

# 再生債務者に対して債務を負担する者が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、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するか

河野 憲一郎

最高裁平成28年7月8日第二小法廷判決(清算金請求事件, 平成26年(受)865号, 破棄自判, 民集70巻6号1611頁, 金判1500号4頁)

## 1. 事実

証券会社であるX(原告, 控訴人, 上诉人)は, 米国法人Aの子会社であった。また, 信託銀行であるY(被告, 被控訴人, 被上诉人)と証券会社であるB株式会社は, いずれもC株式会社の完全子会社である。

Xは, 平成19年2月1日, Yとの間で基本契約(以下「本件基本契約」という。)を締結し, 通貨オプション取引および通貨スワップ取引(以下, あわせて「本件取引」という。)を行っていた。本件基本契約には, 要旨次のような定めがある。

「⑦一方の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は, 当該当事者につき, 期限の利益を喪失する事由(以下「期限の利益喪失事由」という。)に該当することとなるものとし, 当事者間に存在する全ての取引は, 期限の利益喪失事由の発生に伴い行われる関連手続の開始又は申請の直前の時点で終了するものとする(以下, この定めにより当事者間に存在する全ての取引が終了することを「期限前終了」といい, その終了の日を「期限前終了日」という。)。①期限の利益喪失事由が生じ, 一方の当事者(甲)について期限前終了をしたときは, 他方の当事者(乙)は, 乙及びその関係会社(直接的又は間接的に, 乙から支配(議決権の過半数を所有することをいう。以下同じ。)を受け, 乙を支配し, 又は乙と共通の支配下にある法的主体をいう。以下同じ。)が甲に対して有する債権と, 甲

が乙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(以下「本件相殺条項」という。)。本件相殺条項は, 甲が再生債務者となった場合であっても, 乙が, 自らの関係会社が甲に対して有する債権を自働債権とし, 甲の乙に対する債権を受働債権として相殺することができる。」

ところで, 本件基本契約におけるXの信用保証提供者はAであったところ, Aは, 平成20年9月15日, 米国連邦倒産法第11章の適用申請を行い, 本件取引は, 期限前終了をした(基本契約要旨⑦参照)。これにより, Xは, Yに対して, 本件基本契約にもとづき, 清算金4億3150万8744円ならびに期限前終了日である同日から同年10月1日までの確定約定遅延損害金16万6841円および上記清算金に対する同月2日から支払済みの前日まで2%を365で除した割合を日利とする各日複利の割合による約定遅延損害金の支払いを求める債権(以下「本件清算金債権」という。)を取得している。Bもまた, 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て取引を行っていたところ, 同取引が平成20年9月15日に終了したため, Xに対して, 同基本契約にもとづき, 同取引の清算金17億1168万6829円の支払いを求める債権(以下「B清算金債権」という。)を取得した。

Xが, 平成20年9月19日に再生手続開始の決定を受けたことから, Yは, 再生債権の届出期間内である同年10月2日に, Xに対して, 本件相殺条項にもとづき, XがYに対して有する〈本件清算金債権〉とYの関係会社であ

るBがXに対して有する〈B清算金債権〉とを対当額で相殺する旨の意思表示をし（以下「本件相殺」という。）、同日、BはXに対して本件相殺に同意している旨を通知している。

平成23年11月1日、XはYに対して、本件基本契約にもとづき、清算金11億811万1192円および約定遅延損害金の支払いを求める訴えを提起した。その中でXは、Yの主張している〈本件清算金債権〉の〈B清算金債権〉での相殺は、三者間の相殺であって有効であるとは認められない、と主張している。

第一審（東京地判平成25年5月30日金判1421号16頁）は、Yによる相殺を有効と認め、これにより本件清算金債権はその全額が消滅したとして、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）も、本件相殺は、2当事者が互いに債務を負担する場合における相殺ではないが、再生手続開始の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ときと同様の相殺の合理的期待が存在すると認められ、かつ、相殺が再生債権者間の公平、平等を害しない場合には、民事再生法において制限される相殺には当たらないと解するのが相当であるとして、Xの控訴を棄却している。

これに対してXが、上告受理申立て。上告受理申立理由は、(1) 民事再生法は、「相殺の合理的期待」の有無による、再生債権者間の公平と公正の調整以前の問題として、再生手続開始時点において、相対立する債権債務関係が存在する二当事者間においてのみ相殺権を認めるという基本的な規律を設けているのであり（民事再生法92条）、またこの規律は、民事再生法が認めている優先的な回収行為以外に、当事者が合意によって優先的な回収権を認める担保権の創設を許容しないことによって担保されているものであって、原審がこれらの規律を無視して「相殺の合理的期待」の有無によってのみ、相殺権の範囲を画し、本件のような三者間相殺に対してまで相殺権を拡張することは、民事再生法92条1項の解釈を根本的に誤ったものである、(2) 仮に、本件相殺を二当事者間相殺と実質的同一性があるものと解しうる場合であっても、民事再生法93条の2第1項1号は、再生手続開

始後に他人の再生債権を取得して行う相殺を禁止しているところ、Yが、BのXに対する債権について処分権限を取得したのは、平成20年10月2日のことであり、本件相殺は、再生手続開始決定（平成20年9月19日）の後に他人の債権を譲り受けて行う相殺だということになるので、民事再生法93条の2第1項1号に該当し、同項柱書により相殺は禁止される、という。

## 2. 判旨

破棄自判。

「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

再生債務者に対して債務を負担する者が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する相殺は、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するか

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のは、互いに債務を負担する関係のない者間における相殺を許すものにほかならず、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する相殺は、これを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、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。

これを本件についてみると、本件相殺は、再生債務者であるXに対して本件清算金債権に係る債務を負担するYが、上記債権を受働債権とし、自らと完全親会社を同じくするBが有する再生債権であるB清算金債権を自働債権として相殺するものであるから、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いうべきである。

### 千葉勝美裁判官の補足意見

「1 本件相殺条項による相殺的処理と民事再生手続における効力

……本件相殺条項は、Yの『関係会社』の同意を停止条件として、XのYに対する債権と関係会社……のXに対する債権とを、相殺的処理により消滅させること（以下、これを『本件相殺的処理』という。）を認める旨を当事者間で合意するものである。「このような3者間の合意による相殺的処理は、……関係当事者間における債権債務の差引清算の合意の効力としては確かにあり得るところである」。

しかし、「再生債務者に破綻事由が発生しその財産が全債権者の引き当てになる事態が生じ、再生手続開始前であっても申立時……には法85条とほぼ同趣旨の弁済禁止等の保全処分が発令される等のいわゆる倒産状態になり、債務者にとって、自由な財産処分が許されなくなった場面……では、既に再生手続開始後と同じ法的規制を受ける状態が始まっており、法の規制が契約自由の原則に優先して働く」。「この場面では、……本件相殺的処理の有効性は、結局、それが債権者平等原則の例外として法が許容しているといえる場合に限り得るといわざるを得ない」。「具体的には、本件相殺的処理が許容されるのは、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「法定相殺とされるための要件のうち、特に、同一当事者間で互いに債権債務が存在していること（以下、この要件を『相互性』という。）が満たされているかどうかが問題となる」。

「2 本件相殺的処理における『相互性』の有無

……相殺について相互性が要求されるのは、相互に債権債務を有する当事者は、相手方の資力に関係なく信頼し合うものであるから、一方の当事者の資力が悪化しても、この信頼を裏切って相殺を禁ずることは、かえって不公平となるので、対当額で債権債務を消滅させる処理が公平に適するという考え方が制度の基礎にある。「本件において、Yは、Xに対して、その期限の利益喪失事由（経営破綻）発生時点で債権を有していたわけではなく、本件相殺条項によって関係会社の債権を自働債権として相殺的処理ができるとされていたにすぎ」ないので、「形式的には相互性の要件を満たしているとはいえない」。

「3 本件相殺条項の意味と『関係会社』の範囲等

……本件基本契約は、1992年版のI S D Aマスター契約（I S D A（国際スワップ・デリバティブズ協会）が作成したデリバティブ取引の標準契約書）に依拠したものであり、本件相殺条項は、I S D Aマスター契約にスケジュールと呼ばれる別紙として添付され、本件基本契約を構成している。そして、一般

に、デリバティブ取引は、……取引当事者間の債権債務が日々刻々変化する上、取引終了までは債権債務の状況がどのようになるかが判然としないものであり、取引当事者において期限前終了事由（経営破綻）が生じる場合のリスク管理が重要となり、そのため、本件のように、債権債務の相殺的処理によるリスクの低減ないし回避が方策として検討されることになる」。

本件相殺条項は、「グループ内で、直接又は間接に共通の支配下にある企業を『関係会社』として位置付けて、本件相殺的処理により取引契約の当事者でない関係会社の同意を条件とした上、その利益喪失者に対して有していた清算金債権を自働債権とし、利益喪失者の利益非喪失者に対する清算金債権を受働債権として、本件相殺的処理をして対当額において消滅させることにより、企業グループ全体のリスク管理を図ったものとみるべきである。このような処理は、分社化が進んだ金融機関におけるデリバティブ取引業界において一定程度採用されている状況にあるものと推察され……、少なくとも契約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は、経済的合理性、相当性を有するものであり、相殺的処理についての担保的機能や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いえよう。「しかしながら、〔(i)〕本件相殺条項は、X及びYが契約の当事者となっている本件基本契約を構成するものであり、そこでいう『関係会社』は、契約当事者が属する企業グループ内の共通の支配下にありグループに属する子会社ではあるが、本件基本契約外の第三者である。また、〔(ii)〕関係会社とは具体的にどの法主体なのか、が本件相殺条項等において当初から特定されているわけではなく、ましてや、関係会社とXとの間の債権の発生が、本件取引と同様のデリバティブ取引によるものであるといった限定もない。さらに、〔(iii)〕そ

の『関係会社の同意』も、本件相殺条項を含む本件基本契約締結時において、Xの経営破綻の際には本件相殺的処理に同意することが当然に予定されている関係にあるともいえない。なぜなら、経営破綻状態になった時点で、Yから照会された関係会社は、そもそも同意するかどうか、Yとのどのような条件……の下で同意するのか等は、その時点における関係会社の経営判断によることになるからである。

そうすると、……本件相殺条項により第三者的立場の関係会社を巻き込んだ相殺的処理は、……〔前記2の〕当事者間の信頼を基礎とするものではないといわざるを得ず、その点で相互性は認め難い。

### 3. 評釈

#### (1) 本判決の意義

本件は、デリバティブ取引の当事者間で、通貨オプション取引および通貨スワップ取引の基本契約を締結する際に、当事者のいずれかが再生債務者となった場合に（甲社）、再生債務者となった者に対して債務を負うこととなった者（乙社）が、その関係会社（丙社）において再生債務者となった者に対して有する債権を自働債権として相殺することを認める相殺条項（いわゆる三者間相殺の合意）の有効性が問題となった事案である<sup>1)</sup>。本件相殺は自働債権の当事者と受働債権の当事者が異なる相殺ではあるものの、今日の企業グループ化を前提してみると、形式的に見れば、当事者が異なるとはいえ、実質的に見れば、同じグループに属する当事者として異なるものではないと言い得る理解があるのではないかと付度されなくもないことから、最高裁の判断が待たれていたところ、最高裁は、相殺を有効としていた第一審判決および第二審判決を覆した<sup>2)</sup>。なお、本件において争われたの

1) 本判決の解説・評釈等としては、小野傑・金法2047号（2016年）4頁、伊藤尚・新・判例解説 Watch Web版（2016年）、伊藤眞『「相殺の合理的期待」はAmletum（護符）たりうるか—最二小判平成28年7月8日の意義』NBL1084号（2016年）4頁、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を手掛かりに—」金法2053号（2016年）6頁がある。

2) 金判1500号6頁の匿名解説参照。

再生債務者に対して債務を負担する者が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、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するか

は、あくまでも本件相殺が、民事手続法上許されるかということ、すなわち民事再生法92条1項によりすることができる相殺に該当するか、また同93条の2第1項第1号には該当しないかということであって、平時におけるその合理性や効力ではない<sup>3)</sup>。

## (2) 従来の裁判例・学説

### ① 裁判例

この問題に関する最高裁の先例というべきものは、管見の限りでは、見当たらない<sup>3)</sup>。また、従来の裁判例としては、本件の第一審判決および原審判決が挙げられるにとどまるが、いずれも本件相殺は民事再生法92条によって許され、かつ同93条の2第1項1号の相殺禁止には当たらないとしている。

まず、①本件第一審判決（東京地判平成25年5月30日金判1421号16頁）は、「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……るときに限り、……法92条によって許され、……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ず、結論としては、「本件相殺条項の直接の利害関係人間におけるリスク分配機能と再生債権者間の実質的平等などの取引界の支配的通念と

の整合性を総合考慮すれば、本件において、Yは……相殺の合理的期待を有していた」として本件相殺を有効とした。次に、②原審判決（東京高判平成26年1月29日金判1437号42頁<sup>4)</sup>は、「〔2当事者が互いに債務を負担する場合における相殺ではなくとも〕再生手続開始の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ときと同様の相殺の合理的期待が存在すると認められ、かつ、相殺が再生債権者間の公平、平等を害しない場合には、民事再生法において制限される相殺には当たらないと解するのが相当である」とした上で、本件においては、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の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、「再生手続開始の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、「再生債権者の公平、平等を害するとまではいえない」ので、「本件相殺は、民事再生法93条の2第1項によって相殺が禁止される場合に当たらず、同法92条により許容されるものと解するのが相当である」としている。

結局、いずれも「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様〔の〕、相殺の合理的期待が存在すると認められるときには、民事再生法による制限に服さないとするのである。

3) さしあたり三者間相殺が問題となった事案として、最判平成7年7月18日裁判集民事176号415頁が挙げられる。事案は、X（国）がBに対する租税債権の滞納処分にもとづきBのYに対する債権の支払いを求めて取立訴訟を提起したところ、第三債務者Yが、「Bに対して自働債権を有するAがB→Y債権を受働債権として相殺した」と主張したもので、YはAの親会社であった。最高裁は、AB間の「相殺予約に基づきAのした相殺が、実質的には、Yに対する債権譲渡といえることをも考慮すると、YはAがXの差押え後にした右相殺をもってYに対抗することはできない」と判断した。いずれにせよ、本件は個別執行における差押えとの関係で相殺の効力が問題となったケースであり、倒産手続における効力が問題となっているわけではない。

4) 原審判決の解説・評釈として、遠藤元一・金判1444号（2014年）2頁、小野傑・金法2001号（2015年）48頁、宇野英人・ジュリ1491号（2016年）111頁がある。

## ② 学説

三者間相殺契約が倒産法上有効かどうかという問題は、学説上もこれまで全く論じられては来なかった。そもそも三者間相殺および多数当事者間相殺の有効性やその要件について検討する本格的な研究が現れてきたこと自体が、非常に最近のことである<sup>5)</sup>。その代表的な研究においては、相殺適状により当然に相殺の効果が生ずるという古典的な法制を採用し、二当事者間で債権債務を持ち合うという「相互性」の要件を厳格に要求してきたフランスにおいても、三当事者間のうちで二社が実質的には一体と評価できる場合や、当事者間に債権債務の基礎となる基本契約（粹契約）が締結されている場合、または基本契約が存在するのと同様の、ひとつの取引関係から債権債務関係が生じている場合には、債権債務の「牽連性」が認められて三者間の相殺が有効とされていることが紹介され、これに示唆を得る研究が行われている<sup>6)</sup>。

本件相殺につき有効説を主張するY側訴訟代理人・内田貴元教授は、上記の債権債務に「牽連性」がある場合には三者間相殺を広く認めるという法理を立論の基礎に置く。すなわち、本件で問題となっているのは、同じ先端的金融取引に従事する、契約および企業グループの関係で結ばれた三者の間での差引清算の合意の効力なのであり、しかも当該取引から発生する債権債務には強い牽連性があるという事案であって、当事者間の相殺契約の効力を、債権債務の牽連性を問うことなく無限定に認めるべきか、という一般論が問題となっているわけではない、ということをまず指摘する。そして、このような強い牽連性が認められる債権債務を持ち合う当事者間においては、倒産リスクを最小限にするために、債権債務を差引清算する実務的必要性は高く、本件の相殺契約は、まさに以上のような必要

性から生み出された合意であって、そのような合意の効力を認めることには、金融実務上の十分な合理性が認められる、という。この見解によれば、本件はデリバティブ取引という同じ金融取引に関与する三当事者が、その取引から発生する牽連性の強い債権債務について、取引に参加している一当事者の倒産手続が開始する前に、差引清算することを合意した事案であるから、結論的には、三者合意による差引計算を、あえて二当事者の相殺に引き付けて、法92条の規律に乗せる必要はなくなる、という<sup>7)</sup>。

本件に関しては、Y側には、わが国の有力な民法学者・倒産法学者が意見書を提出しているが、同じく有効説を採る論拠として、本件相殺条項は、「関係会社」であるBが同意することを停止条件として、Bの有する債権の債権者をYに交代させることを内容とする債権者の交替を定めた更改契約またはこれに類する非典型契約とする趣旨の見解も見られる<sup>8)</sup>。これは、むしろ二当事者間の相殺に引き付けて、民事再生法92条に該当するとともに、民事再生法93条の2には該たらないとする見解と言えよう。

以上の有効説に対しては、原審判決のいう「相殺の合理的期待」を分析して、民事再生手続において妥当する債権者平等の観点から、本件相殺を民事再生手続において有効とすることに疑義を呈する見解も見られた<sup>9)</sup>。

## (3) 本判決の位置づけ

本件第一審、原審が本件相殺を有効としたのに対して、最高裁は、これを許されないとした。判決の論理を確認しておこう。

最高裁の判旨は4段落からなる。

第1段落では、民法上の相殺制度の目的および機能と民事再生法92条（破産法67条）の

5) 三者間相殺については、法定三者間相殺に関する我妻榮『新訂債権総論』（岩波書店、1964年）322頁以下の類型化以来、久しく研究されてこなかった。

6) 深川裕佳『多数当事者間相殺の研究』（信山社、2012年）139頁以下。

7) 本件への2016年3月1日付の内田貴元教授の意見書。

8) 第一審に提出された2010年6月21日および2012年5月30日付の松下淳一教授意見書。2012年6月1日付の中島弘雅教授意見書もこれに近い立場か。

9) 宇野瑛人・ジュリ1491号（2016年）114頁。

再生債務者に対して債務を負担する者が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、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するか

関係について、最判昭和45年6月24日民集24巻6号587頁判決と最判平成24年5月28日民集66巻7号3123頁を引用して、次のように説いていた。すなわち、「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、……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」と。これらは、まさに従来判決が相殺の趣旨につき述べた説示そのものであった。

続く第2段落では、これを踏まえて、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のは、(i)「再生債務者に対して債務を負担する」との民事再生法92条1項の文言に反すること、その結果、(ii)再生債権者間の公平、平等な扱いという基本原則(「債権者平等原則」)を没却するものであることが説かれ、第3段落で、「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、……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」との結論命題が示される。第4段落は、本件へのあてはめである。

本判決において決定的に重要な意味を持つのは、結論命題たる第3段落とその根拠を示している第2段落である。この点に関して、

判旨を卒然と読む限りにおいては、判決の理由付けは、いささか木で鼻を括るような感を与えないではない。けだし、本件相殺が、民事再生法92条1項の文言に反すること自体は、あくまでも形式的な論拠にすぎないし、これが債権者平等原則に反するか否かについては、本件第一審および原審は、むしろこれとは逆の判断を示していたからである。

しかし、法廷意見を注意深く読むと、本件相殺が「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ほかなら」ないことから、民事再生法92条1項の文言に違反し、債権者平等の原則に反していることが明確に読み取れよう。本判決に付された千葉裁判官の補足意見は、まさにこの点につき、法定相殺とされるための要件のうち、特に、同一当事者間で互いに債権債務が存在していること(=「相互性」)が満たされるかどうかの問題となるとして、詳細な議論を展開し補足をしたものであった。最高裁においては、単なる文言をめぐる形式的な点のみからではなく、相互性が要求される実質的根拠との関係で本件相殺の処理が民事再生法92条によって許される相殺に当たらないとされたであろうこと(補足意見2)、しかも、デリバティブ取引における三者間相殺の社会的有用性と可能性についてもかなり立ち入った検討がなされた上で(補足意見の3の部分)、最終的に判旨の文言に落ち着いたのであろうことが窺われるのである。

相殺に関しては、本判決も引用する最高裁昭和45年大法院判決が、いわゆる差押えと相殺の問題に関して「無制限説」に判例変更することを宣言して以来、金融実務および学説においては、「相殺の担保的機能」と「相殺の合理的期待」という言葉が、必ずしも十分な制度内在的裏付けのないままに、いささか一人歩きをしてきた感が否めない。そこでは金融実務の側からの債権回収上の便宜にかかる要請が、「相殺の合理的期待」というマジックワードによって、学説の後押しをも受けつつ正当化されてきた嫌いがある。「相殺の合理的期待」を理由に本件相殺を許した本件第一審判決および原審判決は、まさにこうした学説の下級審裁判例に対する悪しき影響を典

型的に示したものであったとも言えよう。本件最高裁判決は、このような「相殺の合理的期待」の有無を基準とする立場とは明らかに一線を画すものとして位置づけられる。

ちなみに、こうした本判決の位置付けの理解に対しては、判例速報の掲載誌の匿名解説においてははささか異なる理解が示されている。すなわち、「本判決は、要するに、……相殺に対する合理的期待の有無につき、倒産した債務者と、その債権者との間の債権・債務を自働債権・受働債権とする相殺を前提に判断されるべきものであ[る]……としたもの」と位置づけられる、という<sup>10)</sup>。しかし、こうした説明は、きわめてミスリーディングであろう。けだし、「相殺に対する合理的期待」の有無を基準に本件相殺的処理を有効とした第一審判決および原審判決は、これに引き摺られていわゆる生の利益衡量を行ったのであり、これに対して、最高裁は、むしろそうした態度を戒めるかのように、相殺制度の目的・機能に立ち返って立論を展開しているからである。「相殺の合理的期待」ということの意味するところは、必ずしも明らかではないが、一般的には、相殺予約を入れる場合を前提として、相殺をする側の主観的利益を指していると解され<sup>11)</sup>、むしろ議論の混迷を招く可能性が非常に大きい。かくて、最高裁は、下級裁判所への指導的意味合いをも含んで「相殺の合理的期待」には敢えて極力触れないこととしたとみるべきではなからうか。最高裁判例の掲載誌の匿名解説が持つ影響力には少なからぬものがあると思われることから、この点について、特に一言しておく。

#### (4) 本判決の評価と若干の展望

##### ① 本判決の評価

本件最高裁判決は、きわめて妥当なものと考えているが、なお分かりにくさは残っている。もっとも、それは相殺制度に関する理論的把握に関することであり、その責任は最高裁にあるというよりも、むしろ相殺制度に関する十分な理論の成熟に至っていない学説の側にあるとも見うる。よって、本来、相殺制度の理論的把握をめぐる問題それ自体については、判例評釈の枠内において軽々に論じるべきものではないのであろうが、最高裁の判断についての評価を示すにあたり必要な限りにおいて、多少立ち入って論ずることとする。

はじめに、そもそも民事再生手続開始という債権者平等が強く要求される状況の中で、なぜ相殺権者には他の再生債権者と異なった優先的取り扱いが正当化されるのか、が問題となる。この点につき、いわゆる〈相殺の担保的機能〉が語られ、法廷意見も判旨の冒頭でこれに言及しているが、なお問題なしとしない<sup>12)</sup>。けだし、もし文字通りに相殺を「担保としての機能」を持つものと考えれば、別除権者の場合と同様に、債権者平等原則との関係はそもそも問題とする余地はないからである。今一度相殺制度の趣旨に立ち返って考える必要がある。

相殺制度は、二人が互いに同種の目的を有する債務を負担する場合において、双方の債務が弁済期にあるときに、当事者の一方から相手方に対する単独の意思表示によって行われるものであり、これによって対立するに債権は相殺適状時に遡って対当額で消滅する(民法505条1項、同506条)。相殺については、さまざまな機能が問題となりうるが、次のような三分類が有用であろう<sup>13)</sup>。すなわち、①

10) 金判1500号9頁。

11) この点で、千葉補足意見が、相殺の担保的機能を立論の出発点とするのではなく、正面から相互性要件を論じていること、むしろ補足意見の3の部分では、「契約当事者間あるいはそれを構成する企業グループ間においては、〔本件相殺条項は〕経済的合理性、相当性を有するものであり、相殺的処理についての担保的機能や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いえよう(傍点筆者)」と述べていたことが注目される。

12) 前注11)参照。

13) 河野正憲「判批(最判平成24年5月28日民集66巻7号3123頁)」法政論集(名大)264号(2015年)422頁。なお、〈相殺の防御機能(Verteidigungsfunktion)〉と〈貫徹機能(Durchsetzungsfunktion)〉の区別について



再生債務者に対して債務を負担する者が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する相殺は、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するか

まず債権の行使に対して債務者側から見れば〈防御機能〉があるとされる。民法が、相殺の単独意思表示により自己の債務を消滅させる債務消滅原因として規定している(民505条1項)のは、まさにこの観点による。また、相殺には、②相殺権行使者から見れば自己の債権を行使し強制的に回収することができることから、〈貫徹機能〉があると言われる。さらに、③相殺には、相殺適状発生時に遡ってその効果が発生することから(民506条2項)、債務者の経済的な破綻により、それぞれの債権の実質的価値について差異が生じた場合にも、相殺による決済によって後発的な不平等関係を捨象して、両債権の〈対当額での公平な処理を維持する機能〉があると言われている。この最後に述べた〈対当額での公平な処理を維持する機能〉との関連において重要なことは、わが国およびドイツの相殺制度の下では、相殺は単独の意思表示によって「遡及効」をもってなされるという点である。それゆえに、債務者の経済的破綻によって生じた後発的な不平等関係が捨象できる反面で、順相殺と逆相殺が競合した場合においては、相殺適状の先後によってその効力が決せられるのではなく、相殺をしないままに相手方債権の弁済期が到来すれば、相手方の相殺の意思表示によって逆相殺されてしまう(最判昭和54年7月10日民集33巻5号533頁)。換言すれば、「相殺の担保的機能は、……相殺適状自体がもっている公平からストレートに導き出されるのではなく、相殺権が単独の法律行為によって行使されるとの原則に反しない限度で保護される」のであり<sup>10)</sup>、それを超える担保的期待を保護するものではない。

かくて、〈相殺の担保的機能〉として語られるものは、あくまでも相殺が認められた場合の「結果」の表現にすぎないことが確認されよう。本判決が冒頭で引用する最高裁昭和45年大法院判決のいう相殺の担保的機能に関する命題についても、このようなものとして受け取る限りにおいては、表現の不適切はと

もかくとして、さしあたり問題は小さいといえる。

さて、民法上の相殺が、以上に述べたようなもののだとして、次に、民事再生手続の基本原則である債権者平等原則との関係がさらに問題となる。これは民事再生法92条1項と関係する。同条(さらには同趣旨の破産法67条)の背景にある基本的考え方は、民事再生手続開始前に発生した相殺適状にもとづき、手続開始後であっても相殺権行使ができることを法が承認するというものであった。相互に債権債務関係にある当事者の一方に民事再生手続が開始した場合、その債権者は、本来的には、〈再生債権者〉として、再生計画の定めるところにより、他の債権者と平等の地位において割合的な弁済を受けることで満足しなければならないはずである。しかし、この場合にあっては、この債権者が、民事再生手続の開始した債務者に対して債務を負っている場合には、同手続が開始する前であれば、両者の債権債務は相殺の意思表示により「対当額」で消滅し、自己の相手方に対する債権(自働債権)を供することで、債務(受働債権)について対当額で弁済を免れることができた。そうだとすると、相手に民事再生手続が開始したことによりこの再生債権者が、自己の債務については全額弁済を強いられるのに対して、相手方に対する債権については再生計画の定めるところにより他の債権者と共に割合的な弁済に甘んじなければならぬとするならば、それは公平を欠く扱いともいえる。民事再生法が、再生手続開始後においても相殺権行使を認めたのは、このような、再生手続開始前において再生債務者との間で債権・債務関係の対立による相殺の可能性があった者が相殺権を行使し得たのにそれをしないうちに一方当事者に再生手続が開始して、この再生手続内での他の債権者との平等弁済が強制されることがかえって不公平感を生じるからにはかならない。これが民事再生法において、民法505条の相殺が許されている根拠

は、ヘーゼマイヤーが指摘していたところである。Häsemeyer, Die sogenannte "Prozeßaufrechnung" — eine dogmatische Fehlakzentierung, in: Böckelmann/Henckel/Jahr (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag, 1975, S. 215, 222 ff.

14) 河野正憲「判批(最判昭和54年7月10日民集33巻5号533頁)」北九州大学法政論集8巻2号384頁。

であった<sup>15)</sup>。つまりは、民法における相殺を民事再生手続においても保障することが、債権者平等の原則に照らし合わせても、公平であるとの考慮があるのである。これに対して、再生債務者に対して債務を負担する者が、「再生手続開始後に他人の再生債権を取得したとき」にみられるような相殺禁止事例（民事再生93条、同93条の2）は、相殺の公平の性質を濫用した場合として位置付けられる。

以上が、民事再生手続開始という債権者平等が強く要求される状況において、相殺の場合に他の再生債権者と異なった優先的取り扱いが正当化される根拠である。このように見ると、本件三者間相殺による決済の必要性は取引社会においてたしかに認められはするものの、平時における差引計算契約を超えて、倒産時にもその効力を認めることには強い疑問が残る<sup>16)</sup>。最高裁が、民事再生法92条にいう「相殺」には本来的には当たらないとしたことは、正当と言うべきであろう。

## ② 若干の展望

最後に、若干の展望を兼ねて、契約自由の原則と倒産法上の制限について若干の補足をしておく。

本判決によって、相殺予約による債務者倒産時の広範な担保的期待の作出については、契約自由の原則が制限されるとの理解が後押しされるのではないか。たしかに最高裁昭和45年大法廷判決は、銀行側からする相殺予約（期限の利益喪失条項）を契約自由の原則によって正当化したが、これは、あくまでも債権差押（国税滞納処分）のケースであって、倒産事件ではないことが看過されてはならない。相殺予約は、倒産手続上は制限されるべきである。この点に関しては、最判平成20年

12月16日民集62巻10号2561頁が、いわゆるフルペイアウト方式のファイナンス・リース契約につき、特約に定める解除事由には民事再生手続開始の申立てがあったことも含まれる場合には、「少なくとも、……特約のうち、民事再生手続開始の申立てがあったことを解除事由とする部分は、民事再生手続の趣旨、目的に反するものとして無効と解するのが相当である」と述べているのが参考になる。「民事再生手続は、経済的に窮境にある債務者について、その財産を一体として維持し、全債権者の多数の同意を得るなどして定められた再生計画に基づき、債務者と全債権者との間の民事上の権利関係を調整し、債務者の事業又は経済生活の再生を図るものであり（民事再生法1条参照）、担保の目的物も民事再生手続の対象となる責任財産に含まれる。／ファイナンス・リース契約……において、民事再生手続開始の申立てがあったことを解除事由とする特約による解除を認めることは、……担保としての意義を有するにとどまるリース物件を、一債権者と債務者との間の事前の合意により、民事再生手続開始前に債務者の責任財産から逸出させ、民事再生手続の中で債務者の事業等におけるリース物件の必要性に応じた対応をする機会を失わせることを認めることにはかならないから、民事再生手続の趣旨、目的に反する」というのである。最高裁昭和45年大法廷判決の判例法理自体についても、改めて検討が加えられなくてはならないのではなかろうか。

【付記】本稿は、平成26-28年度科学研究費補助金基盤研究（C）（研究代表者・河野憲一郎）「倒産企業の再建に関する新たな理論の構築」（課題番号：26380124）による研究成果の一部である。

15) 1877年のドイツ帝国破産法の立法者が、これに対応する同法の相殺に関する取り扱いについて、「債権者にとって、相殺は留置権または質権と同様に対当額での満足の保障である。これら三者はいずれも信用供与者のための担保手段である。それらに共通するのは、債権者は破産財団に対して本旨にしたがった引渡しをすべきだが、彼の債権は破産債権者として主張すべきだというのは不公平だという思想である」と述べるのは（Vgl. *Hahn/Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, Bd. 4, 1881 (Neudruck 1983), S. 216）、このことを指摘するものだと言える。

16) ちなみに、*Jauernig-Stürner*, BGB, 16. Aufl., 2015, S. 584 f. によれば、ドイツでは法定の387条以下の相殺と相殺契約とは別物とされており、また相殺契約は倒産手続の開始によって処分効果を失うとされているようである。