産手続において、別除権と同様に位置付けられる根拠は、「より低い費用による信用供与、より長期間の信用供与、

むしろ破産者の意思の基づくことなく、破産者の財産上に「担保的権利」を生じさせることが破産者の財産管理権の侵害であるという「財産管理権尊重論」によって相殺を制限したものであるとする見解もある。栗田隆「無委託保証人が主債務者の破産手続開始後に保証債務を履行したことによる求償権の破産債権性と相殺制限」関西大学法学論集62巻6号（2013年）314頁。

¹² 停止条件付債務を受働債権とする、倒産手続開始後に条件が成就した場合になされる相殺につき、合理的相殺期待という限定要件は不要であり、ある債務は停止条件付であっても、それは倒産手続開始時に倒産財団に組み込まれるべき財産の価値変形物である場合、有効な担保権が設定されていない限り、相殺に関する倒産実体法上の停止条件付債務に該当しないという解釈論により、相殺許容範囲を限定すると主張する見解もある。岡正晶「倒産手続開始時に停止条件未成就の債務を受働債権とする相殺—倒産実体法改正に向けての事例研究—」田原睦夫先生古稀・最高裁判事退官記念『現代民事法の実務と理論・下』（金融財政事情研究会、2013年）155頁以下。

¹³ 山本和彦「相殺の合理的期待と倒産手続における相殺制限—最一小判平26. 6. 5を契機として—」金融法務事情2007号（2014年）10頁。

より信用度の低い債務者に対する信用供与などを実現する」ことができるという機能にあると理解すると、合理的相殺期待が認められるためには、与信者と与信先との間に、与信者の与信先に対して有する債権を自働債権、与信先の与信者に対して有する債権を受働債権とする相殺を担保と見て、与信者が信用を供与する取引を行っていることが必要である¹⁴。したがって、自働債権者は、期限付または停止条件付債権・債務の対立により相殺期待を持っているにもかかわらず、当該相殺期待が信用供与取引に基づくものではない場合、合理的相殺期待が認められず、倒産手続で別除権と同様に取り扱うことができない。これに対し、合理的相殺期待は債務者が危機に陥る前に存在している限り、その相殺期待は倒産手続で保護されるので、合理的相殺期待を基礎とした「期限付または停止条件付債権・債務」と「前に生じた原因」とが同義であり¹⁵、統一的に把握することができる。そうすると、合理的相殺期待はあくまでも期限付または停止条件付債権・債務の対立から生じた相殺期待の保護範囲を限縮するための概念である。それは、債権債務の対立という相互性要件の充足を前提とした相殺範囲の限定要件であり、それをもって相互性要件を補完することは無理であろうという結論がより明瞭となると思われる。

ところが、停止条件が未成就であれば債権債務はまだ発生していないとすると、停止条件付債権・債務につき条件成就時の相殺を保護することは、債権債務の対立が存在しない段階で相殺期待を保護することとなる。その保護根拠が担保権同様の機能を果たせることにありと理解すると、仮に停止条件付債権・債務の対立から生じた相殺期待と同様の担保的機能が三者間相殺合意にも認められれば、相互性要件は一定程度に合理的相殺期待により補完されると評価できるのではないかと考えられる¹⁶。しかし、上記判例の立場から見て、合理的

¹⁴ 中西正「いわゆる『合理的相殺期待』概念の検討」事業再生と債権管理136号（2012年）47頁以下。

¹⁵ 中西正「民事再生法上の相殺禁止と投資信託解約金支払債務との相殺—最高裁第一小法廷平成26年6月5日判決の検討」銀行法務21第775号（2014年）32頁。

¹⁶ 宇野瑛人「相殺権における『相互性』と『合理的相殺期待』についての覚書」東北ローレビュー5号（2018年）41頁。ただ、論者は、現状の合理的相殺期待論を前提とする限り、相互性要件を厳格に解釈し、他のアプローチにより三者間相殺の可能性を検討すべきであるとする。また、この問題は、差押えと相殺との場合にも存在する。すなわち、差押え後に取得した債権であっても、差押え「前の原因」に基づいて生じたも

相殺期待は、あくまでも危機時期内または手続開始後の債権取得・債務負担による相殺が禁止されるという「時的制約」を緩和する概念であり、相互性要件という「主体の制限」を緩和して、担保的機能が認められる範囲を法定相殺以上に拡張させるものではない¹⁷。合理的相殺期待によって優先弁済を受ける利益を享受するためには、基準時に厳格的な債権債務の対立が存在しないとしても、少なくとも相殺権行使時に当事者間に債権債務の対立を作出しなければならない。三者間相殺合意の担保的機能をいくら強調しても、相殺行使時に当事者間に債権債務の対立がなければ、相殺という制度を利用して担保の効果を享受する期待が認められない。

また、倒産手続で相殺権を許容する根拠は、債権者は倒産者に対して全額の債務を履行しなければならないのに、倒産者から割合的な弁済しかを受けられないという当事者間の不公平を防ぐことにあると思われる¹⁸。そして、この公平の観点から見れば、相互性要件が充足している二者間相殺の場合、当事者間の公平を保護するために、相殺の担保的機能を認めて、当事者間の債権債務の決済・清算の必要性に優先させても、一般債権者間の公平・平等原則に違反するとは言えない。これに対し、相互性要件が充足していない場合に、当事者間の公平を保護する必要性が考えにくいので、安易に三者間相殺を認めると、特定の債権者に法律上の根拠なく担保的利益を与えることになってしまい、一般債権者間の公平・平等が害される恐れがある。したがって、合理的相殺期待により相互性要件が補完されるということに消極的な態度をとるのが妥当だと言ってもよからう。

3. 牽連性で相互性要件を補完する可否

合理的相殺期待により相互性要件の緩和を求めるアプローチと異なり、債権債務の間に牽連関係が認められる場合に、当事者間の公平を保護する必要性が

のであるとき、当該債権を自働債権とする相殺も民法511条2項により許容されている。この場合、基準時に債権債務の対立があるといい難いから、「前の原因」を合理的相殺期待と同義のものと理解すると、合理的相殺期待により相互性要件が補完されるのではないかと考えられる。

¹⁷ 中田裕康「3当事者間の相殺」『デリバティブ取引に係る諸問題と金融規制の在り方』（金融法務研究会、2018年）17頁。

¹⁸ 河野正憲「判批」法政論集274号（2017年）288頁。

高いので、牽連性により、三者間相殺を二者間相殺と同視して、相互性要件が補完されて、相殺を認めるべきではないかという仮説も考えられる。しかも、その仮説は既存条文に法的根拠を見いだすことはできなくはないと思われる。すなわち、民法469条2項2号は、債務者が対抗要件具備時より後に譲渡人に対して債権を取得した場合に、当該債権は対抗要件具備時の前の原因に基づいて取得したものではないとしても、当該債権は譲渡された債権の発生原因である契約に基づいて生じたものであれば、それを自働債権とする相殺を債権譲受人に対抗できると定めている。その規定は法定三者間相殺を認める典型例として捉える見解が有力である。その見解によれば、将来債権を譲渡した場合、将来債権の移転時期について、将来債権譲渡によって譲渡債権が直接に譲受人の下に発生する観点にせよ、譲渡債権が発生した瞬間に譲渡人から譲受人に移転する観点にせよ、民法469条2項2号は、相殺の意思表示をした時に、譲受人と債務者との間に、債権債務の対立がなく、相互性要件が充足していないまま、「譲受人・債務者・譲渡人の三者にまたがって存在する二つの債権の間の三者間相殺を定める特別の規定」であると思われる¹⁹。しかし、仮に将来債権譲渡の場合、相互性要件が満たされていないまま、相殺が認められる根拠は債権債務の牽連性にあるとしても、同号を手掛かりとして、相互性要件が牽連性により補完されるという結論に至るということが出来るかについて、なお疑問が残る。以下は、設例を通じて牽連性に関する近時の論議を概観した上で、牽連性により三者間相殺を認める余地を検討してみたい。

（Ⅰ）設例1

請負人Aと注文者Bの間に、請負契約が締結されていた。Aに対して貸金債権を有するCは、AからBに目的物の引渡しが行なわれる前に、AがBに対して有している債権を差し押さえた。その後、AはBに目的物を引き渡したところ、目的物に瑕疵があって、BはAに契約不適合に基づく損害賠償債権を取得した。

（Ⅱ）設例2

売主Aと買主Bとの間に、ある商品の継続的取引を内容とする基本契約が締結されていた。Aに対して貸金債権を有するCは、AのBに有する将来代

¹⁹ 深川裕佳「譲渡債権の『発生原因である契約』から生じた自働債権による三者間相殺（民法新469条2項2号）」東洋法学61巻3号（2018年）136頁。

金債権を差し押さえた後に、AB間に個別売買契約が締結されていた。AがBに目的物を引き渡したところ、目的物に瑕疵があり、BはAに対して契約不適合に基づく損害賠償債権を取得した。

(Ⅲ) 設例3 (最判平成7年7月18日判時1579号60頁)

請負人Aは、注文者Yに対して運送作業代金債権を有していた。AとYの子会社であるBとの間で、「Aは、不渡り、支払停止、差押え等の信用喪失事由が発生した場合には、期限の利益を喪失し、Bは、Aに対して有する債権を、Bの親会社であるYの各支店にあるAに対する債務と相殺することができる」とする条項を含む石油製品販売契約がなされていた。その後、Aの不渡りがあつて、XはAのYに対する運送作業代金債権を差し押さえた。Yは、BのAに対する債権と自働債権とし、AのYに対する債権を受働債権とする相殺の意思表示をBがしたことにより、債務が消滅したことを理由に、支払を拒否した。

(Ⅳ) 検討

設例1において、Aは、損害賠償債権が民法511条2項にいう「差押え前の原因に基づいて生じたもの」であることを理由に、相殺をCに対抗できるかが問題となる。差押えと相殺につき、改正民法は無制限説を明文化しただけでなく、倒産法との平仄を合わせるために、差押えの後に取得した債権であっても、差押え前の原因に基づいて生じた債権であれば、それをもってする相殺を認めることにした。「前の原因」の解釈について、「発生原因の全部が開始決定前に備わっている必要はなく、主たる発生原因が備わっていれば足りる」²⁰という倒産法上の一部具備説が参考になろうと考えられるが、それは破産法2条5項に規定する破産債権の該当性を巡る解釈であり、同項と民法511条2項との趣旨は異なるため、当然にそれを民法511条2項にいう「前の原因」の解釈に持ち込めるわけではない。設例1では、その「前の原因」は、売買契約か、目的物の引渡しかが問題となる。この点について、自働債権と受働債権との牽連関係の有無を手掛かりとして、相殺の合理的期待の有無を基準として判断する見解が有力である²¹。すなわち、AがBに有する債権は貸金債権である場合、貸金

²⁰ 伊藤眞・前掲注(4)280頁。

²¹ 石田剛「相殺における『相互性』『合理的期待』『牽連性』」法律時報89巻11号(2017年)169頁。

債権と契約不適合に基づく損害賠償債権との間に牽連関係がなく、Bは貸金債権をもって損害賠償債権を優先的に回収する期待して、Aと請負契約を締結したとは言えないので、合理的相殺期待が認められず、請負契約を「前の原因」とし、相殺をCに対抗できない²²。これに対し、受働債権は請負報酬債権である場合、両債権は同一の契約関係から生じたものであり、客観的な牽連関係があり、互いに担保視し合う関係に立つと解される。しかも、Bからの相殺は実質的に代金減額請求権の行使と評価することができ、Cは請負報酬債権につき、減額された価値しか把握していないので、その場合、請負契約は「前の原因」に該当し、相殺を認めるべきであると思われる²³。

設例2において、将来債権差押えと相殺につき、債権譲渡の場合と異なり、民法469条2項2号のような規定が設けられていないため、Bの相殺が認められるかが問題となる。この点について、民法469条2項2号の準用ないし類推適用の可否をめぐる、見解が対立している。否定説は、同号は「将来債権譲渡を促進するという特別の目的のために、基準時に相互性要件を充足しないため認められないはずの合理的期待を牽連性の存在ゆえ例外的に認めた規定」²⁴であり、将来債権差押えにつき、類推適用の基礎がなく、相殺を認めるべきではないとするのに対し、肯定説は、この場合にも、両債権は「同一の契約に基づくものであり、客観的な牽連関係を認めることができ、相殺を許容することが当事者間の等価関係を実現することにもなる」とし、将来債権譲渡につき、債権は譲渡人の下で発生してから、瞬時に譲受人に移転するとも考えられるので、民法469条2項2号は、債務者の合理的相殺期待を債権譲渡により奪われないことを趣旨とする確認規定に過ぎないと主張する²⁵。

²² 沖野眞己「相殺に関する民法改正法下の解釈問題—差押えと相殺における『前の原因』をめぐる」『民法（債権関係）改正に伴う金融実務における法的課題』（金融法務研究会、2018年）61頁。

²³ 中西正「民事手続法における相殺期待の保護（下）」NBL1048号（2015年）55頁、中井康之「相殺をめぐる民法改正—差押えと相殺・債権譲渡と相殺」今中利昭先生傘寿記念『会社法・倒産法の現代的展開』（民事法研究会、2015年）725頁。

²⁴ 石田・前掲注（21）168頁。

²⁵ 中井康之ほか「シンポジウム『相殺をめぐる民法改正と倒産手続—差押え・債権譲渡と相殺に関連して』」金融法務事情2036号（2016年）20頁〔中井康之発言〕、中井・前掲注（23）730頁。

ところで、設例3のような三者間にまたがる二つの債権の間に牽連関係があると認められれば、債権債務の対立がないまま、牽連性により相殺を認めるかが問題となる。この点につき、近時フランス法において、債権債務間の対立がなくても、債権債務の発生源たる契約が不可分契約集合体を構成する場合にも、牽連性が認められ、それにより相殺を許容するという判例法理が紹介されてきた²⁶。これに対し、日本の判例は、その場合における相殺について消極的な態度が見られる。すなわち、設例3では、自働債権は運送燃料としての石油代金債権であり、受働債権は運送作業代金債権であって、両債権の間に牽連関係があると考えられそうであるが²⁷、前掲最判平成7年7月18日は、本件相殺は、実質的にYに対する債権譲渡といえることを考慮すると、Yは差押え後にBがした相殺の意思表示をもってXに対抗できないとした。設例1と設例2で論じられた牽連性は、債権債務が同一の契約（基本契約）から生じた場合を前提としたものであり、債権債務が複数の契約からなる同一の取引関係から生じた場合には、当事者間の意思に基づく主観的な牽連関係をもって、相殺が許容されるとするのは、判断基準の明確さを追及する視点からすれば、行き過ぎではないかと思われる。しかも、民法469条2項2号は、牽連性により三者間相殺を許容するものであるとしても、同号の趣旨は主に将来債権譲渡の場合、債務者の相殺期待が債権譲渡により奪われることを防ぐことにあるから、同号を手掛かりとして、牽連性により相互性要件が補完されるという命題をどこまで一般化にすることができるかについて、なお慎重な態度をとるべきであると思われる。

4. おわりに

本判決は、合理的相殺期待の有無を検討しないまま、民再法92条1項に規定する相互性要件の欠如で三者間相殺を否定したものである。合理的相殺期待ないし牽連性の存在により相互性要件を実質的に取扱う余地があると考えられるが、従来、合理的相殺期待は、期限付または停止条件付債権・債務の対立から

²⁶ 稲垣美穂子「倒産法における三者間相殺可能性に関する考察」北海学園大学法学研究53巻3号（2017年）173頁以下。

²⁷ 深川裕佳「三者間相殺をめぐる判例法理の検討—三者間相殺の要件について—」東洋法学53巻2号（2009年）85頁。

生じた相殺期待、「前に生じた原因」によって、相殺禁止規定適用の可否という領域で論じられた概念であり、相互性要件を補完するものではない。また、実質的に言えば、二者間相殺の場合、当事者間の決済・清算を保護する必要性が高いので、衡平の観点から、合理的相殺期待の存在により相殺を許容しても、債権者間の公平・平等な扱いに反するものではない。これに対し、三者間相殺の場合、二者間相殺と同様な当事者間の公平が考えにくいから、安易に合理的相殺期待で相殺を認めると、特定の債権者に法律上の根拠なく担保的利益を享受させることになってしまう恐れがあるから、本判決が合理的相殺期待に言及しなかったことは妥当であり、従来の判例法理から逸脱したものではない。

そして、従来の牽連性に関する論議からみて、三者間にまたがる二つの債権の間に牽連性を認めることはまだ行き過ぎであり、民法469条2項2号を牽連性により相互性要件を補完することができるという命題の根拠とすることに慎重な態度をとるべきである。しかも、本判決において、XY間の取引とXAの間の取引とは別個のものであり、相殺条項が当事者間になされていても、牽連関係が認められることは無理であり、本判決の結論は妥当であろう。

ところで、相互性要件を実質的に解釈するというアプローチと異なり、相互性要件を文言通りに解釈することを前提として、「差引清算合意アプローチ」²⁸または「引き直しアプローチ」²⁹によって、三者間相殺の効力が認められる余地もあるように思われる。しかし、前者につき、本件では、Aの同意が再生手続開始後になされたものであり、手続開始前にXY間での差引清算合意の効力を当然にAに及ぼすことはできない³⁰。また、契約自由の原則から、差引清算合意が当事者の間で対内的効力があると一般的に思われるが、公示要件が存在しないので、対外的効力を認めるか否かについて、なお疑問がある。倒産手続では、そのような合意で債権債務関係は基準時前に清算されていることから、相殺禁止規定の適用が回避されると考えられるが、合意の効力発生時は基準時

²⁸ 三者間の差引清算合意が基準時前になされたものであれば、合意の効果として、債権債務関係が基準時前に消滅することになるため、三者間相殺と同様の効果が図られる。内田貴「三者間相殺の民事再生法上の有効性」NBL 1093号（2017年）17-18頁。

²⁹ 相殺条項を更改、保証等の合意と捉えることで、三者間相殺を二者間相殺に引き直して相互性要件の欠如を回避するものである。森田修・前掲注（10）79-84頁参照。

³⁰ 柴崎暁「一括清算と『三者間相殺』」比較法学51巻3号（2018年）58頁。

の直前であり、否認権の行使対象となる恐れがあると思われる³¹。後者につき、論者によれば、三者間相殺を二者間相殺に切り替えるためには、当事者間の債権の移転を検出できることが必要であり、本件のような当事者間に債権の移転を形成する手当てがなされていない場合に、三者間相殺の効力を認めるのは困難である。したがって、相殺禁止規定を避けるための防衛策としては、各当事者が、それぞれが負担している債務について、相互に保証するという方式は妥当であろうと思われる³²。

Ⅳ. 評釈（その2）（吉田）

1. 本判決の位置づけ

（1）関連裁判例には粗方、葉評釈でも触れられているが、ここでもう一度『本判決の判例上の位置づけ』を考えてみたい。すなわち、本判決は、三者間相殺（しかもデリバティブ取引〔スワップ取引、オプション取引〕に関する大規模相殺である）の倒産手続（民事再生手続）における可否が問われた最初のものであり、これに対して、消極的判断を下したものである。そして、三者間相殺の事例としては、平成7年最判（最判平成7年7月18日判時1570号60頁、金法1460号千葉恵美子）に続くものである（これは、個別執行に関する、（租税滞納処分としての）差押えと三者相殺の事案で、自身〔日通〕の子会社〔日通商事〕の給油代金債権を自働債権とし、作業代金を受働債権として相殺がなされたもの。債権譲渡を含むとし、差押後の本件相殺の意思表示は、差押債権者に対抗できないとした原審の判断を支持した。三者間相殺それ自体ができないとはしていないが、結局相殺の効果を実質的に否定している）。そして、平成7年最判当時「三者間にまたがる相殺予約の判例は殆ど見られない」とされていた（判時1570号（1995）62頁参照）³³。

³¹ 尾博憲ほか「『新春座談会』三者間相殺判決を読み解く——最二小判平28. 7. 8の意義と影響」金融法務事情2057号（2017年）20頁〔杉本純子発言〕。

³² 中舎寛樹「多数当事者間相殺契約の効力」堀龍兒ほか編・『担保制度の現代的展開』（日本評論社、2006年）348頁以下。

³³ もっとも戦前のもを採ると、大判昭和8年7月7日民集12巻2011頁判民135事件有泉は、破産管財人から株式競売不足金を請求された株主が、（自らの第三者に対する）手形金債権を自働債権とする相殺を主張した事例につき、第三者を債務者とする手形債権との相殺契約によっては相殺の効力は生じないとする原審は、洵に正当であると

(2) 本判決の論理を見ると、(三者間相殺を認めた) 1・2 審の立場を覆し、民事再生法92条に沿い、民事再生手続開始時における再生債務者に対して再生債権者による相殺だけを認めて——つまり「相互性」ある二者相殺に止め——、三者相殺は認めないとする結論だけ述べるのみである。しかも三者相殺の合意があるときもそうだとするのである。

これに対して、千葉勝美補足意見は、やや実質論をして三者相殺を認める余地も認めている。すなわち、相殺者と自働債権を有する関連会社の間(本件の A・Y 間)に組織・営業上の関連性から一体性が認められ、実質的に相互性要件を満たしていれば、民事再生法92条の類推適用の余地があるのだが(民集1619頁、1622頁、1624頁)、本件相殺はそれに当たらないとしている。また、次述する内田貴東大名誉教授意見書³⁴にも配慮を示し、(こうした三者相殺合意による)企業グループ全体のリスク管理はあり得るが、市場の寡占化に繋がり、債権者平等原則で許容される程度を越え、司法的解釈の範囲を超えるとする(1621頁、1624-25頁)。

(3) 関連裁判例として本判決が引用する平成24年最判(最判平成24年5月28日民集66巻7号3123頁、ジュリスト1469号柴田義明、私判147号【民手8】栗田隆)との関係にも言及されることが多いが³⁵、事案は、委託を受けない保証人による、破産手続開始後の保証債務履行の後、それによる求償権を自働債権、当座勘定解約による返戻金請求を受働債権とする相殺事例であり、代位弁済で債権譲渡が組み込まれるとなると、やや三者相殺的ではあるが、三者相殺の事案ではない(同判決では、破産法72条1項1号「手続開始後の他人の破産債権の取得に関する相殺禁止規定」を類推適用し、「相殺に関する期待」が異なると

する(有泉評釈(512頁)は、相殺の問題は起こりえないと支持される)。そして類似事案で、同大正6年5月19日民録23輯885頁(貸金請求について、第三者に対する150円の債権と相殺するとした事例)は、関係者の同意があれば三者間の相殺はできるとするようである(倒産事例ではない。また、相殺の相手方の承諾が必要だが、本件ではそれはないとしているので、傍論である)。木村和成「大審院民事判例集(民集)における判決登載基準について」立命館法学352号(2013)2806-2807頁も参照。

³⁴ 内田貴「三者間相殺の民事再生法上の有効性」NBL1093号(2017)(前掲注28)13頁以下に再録されている。

³⁵ 例えば、本判決(平成28年最判)に関する伊藤眞教授の論説(NBL1084号(2016)(前掲注6)5-6頁、森田修教授の評釈(法協135巻4号(2018)921頁以下)。

もして、相殺は認められないとした)。

本判決に注目するならば、比較参考に値すると思われるものとして、平成23年最判(最判平成23年11月22日民集65巻8号3165頁ジュリスト1444号榎本光宏、重判【民7】千葉恵美子、私判リ46号高橋眞、民商146巻6号生熊、判評647号園田賢治、法教405号水野謙、同平成23年11月24日民集65巻8号3213頁判例セレ[2012-Ⅱ]【民訴9】小原将照)も挙げられるべきであろう。各々倒産手続開始に前後して、代位弁済されて原債権の「財団債権」「共益債権」としての属性を継承し、倒産手続にはよらない優先的処理がなされているので、実質的に三者相殺が認められたに近い結果となっている(前者は、破産開始手続き前の代位弁済の事例なので、倒産手続開始の前後で判例は区別しているのかと思いきや、後者は、再生手続開始後の代位弁済事例なので、そう単純ではない)。この点、判例は混沌としている観がある。大方は、平成23年最判に従う論者が多いが、手続法学者からは異論も有力である³⁶所以である(私見としては、賛成論〔代位弁済インセンティブ論、倒産債権者棚ばた論〕もそれなりに説得的なので、手続の前後できちんと区別すべきだと思う)。

ところで、本件Xが相殺に反対する論拠としたのは、民事再生法93条の2第1項1号で、これは平成24年最判が論拠とした破産法72条1項1号に対応するものであるが、同じく近時の最高裁が「相殺の担保的機能の合理的期待」を否定する系譜として、同法93条1項3号(破産法71条1項3号[旧破産法104条2号]に対応する)の「支払い停止後に債務負担した場合」に関連する裁判例もある(最判昭和52年12月6日民集31巻7号961頁〔相殺者〔秋田銀行〕が自働債権としたのは手形貸付債権、受働債権としたのは、破産会社〔秋田科学(株)〕の支払い停止とはほぼ同時期に同社との当座勘定取引契約解除、その後預金口座開設、そこに同社の取引先から振り込まれた同社の預金債権である。相殺者と破産管財人との旧破産法104条2号に反する合意は無効だとした)、最判平成26年6月5日民集68巻5号462頁、ジュリスト1503号大森直哉、重判【民6】角紀代恵、【民訴10】佐藤鉄男〔やはり相殺者は、(再生債務者の)取引銀行〔みずほ銀行〕であり、自働債権は保証債権で、受働債権は、同銀行に預けられていた

³⁶ 例えば、山本和彦「労働債権の立て替え払いと財団債権」判タ1314号(2010)、長谷部由起子「弁済による代位(民法501条)と倒産手続」学習院大学法学会雑誌46巻2号(2011)の他、千葉・水野前掲など参照。

同銀行から購入した証券投資信託の受益権について、支払いの停止後に銀行の代位行使で解約された解約金請求権である事例。民事再生法93条1項3号で相殺は禁止され、92条2項2号（支払い停止を再生債権者が知る時より前の原因に基づく場合）で相殺が認められるとはいえないとする。前者は、取引先からの振り込みもあり、三者相殺に類似する面はあるが、後者はそうではないので、これ以上は立ち入らない。

2. 本問題へのアプローチの理論的枠組み

——合意（特約）アプローチと規範の（半）強行法規化

（1）（内田意見書（ないし米倉説）及びそこからの『本判決』の見え方）

本件最高裁への内田教授の意見書は、「合意尊重・重視アプローチ」とでも言うべきもので、実質的アプローチで、デリバティブ取引の実務にも適合的で、関係者には評価が高く（その関係の弁護士の原審支持のものとして、小野傑・金法2001号（2014）48頁）、ある意味でわかりやすいであろう。そして、相殺に関する合意重視アプローチの突き詰めの嚆矢は、例えば、米倉明教授の「相殺予約」の扱い方に示され³⁷、我が国における有力潮流であることは押さえておきたい（しかし同時に同教授は、「譲渡禁止特約の効力制限論」³⁸で示されたように、理論的にはそれと逆向きの方向性の議論もされており、私としては、そちらの方向性に理論的には強く共鳴する³⁹。つまりそこでは、「債権譲渡の自由」（466条1項）を強行法規的に機能させて、「特約の効力」を絞り込もうとする理論的方向性であり、そこには理論的矛盾をはらんでいることに留意しておきたい。もっともそこでも譲渡自由を強調されるから、リバタリアンという括り方ができるかも知れない。しかし私は長年同教授から教えを受けたものとして、教授が、業界寄りの保守主義[PPFK 主義]⁴⁰の信奉者だとはとても思わない。

³⁷ その方法論的特徴は、昭和45年最大判〔最大判昭和45年6月24日民集24巻6号587頁〕との関連で示され（米倉明「相殺と差押」ジュリスト460号（1970））、同「相殺の担保的機能」民法の争点（有斐閣、1978）（2版1985）で突き詰められている。

³⁸ 米倉明・債権譲渡——禁止特約の第三者効（学陽書房、1976）（初出、北大法学論集22巻3号、23巻1号、3号（1971～73））。

³⁹ さしあたり、吉田邦彦・債権総論講義録（契約法Ⅰ）（信山社、2012）111頁、178頁参照。

⁴⁰ アメリカの批判法学陣営が、保守論者のレジーム、つまり「私的所有権・契約自由」

「譲渡禁止特約」(債権法改正後は譲渡制限特約)の議論にしても、教授の議論は、金融業界とは緊張を孕むものであることにとも注意したい)。ともかくかかるリバタリアニズム(自由尊重主義)的なアプローチは有力なのであろうが、千葉補足意見がいみじくも示唆するように、ここでの問題分析としての考量因子は、「合意」だけでは足りないと言評者(吉田)も考える。

しかしそうした実質的なアプローチからすれば、本判決(とくに法廷意見)は、結論だけの「形式論理」(杉本・後掲解説(法学教室434号114頁))ないし「本で鼻を括ったような内容」だ(内田教授ほか)⁴¹と評価されるのである。因みに、この領域では事案は違うが、平成25年最判(最判平成25年2月28日民集67巻2号343頁、ジュリスト1462号山地修、重判【民6】藤澤治奈、判セレ【民5】深谷格、民商148巻3号北居)は、過払い金請求権と貸し金請求との相殺適状を否定しており、そこでの弁済期の到来要求も「形式論理的」であり(この事件では、1・2審は、相殺者(借主)の受働債権(貸し金請求)については、期限の利益の放棄を認めて相殺を認めて、同人からの根抵当権登記抹消請求を認めた。しかし、最高裁は、民法144条を厳格適用し、508条はここでは適用されないとして、それを覆した。しかし「時効期間満了後の相殺適状」は債権法改正でも検討されたようだが、その場合にも類推適用できないものか)、近時の概念法学の復権の一面を見る思いである。しかし、本件でも裏では実質論としてかなり侃々諤々の激しい議論の対立があり、その結果、共通認識が得られなかったのかも知れないとのことであり⁴²、できるだけそういうものを法律論に反映させるべきだというのが、我々の学んだ利益考量法学からのレッスンであり、以下にはもう少し理論的に実質論の整理をしてみよう。

(2) (『判旨』の理論的意義)

それでは、本判決では、何故民事再生法92条の「相互性」を厳格に要求するか、その裏の実質論理ないし制度的考量を考えてみることにしたい。三者相殺

(private property & freedom of contract) 尊重主義を、ちょっとキザにドイツ語風に標語化したものである。

⁴¹ 内田・前掲(注34)34頁。元は山本和彦「三者間相殺の再生手続における効力——最二判平成28・7・8を手掛りに」金法2053号(2016)(前掲注1)10頁の言葉。

⁴² 山本・前掲(注41)10頁注16参照。

は、講学上は、我妻博士によって論じられているのに⁴³、本判決の法廷意見は、それを受け付けない勢いである（もっとも我妻博士の叙述は、三者間に及ぶ場合の民法規定の記述であり、約定の三者相殺の範囲などの分析はない）。このスタンスの相違は、倒産場面における倒産債権者の平等保護要請が強いということであろうか（保護法益については、後述する）。

民事訴訟法・倒産法学者の多数が、内田教授とは異なり、本判決を基本的に支持し、その評釈・論説でなされていることは、理論的には、倒産手続における相殺規定の強行規定化の試みであろう。しかしこの潮流は既に民法学では20年ほど前からある。私もそういう総論的・理論的潮流には影響を受けて、従来暗黙裏に任意規定の強行法規化という見地から、各種金融取引規定による「特約」の効力制限論を試みている⁴⁴。そこでは扱わなかったが、重要な債権総論規定である民法415条、416条などは、強行法規化（半強行法規化）しているし（例えば、免責約款の規制論）、478条もそうである（免責約款があっても、無過失を要求する（大判昭和11. 2. 27民集15巻249頁）。その意味で、最判平成5年7月19日判時1489号111頁はやや甘い）、キャッシュカードに関する初期の事例であることに留意する必要がある）。

また相殺分野でも、かつてしきりに議論された「相殺と差押」に関する「制限説・無制限説」は、制限説（従来の民法多数説）には、相殺者の自働債権の期限が来ていない場合に、受働債権を履行せずにグズグズして、自働債権との相殺を待つという「不誠実さ」を規範的に掣肘するもので、特約を強行法規的に制限しようとする方向性がある（昭和39年最大判〔最大判昭和39年12月23日民集18巻10号2217頁〕はこの点で注目すべきスタンスである）、注目されたのであった。この立場は、こうした理論的バックアップのみならず、比較法的な支持を増大させるところであった（例えば、ドイツ法では、従来民法では制限説、破産法では無制限説であったが、1999年改正で、押し並べて、制限説の方向にシフトした）。しかるに、過般の債権法改正では、無造作に判例に揃えることとなり（新511条2項は、無制限説を、更に推し進めている）、批判的な

⁴³ 我妻栄・新訂債権総論（岩波書店、1964）322頁以下。

⁴⁴ 吉田邦彦「金融取引における民法典規定の意義——各種特約の横断的再検討」同・契約法・医事法の関係的展開（民法理論研究2巻）（有斐閣、2003）181頁以下（初出、法時71巻4号、6号（1999））。

再検討が必要であろう⁴⁵。

それらとの関係で、倒産法上の相殺禁止の各種規定の法規範的位置づけが問われているわけで、昭和52年最判などは、倒産法分野の強行法規化の先駆的事例として注目すべきものであろう。その意味で、伊藤眞教授らが近時「倒産法的再構成」と称して（山本和彦教授は、「倒産法公序」とする）論じられている⁴⁶ことも、その実質は、同様の理論的方向性であると思われる（民法文献には、あまり言及されないが）。そしてこれも実質的利益考量的アプローチである。

①（保護法益・考量因子）まず保護法益から考えると、第1に、一方で、相殺の合理的期待保護・担保的機能への配慮である（この点、従来の民法学は、この考量は、「制限説・無制限説」の論争に見られるように、『相殺拡大』的に作用した。しかし倒産法判例では逆向きであり、北大民事法研究会での伊藤隼准教授とのやり取りでは、倒産法研究者ではその方向での使い方が多いことを教えられた。同じ法益の意味づけの変遷である。そういう観点で、葉評釈を見ると、やはり限定的色彩があるかも知れない）。第2に、他方で、倒産債権者間の公平、平等（民事再生法155条1項、破産法194条2項、会社更生法168条1項）である（なお、森田評釈（注35）930頁は、この法益に批判的だが、賛同できない）。しかし他面で第3には、多数当事者の契約・複合取引、関連企業の増大、デリバティブ取引における多当事者化という現代的要請、それに対応した多当事者間のリスク処理をどう図るかという考量が求められることは否定できないのであろう。

②（相殺許可の基準）次に以上を踏まえた相殺拒否の基準であるが、法廷意見のように、厳格に二者間相殺に限るか、それとも千葉補足意見の如く三者相殺の余地を一応認めるかが、まず考えるべき分岐点だが、法廷意見では狭すぎる

⁴⁵ これについては、吉田邦彦「民法（債権法）改正について——その評価と展望」同・東アジア民法学と災害・居住・民族補償（中編）（民法理論研究6巻）（信山社、2017）278頁（初出、判時2270号（2015））、同「民法学と公共政策：近時の日本民法学変貌を踏まえて『債権法改正』を考える」北大法学論集70巻5号（2020）も参照。

⁴⁶ 伊藤眞「証券化と倒産法理——破産隔離と倒産法的再構成の意義と限界（上）（下）」金法1657号、1658号（2002）。山本和彦「倒産法の強行法規性の意義と限界」民訴雑誌56号（2010）、同「倒産手続における法律行為の効果の変容——『倒産法的再構成』の再構成を目指して」伊藤眞古稀・民事手続の現代的使命（有斐閣、2015）。山本教授は、民法90条だけを根拠とするが（1191頁）、それだけではないだろう。

と考えられる（上記第3の考量因子から）。

その上で、許否基準の1つとしては、再生手続（倒産手続）開始の前後という区切りであり、規定からも読み取れるところである（民事再生法92条1項ないし93条2項2号〔再生手続開始当時の債務負担、支払不能・停止を知る前に生じた原因による場合の相殺の許容〕と93条1項1号〔再生手続開始後の債務負担の場合の相殺禁止〕を比較せよ）。2つめに、債権譲渡へのチェックである（民事再生法93条の2第1項1号〔手続開始後の他人の再生債権取得の場合の相殺禁止〕。これは、破産法72条1項1号、旧破産法104条3号、ドイツ旧破産法48条3号に遡る）。そして3つめに、関連会社（本件でのAとY）の組織上・営業上の一体性（千葉補足意見）（高田・後掲評釈125頁は、関連性故に、二者間相殺と同視しうる場合とする）ないし契約相互の牽連性という基準である（フランス判例法）（稲垣論文⁴⁷⁾）。

以上は簡略な基準の見取り図にすぎないが、こうした中で山本和彦教授は、関連会社の一体性に関するモニタリングコスト（監視コスト）の問題を指摘し⁴⁸⁾、制度論的考察に及んでいることが注目される。その上で、再生債権者に三者間相殺までモニターさせることはしないという実質的判断から本判決が導かれたとするのである。しかしフランスにおける枠契約・集散的契約の事例についての柔軟な処理が示すように、複合契約の世界は、契約当事者の一体性の問題だけではない。三者相殺が、主体（人的一体性）ないし対象（契約相互の一体性）の見地から、当面は関係当事者にそのような相殺を「相互性」への類比を基準として、適宜出させ、他方で、再生債権者（倒産債権者）の平等性に

⁴⁷⁾ フランスのこの問題についての近時の判例法の動向については、稲垣美穂子「倒産法における三者間相殺可能性に関する考察」北海学園大学法学研究53巻3号（2017）（前掲注26）は的確に最新のフランス判例法の動向を伝えていて、参考になる。フランスでは、「牽連性」概念を基準に三者相殺を認め、単に主観的な主体の一体性のみならず、複数契約の不可分性からも相互依存性を認めたフランス破産院2014年9月23日判決があり、我が国の立場よりも広いことを示唆的だとする（178-181頁）。

同様に、深川裕佳「譲渡債権の『発生原因である契約』から生じた自働債権による三者間相殺（民法新469条2項2号）」東洋法学61巻3号（2018）（前掲注27）147頁以下、152頁以下もフランスの近時の判例動向から、枠契約のみならず同一の取引からの異なる契約であっても三者間相殺を認める方向性が伺えて、興味深い。

⁴⁸⁾ 山本・前掲（注41）10-11頁。

関するモニターは、再生債務者ないし監督委員（破産の場合には、管財人）にさせつつ、当面は暗中模索的な——倒産紛争を通じた——実践的掘り下げ及び実務の積み上げが続くことであろう。

その関係でも、一応の「相互性」基準を三面相殺で打ち出した本判決の制度設計における意味合い（その運営コストの低減）は少なくないと思われる（その意味で、その射程は、民事再生手続にとどまらない一般的意味を持つであろう）。なお、本件の特殊性として、デリバティブ取引で三者間相殺が認められると、野村グループという大手金融企業による独占的な満足が顕著で、それによる倒産法秩序の脅威が赤裸々になったという点もあり、それ故に最高裁は慎重になったということもあり、これは別の意味での制度的考量（千葉補足意見では、立法的考量とされる）であろう。だから中小規模の複合的取引の事案が出てきたら、また別途の対応がなされるのであろうか、この点もやや未知数のところも残されているのではないか。

いずれにしても、この後続的研究は、分担評釈者である葉君が、続けてくれるであろうことを祈りつつ、この蛇足的な評釈を終えることとする。

本判決については、岡田紀彦調査官の解説（ジュリスト1509号、最高裁判例解説平成28年度（法曹会、2019）〔18〕（元は、法曹時報70巻12号））、伊藤眞教授の論説（NBL1084号（前掲注6））、田頭章一教授の解説（重判【民訴9】）、杉本和士教授の解説（法学教室434号）、白石大准教授の検討（論究ジュリスト20号）、高田賢治教授の評論（私判リ55号【民手6】）、森田修教授の評釈（法協135巻4号）、山本和彦教授の論説（金法1053号）（前掲）、柴崎暁教授の論説（比較法学51巻3号）、萩澤達彦教授の評論（判評706号）などがある。

また、本判例評釈は、2020年12月25日オンライン開催の北大民事法研究会（北大民法理論研究会共催）で報告したものである。その場では、司会の伊藤隼准教授をはじめとして、東北大学の得津晶准教授他、多数の参加者からご意見を戴き、ご教示を得たことを記して、感謝申し上げつつ、読者諸賢のご教示をお願い申し上げる（なお、本稿の執筆は、ⅠⅡが、吉田・葉の共同執筆、Ⅲは葉の執筆、Ⅳは吉田の執筆である）。