

第1章 3当事者間の相殺

中 田 裕 康

1 はじめに —— 相殺における公平

民法の起草者は、相殺制度の存在理由を、「実際に便利にしてかつその結果公平」だからだと説明する⁽¹⁾。「便利」というのは、2人の当事者の間に債権と債務がある場合、2回の弁済の労をとらないですむことである。「公平」というのは、一方が履行し、他方が履行しないと、誠実な当事者が損をし、怠慢又は狡猾な当事者が益を得ることになり不公平だが、相殺によってこれを避けうることである。他の学説も、「公平」は、特に、相手方が無資力となった場合⁽²⁾、あるいは、破産した場合⁽³⁾に、その意味が大きいと述べていた。ここでは、主として当事者間の公平が考えられているが、それは、相殺をした者が無資力となった相手方の他の債権者に優先することを含意するものでもあった。その後、これが前面に出されることになる。すなわち、「両債権が互に担保し合うものと予期する信頼関係は、そのまま保護されるべき」ことから、相殺の「債権担保の作用」が指摘される⁽⁴⁾。それは、相殺の担保的機能と呼ばれるようになる。これは相互に債権を有する当事者の側からみた説明だが、無資力者の他の債権者の側からみても、無資力者Aの有する債権のうち、債務者Bが反対債権を有してその相殺の対象となるものについては、Aの他の債権者はAの財産として正当に期待することはできないと説明することができる。その結果、相殺できる債権者は、債権者平等の原則の対象外となる。実体法上、同じ性質をもつ債権者に対しては、倒産法上でも平等な取扱いをし、異なる性質をもつ債権者に対しては、その差異に応じた取扱いをすることが公平に合致するというならば⁽⁵⁾、民法上、相殺しう

* 本稿は、2016年3月3日の金融法務研究会における報告に基づくものだが、その後、同年7月8日に下された後記最高裁判決とそれに関する多数の評釈・研究等も検討し、大幅に手を入れた。

- (1) 梅謙次郎『民法要義卷之三〔訂正増補第33版〕』（1912。初版は1897）327頁（現代表記に改めた）。
- (2) 岡松参太郎『註釈民法理由下巻〔第6版〕』（1898。初版は1897）319頁。
- (3) 鳩山秀夫『増訂改版日本債権法（総論）』（1925）445頁。
- (4) 我妻栄『新訂債権総論』（1964）316頁以下。
- (5) 伊藤眞『破産法・民事再生法〔第3版〕』（2014）21頁参照。

る地位を倒産手続においても尊重することが公平だということになる⁽⁶⁾。こうして、民法起草者の考えていた「当事者間の公平」は、倒産手続における「債権者間の公平」に結びつくことになる。もっとも、2つの「公平」の関係は、更に吟味を要する。

これは次のような問題として現れる。すなわち、相殺制度による保護の対象は、現在相殺できる者の地位にとどまらず、「対立する同種の債権の当事者として将来相殺によって清算しうる合理的な期待をもつ者の地位」をも含むこと、他方、相殺制度にも限界があり、その効果は、相互に債権債務がある当事者は相手方の資力に関係なく信頼し合うという「信頼関係の存在する範囲」とどめられることも指摘される⁽⁷⁾。この「合理的な期待をもつ者」がどこまで広がりうるのか、あるいは、「信頼関係の存在する範囲」によってどのような制約がされるのかが問題となる。とりわけ、2当事者間に現に相殺適状にある債権債務が存在するという基本的な場合以外に、時間的なずれがある場合や当事者が3名以上いる場合において、「相殺」が認められるかどうか問われる。以下では、時的制約(2)と主体の制限(3)について検討した後、若干の考察をする(4)。

2 相殺の時的制約

(1) 民法上の相殺

ある時点までに、2当事者間に債権債務が存在していること、又は、相殺適状にあることが、相殺の要件とされる場合がある。

まず、自己の債権が時効消滅していても、その消滅以前に相殺適状となっていた債務がある場合には、債権者は、なお相殺することができる(民法508条)。ここでは、相殺適状が自働債権の時効消滅以前にあったことを要するという時的制約があり、その意味が問題となる(最判平成25年2月28日民集67巻2号343頁参照)。この規律は、当事者の相殺に対する期待を保護する趣旨のものだと理解されている。

次に、債権が差し押さえられた場合、第三債務者は、その後取得した債権による相殺をもって、差押債権者に対抗することができない(民法511条)。ここでは、債権債務の対立が差押え前にあったことを要するという時的制約があり、その意味が問題となる。規定の文言上は、差押えの時点で債権債務が存在していれば、相殺が可能であるが、かつての判例(最大判昭和39年12月23日民集18巻10号2217頁)は、

(6) 中田裕康『債権総論〔第3版〕』(2013)390頁以下参照。

(7) 我妻・前掲注(4)319頁以下。

自働債権の弁済期が受働債権の弁済期よりも後に到来する場合は相殺できないという制限を付加した。制限説（そのうちの弁済期先後基準説）である。しかし、判例変更があり、規定の文言以上の制限を課さないという無制限説がとられた（最大判昭和45年6月24日民集24巻6号587頁）。昭和45年判決は、次のようにいう。「相殺の制度は、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つて決済し、もつ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合理的な制度であつて、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は確実かつ十分な弁済を受けたと同様な利益を受け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地位が与えられるという機能を営むものであり、「この制度によつて保護される当事者の地位は、できるかぎり尊重すべきものである。こうして、相殺の担保的機能が、判例でも正面から認められた。なお、同判決は、銀行取引における一定の事由が生じたことにより相殺適状を生じさせる約定（期限の利益の喪失と期限の利益の放棄から構成される）についても、「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」として、差押債権者に対するその効力を認める。

（2） 倒産法上の問題

① 制定法

倒産手続においては、相殺による優先的回収機能は重大な意味をもつことになるので、債権者間の公平について、時期との関係で、きめ細かい規律が置かれる。以下では、破産手続と民事再生手続を代表例として検討する。

破産手続においては⁽⁸⁾、破産財団の管理処分権は破産管財人に移転するが、相殺の担保的機能が尊重され、破産債権者の債権を自働債権とし、同人の破産者に対する債務を受働債権とする相殺が認められる（破産法67条1項）。また、破産清算の特質が考慮され、相殺権の要件が緩和される（同条2項）。他方、相殺が破産債権者の利益を不当に害するときは、制限する必要があるとあり、相殺の禁止が規定される。すなわち、債権債務の存在すべき時期についての制約とともに、他から引き受けた債務や取得した債権による相殺が禁止される（同71条1項・72条1項）。そのうえで、基準時より「前に生じた原因」による債務の負担や債権の取得については、相殺が許容される（同71条2項2号・3号・72条2項2号・3号）。相殺の意思表示をすべき期間についての特段の制限はなく、原則として手続が終了するまで（同220条）、可能である。

(8) 伊藤・前掲注(5)462頁以下・498頁。

民事再生手続においては⁽⁹⁾、相殺の担保的機能を認めつつ、その無限定な拡大を防ぐという観点から、債権届出期間満了前に相殺適状になっていることを要件として債権届出期間内に限り相殺できるとされる（民事再生法 92 条 1 項）。相殺が再生債権者の利益を不当に害するときは制限する必要がある、相殺の禁止が規定される。すなわち、債権債務の存在すべき時期についての制約とともに、他から引き受けた債務や取得した債権による相殺が禁止される（同 93 条 1 項・93 条の 2 第 1 項）。そのうえで、基準時より「前に生じた原因」による債務の負担や債権の取得については、相殺が許容される（同 93 条 2 項 2 号・3 号・93 条の 2 第 2 項 2 号・3 号）。

② 判例

倒産手続における相殺の時的制約に関しては、判例が多い。

最判昭和 61 年 4 月 8 日（民集 40 卷 3 号 541 頁）は、和議債権者が債務者に対して負担する債務を受働債権としてする相殺（和議法 5 条・旧破産法 104 条 2 号）の効力を認めないものだが、旧破産法における相殺禁止規定について、次のようにいう。「債務者が債権者に対して同種の債権を有する場合には、対立する両債権は相殺ができることにより互いに担保的機能を持ち、当事者双方はこれを信頼して取引関係を持続するものであることにかんがみ、破産法 98 条は、その一方が破産宣告を受けても他方は破産手続によらないで相殺をすることができるものとしているが、他方、相殺を無制限に認めるときは、破産者が経済的に危機状態に陥つたのちに、一部の破産債権者が破産者に対して債務を負担し、又は一部の破産者の債務者が破産債権を取得して、相殺をすることによつて、自己の債権の回収を図り、又は自己の債務を免れることができることとなり、債権者間の公平・平等な満足を目的とする破産制度の趣旨が没却されることになるので、同法 104 条は一定の場合に相殺をすることができないものとしている」。このように、本判決は、相殺の担保的機能とそれに対する当事者の信頼が破産手続においても尊重されることを前提としたうえで、破産制度の趣旨である「債権者間の公平・平等な満足」との調整が図られることを示す。

最判昭和 63 年 10 月 18 日（民集 42 卷 8 号 575 頁）は、支払停止等の前にされた取立委任に基づき、しかし、支払停止等の後、それを知ってした手形の取立に係る取立金引渡債務を受働債権とする相殺の効力を認めた。前掲最判昭和 61 年 4 月 8 日を引用して、破産手続における相殺権の尊重と破産制度の趣旨との関係を述べたうえ、旧破産法 104 条 2 号但書は、「相殺の担保的機能を期待して行われる取引の安全を保護する必要がある場合に相殺を禁止しないこととしている」ものだという。

(9) 伊藤・前掲注(5)905 頁以下。

最判平成 24 年 5 月 28 日（民集 66 卷 7 号 3123 頁）は、破産手続において、委託を受けない保証人の事後求償権を自働債権とする相殺の効力を否定した。前掲最大判昭和 45 年 6 月 24 日のいう相殺の担保的機能に関する言明を繰り返した後、こういう。「相殺の担保的機能に対する破産債権者の期待を保護することは、通常、破産債権についての債権者間の公平・平等な扱いを基本原則とする破産制度の趣旨に反するものではないことから、破産法 67 条は、原則として、破産手続開始時において破産者に対して債務を負担する破産債権者による相殺を認め、同破産債権者が破産手続によることなく一般の破産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」。もっとも、「破産手続開始時において破産者に対して債務を負担する破産債権者による相殺であっても、破産債権についての債権者の公平・平等な扱いを基本原則とする破産手続の下においては、上記基本原則を没却するものとして、破産手続上許容し難いことがあり得ることから、破産法 71 条、72 条がかかる場合の相殺を禁止したものと解され、同法 72 条 1 項 1 号は、かかる見地から、破産者に対して債務を負担する者が破産手続開始後に他人の破産債権を取得してする相殺を禁止した」。そのうえで、本件相殺と破産法 72 条 1 項 1 号で禁止される相殺との類似性を指摘し、それは「破産債権についての債権者の公平・平等な扱いを基本原則とする破産手続上許容しがたい」という。

最判平成 26 年 6 月 5 日（民集 68 卷 5 号 462 頁）は、証券投資信託の解約金支払請求権を受働債権とする相殺について、民事再生法 93 条 2 項 2 号にいう「前に生じた原因」に基づくものとはいえないとして、その効力を否定した。こういう。「民事再生法は、再生債権についての債権者間の公平・平等な扱いを基本原則とする再生手続の趣旨が没却されることのないよう、93 条 1 項 3 号本文において再生債権者において支払の停止があったことを知って再生債務者に対して債務を負担した場合にこれを受働債権とする相殺を禁止する一方、同条 2 項 2 号において上記債務の負担が『支払の停止があったことを再生債権者が知った時より前に生じた原因』に基づく場合には、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、これを保護することとしても、上記再生手続の趣旨に反するものではないことから、相殺を禁止しないこととしている」。

③ 小括

倒産法の規律においては、「相殺の担保的機能に対する倒産債権者の信頼・期待」と「債権者間の公平・平等な扱い」との調整が図られている。判例からは、次のよう

な判断の段階的構造を見出すことができる⁽¹⁰⁾。

(a) 相殺の担保的機能に対する債権者の信頼・期待は、倒産手続においても保護される。

(b) 倒産債権者間の公平・平等な扱いが倒産手続の基本原則である。

(c) 危機時期以後に取得した債権や引き受けた債務などによる相殺は、(b)により、その効力が否定される。

(d) 但し、(c)であっても、取得した債権や引き受けた債務が「前に生じた原因」に基づくものであるときは、(a)の期待は合理的なものであり、それを保護しても(b)に反しない。

3 相殺の主体の制限

(1) 民法上の相殺

① 問題の所在

民法上の相殺は、「二人が互いに…債務を負担する場合」であることが要件とされる(民法505条1項)。起草者による相殺の制度理由の説明も、前述の通り、2人の当事者間に債権債務がある場合を想定して、両者の便利と公平を挙げていた。他方、現実の取引においては、3名以上の当事者間で債権債務を1回で清算することが「便利」であることがある。それが「公平」でもあるのなら、あるいは、「合理的な期待」や「正当な信頼」があるのであれば、そのようなオペレーションを認めてよいのではないかという問題が提起される。これは、どの当事者の意思があれば、すべての債務の消滅が生じるのかという問題と、債務消滅の効果は、当事者間だけでなく、第三者に対しても主張できるのか、そのための要件は何かという問題とに分けることができる。単純化のため、以下では、3名の当事者ABCが相互に金銭債務を負う場合の清算(重なり合う金額の範囲でのすべての債務の消滅)の場合を対象とする。

当事者が3名いる場合、債権債務の存在の類型は、次の4種類ある。まず、[a] BがAに対して債権を有し、AがCに対して債権を有し、CがBに対して債権を有する場合がある。これは、いわば三角形の3つの辺がそろっている類型だが、このほか、三角形の1つの辺が欠けている次の3類型がある。[b] BがAに対して債権を有し、BがCに対して債務を負う場合、[c] BがAに対して債権を有し、AがCに対して債権を有する場合、[d] BがCに対して債務を負い、CがAに対して債務を

(10) 学説も概ね同様である。伊藤眞ほか『条解破産法〔第2版〕』(2014)549頁以下・564頁以下。

負う場合である。当事者間での債務の消滅の問題 (②) と第三者との関係の問題 (③) に分けて検討する。

② 当事者間での債務消滅の要件⁽¹¹⁾

a B → A → C → B (環状類型)

第1の類型は、3者が環状に結合する場合である。

(a) ABC 3者の合意によって、合意の時点で3つの債務を消滅させることは、可能である (確定的相殺契約)。当初、2者の合意があり、その後、もう1人の同意がある場合も同様である (債務は同意の時点で消滅する。以下同じ)。ABC 3者の合意によって、将来、一定の事実が発生した場合、その時点で3つの債務を消滅させることも可能である (停止条件付相殺契約。以下同じ)。

(b) ABC 3者の合意によって、そのうちの1人又は複数の当事者にその意思表示によって3つの債務を消滅させる権利 (予約完結権) を与え、その者が権利を行使した場合も、効果を認めてよい (相殺予約)。その場合、予約完結権を有する当事者 (Bとする) のする意思表示の相手方は、原則として他の2当事者 (A及びC) とすべきだが、合意によってそのうちの1人 (A又はC) とすることも可能であろう。

(c) ABCの間に合意のない場合は、1当事者の意思表示によって、すべての債務が消滅することは、原則として⁽¹²⁾、ない⁽¹³⁾。

b B → A、B ← C (債務者と債権者が異なる場合)

第2の類型は、相殺する者にとっての債務者と債権者が異なる場合である。

(a) ABC 3者の合意によって、その時点で2つの債務を消滅させることは、可能

(11) 中田・前掲注(6)392頁～397頁参照。合意に基づく相殺として、確定的相殺契約、停止条件付相殺契約、相殺予約、弁済期に関する特約の4種を挙げている。

(12) BのAに対する債務免除を停止条件として、AがCに対する債務を免除し、CがBに対する債務を免除するとAC間で合意していた場合、Bの免除の意思表示によってすべての債務が消滅するが、これは、Bの免除とACの合意という2つの行為が組み合わされたものに過ぎない。以下では、このタイプについては一々言及しない。

(13) 問題となりそうな例としては、債権者代位権との関係がある。BがAに甲債権を、AがCに丙債権を、CがBに乙債権を有する場合、Aが債権者代位権 (民法423条) に基づき、丙債権を保全するため、乙債権を行使したとする。このとき、Bは甲債権で相殺できるかが問題となる。債権者代位権の第三債務者が自己の債権者に対する抗弁を主張できるかの問題である。これを認めると、BはCから請求された場合よりも有利になり (Cの承諾なく甲債権で代物弁済でき、また、Aが無資力のときAの他の債権者に優先して甲債権を回収できることになる)、そうすべき理由はないから、否定すべきである (最判昭和54年3月16日民集33巻2号270頁参照)。

である（確定的相殺契約）。

(b) ABC 3者の合意によって、Bにその意思表示によって2つの債務を消滅させる権利を与え、その者が権利を行使した場合も、効果を認めてよい（相殺予約）。

Bのする意思表示の相手方については、a (b)と同様である。

(c) ABCの間に合意のない場合でも、Bの意思表示で2つの債権債務を消滅させることがある。これは、債権譲渡に係る場合である。BがAに甲債権を有し、AがBに乙債権を有していたが、Aが乙債権をCに譲渡した場合である。BはAに対して主張できた事由をCに対しても主張できるから（民法468条2項）、CがBに乙債権の履行を請求しても、Bは甲債権を自働債権、乙債権を受働債権として相殺することができる。これは法定相殺である。この場合、Bが相殺するためには、Aの債権譲渡の通知の時点で、甲乙両債権がどのような状態にあったことが必要かという問題がある。「債権譲渡と相殺」といわれる問題だが、ここでは立ち入らない⁽¹⁴⁾。

c B → A → C（他人の債務による相殺）

第3の類型は、BがAに対する債権を自働債権とし、CのAに対する債務を受働債権として相殺しようとする場合である（他人の債務による相殺）。

(a) ABC 3者の合意によって、その時点で2つの債務を消滅させることは、可能である（確定的相殺契約）。

(b) ABC 3者の合意によって、Bにその意思表示によって2つの債務を消滅させる権利を与え、Bが権利を行使した場合も、効果を認めてよい（相殺予約）。

(c) ABCの間に合意のない場合は、Bの意思表示によって、2つの債務が消滅することはない⁽¹⁵⁾。

(14) 中田・前掲注(6)415頁参照。

(15) 問題となりそうな例として、物上保証人による相殺がある。BがAに甲債権を有し、AがCに乙債権を有し、Bは乙債権を担保するために、自己の不動産に抵当権を設定していた物上保証人であったとする。この場合、Bは利害関係ある第三者として、乙債権の弁済をすることができるが（民法474条）、弁済と同じく債務消滅の効果をもたらす、甲債権を自働債権とする法定相殺もなしうかが問題となる。判例は否定的である（第三取得者につき、大判昭和8年12月5日民集12巻2818頁）が、学説では肯定説が多い。実質的には第三者弁済と同視できるところ、Bは弁済をするについて「正当な利益」（同500条）を有すること、乙債権についてBが甲債権で代物弁済することになるが、Aにとって甲債権は自らに対する債権だから、承諾（同482条）をしないはずはないという理由である。もっとも、Aが無資力の場合、Bの相殺を認めることは、Aの他の債権者に対してBが優先することになり、債権者間の平等を害するから、その場合は除くともいわれる。しかし、相殺の可否は形式的に判断してこれを認めず、Aは、自らは倒産状態にない場合には、甲債権によるBの代物弁済

d B ← C ← A (他人の債権による相殺)

第4の類型は、BがCに対する債務を受働債権とし、AのCに対する債権を自動債権として相殺しようとする場合である(他人の債権による相殺)。

(a) ABC 3者の合意によって、その時点で2つの債務を消滅させることは、可能である(確定的相殺契約)。

(b) ABC 3者の合意によって、Bにその意思表示によって2つの債務を消滅させる権利を与え、Bがその権利を行使した場合も、その効果を認めてよい(相殺予約)。第三者に対する債権をもって相手方の債権と「相消シ」自己の債務を消滅させるためには、当事者双方及び第三者の契約をもってし、相手方の承諾を要するとする古い判例(大判大正6年5月19日民録23輯885頁)がある。

(c) ABCの間に合意のない場合は、Bの意思表示によって、2つの債務が消滅することはない⁽¹⁶⁾。

③ 第三者との関係

a 3者の合意と第三者

次に、第三者との関係を検討する。ここでは、代表的な問題として、②において消滅すべき債権を差し押さえた債権者(差押債権者)との関係を検討する。

(a) ②のaからdを通じて、3者の合意によりその時点で債権が消滅する確定的相殺契約(それぞれの(a))については、その合意と差押えの先後で決まる。合意前に、一部の債権が差し押さえられたとすると、差押えの効力(民事執行法145条1項)により、債務者(被差押債権の債権者)は、処分できなくなるから、処分行為である上記合意をしても、差押債権者その他の執行手続に参加した債権者との関

を承認しないことが、信義則上、認められないと解すれば足りるのではないか。なお、法制審議会民法(債権関係)部会において改正論点とされ、検討されたが、立法化は見送られた(「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」の「第18、1(2)第三者による相殺」、部会資料39、第2、1(2)、部会資料56、5頁)。

(16) 問題となりそうな例として、保証人の相殺がある。CがAに対し丙債権を有し、Bが丙債権の保証人としてCに対し乙債務(保証債務)を負う場合に、AがCに対し甲債権を有しているとき、保証人Bは、主たる債務者Aの甲債権による相殺をもって債権者Cに対抗することができる(民法457条2項)。しかし、ここでの相殺は、AC間の甲債権と丙債権の間のものであり、甲債権と乙債権の間のものではないし、そもそもBが甲債権と丙債権の相殺をできるのかには疑問があり、BがCから乙債権の履行を請求されても、Aが相殺できる立場にあることを理由として、その履行を拒絶できるとは解する見解が有力である(改正民法457条2項はこれを明文化する)。したがって、民法457条2項を、他人の債権による法定相殺の例とすることは適切ではない。

係で効力を有しない⁽¹⁷⁾。

(b) ②の a から d を通じて、3 者の合意により、当事者の 1 人である B にその意思表示によってすべての債務を消滅させることのできる権利を与え、B がそれを行使用するという相殺予約の場合（それぞれの (b)）、次のようになるだろう。

第 1 に、B が被差押債権の債権者であるときは、B の意思表示と差押えの先後で決まる。差押え前に B の意思表示があったときは、それによってすべての債務は消滅しているのであり、差押えの時点では被差押債権が存在しない。差押え後に B の意思表示があったときは、差押えの効力により、B は処分行為ができないので、B の意思表示は差押債権者等との関係で効力を有しない。

第 2 に、B が被差押債権の債権者でない場合も、B の意思表示と差押えの先後で決まると解すべきである。差押え前に B の意思表示があったときは、第 1 と同じである。差押え後に B の意思表示があったときは、3 者間の合意の効力に基づくものである以上、合意の相対効により、差押債権者にはその効力は及ばないと解すべきであるし、実質的にも民法 511 条に抵触すると考えられるからである。

第 3 に、3 者の合意により、B の意思表示があったときは、それよりも前の時点で遡って全債務が消滅するとの合意があり、かつ、B が被差押債権の債権者でない場合がある。つまり、約定の債務消滅時点から B の意思表示までの間に差押えがあった場合である。これは、遡及効を定める合意の相対効の問題が加わるものの、第 2 と同様になるのではないか。

この問題については、他人の債務による相殺の種類（② c）に関し、最判平成 7 年 7 月 18 日（判時 1570 号 60 頁）がある。次のような事案である。すなわち、C の子会社である B は、A との間で相殺予約をした。その内容は、A に信用悪化の事由が生じた場合は、B の A に対する甲債権につき期限の利益を喪失させ、他方、A の C に対する乙債権については期限の利益を放棄して相殺適状を生じさせ、その後、B の相殺の意思表示によって、相殺適状時に遡って甲乙債権の相殺をなすというものである。A が期限の利益を失った後、A の債権者である D が乙債権を差し押さえ、その後に B が相殺の意思表示をした。本判決は、相殺予約に基づき B のした相殺は、実質的には、甲債権の B から C への譲渡といえることも考慮すると、C は B が D の差押え後にした相殺の意思表示をもって D に対抗すること

(17) 3 者間で、一定の事実が発生したときは、その時点で債権が消滅すると合意し、その事実が発生したとき（② a (a) 参照）は、その事実発生と差押えの先後で決まる。合意によって、その事実が発生したときは、合意時その他の時点に遡って債権が消滅すると規定していた場合において、債権が消滅すべき時点から事実発生時点の間に、差押えがあった場合は、(b) と同様の問題になる。

ができないとした。この判決は、BA と AC という 3 者間の債権債務の相殺予約を AC の 2 者間の債権債務にしたうえで相殺する場合と「実質的に」同様であると評価したうえで、その対抗の可否を評価するという判断構造のものである。これに対し、他の構成も提唱されており⁽¹⁸⁾、この判決を契機として、当事者が 3 名いる場合の相殺についての研究が進められた⁽¹⁹⁾。

b 法定相殺と第三者

②の a から d までを通じて、法定相殺ができるのは、当初は 2 当事者間で債権債務の対立が存在していたが、一方の債権が第 3 の当事者に譲渡された場合 (② b (c)) のみである。この場合、一方の債権を差し押さえた、当事者の債権者との関係は、「差押えと相殺」及び「債権譲渡と相殺」の組み合わせの問題である。

c 2 者間に還元したうえでの相殺

3 者間の債権債務を清算するために、3 者間の関係を 2 者間の関係にするオペレーションを経たうえで、相殺することもある。すなわち、債権譲渡、債務引受、他人の債務についての第三者による代物弁済、他人の債権による代物弁済、更改⁽²⁰⁾ などである。これらはいずれも、第 3 の当事者の意思的関与が必要であるが、差押債権者との関係は、それぞれの制度における差押えの効力の問題となる。

(18) 本判決の原審判決の判例評釈である、新美育文・判タ 771 号 (1992) 35 頁、山田誠一・金法 1331 号 (1992) 29 頁は、この「相殺予約」は、A が C に対する乙債権をもって B の A に対する甲債権について代物弁済をするものであるところ、乙債権は D によって差し押さえられた以上、D には対抗できないとして、同じ結論を導く。

(19) 山本貴揚「三者間相殺予約の効力と債権者平等原則」法学論叢 154 巻 3 号 (2003) 64 頁・155 巻 1 号 (2004) 53 頁、中舎寛樹「多数当事者間相殺契約の効力」伊藤進古稀記念『担保制度の現代的展開』(2006) 334 頁、遠藤元一「三者間相殺契約はどこまで有用性が認められるか」NBL928 号 12 頁・929 号 44 頁 (2010)、深川裕佳『多数当事者間相殺の研究』(2012)、山田誠一「最近の相殺をめぐる裁判例と債権法改正 (その 1)」金融法務研究会『相殺および相殺的取引をめぐる金融法務上の現代的課題 (金融法務研究会報告書(21))』(2013) 21 頁、深川裕佳「三者間相殺契約」椿寿夫 = 伊藤進編『非典型契約の総合的検討』別冊 NBL142 号 (2013) 209 頁。

(20) 法制審議会民法 (債権関係) 部会の中間試案では、「三面更改」の立法化が提案された (「民法 (債権関係) の改正に関する中間試案」の「第 24、6 三面更改」)。しかし、この制度が利用されることが念頭に置かれている取引実務において、第三者対抗要件を具備しなければならないとすると、実務的に耐えられない負担であり、利用する余地がないとの批判があったことなどから、見送られた (部会資料 69A、40 頁)。

(2) 倒産法上の相殺

① 制定法

前述の通り、倒産手続において、基準時以後に他から取得した債権や引き受けた債務による相殺が禁止されている（破産法71条1項2号・72条1項1号、民事再生法93条1項2号・93条の2第1項1号）。

② 判例

a 問題状況

相殺の時的制約に関しては、相殺の担保的機能に対する倒産債権者の期待の保護と倒産債権者の公平・平等の扱いの基本原則との調整が問題となっていた。主体の制限についても、同様に、相殺に対する期待の保護の観点から、上記の相殺禁止を緩和することができるかどうかの問題となる。ここでは、合意相殺ないし相殺予約が中心であるので、「合意の相対効」及び「合意と倒産手続の基本原則との関係」の問題も現れる。また、3当事者の関係を2当事者の関係に還元したうえで相殺する場合の規律（対抗要件具備等）が3当事者の関係のまま債務を消滅させる場合にも及ぶのかという、特有の問題がある。他方、3当事者間の「相殺」に対する期待は、とりわけ分社化や企業のグループの編成が広くみられる現在の社会状況のもとでは、保護されるべきではないかという問題がある。

以下、この問題に関する最近の最高裁判決（最判平成28年7月8日民集70巻6号1611頁⁽²¹⁾）をやや詳しく検討する。これは、デリバティブ取引の当事者の一方（X）について再生手続が開始され、同取引の相手方（Y）がXに債務を負担する場合、Yが自らの関連会社であるAのXに対する債権をもって相殺できるかが問題となった

(21) 調査官解説として、岡田紀彦・ジュリ1509号（2017）84頁。座談会として、松尾博憲ほか・金法2057号（2017）6頁。評釈・研究等のうち、①本判決に積極的に賛成するものとして、伊藤眞・NBL1084号（2016）4頁（相殺の合理的期待の保護の倒産手続への取り込みを限定的に解し、民事再生法92条の解釈に持ち込むことに反対）、白石大・論究ジュリスト20号96頁、上田裕康・金法2074号42頁（上告人代表清算人）、柴崎暁・金判1527号2頁（以上、2017）、②3当事者間の債務の清算に対する社会的需要を考慮し、原審の判断に一定の共感を示しつつ、本件事案が「相殺」を認めるには不十分であったとし、補足意見を参照しながら今後の対応を検討するものとして、小野傑・金法2047号4頁、岡正晶・金判1502号1頁、山本和彦・金法2053号6頁（以上、2016）、田頭章一・ジュリ1505号152頁、遠藤元一・金判1516号8頁、和仁亮裕・金法2073号48頁（以上、2017）、③判旨は疑問だとし、本件相殺契約を有効と解すべきだというものとして、内田貴・NBL1093号13頁（被上告人代理人）、伊藤尚・新判例解説Watch20号235頁、小原将照・法学研究90巻5号43頁（以上、2017）、④問題の整理をするものとして、杉本和士・法教434号（2016）164頁、上田純・金法2059号（2017）28頁。

事案である（前出 3（1）② d の類型）。再生債務者の債務者が再生債務者に対して債権を有する場合、債権債務が債権届出期間満了前に相殺適状にあったときは、再生債務者は、同期間内に限り、相殺することができるが（民事再生法 92 条 1 項）、再生債務者の債権が再生手続開始後に取得した他人の債権であったときは、相殺が禁止される（同 93 条の 2 第 1 項 1 号）。この規律に服するかどうかが問題となった。1 審である東京地判平成 25 年 5 月 30 日（判時 2198 号 96 頁・金判 1421 号 16 頁）⁽²²⁾ と控訴審である東京高判平成 26 年 1 月 29 日（金判 1437 号 42 頁）⁽²³⁾ は、いずれも Y の相殺を有効としたが、最高裁は、相殺の効力を否定した。

b 事実経過

平成 13 年 11 月 26 日、X 証券会社（原告・控訴人・上告人）と A 証券会社は、デリバティブ取引を行うため、甲基本契約を締結した。これは、1992 年版 ISDA マスター契約（甲マスター契約）とそれに添付される特約たる甲スケジュールから成る。平成 19 年 2 月 1 日、X と Y 信託銀行（被告・被控訴人・被上告人）は、デリバティブ取引を行うため、乙基本契約を締結した。これは、1992 年版 ISDA マスター契約（乙マスター契約）とそれに添付される特約たる乙スケジュールから成る。Y と A は、いずれも N ホールディングスの 100% 子会社である。

平成 20 年 9 月 15 日、X の親会社である L 米国法人が米国において倒産手続の適用を申請したため、乙基本契約の約定により、同日、XY 間の個別取引が期限前に終了し、X は Y に対し、清算金債権である乙債権（4 億円余）を取得した。また、同日、XA 間の個別取引も同様に期限前に終了し、A は X に対し、清算金債権である甲債権（17 億円）を取得した。同月 19 日、X について再生手続開始決定があった。同年 10 月 1 日、Y は X に対し、乙債務と甲債権を相殺する旨の通知書を発送し、同日、A は X に対し、この相殺に予め同意している旨の通知書を発送し、翌 2 日、各通知書が X に到達した。X の再生事件の債権届出期間は同月 21 日であったので、これらの通知がなされたのは、再生手続開始後、債権届出期間満了前になる。X は、同

(22) 評釈として、長谷川俊明・国際商事法務 42 巻 1 号（2014）96 頁、神鳥智宏＝飯尾誠太郎・NBL1021 号（2014）41 頁。

(23) 評釈として、相殺を有効とする判旨に賛成する立場から、遠藤元一・金判 1444 号（2014）2 頁（射程は狭いと理解。「相殺の合理的な期待」という要件が従来の用法とは異なることを指摘する）、小野傑・金法 2001 号（2014）48 頁（判決を高く評価し、企業グループ間の三者間相殺を認める新たな法理の展開を期待する）、判旨に疑義を示す立場から、柴崎暁・金判 1482 号（2016）16 頁（「2 人互いに債権債務の関係を有すること（相互性）」の形式要件の充足がまずは必要だとし、判旨反対）、宇野瑛人・ジュリ 1491 号（2016）111 頁（A の同意が再生手続開始後であるのに相殺を認めることの正当性が疑問だとする）。

年11月29日、解散し、清算法人となっている。

乙スケジュールには、次の内容の相殺条項（「本件相殺条項」）⁽²⁴⁾が規定されていた。すなわち、一方当事者（X）について乙マスター契約により期限前終了日が指定されたときは、他方当事者（Y）は、XがY及びYの関係会社に対して負担する債務を、Y及びYの関係会社がXに対して有する債務と相殺し、又は、前者を後者に充当する権利を有する。なお、乙マスター契約の定義によると、AはYの「関係会社」にあたる。

XがYに対し、乙債権の支払を請求し、本件訴えを提起した。主たる争点は、Yのした相殺（「本件相殺」）の効力である⁽²⁵⁾。

Xは、こう主張する。本件相殺契約は、契約当事者でないAの同意がないので、効力を生じない。仮に、相殺契約として有効だとしても、Yは再生債権者でないので、その相殺は、民事再生法92条の要件を充たしておらず、同法の相殺禁止規定の趣旨に反し、無効である。

Yは、こう主張する。Yには相殺への合理的期待が認められるので、本件相殺は、民事再生法93条の2第1項1号又はその類推適用により無効になるものではなく、同法92条の相殺権が行使できる場合に当り、有効である。

c 1・2審判決

1審判決は、次のように述べ、Xの請求を棄却した。「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」るときは、民事再生法92条の要件のもとで許され、同法93条の2第1項1号により禁止される場合には当たらない。本件相殺は有効である。

控訴審は、次のように述べ、Yの控訴を棄却した。「民事再生法は、同法92条で再

(24) 「関係会社間相殺（cross-affiliate set off）条項」と呼ばれる（神鳥＝飯尾・前掲注(22)41頁参照）。

(25) その前提として、本件相殺条項の性質も争われた（Xは、本件相殺はAからYへの債権譲渡を前提とするものだと主張し、Yは、本件相殺条項は、更改契約又はこれに類する非典型契約であると主張したが、いずれも容れられなかった）。以下では、これが相殺契約であることを前提とする議論のみを取り上げる。他に、乙債権の金額も争われたが省略する。

生債権者が再生手続開始当時再生債務者に対して債務を負担する場合の相殺の担保的機能や相殺の合理的期待を再生手続開始後においても保護する一方、同法93条の2第1項各号により、債務者が危機時期にあることを認識した後又は再生手続開始後に債権を取得して相殺をすることを認めないこととして再生債権者間の公平及び平等を確保している」。

本件相殺が、①「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、相殺の合理的期待が存在すると認められ」、かつ、②「相殺が再生債権者間の公平、平等を害しない場合」には、本件相殺条項に基づく本件相殺は民事再生法において制限される相殺には当たらない。本件において、①については、Yには相殺の合理的期待が存在したと認められる⁽²⁶⁾。②については、本件相殺は、民事再生法93条の2第1項1号の禁じる相殺に類似するとはいえず、むしろYが自己の債権を自働債権としてする相殺に類似するといえるので、再生債権者の公平、平等を害するとはいえない⁽²⁷⁾。

d 上告審判決

最高裁は、次のように述べて本件相殺の効力を否定し、Xの請求を認めた（破棄自判）。

(a) まず、相殺制度の目的と機能について、こう述べる。「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。」これは、前掲最大判昭和45年6月24日で示され、前掲最判平成24

(26) 本件相殺条項の合意時における当事者の認識、当事者は関係会社がその債権を相殺に供することに同意することを容易に想定できること、本件相殺条項のような契約は、分社化が進んだ金融機関におけるデリバティブ取引慣行といえるほど広く用いられていたと推認されること、本件相殺条項は、終了時にならないといずれが債権債務を負うか確定しないデリバティブ取引におけるリスク管理のために合意されたものであること、による。

(27) XとYがそれぞれ属するグループの規模や金融業界における位置づけに照らし、本件相殺条項を合意することが稀だとは認められないこと、本件相殺条項の目的、合意時期に照らすと、Xの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行為は他の者も想定可能であり、特に本件ではYとAは持株会社の強固な支配関係の下にある会社同士であること、による。

年5月28日で引き継がれた理解をほぼ踏襲するものである⁽²⁸⁾。

(b) 次に、民事再生手続における相殺の担保的機能について、こう述べる。「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」。これは、前掲最判平成24年5月28日で示された破産手続における相殺の担保的機能と同様の理解である。

(c) 以上の判例法理を基礎としつつ、本判決は、民事再生法92条においては、2人が互いに債務を負担するという要件が満たされていることが必要であるという。すなわち、「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」という。そして、その理由として、「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」ことを挙げる。

(d) そのうえで、「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」と述べ、合意によって(c)の規律が変わることはないという。

(e) 結論として、「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動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」と述べる。

(28) 従来は、「・・・を目的とする合理的な制度」とされていたが、本判決は、単に「・・・を目的とする制度」とし、「合理的な」を削った。

(f) 本判決には、千葉勝美裁判官の詳細な補足意見がある。同意見は、民事再生法 92 条の適用又は類推適用ができないことを詳しく説明したうえ、今後の経済界、金融界において、本件相殺的処理のようなりスク管理の必要性・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る状況が生じた場合に同条の該当性を肯定することや立法的対応をすることが検討課題となるとしつつ、その場合でもなお慎重な検討が求められるという。

本判決は、相殺の時的制約に関して判例が認めてきた「相殺の担保的機能に対する倒産債権者の合理的な期待の保護」を、主体の制限に関しては考慮しないことを明らかにし、これを考慮した本件 1 審・2 審の判断を否定した。その理由として、上記 (c) に「民事再生法 92 条 1 項の上記文言に反し」とあることから、形式的文言解釈であるかのようにもみえるが、その本質は、「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」という点にあると理解すべきであろう。

③ 小括

この最高裁判決からは、次のような判断の段階的構造を見出すことができる。

- (a) 相殺の担保的機能に対する債権者の信頼・期待は、倒産手続においても保護される。
- (b) 倒産債権者間の公平・平等な扱いが倒産手続の基本原則である。
- (c) (a) の保護は、倒産手続開始時に互いに債務を負担する関係にある当事者間に限って認められ、そうでなければ (b) の原則による。
- (d) 一定の関係にある当事者間に相殺の合意がある場合でも、(c) は動かない。

4 考察

倒産手続に関する判例は、時的制約との関係では、相殺の担保的機能に対する合理的期待を考慮するが、主体の制限との関係では、これを考慮しない。それはなぜか、また後者の関係において、今後の状況（3（2）② d（f）参照）に応じて、柔軟化する論理はありうるのか。その問題を考えるため、相殺における「公平」の概念、及び、相殺契約の効力について検討した後、3 当事者間の合意に基づく相殺の効力について考えてみたい。

(1) 相殺における「公平」の概念

① 3段階の公平

本稿の冒頭で、「当事者間の公平」と倒産手続における「債権者間の公平」の関係については、吟味を要すると述べたが、倒産手続に関する判例・学説の展開により、その関係が次第に明らかになってきた。分析のために、当事者間の公平・2債権者間の公平・倒産債権者間の公平に分けて検討しよう⁽²⁹⁾。

② 当事者間の公平

民法起草者の考えていた「当事者間の公平」は、典型的には、民法508条（時効消滅した債権による相殺）の規律において現れる。判例（前掲最大判昭和45年6月24日、同最判平成24年5月28日、同最判平成28年7月8日）が相殺制度の目的として掲げる「両者の債権関係を円滑かつ公平に処理すること」の「公平」も、まずはこのレベルの公平を意味する。

③ 2債権者間の公平

民法511条の規定する差押えと相殺の場面で、相殺の担保的機能が認められるのは、「債権者間の公平」の問題であるが、ここでいう「債権者間」とは、ある債権（AのBに対する債権）を差し押さえた債権者Gと、その債権の債務者であり、かつ、Aに対して反対債権を有するBとの間の問題である。この場合、Bに対立する債権者は原則として1人である（ある債権について差押えが競合しても、差押えの効力発生時期等によって優先する債権者が決まり、Bは優先競合債権者と優劣を争うことになる）。また、ここではBはGに対し、相殺の効力を主張できるか（Gに勝つか）どうかだけが問題となり、BG間で債権者平等による割合的配当がされるわけではない（相殺できない場合、BがAに対する債権を行使することは可能だが、AのBに対する債権（Aの一般財産）について比例弁済原則による配当を受けるわけではない）。つまり、民法上、相殺をめぐる紛争は、1対1の形で現れる「2債権者間の公平」の問題である。この問題は、平時又は法的倒産手続開始前の段階で現れる。

④ 倒産債権者間の公平

倒産手続に関する判例法理のいう「倒産債権者間の公平、平等な扱いを基本原則とする倒産手続の趣旨」の公平は、倒産債権者間の公平である。時的制約に関する諸判例（2（2）②参照）においては、倒産手続における相殺禁止及びその例外との関係で、2債権者間の公平の尊重（相殺の担保的機能に対する期待の保護）が倒産債権者

(29) 中西正「民事手続法における相殺期待の保護」NBL1046号35頁・1047号37頁・1048号50頁（2015）参照。

間の公平の理念に反するものではないという文脈で言及されていたので、それぞれの公平の意義や両者の関係を厳密に詰める必要が感じられなかった。しかし、主体の制限に関する前掲最判平成28年7月8日では、倒産債権者間の公平のみが問題とされ、それは強い基本原則であって、一定の関係のある当事者間の合意によっても覆せないものであるとされる。

⑤ 3種の公平の関係

「当事者間の公平」は、「2債権者間の公平」の基礎にある。「2債権者間の公平」は、相殺の担保的機能として現れる。倒産手続においても、同機能に対する期待を保護することは、「倒産債権者間の公平」に反しないと考えられる（倒産手続における相殺権の承認）。しかし、その保護は、あくまでも「倒産債権者間の公平」に反しない限りにおいてのことである（倒産手続における相殺の禁止）。

「当事者間の公平」において、相殺の相手方の無資力又は破産の場合に言及されることもある。これは、「当事者間の公平」が「倒産債権者間の公平」においても認められる倒産手続における相殺権の承認の基礎にあるものとして理解することができる。

(2) 相殺に関する合意の効力⁽³⁰⁾

① 3種の公平と相殺に関する合意

前項で検討した3種の公平との関係で、相殺に関する合意はどのような効力をもつのか。当事者間・2債権者間・倒産債権者間の各段階について、2当事者間の合意と3当事者間の合意に分けて検討したい。

② 当事者間の効力

a 2当事者間の合意

互いに債権債務を有し、又は、有する可能性のある2人の当事者が相殺に関する合意（確定的相殺契約、停止条件付相殺契約、相殺予約、弁済期に関する特約）をした場合、契約自由の原則により、公序良俗に反しない限り、当事者間で効力を有する。隣接するものとして、交互計算や一括清算ネットティング条項があり、それぞれの規律に服する。

(30) 概括的には、中田・前掲注(6)392頁～393頁。

b 3 当事者間の合意

3 当事者間でも、同様である。例えば、B が A に、A が C に、C が B にと、環状に債権を有する 3 者間で相殺予約をし、予約完結権を与えられた B がそれを行使した場合、BA 間・BC 間はもとより、AC 間の債権も消滅する。

③ 2 債権者間の効力

a 2 当事者間の合意

相殺に関する合意をした 2 当事者の一方の債権が差し押さえられた場合、その合意の効果を主張できるかどうかは、契約（合意）の相対効の問題である。差押えと相殺に関する前掲最大判昭和 45 年 6 月 24 日は、一定の事由が生じた場合に直ちに相殺適状を生じさせるという合意を「契約自由の原則上有効」だとしたが、一定の要件の下でのみ有効性を認める大隅健一郎裁判官の意見の方向を支持する学説が多い⁽³¹⁾。ここでは、法定相殺の遡及効（民法 506 条 2 項）を合意による相殺で実現することの評価も問題となる。

b 3 当事者間の合意

ここでは、2 当事者間の契約の相対効の問題に加えて、3 当事者の契約の相対効を 2 当事者の契約の相対効と同様に考えてよいのかという未説明の問題がある。

(a) 理論的には、ABC の 3 者間の 1 個の契約の相対効なのか、AB・BC・CA の 3 個の連鎖する契約の相対効なのかという基本的問題がある。

(b) この問題は、3 当事者間にとどまらず、それ以上の多数当事者間の合意の効力へと広がる。そこでは、CCP を設ける場合、当事者が組合契約を結ぶ場合などを含め、多様な法律関係がありうる。それも視野に入れて考える必要がある。

(c) 2 当事者の特約は、弁済期に関する特約など社会的にも典型的なものが多く、その公知性・合理性が認められる場合も考えられるが、3 当事者（多数当事者）間の法律関係は多様であり、その合意も多様でありうる。

(d) 相殺については、2 当事者間の場合、相殺の担保的機能に対する期待・信頼が問題となるが、3 当事者（多数当事者）間の場合、合意により形成された仕組みに対する期待・信頼が問題となる。

このようなことから、3 当事者間の契約の相対効については、今後の検討が必要なところであり、その例外を一義的に示すことは、むずかしい。そこで、3 当事者間の合意を 2 当事者間の合意に還元するという手法が考えられる。前掲最判平成 7 年 7 月

(31) 中田・前掲注(6)413頁。

18日は、相殺に関する合意をした3当事者のうちある者の債権が差し押さえられた場合、一定のオペレーションを経て2当事者間の債権債務にしたうえで相殺する場合と実質的に同様であることを指摘して、そのオペレーションに伴う要件（債権譲渡の対抗要件）の具備を求めた（3（1）②a（b）参照）。これは、3当事者の契約の相対効の例外の基準を、2当事者間の関係に置き換えるオペレーションに伴う要件で代替したものと理解することができる。他方、相殺の時的制約が及ばない状況であっても、基準時以降に第三者から債権を取得した場合は、その制約を免れることはできず、相殺できないとされることがあるが⁽³²⁾、これは時的制約の基準を緩和する一方、3当事者の債権債務関係を2当事者の関係に置き換えることについては緩和しないとする規律であって、相対効の例外の外枠を画するものといえる。

④ 倒産債権者間の合意

a 2当事者間の合意

相殺に関する合意をした2当事者の一方について倒産手続が開始した場合、その合意の効果を主張できるかどうかは、㊦契約の相対効の問題（③a）であるとともに、①倒産法秩序の問題⁽³³⁾でもある。倒産手続開始決定が包括差押えの実質を有することを強調する立場⁽³⁴⁾では、㊦と①の共通性及び「2債権者間の公平」と「倒産債権者間の公平」の同質性を考慮し、倒産手続における相殺権の承認（破産法67条、民事再生法92条）を重視することになるだろう。他方、倒産法的再構成⁽³⁵⁾ないし倒産法的公序⁽³⁶⁾を強調する立場では、倒産手続の特質を考慮し、倒産手続における相殺

(32) 相殺は、債権債務を有しあう当事者間の信頼関係の存在が前提となっていることから、破綻に瀕する債務者に債権を安く買い集めて相殺することは認められないといわれている（我妻・前掲注(4)319頁）。民法508条との関係でも、第三者から既に時効にかかった債権を譲り受けて、それと自己の債務とを相殺することは、認められていない（最判昭和36年4月14日民集15巻4号765頁）。改正民法511条2項が、差押えと相殺に関する規律として、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のであるときは相殺できるとしつつ、差押え後に他人の債権を取得した場合は、相殺できないと規定するのも、その例である。

(33) 中田裕康「契約当事者の倒産」野村豊弘ほか『倒産手続と民事実体法』別冊NBL60号（2000）4頁・32頁以下参照。

(34) 松下淳一『民事再生法入門〔第2版〕』（2014）50頁以下。

(35) 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」金法1657号6頁・1658号82頁（2002）。

(36) 山本和彦「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」伊藤眞古稀記念『民事手続の現代的使命』（2015）1181頁。特に、1191頁・1199頁において相殺に関する合意が倒産法的公序に反するという評価が示される。水元宏典『倒産法における一般実体法の規制原理』（2002）も参照（特に201頁以下）。

の禁止（破産法71条・72条、民事再生法93条・93条の2）を重視することになるだろう。

b 3当事者間の合意

相殺に関する合意をした3当事者のうち1人について倒産手続が開始した場合、その合意の効果を主張できるかどうかは、㉞3当事者間の契約の相対効の問題（③b）であるとともに、㉟倒産法秩序の問題でもある。㉞については未解明な部分があるため、㉟の比重が一層増すことになる。基準時以後に他から取得した債権や引き受けた債務による相殺の禁止（破産法71条1項1号・72条1項1号、民事再生法93条1項2号・93条の2第1項1号）は、㉞の限界の外枠を形成するとともに、㉟を表すものでもある。前掲最判平成28年7月8日が相殺に関する合意の効力を認めなかったのも、㉞が不明瞭な状況において、㉟を重視したものといえよう。

（3） 3当事者間の合意に基づく相殺の効力

このように、3当事者間の合意に基づく相殺は、㉞当事者間では、契約自由の原則により効力が認められるが、㉟2債権者間では、㉞2当事者間の特約の相対効の問題と、㉞3当事者の契約の相対効の問題があり、㉟倒産債権者間では、㉟㉞㉟に加えて、㉟倒産法秩序の問題がある。3当事者間の合意に基づく相殺の倒産手続における処遇は、㉟㉞が不明瞭であるため、㉟の比重が高まり、厳格な姿勢が示されることになった。

これに対し、3当事者間の合意についても相殺に対する期待を保護しようとするのであれば、2つの方法が考えられる。第1は、3当事者の債権債務関係を2当事者間の関係に置き換えつつ、そのオペレーションに伴う要件を付加する方法である（前掲最判平成7年7月18日参照）。第2は、3当事者間の合意のうち社会的類型性・合理性・公知性のあるものを取り上げ、それについて合意の相対効の例外を認める方法である（前掲最判平成28年7月8日の補足意見参照）。いずれかによって、㉟の㉞と㉞が解決した場合、改めて㉟との関係が吟味されるべきことになる。