判例研究

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と民事再生法92条1項

（最〔2小〕判平成28年7月8日民集70巻6号1611頁）

河　野　正　憲

【判示事項】

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

【判決要旨】

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。（補足意見がある。）

平成28年7月8日最高裁第二小法廷判決（平成26年（受）865号。清算金請求事件）民集70巻6号1611頁
破棄自判
原原審：　東京地方裁判所　平成25年5月30日判決
原審：　東京高等裁判所　平成26年1月29日判決

【事実関係】

X（原告･控訴人･上告人）は証券会社であり、米国法人リーマン･ブラザーズ・ホールディングス・インク（以下「LBHI」という。）の子会社である（現在は、平成 20 年 11 月 29 日開催の株主総会決議により解散し、清算会社である。）。Y（被告・被控訴人・被上告人）は信託銀行であり、A は証券会社であるが、両社はいずれも野村ホールデイングス株式会社の完全子会社である。

X は、Y との間で平成 19 年 2 月 1 日、基本契約（以下、「基本契約」という）を締結し、通貨オプション取引及び通貨スワップ取引（以下併せて「本件取引」という）を行っていた。

この本件基本契約の概要は次のとおりである。

ア　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すべての取引は、期限の利益喪失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。）。

イ　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、甲が乙及びその関連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、というものである。

本件基本契約における X の信用保証提供者である LBHI は、平成 20 年 9 月 15 日に米国破産法第 11 章の適用申請を行い、本件取引は前記基本契約概要アの定めにより期限前終了をした。X は、Y に対し、本件基本契約に基づき清算金並びに約定遅延損害金の支払を求める債権（以下「本件清算金債権」という。）を取得した。

 DOI: 10.18999/nujlp.274.10

他方、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、この取引は平成20年9月15日にLBHIが米国破産法第11章の適用申請を行ったため同日に終了した。そこで、AはXに対して同基本契約に基づき、同取引の清算金の支払いを求める債権（以下「A清算金債権」という。）を取得した。

Xは、平成20年9月19日、再生手続開始の決定を受けた。そこでYは、再生債権の届出期間内である同年10月2日、Xに対し、本件基本契約に基づき、XがYに対して有する本件清算金債権とAがXに対して有するA清算金債権とを対当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、同日にAはXに対して、本件相殺に同意している旨を通知した。

Xは、基本契約による本件清算金債権は11億0851万4431円だとし、これに利息を加えた額の金員の支払いを求めて本件訴えを提起した。これに対してYは、清算金の金額を争うと共に本件相殺によりXの本件清算金は消滅したと主張してXの請求の棄却を求めた。

原原審は、Xの本件清算金債権は清算金4億3150万8744円並びに利息であると認定し、またAのXに対する清算金債権は17億1168万6829円であるとしたうえで、本件相殺は有効だとして、Xの請求を棄却した。X控訴。

原審も、次のように述べて本件相殺が有効だと判断し、Xの控訴を棄却した。「そもそも、本件相殺条項は、再生債務者であるX再生手続開始前に自らの意思により自己の保有する債権を自働債権として将来の相殺のために供することを合意したものであるところ、Xの再生手続開始よりも1年以上前に合意されたもので、危機時期に相殺を目的として濫用的に締結されたものとはいえない。また。分社化した企業グループ同士が一括決済をするような行為は、他の者においても十分想定できる事態であるところ、とりわけ本件においては、Yと関連会社Aとはいずれも持株会社の100パーセント子会社であり、強固な支配関係にある会社同士である。これらの事情に照らすと、本件相殺は、再生債務者に対して債務を負担する者が、再生手続開始後に、再生債務者の意思に基づくことなく他人の債権を譲り受けて相殺適状を作出した上で同債権を自働債権としてする民事再生法93条の2第1項1号により禁じられている相殺に類似するということは

できず、むしろ Y において自己の債権を自働債権としてする相殺に類似しているというべきである。」

X から上告受理申立て。

【判決理由】

「4　しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

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 号同昭和 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、再生債務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ことは、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ほかならず、民事再生法 92 条 1 項の上記文言

　DOI: 10.18999/nujlp.274.10

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Aが有する再生債権であるA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。

5　以上によれば、本件相殺が民事再生法92条により許容されるとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違反があり、論旨は理由がある。そして、以上に説示したところによれば、Xの請求はYに対し、清算金4億3150万8744円並びに期限前終了日である平成20年9月15日から同年10月1日までの確定約定遅延損害金16万6841円及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損害金の支払いを求める限度で認容し、その余は棄却すべきであ」る。

破棄自判（原判決を破棄し、Yに対しXへの4億3167万5585円及び利息の支払いを命令。）

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

「(3)　ところで、本件相殺的処理は、Xの全債権者のための引き当て財産となるべき債権を当事者間の合意である本件相殺条項により消滅させる

ものである。そして、これは、X に期限の利益喪失事由が発生し、その後に関係会社の合意がされることにより、期限の利益喪失事由が発生した時点に遡って本件相殺的処理を行うというものである。・・・〔三者間の合意による相殺処理について〕問題は、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（なお、本件取引はその時点において期限前終了をしていた。）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あっても、そのような合意の効力ないし合意による処分が認められるか否かである。

（4） この場面では、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とになるため、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られるといわざるを得ない。そして、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 条の定める相殺に当たると評価できるものでなければならない。そして、本件においては、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。）が充たされているかどうかが問題となるのである。」

2 本件相殺処理における「相互性」の有無

「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ず、形式的には相互性の要件を満たしているとはいい難い。」

【研究】

1. 本件は、債務者会社に民事再生手続が開始した後に、再生債権者が同会社と完全親会社を同じくする別会社が取得した債権を自働債権とし自己が再生債務者に負担する債務を受働債権として行った相殺的処理が、民

 DOI: 10.18999/nujlp.274.10

事再生手続上相殺を保護した民事再生法 92 条 1 項により有効であるか否かが問われたケースである。本件で自働債権とされた債権は、完全親会社を同じくする別会社の債権であったが、この完全親会社を同じくする複数の株式会社間では債権管理のため、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なされていた（本件基本契約）。本件は、この合意に基づき、再生債権者が完全親会社を同じくする別会社が有する債権を自働債権とし、再生債務者の自己に対する債権を受働債権としてなした相殺的処理の有効性が問題となった事案である。このような三者（多数者）間での相殺的処理を目的とした合意と倒産手続との関係は近時実務上で注目を集めているが、本件はこの点について最高裁が初めて判断を示した。原審はこれを有効としたが、最高裁はこれを否定した点で本件の実務的影響力は極めて大きく、また理論上も注目される。この問題については、近時わが国のみならず諸外国でも盛んに論じられており、すでに注目すべき判例もみられる。本稿では、本判決で提示された倒産手続における＜三者間相殺＞につき、その契機となった＜相殺の期待権＞をめぐるこれまでの議論の問題点を改めて検討し、できる限り倒産手続における相殺保護の基本に立ち返った考察とともに若干の比較法的検証をも試みたい。

2.（1） さて、民事再生法 92 条 1 項は破産法（破 67 条）と同様、民事再生手続でも債務者と倒産債権者の間の債権債務関係を簡易に決済する手段として相殺（民 505 条以下）によるその処理を認めている。

本来相殺は、債権者債務者間の相対立する債権債務関係を、その一方の単独意思表示により適状発生時に遡って対当額で消滅させる民法上規定された債務消滅制度（民 505 条以下）である。民事再生法はこの相殺による債権債務関係の処理を再生手続においても承認し、再生債権者が手続開始時に再生債務者に対して債務を負担する場合には、債権届出期間満了前に相殺適状が生ずれば当該債権届出期間内に限り再生計画の定めによらずに相殺をすることができる旨を定めて、その行使の可能性を拡張している。この相殺処理が認められれば、そのメリットは特に債務者が倒産状態に陥った場合に債権者に顕著に表れる。債権者は、倒産手続での相殺処理が

認められなければ、手続開始後債務者に対する自己の債権（再生債権）は倒産手続での債権の届出と確定手続を経たうえで他の倒産債権者との平等取扱いによる割合的弁済や再生計画等による弁済に甘んじなければならないが、債権者は、債務者への債務につき全額弁済を強いられることになる。他方、相殺処理が認められればその限度で、両債権が「対当額」で消滅し、その債務を免れることになる（民 505 条）から、債権者にとって、相手方への債務の弁済と共に自己の債権についても対当額で回収したと同様の帰結を生む。このような相殺の持つ、債権者にとっての債権回収上の有利な地位は、近時＜相殺の担保的機能＞の強調により、実務上、相殺の実効性をできる限り幅広く確保しそのメリットをできる限り享受することを目指した合意による相殺権拡大への努力がなされている。そのような合意による相殺権拡張は、一つは期限の利益喪失約款による相殺適状発生時の前倒しにより他の差押債権者等に対する優位的地位の確保であり、またいま一つは「三者間相殺」といわれる方法による相殺権限の（主観的範囲）拡大への努力である。特に後者は、異なった債権者であっても同一の完全親会社に属する場合等に、当事者（債務者及び完全親会社に属する複数債権者）間の合意によりこれら複数債権者を＜一体として取り扱う旨の合意＞を取り交わすことによる相殺に類した処理（相殺的処理）拡大の追求である（本件千葉意見では、本来の相殺とは区別して、このような＜相殺に類した処理＞を「相殺的処理」と表現している。両者は厳密に区別すべきであり、本稿でも適宜この表現を用いる。）。本件基本契約の条項のうち「ア」は前者に関し、同「イ」は後者に関する。本件では、特にこの後者の「三者間相殺」に関して、そのような相殺的処理が果たして債務者の倒産手続との関係でも法の認める相殺に関する取扱いとして承認されうるか否かが問われた。

（2） 本件特約に基づく相殺条項につき本件原審は、原原審と同様、X の再生手続開始前に自らの意思により自己の保有する債権を自働債権として将来の相殺のために供することを合意したものであり、X の再生手続開始よりも 1 年以上前に合意されており危機時期に相殺を目的として濫用的に締結されたものとはいえないこと、また分社化した企業グループ同士が一括決済をするような行為は、他の者においても十分想定できる事態であり、とりわけ本件は、Y と関連会社 A とはいずれも持株会社の 100 パー

 DOI: 10.18999/nujlp.274.10

セント子会社であり強固な支配関係にある会社同士であることから、本件相殺は民事再生法93条の2第1項1号により禁じられている相殺に類似するということはできないとし、むしろYにおいて自己の債権を自働債権としてする相殺に類似しているというべきであると判断して本件相殺処理を有効とした。

これに対して本件最高裁は、特に三者間での相殺的処理につきその効力を否定したが、その理由として法廷意見は、①「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」と述べて最高裁昭和45年6月24日大法廷判決（民集24巻6号587頁）を引用し、またこれに加えて最高裁平成24年5月28日第二小法廷判決（民集66巻7号3123頁）をも引用している。そして、②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た民事再生法92条につき、同条1項が「再生債務者に対して債務を負担する」ことを要件とすることに関して、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務者がする相殺においても採用しているものと解される、と述べる。そのうえで、③「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ことは、『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ことにほかならず、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〔再生手続の〕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」と結論づけた。

(3)　この法廷意見の示した理由には幾つかの点で不明確であり、曖昧

さを残しているように見える。

その第一は、相殺制度の担保的機能への言及に関連する。相殺が担保的機能を持つことが注目・強調される大きな契機となったのは、本件でも引用するように最高裁大法廷昭和 45 年 6 月 30 日判決（以下適宜「昭和 45 年大法廷判決」という）であった。この判決自体は、後述のように（3（1）参照）、あくまでも第三債務者のなした相殺とその受働債権の差押えとの優劣に関するものであったが、本件法廷意見はこの判決を根拠とし、それをそのまま引用したうえで、「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」と述べて、倒産時における相殺の他債権者に対する優先的取り扱いを、別除権と同視することで正当化しようとした。しかし、この昭和 45 年大法廷判決は、直接には差押とその後に第三債務者がなした相殺の意思表示が競合した事案に関して相殺の担保的機能を強調し、期限の利益喪失約款の有効性を認めたうえで相殺による債権回収の優位性を宣言したものであったから、この昭和 45 年大法廷判決から直ちに、倒産手続上でも＜相殺権を別除権と同様に取り扱うこと＞ができるのか、むしろその説明には飛躍があり、民事再生手続上の扱いについてのより立ち入った検証が必要であるように思える。

第二に、倒産手続外で相殺に「担保的機能」が認められるとしても、そのこと自体は相殺が担保そのものであることを意味しない。担保的機能は、相殺が有効と認められた場合に＜担保と同様の機能を果たす＞ことを示すにすぎず、相殺につき、＜特定の債権を保全する担保＞と同一の取扱いをすべきことを意味するものではなく、比喩的説明に過ぎないからである。確かに現行法は破産法及び民事再生法上で担保権を「別除権」として手続外での行使を認めているが（破 65 条、民再 53 条）、会社更生手続ではこのような担保権を別除権とした取扱いは認めず、担保権者は更生担保権として手続参加が必要である（会更 135 条 1 項、2 条 12 項、138 条 2 項）。他方で相殺については会社更生手続でも手続外での行使が認められており（会更 48 条）両者には大きな違いがある。実際、破産法も民事再生法も、相殺権については担保権による別除権の規定とは別の独立の規律を置いているが、このことは、両者にはなお根本的な違いがあることを示している。更に翻って、民事再生法が担保権を別除権として扱うこと自体についてもそれは破産手続とは異なる考慮に基づくものであり、両者を直ちに同一視

 DOI: 10.18999/nujlp.274.10

することはできない。再建型手続では債務者財産に関して＜財団＞を観念しておらず、再生のため必要があれば担保目的物の消滅請求ができ（民再148条以下）、また別除権協定による担保権行使の制約も可能である（別除権協定について、河野正憲「判例研究」『法政論集』265号179頁以下）。本来債務者の責任財産につき、専らそれによる債権債務の清算を目的としない再建型手続では債務者の責任財産を＜財団＞として分別・固定化しないことから、そもそも「別除権」の観念を用いること自体についても問題がないわけではない。相殺については、むしろこのような担保権の取り扱いとは別の考慮に基づいて倒産手続での保護が図られていると見るべきであり、担保権とのアナロジーでの説明には限界がある。倒産手続における相殺の取り扱いの特殊性を明かにするには、相殺制度に即してその特色を明確にすることが不可欠である。

第三に、本件で自働債権とされた債権は、再生債権者以外の者が債務者に対して有する債権である（いわゆる三者間相殺）。このような相殺主体の拡張を企図する本件基本合意により相殺制度を拡張して再生手続上の有利な地位を享受するためには、①相殺の自働債権とされた債権の帰属が本件合意により譲渡ないし交替したと見ることにより相殺適状が発生したとする二当事者への還元法によるか、あるいはさらに進んで、②異なる会社間であってもそれらが共通する親会社の下にあり債権処理合理化のための合意が締結されている場合には異なる会社を同一主体として処理することができるとしうるかが問題となる。最高裁は、一般的な形で三者間相殺の可能性が問題とされた事案では、相殺予約に基づいてなされた相殺が実質的には債権者間での債権譲渡であり、その意思表示が差押後になされたのであれば、先行する差押えには対抗できないとして相殺の効力を否定していた（最〔3小〕判平成7年7月18日裁判集民事176号415頁）。この事案では、＜相殺は対立する債権債務者間でのみ有効だ＞という債権者債務者の相互関係の存在が当然の前提となっていた。これに対して本件では、再生債権者と自働債権とされた債権の保持者とは同一の完全親会社には属するが、なおこの両者が別会社であることを前提に、その間の相殺による一体処理を定めた合意の効力が問われ、それを否定した。本件法廷意見はその理由を、「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、再生債務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ことは、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」と述べる。本件で最高裁がいわゆる＜三者間相殺＞の効力を否定した直接の理由はこの、合意による相殺権者の一体化処理の可能性の否定にある。判決は、文言上民事再生法 92 条の前提は民法の相殺制度であり、この合意による拡張は民法が定める相殺に該当しないという形式的説明が示されている。しかし、それ以上に合意による一体処理による相殺的取扱いを拡張することの可否に関するより実質的な考量は示されておらず、その説得力を弱いものとしている。

もっともこの第三点に関しては、その曖昧さを考慮したためか、千葉意見は更に合意による相殺主体の一体化よる相殺的処理の可能性の創出を直截に視野に置いて、より実質的な検討を加えている。すなわち、債務者に倒産手続が開始される前であってもすでに手続開始申立てがなされた等の倒産状態が発生している場合には、「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とになるため、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られるといわざるを得ない。」とし、「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 条の定める相殺に当たると評価できるものでなければならない。」と説明する。

（4） 本件最高裁判決の理由付けは、相殺の担保的機能やその合理的期待の意味についてなお曖昧さを残しており、本判決が実務や理論に及ぼす影響力を考えれば、これらの明確化が求められる。その際、これらの問題は相殺制度の基本に係る理論的側面を含むものであり、これらに遡った考察とともに、民法の定める相殺に類似の制度との異同を明らかにすることにより民事再生法上の相殺規定の趣旨と取扱いの明確化を図る必要があろう。

 DOI: 10.18999/nujlp.274.10

3.（1） 相殺処理が認められた場合に債権者が一般に獲得する、他の一般債権者に対する有利な地位を倒産手続においても確保し、それを確実に実現のために、債務者が倒産した場合に備えた事前の合意による相殺処理の拡大が試みられているが、このような近時の傾向は、＜相殺の担保的機能＞と、それに起因する＜相殺についての期待権＞を契機としている。

（2） まず、実務上このような相殺の担保的機能と相殺の期待権の重視への契機となりその流れを決定づけたのは、本件引用のように昭和45年大法廷判決であった。これは、先行した最高裁大法廷判決（最〔大〕判昭和39年12月23日民集18巻10号2217頁）が、相殺のためには自働債権が弁済期にある必要はないが、自働債権の弁済期が受働債権のそれよりも早い場合に相殺により受働債権に対する差押えに対抗できるとし（相殺の期待権）、自働債権の弁済期が受働債権のそれに遅れる場合はこのような相殺期待はなく、差し押さえに対抗できないとしていた。これに対して昭和45年大法廷判決は、これを変更し、両債権の弁済期の違いによる期待権の有無を問題にすることなく相殺は常に可能だとする（いわゆる無制限説）方向を打ち出した。この大法廷判決はその理由を、まず法定相殺につき（本件法廷意見がそのまま引用するように）、①「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」だと相殺制度の趣旨を説明する。またこれに続き更に、②「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。」と説明した（相殺の担保的効力）。同判決は更に、③期限の利益喪失約款との関係でも「かかる合意が契約自由の原則上有効であることは論をまたない」、と述べて相殺合意の有効性を契約自由原則で説明し、相殺適状が約定時に遡って生じ、差押に対して相殺による債権消滅が優位する旨を宣告した。

本件判決では、民事再生事件であることから上記昭和45年大法廷判決の示した理由の①（相殺制度の趣旨）、②（相殺の担保的効力）の部分に続き、④民事再生手続での相殺権の取扱いにつき、「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。」と述べて、相殺の担保的機能を前提に相殺への期待権から＜別除権と同様の取扱いへの債権者の期待権＞を導いた（相殺の民事再生手続での別除権的取扱いへの期待）。

しかしこのような理由付けにはいくつかの問題がある。

まず、最高裁昭和 45 年大法廷判決がいう相殺の担保的機能の意味についてである。前述のように相殺の＜担保的機能＞は、相殺が有効である場合に、その結果として債権者の債権に対して担保が設定されていたと同じ機能・帰結が生じることを述べるにすぎず、これをもって債権者の特定の債権に担保が設定されて保護されている状態と同視し、相殺を有効とすべしとすることはできない（このことは以前に指摘したことがある。参照、河野正憲『別冊ジュリスト・倒産法判例百選』）。

第二に、対立した債権債務関係にある特定債権者が常に、担保権者のような相殺による処理をすることができる期待権を有するわけでもない。相殺権行使前に受働債権が消滅すれば相殺による処理は不可能となるからである。相手方からの相殺の意思表示があれば、相殺の効力は意思表示の前後により決定される（逆相殺の事例につき、最判昭和 54 年 7 月 10 日民集 33 巻 5 号 533 頁。河野正憲「判例研究」『北九大法政論集』8 巻 2 号 211 頁）。学説上相殺の担保的機能をいち早く強調した見解は、相手方債権につき具体的質権設定行為がなくても債権質を設定したと同様の効果を認めた（我妻栄『新訂債権総論』〔1964・岩波書店〕〔462〕318 頁）。しかしこのような他債権者に対する優位な地位を担保とのアナロジーで相殺について当然に認めることは＜担保的効力＞の逸脱・過大評価であるといえよう。

相殺制度について、それに担保的機能があるとしても、そのことから直ちに、相殺を担保権と同一視する扱いは適切ではない。特に相殺の倒産手続における扱いについて、「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

 DOI: 10.18999/nujlp.274.10

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」と説明するのは、適切とは言えない。むしろ相殺制度固有・独立の理由で倒産手続において相殺権者に有利な地位が与えられていることを正面から明らかにすべきである（この点については、以下4参照）。

(3)　当事者間の合意により、期限の利益喪失や異なる債権者の一体化等の条項により債権者の相殺への期待権を確保し拡張することの正当性についても、それを契約自由原則によって根拠づけることは、平常時についてはともかく、少なくとも倒産手続との関係では直ちには正当化しえない。平常の取引関係では、私的自治が妥当し、債権者・債務者間の特別の規律は＜契約自由原則＞によって有効になしうるし、それによる債権回収の不平等化の招来もまた法の許容するところである。しかし、債務者が一旦倒産状態に陥り、倒産手続が開始した場合にはもはや契約自由の原則を根拠とした特定債権者を優遇する合意の効力は制約され、倒産手続における基本原理である＜債権者平等取扱原則＞に道を譲らなければならない。倒産時に備えてなされた担保権に関する倒産合意についても、それが無効であることは既に最高裁判所判例の示したところである（最判平成20年12月16日民集62巻10号2561頁）が、相殺合意もこれと異なるわけではない。この意味で、昭和45年大法廷判決の述べる理由の射程は平常時に限定されたものであり、倒産手続には及ばないというべきである。

4.(1)　民事再生法92条は民法上の相殺制度(法定相殺)を前提とする。この民法上の相殺制度は、旧民法（財産編・明治23年法28）519条以下がフランス民法の相殺制度（相殺には、法律上、任意上、裁判上の相殺があり〔同519条1項〕、法律上の相殺は「当事者ノ不知ニテモ法律上ノ相殺ハ当然行ハル」〔同520条1項〕と定めていた）を継受したのに対して、ドイツ民法の相殺制度（ド民387条以下）を継受したものであった。

民法は相殺の要件として、①「二人が互いに」（両債務の相互性)、②「同

種の目的を有する債務を負担する場合」に（両債務の同種性）、③「双方の債務が弁済期にあるとき」（相殺適状の発生）であることが必要であると定める（民 505 条 1 項、ド民 387 条）。また相殺の効力は当然に発生するのではなく、④当事者の一方から相手方に対する意思表示による（民 506 条 1 項、ド民 388 条。単独意思表示による相殺権行使）ものとしている。またその効果について、⑤「各債務者は、その対当額について相殺によってその債務を免れることができる。」ものであり（双方債務の対当額での消滅）、⑥「双方の債務が互いに相殺に適するようになった時にさかのぼって」発生する（効果の遡及効）と定めている（民 506 条 2 項、ド民 389 条）。このような民法上の法定相殺の他にも合意による相殺も（相殺合意）また契約自由原則の範囲内で可能である。法定相殺では相殺の効果は単独の意思表示により生じるが、この点は合意による相殺では不可欠の要件ではない。しかし、相殺の要件のうち、両債権の①相互性と②同種性は、法定相殺については不可欠の要件としてこれを合意で排除することはできず、また法定相殺ではその効力発生時が相殺適状時に遡及して発生する点⑥に特色がある。

このようなわが国の相殺制度の母法であるドイツ民法の相殺制度のもとになった相殺制度（Aufrechnung（独））はローマ法以来の古い歴史を有し、またこれはヨーロッパの各法制に引き継がれた法制度である（compensatio〔普通法〕; compensation〔仏〕; Set-Off〔英〕。ヨーロッパにおける相殺制度の比較法的概観は、*R. Zimmermann*, Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription, Cambridge UP, 2002; ドイツ法の歴史的発展については、H-H Kommentar zum BGB, Bd. II, 2. Teilband, Mohr Siebeck, 2007, §§ 387-396, *R. Zimmermann*, Rdnrn. 5 ff.（S. 2183 ff））。このような各国相殺制度に共通する基礎は、債権債務について、＜自ら直ちに支払いをしなければならない債務について弁済を要求する者は信義・衡平に反する（*dolo agit qui petit statim redditurus est*）＞という思想に基づくとされる（H-H Kommentar zum BGB, Rdnr. 1; また、河野正憲『当事者行為の法的構造』（弘文堂・1988）59 頁以下）。このように相殺制度は基本において各国の相殺制度に共通する基盤を有するが、なお細部では若干の違いもある。その相違は特に、相殺の効力の発生をどのように見るかに関する。普通法上は一般に相殺（compensatio）は裁判手続で行われると共に実体法上＜法上当

 DOI: 10.18999/nujlp.274.10

然に＞（ローマ以来の ipso iure compencatio）効力を生じると観念されてきた（フランス民法の相殺は 19 世紀初頭の立法であり、この立場を保持している〔このようなフランス法の法上当然相殺の歴史的性格につき「ローマ法源の解釈の誤り」というのは、*Mazeau/ Mazeau /Chabas*, Leçons de Droit Civil ; Obligations , 9^{e} , 1989 Montchrestien , N^{o} 1156〕。）。しかしドイツ法は、特に 19 世紀中盤以降の普通法学説及び法実務の急速な発展を反映して、相殺は法上当然にその効力が生じるのではなく、裁判外での単独意思表示による行使によって発生するとの支配的見解に従い、またその効果についても相殺適状時に遡及するとの有力説がドイツ民法に採用された（H-H Kommentar zum BGB, Bd. II, 2. Teilband, Rdnr.11ff.; 河野正憲『前掲書』60 頁以下）。

（2） 相殺制度には、対立する債務関係を一挙に対当額で消滅させることからいくつかの相殺特有の機能が認められている。第 1 は、相手方債権（受働債権）についてみれば、債務者としてそれの弁済に代える機能（債務弁済機能）である。債務者は、相殺によって自らの債務から免れることができる。他方で、②相殺権行使者の債権（自働債権）についてみれば、この債権を相手方の意思に関わらず行使者の単独意思表示によって（形成権）、強制執行などの手段を経ることなく簡易に自己の債権を実行する機能（債権行使機能）を有する。相殺が有効であればこの二つの機能が同時に作用することになる。このような相殺特有の機能は、相殺が、（少なくとも法定相殺においては）「二人が互いに同種の目的を有する債権を有する場合」（両債務の相互性及び同種性。民 505 条）を前提とする制度であるからに他ならない。この相互性と同種性は各国の相殺制度に共通の要件である（*R. Zimmermann*, op.cit. p. 44, 48）これに対して、三者間での相殺的処理を行うことができる旨の合意（ドイツではこれを＜ Konzernverrechnung ＞という。）では、契約により相互性が緩和されている（Vgl. H-H Kommentar zum BGB, Bd. II, 2. Teilband, Rdnr. 40. Fn. 227（S. 2212））。

他方で、効力発生につきドイツ法系の相殺制度が採用する単独意思表示を要する制度では、相殺権行使の意思表示がなされると相殺の効果は相殺適状時に遡及して発生する。したがってたとえ相殺適状が発生しても、債務者の一方が相手方に対して相殺の意思表示をしない限り、両債権は並存する。またこの相殺権は、自働債権が時効により訴求できなくなっても、

相殺適状時に時効消滅していなければなお有効に行使しうる（民 508 条；ド民 215 条）がこれは、相殺制度が本来信義と衡平に由来し、またその効力が相殺適状発生時に遡及するからに他ならない。この点で古い制度の名残を残すフランスの相殺制度は、法上当然にその効力を生じる法上当然相殺（フ民 1290 条。 Compensation légale）の他、合意による相殺（Compensation conventionnelle）、裁判上の相殺（Compensation judiciaire）があるが法上当然相殺は、両債権が牽連性を有する場合に当事者の行為を要せず法上当然に相殺の効果が生じ、このことは一方当事者が相殺の結果によらないうちに破産した場合でも同様であると観念されている（*A. Bènabenet*, Droit des obligqtions , 13^{e} èd ., Montchrestien , N^{o}. 824）。他方、牽連性のない債権間でも裁判上の相殺は可能であるが、一方当事者が破産した場合は裁判上でも相殺ができない。この場合、両債権の対立は偶然的であり、他の債権者を害してまで相殺の保護を与えることができないからである（N^{o}.828）。

（3） 債務者が倒産した場合にも倒産債権者が相殺による債権債務処理をなしうることは各国の法制で一般に認められているが、わが国の倒産法は、前述のように民法上の相殺制度（法定相殺）を前提としたうえで、更に倒産手続における相殺処理の可能性を拡大している。そこで、このような倒産手続における破産処理の拡大の可能性とその限界を、相殺制度との関連で明らかにする必要がある。

わが国の現行各倒産法制における相殺権の拡大を定めた諸規定は、旧破産法（大正 11 年法 71 号）98 条を基礎とし、そこでは「破産債権者カ破産宣告ノ破産者ニ対シテ債務ヲ負担スルトキハ破産手続ニ依ラスシテ相殺ヲ為スコトヲ得」と定めていた（現行破産法 67 条 1 項はこの規定の趣旨をそのまま踏襲する）。他方、（再生又は更生）計画による債務者の債権を目的とする手続では、相殺権行使の時期については破産法規定を若干限定し、それぞれ「債権及び債務の双方が・・・債権届出期間の満了前に相殺に適するようになったとき」に計画によらないで（手続外での単独意思表示により）当該債権届出期間内に限り相殺をすることができ、債務が期限付である場合も同様だと定める（民再 92 条 1 項、会更 48 条 1 項）。これは、計画案作成の便宜を考慮したものに他ならない。

このような、倒産手続における相殺の取扱いは、破産手続開始前に相殺適状が発生した場合、本来単独意思表示による相殺権行使の制度の下では、

 DOI: 10.18999/nujlp.274.10

相殺による双方の債務を対当額で清算することができたにもかかわらず債権者がその意思表示をしないうちに債務者が倒産をしてしまった場合、相殺による債権債務の対当額での清算ができないのは衡平に反すること、また両債権が相互に対立していれば、相殺適状が生じる可能性が高いがたまたまその間に倒産手続が開始する等により相殺処理ができなくなることによって債権者が被る不利益を回避することにその主眼がある。

わが国破産法の母法である旧ドイツ破産法（Konkursordnung von 1877）の立法者は、破産手続で相殺を許容しうる根拠につき、「彼〔破産債権者〕にとって、相殺は留置権や質権と同様、本旨に従った弁済（Deckung）である。これ等の三制度全ては信用供与者にとって担保手段である。それらに共通の点は、債権者が破産財団に対して本旨に従った引き渡し〔弁済〕をしなければならず、〔他方で〕彼の債権は破産債権者として主張すべしというのは、衡平に反する（unbillig）であろうという思想である。債権者が破産者に対して別途負担している金銭を、破産財団への全ての利用に供するのではなく、これを彼の債権の弁済のために他の債権者に優位して別除し利用するという債権者の権限は、債務者がその占有している彼の財産につき他の債権者に優位して別除〔区別＝abgesondert〕し彼自身がそれから満足を受けるという債権者の権利に対応している。」という（*Hahn*, Die gesamten Materalien zu den Reichs- Justizgesetzen, Bd. 4. Mat. z. Konkursordnung, 1881, S.216）。また、相殺権行使について破産手続内での主張は不要であることを明示したが（§ 46 KO）、これは既に当時有力であった単独意思表示による相殺適状時への遡及効を伴った相殺制度の採用を前提にしたものであった（*Hahn*, aaO., S. 219）。

このような破産手続において、他の債権者に対する相殺の優先的扱いは、その基礎を相殺が結局、債権債務者間において債権債務が相互に存在することに伴う衡平の観念に基づき、破産手続が開始した後であってもそれが維持されるべきことに由来する。

（4） 倒産手続における相殺権の規律、特に他の一般債権者に対する優先的地位の保障は、以上みたように、確かに担保権に関する別除権の取り扱いに極めて近似する。しかしその根拠は、特定債権の回収を確保するために特定物に対して設定された（約定）担保権により債務者の特定の責任財産について他の責任財産からの別除・売却のために倒産手続で保障され

た＜別除権＞とは異なり、上述のように、同一当事者間で＜債権者が破産財団に対して本旨に従った引き渡し〔弁済〕をしなければならず、他方で彼の債権は破産債権者として主張すべしというのは、衡平に反する（unbillig）という思想＞に基づいている。このことは、同じく倒産手続であっても財団の観念を採用しない再建型手続において、特に会社更生手続に見られるように担保権に別除権が認められない場合にもなお相殺について手続外での行使を保障することを正当化する（アメリカ破産法においても同様であり、一般に担保権は破産手続申立てによる自動停止〔Automatic Stay〕に服する〔11 § 362 (a)(4)(5) Bankruptcy Code〕のに対して相殺〔Set-Off〕はその制限に服さない〔11 § 553 Bankruptcy Code〕）。

倒産手続における相殺権のこのような取り扱いは、相殺に関する上述した諸機能との関係でも問題となり得る。相殺の優先的取り扱いを専ら担保的機能との関係で、債権者の側からのその債権の強制的実行機能の一環と理解する場合には、確かに別除権が認められる限りでは、倒産手続によらない行使の正当化にはなりえよう。しかし、別除権が認められない会社更生手続でも相殺権を手続外で行使しうること（会更 48 条 1 項）を正当化することはできないし、民事再生手続においてもなお疑念は残る。むしろこのような手続開始後にでも当然に相殺が手続外で行使できる根拠は、相殺が債権者が債務者に対して負っている債務の弁済機能を有することに基づくものであると理解すべきであろう。相殺には前述のように（4(2)）債権者の債権行使の面と共に債務者に対して債権者が負う債務弁済の機能があるが、債権者は手続開始後にも何ら制約なく自己の債務を弁済することは妨げられないからである（ドイツにおいて、倒産手続における相殺制度の取扱いの理解につき、通説が担保との類似性を強調するのに対して弁済と同質のものであると理解すべきとするのは、*Hesemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2007, Rdnr. 19.02（S. 454））。

5.（1） 相殺による債権債務処理を拡大強化するために、債権者は相殺に対する＜期待権＞を有することから、これを当事者間の合意で拡大することが試みられた。このような期待権の拡大ないし肥大化の現象は、倒産手続において相殺権が拡大して保護されており、特に手続開始前に相殺適状が発生していなくても相互性があればなお、倒産債権者に＜相殺の期待

 DOI: 10.18999/nujlp.274.10

権＞が保障されている規定（破67条1項､民再92条1項､会更48条1項）が存在することが端緒となっているといえる。

(2) 最高裁は、本件でも引用するように、破産事件につき、無委託保証人が破産手続開始後になした保証債務の弁済により取得した求償権と破産債権との相殺の可否につき相殺の効力を否定した。この者が破産者の委託なしに行った保証契約により取得した求償権は破産債権ではあるが事後求償権であり、この求償権は保証債務の実行によりはじめて現実化するから、それ以前に破産法上の相殺権を認めることは他の債権者を害するとして､破産債権者の相殺に関する合理的期待を否定したからである（最[2小]判平成24年5月28日民集66巻7号3123頁。本件につき、河野正憲「判例研究」『法政論集』264号401頁）。

そこで、破産手続で相殺権が保障されるのは、まず、破産手続開始前に相殺適状が発生しており、相殺が可能であったことが基本となる。破産手続開始後に破産財団に債務を負担し（破71条1項1号）、他人の債権を取得して（破72条1項1号）相殺適状を作出しても、破産手続上で保護に値する衡平関係にはなく正当な相殺権とは見られない。相殺が、法上当然に発生するとの法制では、この適状発生時に相殺の効果が生じたものとみなされるが、相殺の効力発生を権利者の単独意思表示に依存させた法制では、前述のように、相殺権者が、相殺の意思表示をしない限り相殺適状が発生していても、相殺の効果は生じない。しかしこのような債権者の相殺による決済の利益を無視することはできない。特にこの場合、手続開始後であっても、相殺の意思表示がなされれば、その効果は相殺適状発生前に遡及することになるし、破産手続開始時には未だ相殺適状が発生していないが、既に両債権の相互に対立した存在があり、相殺適状が生じれば相殺による決済の可能性が極めて高い状態が発生している場合であっても、その前に一方当事者の破産手続開始によりそのような相殺による処理が一切排除されてしまうとすれば、それもまた衡平とは言えないであろう。破産手続だけでなく、民事再生法や会社更生法が相殺権を拡張する基本的根拠は専らこのような衡平の観念に基礎を置き、それは他の一般債権者に先立って保護をする必要性が極めて高い点にあるといえよう。

他方で、同一親会社に属する異なる会社間での相殺的処理の合意による拡大は、専らその基礎を相殺において要求される「相互性」の要件を緩和

し、あるいは除去しようとするものである。このような、集団的な債権債務決済は、通常の取引の局面では契約自由のもとで当然に許容されることは論を待たない。もっともそのような、相殺に必要とされる「相互性」を排除した処理はもはや債権者・債務者間での相殺に固有の債権債務について、＜自ら直ちに支払いをしなければならない債務について弁済を要求する者は信義・衡平に反する（*dolo agit qui petit statim redditurus est*）＞という思想を基礎としていないから、民法が予定し、倒産手続でも保障した＜相殺＞には該当しないといえる。

（3） 異なる会社間に結合関係がある場合に、このような企業を合意により一体として、その債務者との関係につき相殺処理を実現しようとする試みは、わが国だけでなく多くの法制でも見られる。特にわが国と同一の相殺制度を採用し、また破産法についてもわが国の母法国であるドイツでもこの問題が争われてきた。これは、広く「コンツエルン関係〔結合企業関係〕の相殺的処理（Konzernverrechnung）＝三者間相殺処理」と呼ばれる（必ずしも完全親子会社間には限定されない）。ドイツ連邦裁判所は、破産法（Konkursordnung von 1877, = KO）に関する判決（BGHZ 81.15: BGH Urt. 6.12.1990 ）を継承し、倒産法（Insolvenzordnung v 1999 = InsO）施行後の同手続に関する事案（BGHZ 160, 107: BGH Urt.15. 7. 2004; BGH NJW 2006, 3631: BGH Urt. 13.7.2006）においても、わが国の本判決と同様、倒産法上このような相殺的処理の合意は無効だとの判断を示した。

ドイツ倒産法 94 条は、「倒産債権者が倒産手続開始時に**法律上又は合意により**相殺をする権限を有する場合、この権利はこの手続によって影響されない」と定める（太字は筆者）。この規定は、基本的に旧破産法 53 条 54 条を踏襲したが、表現上「法律上又は合意により」が新たに付加されたために、合意による第三者相殺の許容性判断への影響が注目されていた（Vgl. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 3. Aufl., 2003, Rdnr. 19.30）。しかし、この判決は、旧破産法時の判決を継承し、三者間相殺処理（Konzernverrechnung）の合意が無効であることを確認した（なおこの点につき、*Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl., 2007, Rdnr. 19.30　本文及び注 121 参照）。

2004 年の事案は、M 合名会社の倒産管財人 X が被告 Y に貸付金の支払いを求めたケースである。これに対して Y は、請求棄却を求めたがその理由として相殺による訴求債権の消滅を主張する。その際自働債権とされ

 DOI: 10.18999/nujlp.274.10

たのは、F が M に対して有する債権であった。M は F の販売取扱業者であり、Y とも取引関係にあった。F は取引に関して一般的取引契約を締結していたが、その規定には「F は取扱人の債権に対して F が取扱人に対して有する債権でも相殺をする権限を有する」との条項が存在した。F は M に対して債権を有したが、M が倒産手続開始の申立をした後に Y が、この債権につき F に手形で弁済をした。その後、Y は X に対して書面で、上記条項により、Y は F の債権による相殺処理をした旨を表明した。X は、この相殺的処理条項は無効であり、すくなくとも相殺的処理は取り消しうるという。下級審は Y の相殺の主張を認めたが、連邦通常裁判所（BGH, 民事 9 部－倒産事件専門部）はこの相殺が無効だと判断し、その理由を次のように述べた。

まず、このような相殺的処理を無効とした連邦通常裁判所の破産事件に関する先例との関連で、「結合企業関係の相殺的処理条項に基づき破産手続開始後に表示された相殺は、〔旧〕破産法〔Konkursordnung〕55 条 1 項 2 号〔破産者に債務を負担する者が手続開始後に取得した債権による相殺は不可。参照、日現行破産法 72 条 1 項 1 号〕により、当該第三者の債権が破産手続開始前に譲渡されていなければ無効である（BGHZ 81, 15 略）。破産債権者は、相殺の授権の時点を援用することは許されず、当該譲渡は相殺がなされた時点で初めて行われた如くに取り扱われなければならない。けだし、この、結合企業が相殺の可能性を利用した時点で初めて相殺は効力を生じたからである。この相殺は破産者の他の債権者を害する」。これは、破産法 55 条 1 項 2 号及び 3 条により阻止されるべきである［14］。このような考慮は現行倒産法の下でも同様である［15］。また、現行法 94 条が新たに明文で「相殺合意」を入れたことにつき、「このような合意により、関係人は法律による相殺の要件を失効させ債権者又は債務者に、民法 387 条以下に該当する場合よりも広い相殺権限を許容しうるようにもみうる（略）。しかし、倒産事例については破産法 53 条とは異なった倒産法 94 条の文言から、相互性（Gegenseitigkeit）を削除した結合企業倒産相殺条項が今や倒産に対抗しうるということは引き出せない。」と述べる［16］。「倒産法 94 条は、正式見出しからも明らかなように、債権者がすでに倒産手続開始前に存在する相殺適状を保持することを目的とする。しかし相殺適状は、二つの債権が相互に相殺が可能なように対立する時点で初めて生

じる。これは、企業結合相殺条項に基づいた相殺の場合には、相殺の意思表示がなされない限り該当しない」[18].「倒産における相殺権限は、確かに経済的結果において質権又は譲渡担保及びそれによってもたらされる別除権限に類するが（略）、これらの制度は、倒産では広範な同一の取り扱いがなされるわけではない。質権や譲渡担保は債務者の債権者に自己の債権のために担保権を許容する。これに対して結合企業相殺条項は、倒産債務者の債権について決済をする必要のない（第三）債務者に相殺権限を許すことになる。加えて、倒産法は相殺権と担保権とを相互に全く別の場所でしかも構成上異なった方法で分けて規律している。このことは、このような体系的違いをここで隠ぺいすることを正当化しない。」[21]

以上、長々と引用したドイツ連邦裁判所の判決は、完全親会社に属する会社群との関係で合意された条項ではないが、その基本はわが国の三者間相殺に関する事案にもそのまま妥当する判示であるといえる。

6　以上、本件最高裁判決は特に法廷意見にはなお不明確な点があるが、相殺制度及び倒産手続における相殺の取り扱いの基本に遡っても、また比較法的にみてもその結論は正当であるといえる。

＊　本件の評釈　　河野憲一郎「判例研究」『熊本ロージャーナル』12 号 49 頁以下、また、同 52 頁注 1）参照。

〔訂正〕『法政論集 264 号』

・420 頁　下から 9 行目
　誤　「債務の弁済を求償権を取得・・・」
　正　「債務の弁済により求償権を取得・・・」
・423 頁　上から 9 行目
　誤　「かえって不衡手感」
　正　「かえって不衡平感」

　DOI: 10.18999/nujlp.274.10