

一括清算と「三者間相殺」

柴 崎 暁⁽¹⁾

はじめに

- I 民事再生法92条における相殺の相互性——倒産法的再構成による限界づけ
 - A 最判平成28・7・8の事実と判旨
 - B 同判決の意義
 - i 判決の理論史的意義
 - ii 「絶対的条件」としての相互対立（民再92）
 - II 相殺の相互性問題の比較法的接近
 - A 不適切にも「三者間相殺」と呼ばれる取引行為の正体
 - B フランス法における「三者間相殺」をめぐる議論
- おわりに

はじめに

XはYとの間、および、並行してYと同一の会社集団に属する第三者Zとの間でも、ISDAマスターを用いた通貨スワップ取引を行っていた。Xに「期限前終了事由」が生じ、クローズアウトネットティングが発動された。その後民事再生手続開始決定を受けたXの管財人が清算金を有するとしてYに対してその支払を求めた場合に、YはZがXに対して有する清算金債権を以て相殺できるとする契約を、XY間において締結していた（手続開始決定後にZが参加した）事実を援用して、対当額においてこれを

(1) 早稲田大学商学学術院教授・比較法研究所研究員。

相殺することができるか。Yは、他人の債権で自らの受働債権を相殺しようとしたわけであるから、相殺の要件である相互性は満たされていない。最判平成28・7・8民集70巻6号1611頁（リーマンブラザース対野村信託事件上告審判決 最二判2016（平成28）・7・8民集70巻6号1611頁，裁判例情報（裁判所 website），裁判所時報1655号4頁，判タ1432号65頁，金判1508号53頁他⁽²⁾），清算金請求事件，破棄自判，原判決変更（請求一部認容）は、原審が認容したこの相互性のない相殺の可能性を斥けた。このことは、相殺に関する昭和45年の大法廷判決を以てしても克服できないものである（倒産法的再構成）。当該事案をめぐる、比較法的知見が問題とされ、一部の論者がフランス法に着目し、「相互性の欠缺は債権相互の牽連性を以て補われる」との命題がフランス法において採用されているかのような主張がなされたが、管見の限り、この命題は採用されていないことが明らかとなった。しかし財産関係の混同が見られる場面等では、商法典により倒産拡張の制度が適用され、これにより一種の法人格否認が行われ、その結果別法人の債権で相殺ができる扱いであれば行われている。事柄は金融機関の自己資本比率に係る BIS 基準の充足にかかわる問題でもあり、日本法におけるかかる事案の検討において外国法との異同を確認することは必要かつ有益であると思われる。

(2) 同判決に関する文献：(第1審)長谷川俊明「判批」国商42巻1号96頁，神鳥智宏＝飯尾誠太郎「判批」NBL 1021号41頁，(控訴審)遠藤元一「判批」金判1444号2頁，小野傑「判批」金法2001号48頁，柴崎暁「判批」金判1482号16頁（「判旨反対」），宇野瑛人「判批」ジュリ1491号111頁（「判旨疑問」），(最高裁)伊藤真「『相殺の合理的期待』は Amuletum（護符）たりうるか」NBL 1084号4頁（民再92の債権債務の相互対立を民再法上の相殺の「絶対的条件」とし「相殺の合理的期待」による修正を認めない），杉本和士「判批」法教434号164頁，山本和彦「判批」金融法務事情2053号6頁，遠藤元一「判批」市民と法102号18頁。

I 民事再生法92条における相殺の相互性 ——倒産法的再構成による限界づけ

A 最判平成28・7・8の事実と判旨

i 事案の概要

[1] X(米国法人Lの子会社、清算中)は、Lを「信用保証提供者」とし、平成13年以降Z証券との間で、平成19年2月以降は並行してZの姉妹会社Y信託銀行との間でも、1992年版ISDAマスターによる基本契約に基づき通貨オプション・通貨スワップ取引を行っていた。

[2] 平成20年9月15日、Lは連邦破産法第11章手続の適用を申請、基本契約・スケジュールに基づきXY間の取引は同日期限前終了。直後Yは本件取引の再構築(残期のリスク回避のための別の相手方との同内容の代替取引の締結)をした。基本契約では、期限前終了の清算金は「損害」方式⁽³⁾によりYが計算の上全損失及び費用を「善意で合理的に」決定して通知するものと定められていた⁽⁴⁾。計算の基準日は期限前終了日であるが、当日が日本の休日であったため、Yは直前の営業日(9月12日)の金利・為替指標に基づき損害を算定した。他方、同日XZ間の取引も自動的に期限前終了し、ZはXに対し清算金17億1168万6829円の支払請求権を取得。9月19日、Xは東京地裁において再生手続開始決定を受け、債権届出期間は

(3) ISDAマスター92年版では、清算金の算定方法として、時価の見積をディーラーに委託する「マーケット・クォーターション方式」と、当事者自らにおいて計算する「損害方式」とが存し、これをスケジュールにおいて選択しておくように作られている(2002年版ではClose-out amountという概念に一本化)。植木雅弘・必携デリバティブ・ドキュメンテーション基本契約(基本契約書編)第2版(2011年、近代セールス社)108頁以下。

(4) 遅延損害金(基本契約6条・14条)は、同額を資金調達するのに要する金利に相当する「ノン・デフォルト・レート」(以下r1)で、清算金の計算の通知日以降はこれに年利1%を加算した「デフォルト・レート」(以下r2)による。

10月21日までとなった。

[3] 10月1日、Yは本件基本契約⁽⁵⁾に基づき、Xに対して負う清算金4億0322万5548円⁽⁶⁾の債務とZの有する17億余円の清算金請求権とを対当額で相殺する旨の通知書をXに、Zは、「本件相殺に予め同意している」旨の通知書をXYに対して、配達証明付内容証明郵便により送付、それぞれ同月2日に到達した。

[4] Xは、期限前終了を理由として、Yに対し、基本契約に基づく清算金11億0811万1192円⁽⁷⁾、および、10月1日までに発生した確定約定遅延損害金40万3239円、ならびに、清算金に対する平成20年10月1日から支払済の前日までの $r2$ （年2%）で計算した約定遅延損害金の支払を請求して提訴⁽⁸⁾。Xは、清算金の額について、9月16日のレートによることを主張。そのうえでYの主張する相殺は民再93の2Iにより禁止されるとした。仮にZがXに対する清算金債権をYに譲渡した上で相殺するものとすれば、Zの同意通知（譲渡の意思表示）の到達は手続開始後であって相殺はできず（民再93の2I(1)にはII項の例外事由がない）、また、本件相殺条項は「実務的に稀」なもので、相殺への合理的期待は認められないと主

(5) (スケジュール第5部c) 期限の利益喪失事由が生じたときは、YはX等に事前に通知することなく、「XがY（及びYの「関係会社」）に対して有する債務（満期に達しているか不確定かを問わない）を、Y（及びYの「関係会社」）がXに対して有する債務（満期に達しているか不確定かを問わない）と相殺する、又は前者を後者に充当する権利を有する（義務ではない）」旨が定められている（以下「本件相殺条項」とする）。

(6) 本件取引の時価 - 6億1079万0938円と、再構築費用2億0621万9700円 + 未決済プレミアム53万4490円 + 弁護士費用81万1200円の合計額との和の絶対値。

(7) 基本契約の対象となる各取引の9月16日を基準日としてかつ「損害」方式によって算定した「時価」である - 12億8302万2186円と再構築費用1億7437万6504円（損益通算が争われている） + 「未決済プレミアム」53万4490円（争いが無い）との和の絶対値。

(8) ただし、再構築費用は、正しくは1億7793万6504円であって、そのため清算金は11億0455万1192円となる。この誤りをXも自認している（請求の減縮はしていない）。遅延損害金は、Xによれば $r1$ は年利0.83%で、前記清算金の額につき9月15日～30日の期間各日複利で計算すると40万1944円となる。

張した。

[5] これに対して、Yは、再構築費用は再構築による損益を通算すべきであること、因果関係のない弁護士費用（基本契約11条）は認められないことを主張、遅延賠償の計算方法にも異論を述べた。また、本件相殺の性質につき仮に譲渡でも更改でもないとしても、Zの同意を停止条件としてYのXに対する「固有の債権」を発生させ、Yがこれを自働債権としてXに対する清算金債務を相殺するとZのXに対する債権が対当額で消滅する無名契約であると反論。駆込み回収を債権者の公平の観点から禁止する民再93の2 I (1)の趣旨は事前に合意された本件相殺に適用はない等と反論した。

[6] 第1審判決（東京地判2013（平成25）・5・30判時2198号96頁）は、請求棄却。本件は算定が合理的に実行可能でない場合でなく、最終営業日（9月12日）のレートを用いたYの算定は「善意で合理的」である⁽⁹⁾とした。（この他裁判所は、再構築費用については損益通算すべきであり（1億7793万6504円となる）、弁護士費用については全額を認めるべきであり、遅延損害金についてはr1が0.83%⁽¹⁰⁾、r2が年2%⁽¹¹⁾、移行時期は10月2日であるとした上で、）Yは、清算金4億3150万8744円⁽¹²⁾＋期限前終了日から10月1日までの確定約定遅延損害金16万6841円＋上記清算金に対する同月2日から支払済の前日まで年2%の日割の各日複利による遅延損害金を負担していたことになるとした。前記相殺条項は、期限前終了事由の発生とYがZから同意を得ることとを停止条件とした、自働債権及び受働債権の相殺を行う権限をYに認めた合意と解釈すべきである（三面契約ではなくZの更改

(9) 判旨は、このほかスケジュールの「補償条項」からの類推や、上場デリバティブ取引について「金融商品会計に関する実務指針」（日本公認会計士協会）および法人税基本通達（2-3-39）の定めを援引する。

(10) Yの平成24年3月期の資金調達勘定における利回りに準拠。

(11) 平成19年11月頃LがXに供給した資金の調達金利を挙げ、手続開始決定後はこれ以上の費用が必要であるとの事実から。

(12) 本件取引の時価－6億1079万0938円と、再構築費用1億7793万6504円、弁護士費用81万1200円及び未決済プレミアム53万4490円の合計額との和の絶対値。

意思も明確ではないので、Yのいう債権者の交替する更改に該当せず、他方、相殺条項自体が無効とのXの主張も採用の余地はない)。危機時期前に再生債権を取得した者が手続開始時に再生債務者に債務を負担する場合に停止条件付債権であっても双方の債務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は相殺をすることができるとする民再92（および民再87）にてらし、本件相殺にはそれが行われる「合理的期待」が認められ、「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92によって許され」る。本件での相殺の合理的期待の存否は、「利害関係者間におけるリスク分配機能と債権者間の実質的な平等など…との整合性を総合考慮して判断すべき」であるが、「本件相殺条項…は…取引慣行といえる程度に広く用いられていたと推認でき…相手方が破綻した場合に備えて…Zを含めて総体的にリスクを管理及び分散すること自体に合理性があり…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認められず…Y及びZ以外の再生債権者に、本件相殺による本件清算金支払債務の消滅についても受忍させることが債権者間の実質的な平等を損なうものともいえない」と判示。相殺適状が生じたのは平成20年10月2日で、債権届出期間の満了前であるから、本件相殺は民再92によって許され、自働債権であるZの清算金請求権17億1168万6829円と、受働債権である本件清算金債務4億3167万5585円は対当額について消滅する、とした。X控訴。

[7] 控訴審は控訴棄却。第1審とほぼ同様の理由で、本件相殺条項の有効性を承認し、相殺の合理的期待が認められ、「本件相殺において相殺適状が生じた時点が債権届出期間の満了前であることによれば、本件相殺は、民再93の2Iによって相殺が禁止される場合には当たらず、民再92により許容されるものと解するのが相当であり、民再85により相殺が無効となると解することもできない」と判示した。X上告。

ii 判 旨

[1] 破棄自判、原判決変更（Yの主張する12日のレートで計算した清算金

4億3150万余円に相当する部分について請求認容)「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か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)。

[2] 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。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。

[3] 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。

[4] これを本件についてみると、本件相殺は、再生債務者である上告人に対して本件清算金債権に係る債務を負担する被上告人が、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Zが有する再生債権であるZ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条により許容された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、上告人の請求は、被上告人に対し、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遅延損害金の支払を求める限度で認容し、その余は棄却すべきであり、原判決を主文第1項のとおり変更することとする。」

[6] (なお千葉裁判官による意見がある。)

判旨賛成である。以下、本判決の意義を、「相殺の倒産法的再構成」の観点から分析しつつ、とりわけ相殺における相互性の重要性について、主としてフランス法を比較の対象として検討したい。

B 同判決の意義

i 判決の理論史的意義

[0] 判旨は民再92条の趣旨として、相殺の要件である債権債務の相互対立（相互性）を民505同様に要求しており、これを欠く状態で、他人の債権で相殺ができることを認めれば「再生債権者間の公平、平等な扱いという…基本原則を没却する」と判断し、Yによる相殺を認めた原判決を変更し、4億余円の清算金の支払を命じたものである。本件判決の意義を要約するならば、次のようになるであろう。民再92Iが定める債権債務の相互対立は、「絶対的条件」であり、「それを相殺の担保的機能に関する合理的期待の有無によって調整する余地はない」。「本判決が原判決を覆したことは、このような判例法理が確立されたことを意味する」⁽¹³⁾。当事者間に債権債務の相互対立性がないにもかかわらず本件「相殺条項」の効果により、Yが、ZのXに対して有する債権でYがXに対して負担する債務を消滅させることができるのは、相殺の概念に適さない。それが更改なり免除なり別の制度の一種として説明することができるとしても（後述）、相殺の概念には含まれない。

[1] 倒産法制は民法の定義する相殺概念を出発点として、これを手続の遷延防止、債権者平等、破綻者再生という制度目的等の諸理念によって修正している。民法の定義に固執して相殺と呼ばれるものの範囲を制限すること自体に価値があるわけではないが、修正にはおのずと限度があるであろう。「相互性」の具備は、これら倒産法上の要請にもかかわらず除外されていない要件である。他の要件（履行期の到来、停止条件の成就等）と比較して重要性が大きく、本質的な要件であることがわかる。その結果、仮に「三者間相殺契約」と呼ばれる何らかの債務消滅原因の存在を認めるとして、それが効力を生じるためには、原則的には、（ZからYへの債権譲渡の趣旨であるなら--対抗要件の問題が生じるので結局本件のような事実関係

(13) 伊藤真『「相殺の合理的期待」は Amuletum（護符）たりうるか』NBL 1084号4-13頁（以下伊藤「護符」）、13頁。

の下では相殺は認められないもの--二者間における債権債務の相互対立が成立するから) 少なくとも Z (被上告人の姉妹会社) の承諾が、手続開始決定以前に得られていなければならない (なお、後述の大審院判例)。

[2] 原審は、この点、X と Y とが合意時に、期限前終了事由発生時には Z が X に対して有する債権が相殺に供され、「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いた」ことを以て、相互性が存在しない場合であっても「[相互性が存する場合と同様の]相殺の合理的期待が存在すると認めるのが相当である」と判示している。引用部分の前者と後者との結びつきを説明する論法として、控訴審の判批のあるものは、判文中に用いられていない「牽連性」⁽¹⁴⁾ という語を用いて次のように述べる。「この点については、争点は異なるが、相殺予約と差押えについての最大判昭和45・6・24民集24巻6号587頁…が、…銀行貸付金と預金とは相互に密接な牽連性があり、預金は貸付金の担保としての機能を持ち、銀行取引における相殺予約はこの担保的機能を確保する手段として置かれていることが取引界でほぼ公知の事実となっていること…に照らして、相殺予約の対外的効力を認めたことを参考として説明できる」⁽¹⁵⁾…。ところで、後に詳述するが、牽連性とは、双方の債権の期限の

(14) 牽連性 (connexité) 概念は、フランス法において、「確定性 (liquidité : 金銭で評価できるものであること)」「請求可能性 (exigibilité : 履行期が到来していること)」の二つが欠缺する場合でも相殺を認める特別立法 (商法典の倒産編、通貨金融法典などにおける牽連債権相殺権規定) においても要件化されており、比較法的観察においても注意すべき用語である。このような立法のもとでも、相互性 (réciprocité) だけはこれが欠如すると牽連性によってカバーされることができないものである (深谷格・相殺の構造と機能 (2013年、成文堂) 177頁。19世紀注釈学派を代表する DEMOLOMBE や20世紀の著名な相殺に関する学位論文が知られる MANDEGRIS の見解としても紹介されている)。「牽連性」を万能視する見解は急激に拡散されている観があるが、後述のとおりとりわけフランス法との関係においては誤って伝わっているものとみるべき側面がある。

(15) 遠藤元一・金判1444号2頁。なお同判批は、中舎寛樹「多数当事者間相殺契約の効力」堀龍兒=鎌田薫ほか編・担保制度の現代的展開 (日本評論社、2006年) 334-357頁・347頁を典拠としている。この論文について付言すれば、同論

未到来・停止条件の未成就の場合にこれを既に請求可能と看做して相殺適状を補う条件であって、相互性が欠如する場合を救済しない。相互性が欠缺する場合にはこの行為により権利を喪失する第三者の同意が必要である。その意味で、ここで昭和45年大法廷を持ち出すのはいささか飛躍があるようにも思う⁽¹⁶⁾が、控訴審の判旨に賛同する見解は大方そのような類

文によれば「[AがBに対して有する]甲債権に関して第三者であるCが[Aに向けて]弁済することをBに約束し、…Bが[,]Cによる[Aへの]弁済があった場合には[BがCに対して有する]乙債権を免除する」(340頁)という取引が認められる。遠藤評釈が中舎論文を援引した趣旨は不明であるが、このような行為を本件リーマンブラザーズ事件にあてはめて分析すると、次のようになる。Z証券がA、ZがXに対して有する清算金債権が甲債権、XがYに請求している清算金債権が乙債権である。Zの参加が手続に後れ、それにもかかわらずZが有する債権がZの承諾を得ずにXY間の合意のみを根拠として消滅する、ということになりそうである。しかも、本件ではYはZに弁済した事実はない。中舎論文の前提をとっても、上記引用者が望む帰結が保障されているわけではない(さらに、平成29年民法改正法により、相殺適状にある債務者のための保証人の抗弁は相殺の援用ではなく履行拒絶権構成に置き換えられ、保証を利用した三者間相殺というアイディア自体が利用不可能になる)。相殺が何ゆえに債務消滅原因たりうるかにつき、「それは弁済や代物弁済ないしそれらの亜種とみるべきではなく、独自の債務消滅原因というべく、「債権に内在する強制実現可能性ないし擱取権能の私的執行」と規定すべきであ」る(林良平=石田喜久雄=高木多喜男[安永正昭補訂]・債権総論〔第3版・青林書院、1996年〕331頁)。一般に債務者の意思に反しない第三者弁済の可能なこと(民474)は、三面契約の欠落した三者間相殺をも広く認めることの根拠とはならない。

- (16) 伊藤「護符」4頁にいうとおり、「第三者債権相殺」一論者によって表現は区々であるが—は「自働債権そのものが相殺権者に移転するわけではなく、第三者に帰属したままに相殺を主張する」ことをさす。そうすると、バイラテラルの関係しか射程としていない昭和45年大法廷は却って妥当性が低い。同判決は「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」と述べるのみである。遠藤・同評釈は、他方、二者しか同意していない三者間相殺を認めなかった最判平成7・7・18(日通事件)については「法的性質に踏み込まず、要旨部分の一般化を目指したものではない」等と断じているが、事案がまさしく「第三者債権相殺」に関する判断であったとすれば、この認識はそれ自体問題にする余地がある。

推をはかろうとするものであろう（しかし後述のように、デリバティブ取引の期限前終了では、当事者のポジションも、相殺の対象となる債権債務の存在も不明であるから、そこに相殺への合理的期待があろうはずもない）。また、論者は（全銀協の）銀行取引約定書ひな型の差引計算規定が公知の事実になっているということを強調するが、ISDA マスターアグリーメントの相殺条項の公知性とは質的な違いがある。ISDA マスターが典型として規定しているのはバイラテラルなネットイングだけであって、「金融機関であれば必ず関連会社の有する債権関係を同時に消滅させるマルチラテラルネットイング約定がスケジュールに記載されているに違いない」といった期待が保証されるような意味での公知性があるわけではない。

[3] このような場面への対応として、約定書を起草するにあたっては、「三面“相殺”」の効果を希望するなら、取引を開始する時点から三当事者の同意を徴しておくことが推奨できる。Q.C. Hon. である Philip WOOD も、イングランド法の理解として相殺には相互性が必須の条件であるとした上で⁽¹⁷⁾、グループ間 netting を期待するなら cross-guarantee 等の担保権設定を行っておくべき旨を喚起している⁽¹⁸⁾。立法論⁽¹⁹⁾を検討する前にな

(17) イングランド法においても、「相互性 mutuality」は、ある人の債権が他人の債務を支払うことに用いられるべきではないことをいい、当事者は相手に対し保有する請求権につき信託受託者や代理人でなく人的な責任の相手方でなければならない。「insolvency set-off は…相互的なものでなければ」（他の相殺の要件が満たされていても、制定法に特別の規定がない限り）無効である（WOOD, *Set-off and netting, derivatives, clearing systems*, 2 ed., London Sweet & Maxwell, 2007, p. 93.）。倒産者の資産の invalid post-commencement forfeiture は許されない。British Eagle International Airlines Ltd. v. Air France [1975] 2 All ER 390, HL 事件判決は、IATA の航空運賃多数当事者間ネットイングを無効とした（WOOD, *op. cit.*, p. 97）。

(18) inter-group set-off and netting について WOOD は、cross-guarantees 等により確保される旨言及している（WOOD, *op. cit.*, pp. 95-96）。なお、フランスについては通貨金融法典 L.211-38 条および L.440-7 条が garanties financières の名の下に金銭・有価証券・債権を客体とした一種の集合譲渡担保権の設定を認める。

(19) 杉本和士「最判判批」法教434号164頁。

すべきことがある。

ii 「絶対的条件」としての相互対立（民再92）

[4] 倒産法制は民法との関係で、相殺の保護と相殺の禁止の両面で特例を設けている（倒産法的再構成）⁽²⁰⁾。「保護」（民再92、破67等）は、相殺の合理的期待や担保的機能の保護を理由としており、「禁止」（民再93、民再93の2、破71、破72等）は、再生債権者等の個別的権利行使の禁止（民再85 I、破100 I等）や再生債権者間の平等（民再155 I、破194 II等）を理由とする⁽²¹⁾。

[5] また、本件は民事再生の事案である。相殺がなされ得る条件の変容をもたらす倒産法制の規定は、一見一律に同様の規整であるようにも思われるが、清算型手続と再生型手続とではその制度の目的に違いがある。抽象的に言えば、清算型手続では、手続の遷延を避け、相殺をできるだけ緩やかに認めようとする要請がある。再生型の手続にとっては、相殺の結果、破綻者の財産が失われれば、再生目的の実現に負の影響を与え得る⁽²²⁾ので、再生型手続の場合には相殺可能な場合の拡大はより謙抑的に扱う必要がある⁽²³⁾。

[6] 本件の第1審・控訴審は、自働債権の取得時期を基軸とした①相殺禁止（民再93の2 I）に反しない限り相殺の合理的期待・担保的機能を保

(20) 倒産手続の目的を実現するために実体関係を合理的範囲で容容する原理を「倒産法的再構成」といい、これらはその具体例である。この原理は立法の理由を説明する概念にとどまらず、規定の解釈を指導する理念でもある。伊藤「護符」NBL 1084号4-13頁、8頁。

(21) 伊藤「護符」NBL 1084号5頁。

(22) 伊藤「護符」NBL 1084号5頁。

(23) また、伊藤「護符」NBL 1084号6頁は、判例はその方向に「一貫し」て向かっていると指摘する。その具体例として無委託保証人の手続開始後の弁済による求償権を自働債権とする相殺を禁じた最判平成24・5・28民集66巻7号3123頁を挙げる—破産手続でさえそうなのだから、a fortiori 民事再生でもそうであろう—。ちなみに、その弁済が破産者の免責をもたらしたのであるから、無委託保証人には不当利得返還請求権が取得され、財団債権として行使し得よう。

護するため相殺を認めるべきものとした上で、②その旨が、形式的に債権債務の相互対立が存しない場合にも及ぼされるとし、③その根拠として停止条件付債権の停止条件が再生手続開始後に成就した場合にも相殺ができること（破67Ⅱ後段を類推して民再92を解する）を挙げ、④相殺権付与の三面契約が存在して関係者間のリスク配分機能をもたらしているのが取引界の支配的通念である、としたが、これに対し、最高裁判決は、②の部分⁽²⁴⁾を斥け、民再92が債権債務の相互対立を要求する点において、法は「民事再生手続において認められる相殺の担保的機能をその範囲に限定」している⁽²⁵⁾との旨を説き、④に関していえば本件が三面契約の存在しない場合であることからこの考慮を本件に無関係なものとした⁽²⁶⁾。

[7] ときに本判決でも引用された最大判昭和45・6・24は「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」とした上で「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」としていることが注目される⁽²⁶⁾。重要と思われるのは、①この大法廷の判旨は、相互性を前提に議論をしていることと、②相殺の目的と機能を分けて論じていることの二点である。この区分は本件判決も踏襲している。そして、相殺制度の目的が専ら相殺権者と相手方との権利義務の調整に、相殺制度の機能が相手方の一般債権者との関係で相殺権者に優先的地位を認めるかどうかに係る問題となる。

[8] 一般的に法制度の「機能」とは、本来別の「目的」において成立し

(24) 伊藤「護符」NBL 1084号7頁。

(25) 本件では三面契約の成立自体が問われ、最高裁の千葉意見も「主張立証が十分とはいえない」と付言していることに注目する。伊藤「護符」NBL 1084号7頁。

(26) 伊藤「護符」NBL 1084号7頁のこの判旨の引用の前段は「目的とする」という部分に強調があるが、それだけでなく、評者としては判旨が「相対立する」ことを明示していることに注目したい。三者間のネットィングにはこの判旨を安易に及ぼし得ないものと思われる。

た制度に伴う、元來期待されていなかったはずの経済的効用を利用するにとどまるものであるから、「目的」がこれを許さないときには、当事者がその効用を必ず得られるものではない。倒産法的再構成の原理に従えば、「相殺権者を含む利害関係人が一定の場合における相殺の許容性について合意したとしても、それが相殺権にかかる倒産法の規定に抵触する場合」「規定の趣旨と背馳する場合には、その効力を否定す」べきである⁽²⁷⁾。以上の分析から、伊藤「護符」は、民再92Ⅰの冒頭に定義される債権債務の相互対立を以て「絶対的要件」とし、法文がその例外を認めていないことはこの考え方の顕れであるとみる⁽²⁸⁾。

[9] そして、相殺の担保的機能に対する合理的期待が認められるときに相殺を許容すべきであるとの判例法理⁽²⁹⁾は、手続開始前の危機時期（民再93，民再93の2，破71）において生じた債務負担・債権取得による相互対立の具備があるときにおける、倒産法的再構成によって拡張された禁止を緩和しようとする判断の場面で問題とされてきているのに対し、倒産法的再構成によって拡張された相殺権保護の限界づけ（絶対的要件）についてこれを修正したわけではない。手続開始前に相互対立が成立した停止条件付債権の手続開始後の条件成就による相殺（破67Ⅱ後段）は、倒産法的再構成のなかでもとりわけ「特殊な状況に関する」制度であって、これを相互対立の絶対的要件性に修正を加えるものではない（停止条件付なのは債権そのものについて与えられた形容詞であって、相互対立が停止条件付であるのではない）との立場から「相殺の担保的機能に関する合理的期待の有無によって調整する余地はない」、リーマン最高裁判決はかような「判例法理が確立されたことを意味する」判決であると評価している。

[10] また、原審評釈でも言及したが、あまり指摘がなされていないが、

(27) 伊藤「護符」NBL 1084号 8頁。

(28) 伊藤「護符」NBL 1084号 9頁。

(29) 伊藤「護符」NBL 1084号10-12頁にわたって検討されている事案は最判昭和63・10・18民集42巻8号575頁，最判平成26・6・5民集68巻5号462頁，最判平成10・4・14民集52巻3号813頁である。

一括清算法（平成10年）は、ネットティングの管財人への対抗力を、専らバイラテラルな場合のみを想定して規定している。二者間のネットティングに一旦置きなおすことをしない限り同法の適用がなく、エクスポージャー縮減の効果が認められず、金融機関が自己資本比率に関する BIS 基準を満たしてデリバティブ取引を保有することが困難になる。そのうえ、ネットティングは銀行取引約定書にあるような単なる期限前倒しによる相殺なのではなく、損益不明の状態にある期中で、契約を強制終了して仮想的な価格を算出（更改）⁽³⁰⁾し、以て相殺するという二段階の過程が行われている（更改前の時点では当事者が債権者なのか債務者なのかさえ不明で、預金と貸金の場合のような意味での相殺の合理的期待は存在しないともいえる。ましてや、グループ間相殺の約定が ISDA 等のスケジュールに約定されていることについて一般に公知のものであるわけでもない）。このような特殊な決済であるからこそ特別法の規定で管財人への対抗が規定されており、相殺一般として論じ得ない部分がある。

II 相殺の相互性問題の比較法的接近

A 不適切にも「三者間相殺」と呼ばれる取引行為の正体

[11] では、仮に Z による三者間相殺への同意が手続開始前であったならば、債務の消滅の効果は相殺として保護されるのであろうか。Z が債権譲渡をしているから二者間における債権債務の対立関係が成立するということになるかもしれない。Z が Y の債務を（期限前終了事由の発生を停止条件として）債務者契約により免責的債務引受していれば、この場合にも二者関係となろう（この場合 Z による相殺意思表示が必要とはなるであろうが、

(30) ここで損益を決する偶然性は初期の合意とは違った別の偶然性に置替えられる。射倖契約においては偶然性の置替えは更改を意味する。更改予約が効果を生じるのは計算実行日であろうが、少なくとも相殺と異なって遡及効がない。効果の不安定を回避するために一括清算法が必要である。

これは手続開始に後れても遡及効（民506）でカバーされる）。しかし本件の事実関係では債権譲渡も債務引受もなかった。判旨は、債権の相互対立を欠く「相殺」そのものを認めない趣旨に読める。このような事例ではいったん二者関係に置きなおす合意が必要であるとするものであった。しかし、Zの同意の時点が手続開始時以前であるとき、その趣旨が必ず事柄を二者関係に必ず置きなおす意味の意思表示でなければならないのであろうか。

判例にてらせば、Zによる同意が手続前になされることを前提にすれば、「三者間相殺」が直截に認められていたかもしれない—しかしそれはもはや相殺という名においてではない（内田貴）—。このことについては根拠がある。控訴審の評釈において既に指摘したが、ABCの同意する三面契約による（AのBに対する）債権 α （対価関係ないし原因関係とも呼ぶ）および（BのCに対する）債権 β （資金関係ないし補償関係とも呼ぶ）を同時に消滅させるとともにAのCに対する相当額の債権を成立させる合意があり、これによる決済の簡略化は、つとに大判大正6・5・19民録23輯885頁によってその存在が確認されており⁽³¹⁾、しかもそれが相殺ではないことが確認されている⁽³²⁾。この類型の取引は旧民法（明治23年）財産編第

(31) 事案の当事者は「当事者双方間ニ相対立セル両債務ノ相殺ヲ主張シタルモノニ非ス」, 「斯ノ如ク当事者ノ一方カ第三者ニ対シ有セル債権ヲ以テ相手方ノ債権ト相消シ之ニ因リテ自己ノ債務カ消滅シタルモノト為」すには（「相殺シ」を「相消シ」と言い換えている）、その成立要件として三面契約を要し（「当事者双方及ヒ第三者ノ契約ヲ以テシ相手方ノ承諾ヲ要スルコト勿論ニシテ」）, 「当事者一方ノ意思表示ヲ以テ足ルヘキモノニ非サル…」との旨を述べている。

(32) 三者間ネットティングが、抽象的な概念としては相殺そのものではない別の何かであるという認識において、私見は内田貴「三者間相殺の民事再生法上の有効性」NBL1093号13-18頁、14頁が「争点は、本件契約条項のもとでおこなわれた本件決済の有効性（及びそれを肯定した原審の妥当性）ではないだろうか。そのうえ、本件契約条項（原文は英語）は、意見書で述べた通り、民法上の「相殺」に関する規定と読むべきかどうかには疑問がある」とされている部分につき（それが相殺ではない何か別の制度の効果である、という意味を持つのであれば）、その直観に左袒し得るものである。なお、清算金債権を複数のグループ会社で不可分的に共有する旨の合意ないし連帯債権とする旨の特約（改432）によって、グループ内の任意の一社が相殺権を全体のために行使する

496条以下にいう「完全嘱託」であり、フランス法の「完全指図〔délégation parfaite〕」⁽³³⁾に該当する⁽³⁴⁾。Bの命令〔jussum〕によって行われる被指図人Cの債務負担による出捐とされているが、その成立要件をより精密に定義すれば三面契約〔triple consentement〕によるものである⁽³⁵⁾。本件リーマンブラザーズ事件は、以上のような取引行為を行っていなかった事例であるといえる。わかりやすくいえば三面契約のうちの「一辺が欠落」しているのである⁽³⁶⁾。

[12] 一辺が欠落している三面契約ではその意思表示をまだしていない予定された当事者にその効果を及ぼすことはできない。控訴審のある判批は、三者間相殺について、従来から、「自働債権と受働債権の一方当事者は同じでも他方当事者が異なる場合、二当事者間を前提とする民法上の相殺と同様に議論できるか、契約自由の原則から合意として有効で…〔ある

という方法があろう。しかしこれとて三面契約としてかかる旨の合意なり特約なりが成立していなければならないことはいうまでもない。

- (33) 現在の用語法にいう *délégation novatoire*。2016年改正フランス民法典第1337条第1項。
- (34) ただし、対価関係・資金関係それぞれの債権債務が未発生であるので、これが生じることを停止条件とする等、ある種の「嘱託予約」であるとの説明は必要であろう。
- (35) SIMLER (Philippe), *Contrat et obligations. – Délégation*. in *JurisClasseur Civil Code*, Art. 1271 à 1281, Fasc. 40 (2004), no 48. 各当事者が各々の他者に向けて二方向の意思表示を行うもので、合計6本の意思表示が取り交わされることとなる。勿論、取引社会の慣行等に即して意思実現と看做されるものがあれば6本のうち幾つかの表示行為は省略することができるかもしれないが、ここではそのような話題は指摘されていないから、原則としてひとまずそのような意思表示が全部行われていないと成立要件は満たされていないというべきであろう。
- (36) 内田貴「三者間相殺の民事再生法上の有効性」NBL 1093号13-18頁, 18頁。ところで、内田論説には、このことを承認した上で、無権代理説とも呼ぶべき考え方が示されている。Zの承諾が手続に後れたとしても、ISDAのスケジュールの中に定められた三者間相殺を承諾する者の署名欄に、Zの自称代理人としてYがなした署名が存在し、この無権代理行為をYが追認した、との説明は不可能ではない、というものである。ところで、追認は第三者の権利を害することができないとする民106の規定をどう説明するのであろうか。

か]等…議論が展開されてきた」という⁽³⁷⁾。上述のような三面契約による債務の消滅をもたらす取引行為は、旧民法財産編における「囑託」の典型として規定され、上記の大審院大正6年判決においても承認されていた。囑託のような取引自体が有効であることは「契約自由の原則に基づいて」⁽³⁸⁾認められているわけであるが、そのことは、三者が同意を与える三面契約が成立している場合に、それは何も法定効果ではなく合意の効力だという説明が可能であるといっているに過ぎないのであって⁽³⁹⁾、二者しか同意していない三面契約が同意をしていない者に効力を及ぼすという意味ではない。もしそのような効果を容認したいというのならば、むしろ問題とされるべきなのは、「契約相対性の原則」の話ではなからうか⁽⁴⁰⁾。じっさい、フランス法における指図の歴史的展開を観察すると、被指図人と指図人とが同意を与えていて指図受取人の同意待ちの状態に「未完成指図 *délégation inchoata*」の名が与えられ、その性質は合同申込 *offre collective* であるに過ぎないところ、申込者の撤回権を制限して指図成立への合理的期待を有する指図受取人を保護しようとする学説なども主張されたが、一般的に承認されているわけではないようである⁽⁴¹⁾。

[13] 日通事件⁽⁴²⁾ (日通=A, 下請業者=B, 日通商事=C)における合意

(37) 小野傑「控訴審判批」金法2001号49頁。

(38) 例えば、柴崎暁・手形法理と抽象債務（2002年、新青出版）205頁において紹介されている法典調査会における梅謙次郎委員による起草趣旨説明を参照されたい。

(39) 指図＝囑託説で問題となりそうなのは、四番目の当事者が登場した場合である。本稿では検討を省略するが、フランス法においても、指図人の差押債権者が資金関係債権を差押え、指図受取人との間で競合を来す場面が争われてきた。

(40) この意味で、控訴審の判批である宇野瑛人・ジュリ1491号111-114頁、113頁が第三者のためにする契約に言及していることに注目したい。

(41) HUBERT (Frédéric), *Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français*, 1899, th. Poitiers, nos 151 et s; SIMLER, *op. cit.*, nos 24, 25 et 49. 柴崎・前掲書205頁脚注54。このような問題を取扱うわけではないが用語そのものについては隅谷史人・独仏指図の法理論（2016年、慶應義塾大学出版会）222頁にも紹介がある。

は、本件スケジュール上の「相殺契約」と同じく、上記のような意味での三面契約ではない。A B 間、B C 間のそれぞれで別々に成立した「B は C への債務を受働債権とし A への債権を自働債権として相殺をすることができる」旨の特約は、三面契約としては、A B 間の特約は C が参加していないので C に効果が及ばず、B C 間の特約は A が参加していないので A に効果が及ばない、いずれも不完全なものというほかにない。債権譲渡担保または債権の移転による代物弁済と性質決定しようとしても、いずれも債権譲渡の制度を用いたものである以上は対抗要件が具備されていないこととなり、第三者による弁済についても下請業者の意思に反しての第三者弁済は為し得ないこと等が妨げとなる。事柄を子会社による下請代金債務の債務引受として性質決定し、一旦相殺適状が子会社・下請業者間に生じたもとすれば、相殺として扱うことの可能性があったであろう⁽⁴³⁾。この事例は偶々債務引受の事実はなかったとされた場合であるが、事実認定

(42) 大阪高判平成 3・1・31 判時 1389 号 65 頁。B は運送業 Y の継続的下請であり、Y の子会社である A が B に対し継続的に燃料を供給した。AB 間には、B に信用毀損事由が生じた場合には B が期限の利益を失い、A は B への燃料の売掛債権 (α) を以て B が Y に対して有する下請代金債権 (β) とを対当額で相殺することができる旨の合意を行っていた。X (国税庁) は B の取引停止処分後 β を差押え、Y にその支払を求めた (第三者弁済や代物弁済の趣旨であるとの理解も援用されているが、ここでは検討しない。詳細は、柴崎暁「本件リーマン対野村事件控訴審判批」金判 1482 号 16-21 頁も参照)。「[甲乙間で甲乙丙の三者間相殺を予約した場合に] 右相殺予約には丙の意思表示が欠落しているから、右三者間には右両債権が対当額で簡易、公平に決済できるとの信頼関係が形成されるものではない。そうすると、右二者間の相殺予約は、相殺の効力を差押債権者に対抗するための基盤を欠いていることになる」。上告審は特段理由らしきものを示すことなく原審は適法であるとして上告棄却。最三判平成 7・7・18 訟務月報 42 卷 10 号 2357 頁、判時 1570 号 60 頁、判タ 914 号 95 頁。

(43) 神鳥=飯尾「ISDA マスター契約の関係会社間相殺条項の有効性」NBL 1021 号 41-48 頁は、従来の学説からいえば、債務引受「構成」のみが説明可能であるとする。日通事件の大阪高裁判決の評釈・新美育文「本件判批」判タ 771 号 36 頁もまた、債務引受と解する途を通して相殺適状を作り出すという解釈の理論上の可能性を指摘しておきつつも、当該事案ではこれが適用されるべきではないとしている。

の如何によっては、二者関係に引き直された上で相殺が行われた事例ともなり得た⁽⁴⁴⁾。

[14] 無名契約説とも呼ぶべき主張も見られた。論者は、「XY間相殺条項とXZ間相殺条項の内容は同じ」であるから、「YとZの双方が…お互いの債権が相殺に供されることをXを通じて許容していると評価することができる」⁽⁴⁵⁾としている。ところで、この解釈では、内容上抵触するおそれのある二つの合意が両方とも成立していることになる。この場合には、相殺権が競合する場合が出てくる危険はないか。本件に即していえば、Yが、YX間の契約に基づき、ZのXに対して有する債権を自働債権として、自らのXへの債務を消滅させようとしていると同時に、Zが自らXに対して負担している債務（本件ではその存在についてはまったく認定はないものの、仮にそのような事実があったとすれば）をこの同じ債権によって（文字通りの二者間の相殺によって）消滅させようとしていずれもが相殺の意思表示を行ったときに、どちらの反対債権がどのような順序で消滅することになるのか。Xは対当額を超える債務をなお負担していれば消滅しなかったほうの債務を弁済しなければならないことになるが、その場合誰にどの部分を弁済すべきことになるのか。却って決済過程が混乱を来すのではあるまいか。

B フランス法における「三者間相殺」をめぐる議論

[15] この事案に関連して「フランス法には三者間相殺が存在する」⁽⁴⁶⁾と

(44) 債務引受説で懸念されるのは、債務引受の観念を利用して三面相殺を説明しようとする議論は、民法（債権法）改正によって大きな障壁につきあたることになるという点である。少なくとも、そこに登場する債務引受が免責的債務引受として行われるとの理解を採った場合には、引受人から債務者への求償が禁止されることになる。例えば、事後のグループ会社内での清算において紛争が発生した場合に、民法が求償を禁じているということを理由に、グループ相殺によって「自働債権」を失った側の会社の株主が損害を押し付けられることにならないだろうか。

(45) 神鳥＝飯尾・前掲 NBL 48頁。

いう発言がきかれる。それぞれの発言者が典拠を示しておらず、しかもそこで対象としている三者間相殺の概念が、①民法典に明文の規定で認められてきた保証人および債権譲渡被讓人による三者間相殺⁽⁴⁷⁾⁽⁴⁸⁾の事か、②上記のような文字通りの三面契約で、機能としてはここに論じる「三者間相殺」と同様に給付過程を省略して合理的な決済を行う債務消滅の手段として古来より認められてきた指図(délégation, とりわけ更改的指図délégation novatoire)のことをさしているのか、③後述の破毀院判決(その正体は法人格否認の法理またはそれに準じる理由であって「牽連性」ではない)のことを述べているのかの判別が必要である。ましてこれらの場合以外にも、④三面契約が成立しておらず、二者間の合意であるにもかかわらず、「牽連性」を理由として三者間相殺ができ、それはフランス法の採る立場であると言っているとすれば、この認識には以下に述べるように重大な疑問がある。比較法的研究の成果の如何がが必ずしも日本の法令解釈に直結するわけではないが、「それが国際的動向であるから日本もこれに従うべきである」との意見に繋がる虞がある以上、より正確に事柄を確認しておくことは無駄ではない。

[16] 深川裕佳・多数当事者間相殺の研究⁽⁴⁹⁾は、「二者間で締結される二

(46) 松尾博憲=木村真也=白石大=杉本純子=本田知則〔座談会〕「三者間相殺判決を読み解く—最二小判28・7・8の意義と影響」金法2057号(2017年)11頁〔杉本発言〕、内田貴「三者間相殺の民事再生法上の有効性」NBL 1093号13-18頁・16頁「ひとつの取引関係から債権債務が生じている場合には、債権債務の牽連性が認められて、フランスにおいても三者間の相殺が有効とされている」。

(47) 深谷・前掲書177頁。相互性を欠く相殺としては債権譲渡における相殺権の承継(仏民1295)・保証人による主債務者の相殺権の援用が認められる(仏民1294)。改正民法典でも同様の規定が引き継がれる()。なお日本民法の場合には民436Ⅱ、民443Ⅰ、民457Ⅱ、民463Ⅰ、民468Ⅱ参照。

(48) フランス法では相互性の緩和は学説(MANDEGRISによれば、「相互性要件は相殺の本質的な要件であって、他の要件(特に確定性や請求可能性)と同列に論じられるべきではない」。深谷・前掲書178頁)。判例(相互性が欠けると相殺予約が合意されていても相殺は認められない。破毀院民事部1902・3・1)も緩和を認めていない。

面的法律関係における三者間相殺契約」のなかで、「債務間の牽連性に基づく対抗力（担保的機能）」を展開される⁽⁵⁰⁾。ここでは、フランス法における二者間で締結される三者間相殺が認められる事例には、民法典自体に基づく保証人および債権譲渡の場面の話と、完全指図ないし更改的指図の話とを除くと、次の4類型があるとされている⁽⁵¹⁾。①は法人格否認、②は財産関係の混同（①と②とは結局のところ法主体としての独立性を否定される場合を意味するから、同じ類型と考えることができる。おそらくは後述の倒産手続拡張判決が出されている事例が多いのではあるまいか）。③として「枠組み契約が締結されている」場合、事例としては破毀院商事部1994年4月5日⁽⁵²⁾が挙げられている。そして、④の事例として債務間の「牽連性」によって相互性の成立していない当事者間に相殺の可能性を認めた例として破毀院商事部判決1995年5月9日⁽⁵³⁾が挙げられている。結論からいえば、後述のとおり、④の事例も①②と同様に関係人が法主体としての独立性を否定される⁽⁵⁴⁾結果、外形上は三者関係であるはずの状況が、真実は二者関係であると法的に評価される場合、に含まれるはずである。そこで孤立してしまうのが「枠組み契約」に関する③なのであるが、評者も詳細な事実関係が登場する文献を探し当てることができなかつたので必ずしも明らかではないが、典拠Dallozにおける判示事項要旨とHONORATによる注釈⁽⁵⁵⁾を見る限りは、三者間の相殺という旨を示す表現がなく、たま

(49) 深川裕佳・多数当事者間相殺の研究（信山社、2012年）139-142頁。

(50) 本件リーマンブラザーズ事件はこの類型と見るべきであろう。漠然と「三者間相殺契約」という用語が濫用され気味のなかで、「二者間で…」とことわることかかる精密な表現には学術的誠実さを感じる。したがって、本件の議論に副う検討としては、同書のこの部分が参考とされるべきであろう。

(51) 深川・前掲書140頁。

(52) D. 1995, som.com. 215, note HONORAT.

(53) JCP ed. G. 1995 II 22448.

(54) JACQUEMONT (André), Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. - Exploitation en commun et confusion des patrimoines, JurisClasseur Commercial, Fasc. 2165 (2014), no 76.

(55) なお、Bulletin civilにはDalloz以上に詳細な事実が記載されているわけでは

たま *réciproque* という用語が登場はするものの、同判決で扱われている事柄が三者間相殺であるとの確証が得られなかった。少なくとも積極的に事柄が三者間相殺だということを語っているのではないように読める。そうすると、これらの類型とは、すべて法人格否認等関係人の法主体的独立性が否定される結果、事柄が二者関係に帰するがゆえに認められる相殺可能性であったということになりはしないだろうか。

[17] とりわけ、同書が「牽連性（による三者間相殺）」の可能性を示したものととして強調する、破毀院商事部判決1995年5月9日の存在についても、同書による紹介⁽⁵⁶⁾のしかたには問題がある。判決は相互性と牽連性ととの二つの問題を判決理由中で明確に分割して述べている。判決は前段で、相互性について論じ、原審判決とは別に、同一の事案に関し倒産手続を別法人に拡張⁽⁵⁷⁾する趣旨の原審控訴院の先行する判決が存することを

なかった。

(56) 深川・前掲書139頁。

(57) 財産の混同〔*confusion de des patrimoines*〕が存する場合は、別の法人にも倒産手続を拡張するとの判例は20世紀初頭より現れていた。しかしその時点で制定法上の根拠規定を持たないままこの取扱が定着していた。1985年1月25日の法律第7条は、間接的ながらこの取扱を認めるような文言を用いた。同条は倒産手続管轄を定めるものであるが、管轄について述べた後に、“*Si l se révèle que la procédure ouverte doit être étendue à une ou plusieurs autres personnes, le tribunal initialement saisi reste compétent.*”〔開始されている手続が—または複数の他人に拡張されるべきことが明らかとなった場合でも、最初に手続を求められた裁判所が引き続き管轄を有する。〕との文言が続く部分がこれである。拡張手続の存在を認めた裁判例としては、近時のものとして *Cass. com., 1er déc. 1992: Bull. civ. 1992, IV, n 377*. 等が知られる。2005年7月26日の法律による改革では、財産の混同の観念がついに手続拡張原因として法定されることとなり、2008年12月18日のオルドナンスによる改革で詳細に規整された。商法典 L.621-2 条第2項は「開始された救済手続は、債務者の財産との間で財産の混同が存する場合または法人格の仮装性の場合に他の—または複数の人にも拡張される。このために手続を開始した裁判所がなお管轄を有する」と規定し、裁判上の再生 (L.631-7 条) または裁判上の清算 (L.641-1 条第 I パラグラフ) の場合にも準用される。以上 JACQUEMONT, *op. cit.*, nos 1-2. また、拡張訴権〔*action d'extension*〕およびその主体、行使方法等につき、JACQUEMONT, *op. cit.*, nos 49 et s. 拡張判決〔*jugement d'extension*〕が控訴できることについては

指摘、その判決の既判力との関係で財産混同または仮装法人格の場合に該当するから相互性が存するのと同様に扱うべきものとしている⁽⁵⁸⁾。後段の牽連性に係る部分においては、前段の相互性の要件が上記手続拡張判決の既判力によって充足されていたことを前提になお、控訴院の狭隘な牽連性の解釈では仮に相互性が認められる事例でも相殺が認められないとの結論に至ることを非難しているのである。というのも、控訴院の判断は、牽連性の成立を、枠合意が明示的に結ばれている場合に限定しようとするものだったからである⁽⁵⁹⁾。破毀院は、複数の取引の事実的な結びつき（事案

JACQUEMONT, op. cit., no 60.

- (58) 原審アジャン控訴院は、破毀申立対象の判決とは別に当該倒産事案、D社の更生整理に関する判決1992年5月13日を下している。この判決により、D社の更生整理手続はC社にも拡張された。倒産手続が拡張〔extention〕される場合には、その前提として手続の名宛人である法人と拡張の及ぶ法人とが法令上あるいはその他何らかの理由で、一体のものとして扱われるべき事実が存したことを意味する（破毀判決の理由中の表現を以てすれば「二つの区別された会社の外観〔apparence〕の下に実際には一つの法人格のみ〔une seule personne morale〕しか存在していないものであるか、あるいは、D社およびC社の財産関係〔patrimoines〕が混同〔confusion〕されている」。他方、CはLを相手取って代金の支払請求訴訟を提起していて、オーシュ商事裁判所判決1992年2月14日がかかる請求を認容していたが、Lはこれを不服としてアジャン控訴院に控訴したわけであるが、控訴院は1992年12月8日の判決を以て第一審判決を支持したものである。この12月の判決はDとCとが別の責任主体であることを前提にした判断であるから、同控訴院は自ら5月に下した判断の既判力を無視したことになるのである。破毀院商事部1995年5月9日は、代金支払請求事件の判決も5月13日判決と同様D社とC社とを一体のものとして扱うべきであるところ、12月8日判決がこの前判決に反し、相互性が存しないから相殺を認めないと判断したとしたことは認めがたいとした。相互性だけが争点であれば、この前段だけですむわけである。ところが、この判決にはこれとは別の争点として後段が続く。
- (59) 倒産法制は「牽連性」（同一の契約から生じる債権債務であるか、一つの「包括的経済関係」に包摂されること。破毀院商事部1995・5・9など）の観念を用いて相殺三要件のうち確定性・請求可能性について緩和してきた。立法としては、1985年1月25日の法律が手続開始後における「手続前債権弁済の禁止の原則」を定め（33条）、1994年改正で「この禁止は、牽連性をもつ債権（créances connexes）間の相殺による弁済を妨げない」との文言を付加されている（後の商法典L.621-24条）。LOIR, Jur.Cla. Com., Fasc. 2372 (2013), no 49.

においては、C社が雛鴨を売却し買主Lにより肥育された成鴨をCのグループ会社であるDが買戻す、あたかも請負を想起させる一連の取引)を通じて牽連性を認められる場合もあると解した⁽⁶⁰⁾。以上の二つの独立した争点についての判断を経て、破毀差戻にしたものである。破毀院が牽連性による相殺の可能性の拡張を意図した対象は、相互性の有無に関する争点についてではなく、(相互性は先行する判決の既判力によりそれ自体として認められ、その上でなお) 桮合意を欠く場合であってもそれにもかかわらずなお事実上牽連性があるという場合にこれを認めるべきだという点においてなのである(なにより、牽連性は「確定性 liquidité」および「請求可能性 exigibilité」の欠缺のみを補うものである)。判決文のどこにも、「債務間の牽連性は、債務の相互性要件が欠ける場合にこれを補充するものとして扱われている」⁽⁶¹⁾という認識はまったく示されておらず、そのように整理するとすれば少なくともこの判決の理解としては前段と後段とを何ら区別せずに混同

控訴院が示した「桮組み契約」は、必ずしも法文で要求されていない。ちなみに、そのなかでも相互性だけは要件とし続けてきた。LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 2 éd., 2003, Dalloz, no 63. 31. その例外(破毀院商事部1995・5・9, Bull. civ., IV, no 130)として法人格の否認のごとき場合があることが示唆されている。なお、本件リーマン事件に関する比較法に立ち戻れば、デリバティブ等に関する特別法が倒産手続による相殺制限に適用除外を設けて牽連性の証明を軽減する(通貨金融法典L.211-36条以下。LOIR, *op. cit.*, no 50 et 59.)。ここでもにあたっても相互性は依然要求されてきた(LOIR, *op. cit.*, no 60. 破毀院商事部1993・4・27ほか。学説も通貨金融法典L.211-36-1条IおよびIIに関しバイラテラルな関係だけを対象としていることを繰り返し述べている。AUCKENTHALER, *Jur.Cla. Banque-Crédit-Bourse*, Fasc. 2050 (2013), nos 84, 85 et 87.)。

(60) 原審は「二つの別々の契約が桮合意の締結のないまま1991年1月1日に締結されていた以上、係争債権は牽連関係によって結合したものではない」と判示したが、「Lによって実行された同一動物の購入とその逆向きの売却とを以てそれぞれの履行とする1991年1月1日の二つの供給契約は、それらの間に結びつきを有し、当事者の取引関係に一般的な桮組みとして用いられる単一の契約集合体の二つの翼をなすもので、控訴院はこれらの認定から法的帰結を引出さなかった」。

(61) 深川・前掲書141頁。

している誤った説明というほかにない。

[18] また同書は、破毀院商事部判決1995年5月9日の評釈として LOISEAU, D. 1996⁽⁶²⁾ を引用しつつ、「法的ではなく、経済的実態によって、債務の対立要件が満たされたのと同等になる」との趣旨が説かれているかのように記すが、まさに引用者が「経済的実態」としている部分は、*entité économique* という表現であって、これは、法人格否認等によって同一視される企業グループに属する複数の会社の事実的な結合体をさすものと考えられる。かかる結合体が存するならば相互性の欠缺が埋め合わせられるとの説明は何ら不合理ではない。しかしそれは「債務間の牽連性」とは関係がない。むしろ注目すべきであると思われるのは、同評釈同所は、評釈冒頭から「債務の相互性は相殺のひとつの条件に過ぎないのではない。それどころか、それなくしては相殺を考えることすらできない相殺の基本的な要素の一つである」と原理原則を明解に説いており、当時の民法典で相殺の要件を定める第1291条のなかに規定されずに相殺の定義を定める第1289条のなかで言及されている重要度の高いものであって⁽⁶³⁾、当事者の合意によっても排除できず、債務の牽連性によっても排除できないことを強調している点である⁽⁶⁴⁾。また、参考までに付言すれば、同評釈

(62) LOISEAU, D. 1996. jur. p. 323, no 2.

(63) 2016年フランス民法典の債務法部分に改正があったが、これ以降も、相殺の相互性は定義規定（第1347条第1項）で言及され、相殺の一般的要件を定める第1347-1条と区別され別格扱いである。その特則として、確定性・請求可能性が欠けるときも、牽連性があるときには、裁判官は相殺宣言を拒否できないこともあわせて定めた（第1348-1条第1項）。他方、狭義の三者間相殺については第1347-5条（被讓人債務者が相殺の抗弁を譲受人に主張できる場合）および第1347-6条（保証人による主たる債務者の相殺適状の援用）に集められた。

(64) LOISEAU 評釈と軌を一にして、深谷・前掲書162頁は、深川裕佳・相殺の担保的機能（信山社、2008年）149頁が「相殺権者は、対立する債権の牽連性に基づいて、相殺を通じて、他の債権者に先立って自己の債権を回収することができる。この場合に、牽連性は、相互性要件を代替する」という叙述をさして、相互性要件は相殺の本質的な要件であり、代替可能なものではないのではなからうか、と適切に批判される。

に学ぶべき点は、同判決（および類似のいくつかの判決）が（複数の法人の外観を呈しつつも）「単一の法人格のみ〔une seule personne morale〕（しか存在しないものとして扱われる）」場合と「財産関係が混同される〔confusion du patrimoines〕」にとどまる場合とを「または〔ou〕」で結んで並置しているのをとらえて、両者は単なる言い換えなのではなく、両者の場合が異なる事実関係を前提にしているかもしれないと考え、法人格が仮装的である場合〔fictivité〕には（事柄は濫用的な類型の法人格否認だから）倒産拡張も当然だとしつつ、財産混同にとどまる事例についてはグラデーションがある旨を説いていることである。

[19] このような検討から、フランス法において三者間相殺とは、①法典に明示の三者間相殺、②更改の指図の「僭称」としての三者間相殺、③財産混同ないし仮装法人格を前提にした倒産手続拡張の結果相互性の欠如が補われる場合のどれかであることが解った。千葉補足意見の後半部分も、相互性の欠缺を補うために必要な約定の検討が可能か考えるべきである等の課題に言及しており、そのような方向での立法論を示唆する判批も存在する⁽⁶⁵⁾。そこで一括清算法の改正等も検討の余地があるということになりそうである。しかしながら、千葉意見に引用された内田意見書における「外国の立法例」がまさにフランス法の話であるとすれば、上記の検討から明らかなように、フランスの立法例は、法人間の財産関係の混同または法人格の仮装を前提にした倒産法上の扱いであって、仮に立法課題として検討される余地があるとすれば、それは倒産手続の拡張である。ところで、そのような検討が可能であるとしても、財産混同や法人格仮装等の不正・懈怠が常態であるとは必ずしもいえず、事前に三面契約そのものを成立させるコストを負担する能力があると思われる金融グループを典型として考える場合にはあまり重大な意味を持つものとも言えないように思われる。仮に一括清算法を手直しするとしても、同法はあくまでも BIS 基準

(65) 山本和彦「本件判批」金法2053号15頁。

を満たすために他の再生債権者の犠牲において金融機関についてだけネットティングの効力を優先させることにあるから、必要を超えて関係人に不利益を押し付けるものであってはならない。

おわりに

[20] 以上の検討から、原審の確定した事実関係の下では、問題の解決は判旨のとおりで正当であると思う。実務上どのような予防策がよいかといえ、WOOD が示唆するように、本当の三面契約でクロスギャランティー（相互性を成立させるための担保設定予約）を事前に関係人全員の同意を徴して約定しておくことが最も簡潔かつ必要であろう。このことは、BIS基準を充足しつつ（銀行法に基づく公法上の義務）合理的にデリバティブ取引を保有し続ける（リスク管理を適切に行って経営を維持するという公衆預金者に対する義務）ために金融機関がなすべき責務であり、かような取扱こそが推奨されるべきではあるまいか⁽⁶⁶⁾。

(66) なお、かかる三面契約の性質が囑託（指図）の予約であるとしても、資金関係である更改ネットティング後に成立した清算金債権が既に財産管理権を掌握した管財人の支配を免れて消滅するものと解する根拠は、三面関係を規定しない一括清算法に基礎づけることが難しいかもしれない。しかし、一括清算法の定めは、ネットティングにおいて遡及効が生じることの根拠づけが難しい更改に関する部分に、あたかも相殺において遡及効が民法により認められているのと同様に、手続開始以前に遡及することを規定したものであると解すれば、囑託（指図）適状の始期もまた、一括清算法によって人工的に遡らされた更改の発効の時点にまで遡るものと考え、これによって管財人の支配を免れるのではあるまいか。

