

相殺権における「相互性」と「合理的相殺期待」についての覚書

東北大学大学院法学研究科准教授 宇野 瑛人

- I はじめに
 - II 平成28年判決
 - 1 事案と判示内容
 - 2 「合理的相殺期待」あるいは「対外的効力」論への不言及
 - (1) 法廷意見と千葉補足意見
 - (2) 原審までの判示及び学説での議論との温度差
 - (3) 平成28年判決と平成24年判決
 - III 関連する学説
 - 1 平成28年判決に対する反応
 - (1) 平成28年判決の射程の限定——山本和彦説
 - (2) 平成28年判決の一般的受容——伊藤説
 - 2 学説等における合理的相殺期待の議論
 - (1) 従来の合理的相殺期待論の概観
 - (2) 中西説
 - IV 検討
 - 1 前提的検討：相殺権として保護されることの意味
 - 2 合理的相殺期待論と相互性要件
 - (1) 総説
 - (2) 相殺の経済的機能
 - (3) 担保権の要件の参照
 - (a) 議論の意義
 - (b) 公示についての諸問題
 - (4) 小括
 - 3 相互性の意義
 - (1) 目的・機能の峻別論
 - (a) 一般論
 - (b) 相互性要件と相殺の「目的」
 - (c) 担保権との区別の為の要件としての「相互性」
 - (2) 絶対的・形式的要件としての相互性
 - (a) 相互性要件の特徴
 - (b) 相互性要件の機能
 - 4. 他の可能性についての展望
- V. おわりに

I はじめに

最判平成28年7月8日民集70巻6号1611頁（以下、「平成28年判決」とする）は、民事再生法上の相殺権について、再生債務者と再生債権者間で債権債務が対立すること（以下、「相互性（要件）」とする）を重視するかのような判断を下した。すなわち、この相互性要件を形式上満たさず、再生債務者に対して債務を負担する者が、再生債務者が自身以

外の第三者に対して有する債権と自身の負担する債務を、事前の合意に基づいて「相殺」することは、民事再生法92条の要件を満たさない為否定されるとの判断を下した。

本稿は、この最高裁判決及びそれに関連し得る学説・判例を概観しつつ、倒産法¹における相殺権が相互性を要件とすることと、従前から学説・判例で展開されてきた「合理的相殺期待」なる概念²がどのような関係に立つのかを検討することを目的とする³。とりわけ本稿では、相殺の担保的機能の保護という観点から担保権と同等の機能・要保護性を得る相殺期待を保護するというタイプの合理的相殺期待論を対象に取り、一方でこの種の議論が相互性要件の欠如を補完するポテンシャルを有することを示すと共に、他方で相互性要件にはそれでもなお一定の理論的・実践的意義を見出すことが可能であることを示す。その上で、この二つの方向性を分かつのは如何なる問いであるのか、を明確化することを試みる。その意味で、本稿は今後の為の議論の整理という側面を強く有する。

検討の順序としては、まず平成28年判決の内容及び特徴について確認し(Ⅱ)、同判決に対する応答を中心に、関連学説を概観する(Ⅲ)。その上で、この学説の議論を主たる素材として検討を加える(Ⅳ)。

Ⅱ 平成28年判決

1 事案と判示内容

平成28年判決の事案は、大要、以下のようなものであった。再生債務者Xが、通貨オプション取引の終了によって発生した清算金の支払いをYに対して求めたところ、Yは、XY間の上記取引の基本契約に含まれていた、「期限の利益を喪失した当事者(本件においてはX)の相手方(Y)は、Yの関連会社がXに対して有する債権と、XがYに対して有する債権(上記清算金支払にかかる債権)を相殺することができる」との条項に基づいて、Yと親会社を共通にするA社(「関連会社」に該当するものであった)がXに対して有する債権と、上記清算金支払にかかる債務との相殺を主張した(A→X債権とX→Y債権の相殺)。

平成28年判決においては、上記相殺の効力が民事再生法上認められるのかが争われた。

¹ 同判決は民事再生法に関するものであるが、この問題についてさしあたって清算型手続と再建型手続を区別する必要はないと考えられるから、以下本稿では判決に直接言及する場合を除き破産法の条文を引用する。

² 論者によって表現にブレがあるように思われるが、本稿では「合理的相殺期待」の語を用いる。

³ なお、筆者は、同一事件の控訴審判決である東京高判平成26年1月29日金判1437号42頁を題材に、評釈を執筆したことがある(拙稿「判批」ジュリ1491号111頁(2016))。本稿は、そこで述べたことを、平成28年判決を含む相殺権についての最高裁判例及び平成28年判決後の学説を踏まえつつ、より一般的な層において敷衍するものである。

第一審及び原審は共に、相殺を許容する判断を下した（判断の詳細は平成28年判決及び一審・原審判決の評釈等に譲り、本稿では必要に応じて言及するにとどめる）。これに対して、平成28年判決は相殺を否定する判断を下した。

具体的な判示内容は以下の通りである。平成28年判決は、最判平成24年5月28日民集66巻7号3123頁（以下、「平成24年判決」とする）を引用し、平成24年判決の判示した一般論（後述）を（民事再生法に適用条文等を改めつつ）確認する。その上で、民事再生法92条は「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」の要件として、「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、再生債権者がする相殺においても採用している」との理解を示し、「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」として相殺条項による相殺を否定した。

2 「合理的相殺期待」あるいは「対外的効力」論への不言及

（1）法廷意見と千葉補足意見

平成28年判決は、平成24年判決の一般論を踏襲している。しかし実際の判断内容を見ると、夙に評釈類で指摘されるように、平成28年判決は、平成24年判決と異なり、判断に際して「合理的相殺期待」（ないしそれに類する概念）へ言及することなく、ごく形式的に、民法505条及び民事再生法92条で定める相互性要件を満たさない以上相殺権としては認められないとの判断を下しているように見える⁴。

これと対比すると、千葉裁判官補足意見は若干の広がりを持ち得る。千葉補足意見は、一定の場合には相殺が許容される余地があることを示唆する。例えば、本件で問題となったような相殺条項は既にデリバティブ取引業界において一定程度用いられており⁵、当事者においては経済合理性と相当性が認められ、相殺の担保的機能に対する合理的期待が存在することが指摘されており、関連会社との組織上の関連性や営業活動上の関連性によっては相互性を実質的に満たす可能性がある⁶とされる⁶。さらに、本件における条項の問題として、関連会社の範囲が特定されておらず、相殺対象債権の限定もなかったこと、関連会社の同意が当然には予定されていなかったことも指摘される⁷。

4 山本和彦「三者間相殺の再生手続における効力——最二小判平28. 7. 8を手掛りに——」金法2053号6頁（2016）（以下、「山本和彦評釈」とする）10頁。

5 これが必要条件となると見ているのかは定かではないが、民集70巻6号1625頁では、経済界における「共通の認識」の醸成が必要となるようにも見える。

6 民集70巻6号1622頁。

7 民集70巻6号1622頁。

(2) 原審までの判示及び学説での議論との温度差

周知の通り、倒産法上の相殺権ないし相殺禁止規定の適用範囲を画するにあたって、学説及び判例（の少なくとも一部）は、「合理的相殺期待」といった概念を用いてきた⁸。平成28年判決の原審判決や第一審判決も、少なくとも形の上ではこのツールを用いて相殺の可否を判断している⁹。また、所謂三者間相殺を巡る民法上の議論においては、その「対外的効力」の有無という議論が立てられた上で、対外的効力を認められる為の条件は何かということが論じられてきた¹⁰ことが窺われる。

しかし、平成28年判決は、形式上もこれらの言葉に言及することなく、また、実際の判断内容を見てもこれらの言葉が想起させる実質的考慮に対してごく冷淡な態度を採っているように思われ、相当な温度差がある¹¹。

(3) 平成28年判決と平成24年判決

同様の対比は、平成28年判決が引用する平成24年判決¹²との関係でも見て取れる。

平成24年判決は、「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合理的な制度であって、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弁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」との民法における相殺の基本的理解を確認した上で、破産法上の相殺権について、「上記のような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

8 但し、「合理的相殺期待」の内実が明確なものであったとは思われず、論者によって「合理性」の内容として想定するもの、この概念に対して期待する機能は様々であったと思われる。あるいは、様々な内実・機能を読み込む中で、概念の具体化が図られている最中である、というのが現状であるのかもしれない。しかし、だからといって判例がこうした概念を拒絶していたという事情はない（例えば、平成24年判決の他にも、最判平成26年6月5日民集68巻5号462頁）。

9 第一審につき、民集70巻6号1681頁。控訴審につき、民集70巻6号1719頁以下。前註で指摘したのと同様に、やはりどのような概念としてこれを捉えているのかは不明なところが多く、様々な事情の総合考慮的な判断と言わざるを得ない（原審における各考慮要素の理解の仕方の一つの可能性として、拙稿・前掲註2参照）。

10 判例を含めた平成28年判決以前の議論状況につき、山本和彦評釈8頁以下参照。

11 山本和彦評釈10頁。

12 平成24年判決の事案は以下のようなものであった。Y（銀行）は、自身と当座勘定取引契約を締結していた顧客A（後の破産者）らが訴外Bに対して負担する債務につき、Aらに対する破産手続開始前に、Bとの間でAらの委託を受けることなく保証契約を締結し保証債務を負担した。Aらに対する破産手続開始決定後、Yは、Bに対して保証債務を弁済し、Aらとの契約に従って当座勘定取引契約を解約し、Aらの破産管財人Xに対して前記弁済によって取得した求償権とAらが当座勘定取引契約に基づいてYに対して有する債権とを相殺する意思表示をした。Yの取得した求償権が破産債権に当たるかどうか、そうだとすると、破産債権開始後に他人の債権を取得してする相殺を禁ずる破産法72条1項1号によってこの相殺が禁止されるかが問題となった。

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の」と続ける（これらが、概ね平成28年判決に踏襲される関係にある）。しかし、この「基本原則」を没却する場合を相殺禁止（破産法71条、72条）の規定が定めているところ、委託を受けた保証人の取得した求償権による相殺とは異なり、無委託保証人によるそれは「破産者の意思や法定の原因とは無関係に破産手続において優先的に取り扱われる債権が作出されることを認めるに等しい」と評価され、後者の場合の相殺に対する期待を前者の場合のそれと同様に解する（合理的なものと評価する¹³⁾）ことはできず、破産法72条1項1号の類推適用により相殺は認められない。

上記類推適用に際しては、「破産者の意思や法定の原因とは無関係」な優先債権の作出を問題視しつつ、相殺期待の合理性がないことを示唆している。この「破産者の意思」がどのような意味を持つのか、というのが平成24年判決を理解する上で重要であることは言うまでもない¹⁴⁾。もっとも、一般に破産法上の相殺権や民法505条における相殺について、債権債務の対立が債務者の意思に基づいて生じたことを要求してきたわけではなく¹⁵⁾、その理論的根拠が問題となる。

潮見教授は、一つの読み方として、この「意思」を物的担保設定意思と類似のものとして把握する可能性を示している¹⁶⁾。通常、担保権が設定される場合には、ある担保目的物について担保権を設定する旨の合意が債務者と担保権者との間で交わされる筈であり、平成24年判決は、これに準ずる意思が存在することを相殺の条件としたのではないかと、という見方である。自身の負う債務についてのリスク管理は、破産者自身の判断・処分によってなされるとの前提を説く見解¹⁷⁾もこれと類似の発想であると考えられる。

あるいは、以下のように理解することも可能かもしれない¹⁸⁾。すなわち、破産者の意思が

13 民集66巻7号3129頁参照。

14 平成24年判決は、傍論ではあるが委託を受けた保証人については開始後に取得した求償権による相殺は合理的なものとして認められるとしており、これと当該事案で問題となった無委託保証人の求償権との相殺とでは結論が分かると見ていることになる。そして、その差異を基礎づけ得る根拠を判旨に求めるならば、「破産者の意思」（＝保証委託）の不存在が決定的であったと見ざるを得ない。柴田義明・最判解民事平成24年（下）618頁（注27）も参照。

15 潮見佳男「相殺の担保的機能をめぐる倒産法と民法の法理」『田原睦夫先生 古稀・最高裁判事退官記念論文集 現代民事法の実務と理論（上巻）』267頁（金融財政事情研究会、2013）302頁は、こうした考慮は民法における従来の相殺に関する議論との関係では少なくともメインストリームではなかったと見る。また、倒産法上の相殺権に関する一般論として、（何らかの意味で結びつき得る議論が皆無であったというわけではないにせよ）明示に破産者の意思を問題とするものは見受けられなかったように思われる。

16 潮見・前掲註15 294頁及び300頁以下。

17 後掲中西（2015中）41頁。同論文は、破産者による物上保証という処分が行われたと見ることができないとする。

18 以下の理解は、東京大学民事法判例研究会における内海博俊准教授の報告（の一部）に負

介在して保証が成立する場合、自身の債務について保証人が存在し、将来彼の取得する求償権によって相殺がなされる可能性が破産者においても認識される¹⁹から、破産者を介した（債権譲渡の場合と類似の）公示機能に期待できる、という読み方である。相殺権の公示を問題とする見方だと言えるかもしれない²⁰。

以上を踏まえると、平成24年判決において、相殺権が「別除権と同様に取り扱」われることには、重大な含意があったと見ることも不可能ではない。判旨のワーディングを迫る限りでは、この説示が受けているのは、破産法67条の要件を満たす「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」ていることであり、そうすると「別除権と同様に取り扱う」ことの意味は、別除権者が手続によらずに担保権を行使して、優先的な満足を得ることができる（破産法65条）のと同様の「効果」を相殺権に認めたことにあると読むのが素直である。しかし、「破産者の意思」が、担保設定意思や公示（的なもの）に相当する、という読みが成り立ち得るとすれば、担保権が保護される為の条件と同程度の条件を満たした者のみを相殺権者として保護しようとしているとの見方、つまり、効果面のみならず、「要件」のレベルでも、別除権を意識した議論が展開されているという見立ても不可能ではなからう。

これに対して、平成28年判決が踏襲する「別除権と同様に取り扱う」との説示の意義は、紛れがない。平成28年判決においては、平成24年判決とは異なり、相殺権が別除権と同様に扱われるからといって、その要件論を別除権の観点から充実させようという発想を見て取ることはできない。むしろ、平成28年判決において、「別除権と同様に取り扱う」ことは、ただ効果面において別除権と同じ地位（再生計画によらない相殺権行使）に立つことを意味するに過ぎない。その効果をもたらす要件の一つは、民事再生法92条が定める相互性であり、これを満たさない場合には別除権と同様の取扱いという効果を認める要件も満たすことはない（と、民事再生法が規定している）とされているように見える。すなわち、平成28年判決は、相殺権が別除権的な取扱いを受けることが、そのような取扱いを受けられるかどうかの判断へ影響を与えることを、表向き認めているようには見えず、むしろ要件論としては相互性要件をリジッドに捉えている。

平成28年判決の事案に対する判断に際して、今述べた意味での平成24年判決的発想が全くあり得なかったわけではなく、学説における三者間相殺の議論や、平成28年判決原審での説示は、むしろ担保権の保護条件をヒントにして三者間相殺の要件を考察してきた

う。

19 山本和彦評釈14頁註30も参照。

20 理論構成は異なるが、岡正晶「判批」金法1954号65頁（2012）70頁は、事前求償権の有無を取り上げ、これが認められる委託保証の場合には、手続開始時における債権債務の対立状態のある種の公示があるという視点を提供している。

ものと見ることが可能であるものが含まれる²¹。しかし、平成28年判決はそのような立場は採用しなかったということになる。

Ⅲ 関連する学説

1 平成28年判決に対する反応

このような平成28年判決の態度は、当然のことながら学説において議論を呼んでいる状況にある。以下、網羅的とは言い難いが、いくつかの見解を参照する。

(1) 平成28年判決の射程の限定——山本和彦説

平成28年判決を広汎な射程を持つ一般論としては受け取らず、なお一定の条件の下三者間相殺を肯定する理解として、山本和彦教授²²の見解を挙げることができる。

山本和彦教授は、平成28年判決が合理性を有するとすれば、一般債権者が引当として期待できる債務者債権をモニターするに際して、その範囲が広汎に過ぎると評価されたことに求められると見る²³。そして、このモニターの合理性を基礎付ける条件として、「事前合意の周知性・合理性、すなわち当該取引界における慣行や共通認識の存在」、「関連会社の特定・限定」を挙げる²⁴。後者には、「どの範囲の債権者の債権が相殺対象になるか」を明らかにする機能が期待されており、「当該債権を他の債権者が責任財産としてカウントできるか、予測が立」つようにすることが求められている²⁵。

21 例えば、平成28年判決原審には、他の債権者が相殺可能性を認識できたこと（＝公示？）に着目していると思しき説示が含まれる（但し、そこでの認定の在り方につき、拙稿・前掲註2）。三者間相殺を巡るそれまでの議論においても、合意の公知性や対抗要件に言及するものが見られた（詳細は、山本和彦評釈における文献の引用を参照）。

22 山本和彦評釈11頁は、相殺権者の目から見た合理的期待と他の債権者との関係での公平・平等の観点を峻別し、平成28年判決が後者を重視したものと整理している。もっとも、この二つの要素の区別は、自認するように（同註19も参照）ラベリングの問題であり得る。さしあたって本稿では、山本和彦教授の指摘を、仮に合理的期待と言うとしても、そこには目線の異なる二つの要素が存在することを指摘するものと理解し、山本和彦説も合理的相殺期待論の一種として扱う。

23 山本和彦評釈11頁以下。

24 山本和彦評釈11頁。

25 山本和彦評釈11頁以下。同13頁も参照。また、同14頁註30においては、平成24年判決ともこの観点が結び付けられる（無委託保証の存在が債務者にも明らかでなかった事案であるとされる）。

山本和彦教授がこのような見解を述べるのは、平成28年判決の判断を正当化し得る視点として、債権者によるモニタリングを要求できるか、という問題を見て取った上で、その条件を論じる脈絡においてである²⁶。もっとも、何故モニタリングの範囲が限定されることで相殺が認められることになるのか、は問題である。一般に相殺権を認める為、他の債権者の予測可能性が問われるわけではない²⁷。山本和彦教授の意図したところかどうかは定かではないが、ここで要件とされているのは、債務者の如何なる財産（ここでは相殺に供される破産財団帰属債権）に、如何なる債権（相殺に供される破産債権者の債権）を被担保債権として担保権が成立しているのかを特定し、それを外部に公示するという、一般的な担保権の成立及び対抗要件と平行なものであると（現象としては）見ることができ、ある意味で平成24年判決が採用した（かもしれない）方法に接近していると思える。つまり、この見解は、担保権と同種の要件が具備されることで、相殺も保護されるという発想に近いものと整理できよう。

（2）平成28年判決の一般的受容——伊藤説

これに対して、平成28年判決をその書きぶり通り受け取ることには積極的な意義を付与するのが、伊藤教授の理解である²⁸。伊藤教授は、平成28年判決は確かに相殺の担保的機能に言及しその保護を説くものの、民事再生法92条が民法505条の相互性要件を採用したことによって保護範囲が限定され、それ以上に合理的期待及び担保的機能を根拠とする保護は拡張されないとの判断を示したものであると見る²⁹。

まず、平成28年判決で問題となった民事再生法92条は、（それを債務の側から規定したとされる同法93条1項1号や93条の1第1項1号と共に）相殺の許容要件を一義的に定める「絶対的要件」に当たり、原則的要件を設ける一方でその例外を規定する「相対的要件」と区別される³⁰。そして、合理的相殺期待概念というのは、この内後者に相当する民事再生法93条（及び93条の2）2項2号（破産法で言えば71条及び72条それぞれの2項2号）の「前の原因」という評価概念との関係で形成されたものであり³¹、少なくとも

26 山本和彦評釈11頁。

27 山本和彦教授は、二者間相殺では通常モニタリングを要求しても相当といえることを前提とするようである（山本和彦評釈11頁）が、これが常に言える保証はないし、二者間相殺において凡そ外部から予測不能な態様であった場合でも相殺は否定されないのだとすれば、二者間相殺と三者間相殺とで異なる考慮が妥当していると思えるを得ない。

28 伊藤眞「『相殺の合理的期待』は Amuletum（護符）たりうるか——最二小判平成28年7月8日の意義」NBL1084号4頁（2016）（以下、「伊藤評釈」とする）。

29 伊藤評釈7頁。

30 伊藤評釈9頁以下。

31 伊藤評釈12頁。

判例上、停止条件付債務の停止条件が手続開始後に成就したような特殊な状況を除いて³²、こうした概念が絶対的要件の側に一般に妥当してきたわけではないし、すべきでもない³³。以上の通り、伊藤教授は、民事再生法92条（破産法で言えば67条）の要件について、それが例外を許さない「絶対的要件」であることを重視して、合理的相殺期待論の妥当を否定するようであり、平成28年判決はこれを確立させるものだと位置付けられている³⁴。

但し、伊藤教授は、例外を許容しているか否かという意味での「絶対的」「相対的」の区別と並んで、後者において「評価性を含む」概念との関係で合理的相殺期待論が形成されてきたことにも触れている³⁵。この評価性の有無は、例外を許すか否かという意味での絶対／相対の区別と必然的に対応するわけではなく、両者は別個の論拠たり得る³⁶。

さらに、伊藤説を理解する上で重要と思われる点として、伊藤教授が相殺の「目的」と「機能」とを明確に峻別する思考を採っていることを挙げることができる。相殺の「目的」は、あくまで総債権者と相手方との権利義務の調整に関わるものであり、簡易な決済による円滑・公平な債権・債務の処理を意味する一方、その一方当事者が資力不足であることが明らかになることで、「機能」として実価の低下した債権の実質的な完全満足を得るという所謂担保的機能が生じ、この局面には当該当事者の一般債権者との関係での優先的地位という問題が関わる³⁷。この指摘が、視点の置き方（目的の側面から見るか機能の側面から見るか）によって着目する利害関係が異なるということを意味し、かつ伊藤説が、あくまで相殺権の少なくとも破産法67条1項に相当する規定は前者の側面から見る必要があり、したがって一般債権者との関係での優先的地位という視角を排除すべきことまで含意しているのだとすれば³⁸、先に述べた絶対的／相対的要件の区別は単なる形式論を超えてこれに対応した実質を持っており、絶対的要件を語る場面ではあくまで目的の観点のみが問題となる（相殺の担保的機能という視角から保護を及ぼす議論（＝合理的相殺期待論？）は妥当しない）と

32 伊藤評釈12頁。

33 伊藤評釈12頁以下。

34 伊藤評釈13頁。

35 伊藤評釈9頁。

36 この意味で、相対的要件の中で評価性を含む概念が扱われ、そこで合理的期待概念が生成・発展してきたことは、偶然的なものであり得、伊藤説が絶対的要件における例外事象として位置付ける「停止条件付債務」の場面も、評価性ある概念が問題となっている点でむしろ共通事象であるとの分析も成り立ち得る。もっとも、絶対的要件にかかる条文が「停止条件付債務」等を別にして基本的にはリジッドな文言を用いているとの認識の下、そのことになお理論的な意味があるとの指摘と伊藤説を捉えることも可能であろうか。

37 伊藤評釈7頁以下。

38 伊藤評釈9頁註4では、「機能」を「副産物」と表現する（文献を引用する）くだりがあり、示唆的である。

いう理解が示されているのかもしれない³⁹。

2 学説等における合理的相殺期待の議論

以上の通り、伊藤説は合理的相殺期待の発想を破産法67条1項（に相当する）規定の解釈論から排除する方向性での議論を展開している。そうすると、次に問題となるのはそこでいう合理的相殺期待とはどのような議論だったのかということである。

もっとも、合理的相殺期待なる概念は必ずしも明確な概念として内容が固まっていたわけではなく、判例の展開を見守りつつ徐々に具体化が図られようとしていたものと思われる。

以下では、まず合理的相殺期待の議論が（内容ははっきりとしない面が残るとしても）従来如何なる問題を扱う為に用いられてきたのかを簡単に確認した上で、いち早くこれを理論的に具体化せんとする試みとして中西説を取り上げる。

（1）従来の合理的相殺期待論の概観

伊藤教授が指摘している通り、解釈論として合理的相殺期待なる概念が語られてきたのは、以下の二つの場面であったと考えられる。第一に、（伊藤教授は例外的と位置づけるが）破産法67条1項あるいは71条1項1号、72条1項1号において、手続開始時の債権債務の対立を要求しているのに対し、より相殺の許容範囲を拡張するものとして、67条2項後段や70条が自働債権や受働債権が停止条件付きであっても相殺期待を保護するところ、そこで保護される相殺期待の範囲を画するという局面である⁴⁰。第二に、破産法71条2項2号及び72条2項2号において、相殺禁止の例外を基礎付ける危機時期等認識「前の原因」の存否を問う局面である⁴¹。

39 但し、例外が許されているかどうかという問題と、視角の限定論がどのように関係するかはなお問題である。

40 67条2項後段につき、譲渡担保の清算金支払債務による相殺に関する最判昭和47年7月13日民集26巻6号1161頁や、保険契約に基づく返戻金支払債務による相殺に関する最判平成17年1月17日民集59巻1号1頁について、この概念を用いて説明するのが一般的であると思われる（伊藤眞『破産法・民事再生法 [第3版]』（有斐閣、2014）475頁、山本和彦ほか『倒産法概説 [第2版補訂版]』（弘文堂、2015）257頁 [沖野眞已執筆]。また、平成17年の判決は文言上も合理的期待の議論に親和的である）。70条につき、平成24年判決に対する評釈の中に、停止条件付債権の成否の脈絡で合理的相殺期待を捉えようとするものがある（岡・前掲註20 70頁。山本和彦ほか・前掲註40 261頁以下 [沖野] の記述もこうした位置付けに親和的である）。

41 71条2項2号につき、例えば最判平成26年6月5日・前掲註8。「前の原因」が「合理

既に述べたように、その具体的内容は必ずしも一致を見ないが、破産債権者から見た停止条件付受働債権との関係では、譲渡担保の清算金支払債務は清算金の発生・具体的金額・その上限いずれも不確定であることが指摘され⁴²、銀行による振込指定を前提とした預金債権との相殺との関係で振込指定の「強さ」が問題となっている⁴³他、近時は期待の程度を問題とする方向性が示唆される場合がある⁴⁴。もっとも、問題が期待の程度に尽きているわけでもなく、先に挙げた譲渡担保の清算金の場合に、譲渡担保の特殊性が指摘される場合がある⁴⁵他、既に見た平成24年判決は破産者の意思をメルクマールとする。

これらとは異なる局面として、合理的相殺期待（あるいは相殺期待そのもの）が存在しないような場面でも相殺を認める現行法（具体的には例えば、破産法67条2項で非金銭債権の金銭化を前提とする相殺を認めることと、71条2項1号及び72条2項1号において法定原因に基づく債権債務対立の場合の相殺を許容すること）に対する立法論的批判の根拠として、合理的相殺期待がないことが持ち出される場合がある⁴⁶。そこでは、（そうする必然性があるかどうかは別にして）倒産法における相殺権規定一般を、合理的相殺期待の存在という単一の根拠から正当化するという方向性が見て取れる。

（2）中西説⁴⁷

中西教授によれば、まず、破産法上、相殺が受働債権上に成立した担保権と同等に扱われている（受働債権からの優先弁済を受け、手続開始によりそのような法的地位が消滅せず、手続に服することなく権利を行使できる）ことを前提に⁴⁸、そのような地位が認められる根

的相殺期待」に読み替えられるという指摘として、山本和彦「判批」金法2007号6頁（2014）10頁。

42 山本和ほか・前掲註40 257頁 [沖野]。

43 議論状況については、山本和ほか・前掲註40 260頁 [沖野] 参照。

44 山本和・前掲註41 10頁において、「今後は、必要とされる相殺期待の程度の問題に移行する」との評価がある。

45 山木戸克己「判批」民商68巻2号289頁（1973）297頁、中西・後掲註47（2002）33頁。

46 山本和ほか・前掲註40 249頁、259頁 [沖野]、中西・後掲註47（2002）44頁以下。

47 中西正「破産法における相殺権」法学（東北大学法学会）66巻1号1頁（2002）（以下、「中西（2002）」とする）、中西正「いわゆる『合理的相殺期待』概念の検討」事業再生と債権管理136号46頁（2012）（以下、「中西（2012）」とする）、同「民事手続法における相殺期待の保護」NBL1046号35頁（上）、1047号37頁（中）、1048号50頁（下）（全て2015）（以下、それぞれ「中西（2015上）」「中西（2015中）」「中西（2015下）」とする）。

48 中西（2002）27頁。

拠を説明するとすれば、担保権の効用とパラレルに⁴⁹、「相殺権が果たす社会経済的機能（例えば、より低い金利の、より長い期間の、そしてより信用度の低い債務者に対する信用供与を可能にする）」を維持する為だと見ることができる⁵⁰。相殺を当て込むことで可能となる与信を保護することが相殺権の根拠である、というわけである（以下、これを括弧付きで「与信促進」と表現するが、そこで想定される「与信」の内容は与信一般というよりもここで中西説が想定するタイプのことを意味する）。その上で、条文上（旧破産法99条、100条。現行法では破産法67条2項、70条）、債権の条件成就や履行期到来を待たず、同種の目的を持つ債権債務が対立することで、相殺権が成立し⁵¹、債権の履行期到来（及び条件成就）という民法上の相殺適状の要件は、相殺権の成立要件ではなく相殺権行使に付された制約へと位置付けが改められることになる⁵²。こうした立て付けは、履行期到来等を除く全ての相殺適状の要件⁵³が具備された時点での総債権者の相殺への期待を合理的なものとして保護するものと理解され⁵⁴、先に述べた基本理解（「与信促進」機能の保護）から、期限又は停止条件付きの債権債務の「対立」がある場合を限界とすることが正当化される⁵⁵。

中西教授は、こうした基本理解を前提として、この「与信促進」機能を果たさない相殺を相殺権の保護範囲から除外すべきとの理解を示している。例えば、停止条件付き債権について、その条件成就の蓋然性に乏しい場合にはこの機能を十分に果たさないことから相殺を否定し⁵⁶、同時交換的取引の法理を相殺に及ぼそうとする際にも、「相殺権を取得できると判断したからこそ信用を供与した」という効用が定型的に存在しない場合には同時交換的

49 中西（2002）においてはそれほど明確ではなかったが、中西（2012）47頁では、担保権とパラレルな機能を問題としていることがより明瞭に示されている。

50 中西（2002）28頁。この理解は、近時の論文においても維持され続けている（中西（2012）47頁が最も明瞭か）。

51 中西（2002）29頁。

52 中西（2002）30頁。中西（2002）28頁以下の検討においては、相殺権の「成立」と「行使」とが明確に区別されている。

53 但し、中西教授の言う「対立」には条件未成就段階での債権債務の「対立」を含んでいところ、民法上は、条件未成就段階では債権債務は厳密には「対立」していないから、相殺適状の例外という位置づけをするならば、債権の「発生」も相殺期待の保護条件から除外されることになる。

54 中西（2002）31頁。

55 中西（2002）32頁。但し、厳密には、破産債権者から見た自働債権は当該債権者があくまで与信取引の結果として一定のリスク分配を完了したことに、受働債権は担保目的物となる適格をそれが備えていることに対応しており（中西（2012）47頁以下）、意味合いを異にし得る。

56 中西（2002）32頁以下。

取引の保護の法理は及ばないとする⁵⁷。近時はこれをさらに原則論に取り込む形で、相殺権の成立要件に信用供与の存在を挙げることになっている⁵⁸。こうした制限は、通常の担保権とは成立過程が異なることから、相殺権「の成立範囲の不当な拡散を回避するため、合理的相殺期待保護の根拠論からの制約を受けねばならない」為にもたらされる⁵⁹。

他方、近時の中西説は、「与信促進」機能を有する場合においてもなお、場合によっては相殺が認められない可能性があるとする。具体的には、第三債務者からの弁済を債権者が代理受領することで債務者に対する返還債務と、自身が債務者に対して有する債権を相殺する場合、(当該債務者—第三債務者間の債権を目的物とする)債権質にかかる公示の要求を潜脱することになる為、公示の要件を満たさない限り差押えや破産手続の開始等によって相殺は排除される⁶⁰。公示の要請は二当事者間の債権債務の対立場面においては必要なくとも、そうでない形態で債権を担保に取ろうとする場合には担保物権の原則に戻る、ともされる⁶¹。この設例は、平成28年判決のような三者間相殺の事例ではないが、破産債権者が自身に向けられた債権ではない債権を実質的に担保に取るような類型であるという意味では同様の論理が(むしろより強く⁶²) 妥当し得るものと思われる。

中西説は、こうした理論を背景に、1で述べた合理的期待論の二つの妥当領域(停止条件付債権・債務と前の原因)を統一的に把握する⁶³。つまり、ある基準時(破産手続開始又は危機時期到来)以後に厳密な意味での債権債務の対立が生ずる場合でも、それよりも前に保護に値する相殺期待があったと評価される場合には相殺が認められるという構造の下、その範囲(保護条件が整ったと言える時期⁶⁴)を画する為に「合理的相殺期待」との言葉を使っていると見ることができる⁶⁵。

57 中西(2002)42頁。

58 中西(2012)47頁、中西(2015下)52頁以下。

59 中西(2012)48頁。中西(2002)32頁において、担保権としての公示がないことに言及があるが、中西(2012)では、公示の点よりも、単なる債権債務の対立によって相殺権が整理するという点に担保権との違いを求めている。

60 中西(2012)53頁以下。こうしたタイプでは担保価値に対する支配が間接的であるともされる(同54頁)。

61 中西(2015上)43頁。

62 後述の通り、三者間相殺の場合には、代理受領ケースと異なり、最後まで債権債務の対立が生じない可能性がある。

63 中西(2002)の書き出しの段階から、手続開始の局面と危機時期の局面を統一的に把握することが中西教授の問題関心であったと思われる(中西(2002)2頁以下参照)。

64 中西(2012)49頁以下(特に50頁～51頁)では、無委託保証事例の分析に際して、主債務者と保証人によるリスク分配の交渉過程の存在が、破産での優先的地位が保全される時点を画する意味を与えられている。

65 他に両者を統一的に捉えるものとして、山本克己編著『破産法・民事再生法概論』(商事法

IV 検討

三者間相殺を含む、債権者と債務者との間には存在しない債権・債務を実質的に引当とする相殺を考えるに当たっては、それが認められるか否かを判断する基準として、合理的相殺期待ないし類似の概念の下、様々な要素を加味する形での要件論が存在する。しかし、こうした発想自体を否定するような見解（伊藤説、あるいは平成28年判決）も存在する、という議論状況である。

以下、この対立について若干の検討を行っていきたい。まず、前提として、三者間相殺が「保護される」とはどのような意味を持つのかを明らかにし、以下の検討の意義を具体化する（1）。そして、これまでに触れた学説の議論が、相互性要件を補完するものであり得るのか、あり得るとしてどのような内容のものとして構成されるかを検討する（2）。その上で、これと相互性を重視する見解を対置し、両者の対立点を明確化することを試みる（3）。最後に、本稿では十分に触れられなかった方向性について、若干の補足と展望を述べる（4）。

1 前提的検討：相殺権として保護されることの意味

以下では、相互性を欠く相殺が、合理的相殺期待があることを理由に相殺権として保護され得るのか、されるとして、どのような条件が想定可能かを検討するが、その前提として、「相殺権として保護される」とはどのような意味を持つのかを検討しておく。

倒産法上、相殺権が保護されていることは二つの意味を持っているように思われる。一つは、倒産なかりせば民法505条の相殺適状を満たさないが、一定の場合にはそれでもなお現実に相殺を実行することが可能である、ということである。例えば、破産法67条2項に掲げられた類型はこのようなルールを含んでいる。いま一つは、民法505条の相殺適状を満たしていない段階でも、一定の要件が満たされることで将来相殺適状が生じた暁に行う相殺が債権者平等原則と抵触しない（相殺期待が保護される）、ということである。例えば、破産法70条は、自働債権の停止条件成就前において直ちに相殺することまでは許していないものの、手続中に条件が成就して破産債権が発生し実際に相殺適状が生じたならば、厳

務、2012）272頁以下〔畑瑞穂執筆〕等。統一的把握自体自明のことではないが、債権法改正においては、差押えとの関係で差押「前の原因」概念が導入されており（民法改正後511条2項）、危機時期で問題となっていた「前の原因」が、差押えと相殺の競合局面（場面としては破産手続開始と相殺の関係を論ずる場面に接近する）でも（停止条件付債権・債務概念に代えて）問題となるという認識であるように思われる（中田裕康ほか『講義 債権法改正』（商事法務、2017）257頁、261頁〔道垣内弘人執筆〕参照）。

密には手続開始時に債権債務の対立があったとまでは言えず、また受働債権が弁済によって消滅した場合でも、なお相殺ができる地位を保障することを、寄託請求という形で保障したものと見ることができる⁶⁶。また、67条2項も、受働債権の停止条件成就等以前の時点での相殺期待を保護しており、現実の条件成就等によって直ちに相殺可能性が否定されることはないという理解⁶⁷を前提にする限り、同様のルールを含んでいることになる。

本稿が対象とする相互性要件についても、両方の問題を想定可能である。すなわち、相互の債権債務の対立がないままに、それを許容する旨の合意があることでもって両者の差引を実行できるか、という問題と、何らかの形で最終的に債権債務の対立を作り出し得るとして、対立以前からの相殺期待を保護することができるか、という問題である⁶⁸。平成28年判決の事案は、債権債務が分属したままに相殺する権限を合意で設定したように見受けられ、それに応答する判決も二つの問題のどちらを問題としたのか明らかでない面がある⁶⁹。

この内前者の問題（実行可能性）については、当事者の意思解釈として、そのまま実行不可能であれば債権譲渡や債務引受を行った上で相殺する意思であった（相殺の意思表示や前提となった合意の締結・実行過程にそれらの意思も含まれる）と構成することが可能であり得⁷⁰、それで多くの場合十分であるように思われる。この場合、問題とすべきは、自働債権と受働債権の帰属が不一致の段階（多くは相殺合意ないし予約の段階を問題とすることになる）で、合意の存在を根拠にして既に保護に値する相殺期待が認められるという議論が可能か、ということになる。

これに対し、如何なる手段でもって二者間相殺に還元不可能な場合もあり得る。この場合になお「相殺」（厳密にはもはや民法に言う相殺ではないと思われるが、便宜括弧つきの「相殺」と表現する）が実行できるとすれば、それは合意を直接根拠とするものと見ざるを得ず、これが可能かどうか正面から問題となる。さらに、合意に従って「相殺」を実行することによって生ずる効果が、債権者平等原則に照らして正当化可能かどうか、という形で、「相殺」期待の保護が認められるか（ないし、当該契約の倒産手続における有効性）がここでも問題となる。

いずれにせよ、相殺（ないし「相殺」）期待の保護について検討の必要があり、さしあた

66 山本和ほか・前掲註40 250頁以下〔沖野〕。

67 最判平成17年1月17日・前掲註40。

68 本稿が中西説における代理受領事例を引き合いに出すのも、当該事例が代理受領による債務負担によって生ずる債権債務対立以前の相殺期待の保護を問題としているからである。

69 これに対して、二者間の債権債務関係に還元して考察するならば、専ら相殺期待の保護のみが問題となると考えられる。

70 最判平成7年7月18日判時1570号60頁がそれを示唆する。また、平成28年判決も、関連会社の同意を条件とする合意であるという操作を経ており、この同意を債権譲渡の意思と評価することが可能であるとすれば、同様の処理に馴染む。

りこれによって問題の多くが解決可能であると考えられることから、以下では主として相殺期待の保護の点を検討する。

2 合理的相殺期待論と相互性要件

(1) 総説

合理的相殺期待論と相互性要件の関係を検討するならば、合理的相殺期待というのが、どのような理論的意義を持つ議論であったのかを具体化しておく必要がある。相互性要件を合理的相殺期待によっていわば補完することを考えるならば、それぞれの意義が何であるかを措定しないと、何故一方が他方の補完たり得るのかを語ることも困難であるからである。

本稿で確認した限りでは、以下の二つのアプローチが想定可能である。

第一に、担保権と同等の経済的機能（「与信促進」機能）を果たしているかどうかを問題とするものであり、相殺権の保護根拠に照らした目的論的解釈の一つと見ることができる。中西説の基本線とする発想である⁷¹。

第二に、担保権の保護要件を相殺の形式に引き直して妥当させる、いわば要件論をスライドさせる方法である⁷²。主として公示を問題とする見解が典型であるが、他にも山本和彦説が挙げる特定性も債権担保とパラレルな要件と見ることができる。平成24年判決を参考にすれば、三者間相殺を認める合意に少なくとも倒産者が関与することも必要となり得る。

二つのアプローチはいずれも、相殺の担保的機能、あるいは相殺権が別除権と同様の扱いを受けるということを手掛りに、これを要件論に何らかの形で反映させているものと見ることができそうである。両者は両立しない議論ではなく、担保の性質を捉えて要件論を語る際の視点の置き方の問題であると考えられる。

なお、合理的相殺期待論の全てがこうした視点に尽きるかどうかは定かではない。例えば、千葉補足意見がそうであるように、複数の主体が相殺の問題を離れて一体的に観察されるという議論の方向性、あるいはそれとも異なる方向性（後述4）が残り、これらも（ラベリングの問題として）合理的相殺期待の議論の内部に含み得るのだとすれば、上でまとめたような意味での合理的相殺期待論は、その一側面を切り出したものに過ぎないことになる⁷³。

71 相殺期待の程度が問題となる（前註42乃至44及びそれらに対応する本文参照）とすれば、この発想の要件化として位置付けることができる（後述（2）（b））。

72 特に、担保物権の原則に戻るとする中西説（前註61及びそれに対応する本文参照）は、山本和彦説よりも明瞭に担保権一般に妥当するルールとの平仄を意識している。また、相互性とは異なる文脈であるが、平成24年判決がこのような理解に比較的馴染むことも既に述べた。

73 合理的相殺期待が語られる場合に、中西説のように一定の理論的含意が込められているかどうかは定かではない面もあり、むしろ、結論として相殺が認められる場合に「合理的相殺期待

ともかく、本稿で合理的相殺期待論という場合には、何らかの意味で担保権との関係を意識した相殺権の保護要件論を指す。

(2) 相殺の経済的機能

中西説は、担保権同様の機能を果たす取引であるかという観点から保護されるべき相殺権を切り出そうとする。平成28年判決の原審までの判決において、グループ企業における総体的なリスク管理に合理性があると説かれる⁷⁴のも、三者間相殺なる取引形態の経済的機能に着目する点で近しい発想である可能性もある⁷⁵。

(a) 目的論的解釈の二方向

もっとも、中西説はこの種の実質論を縮小解釈的にしか用いていなかった⁷⁶。中西説は担保権と同等の経済的機能さえ果たせば保護範囲が拡大できるとまでは論じておらず、むしろ、履行期到来や条件成就以外の相殺適状の要件は備わっているのが前提とされていた⁷⁷。そして当初解釈論上この議論に期待された役割は、ごく偶然に条件が成就するようなケースを保護範囲から外すというものであった⁷⁸。

しかし、理屈の上では、目的論的解釈の一態様として、相殺権の保護根拠に適合する取引を、拡大解釈によって保護する可能性をも、中西説は拓き得る。相殺権の保護根拠に照らして、根拠に合致しない場合には保護を否定するという目的論的解釈が成立する場合、必然的

がある」と表現されているに過ぎない可能性もある。

74 民集70巻6号1714頁及び1720頁。

75 ここでいう総体的リスク管理というのが、グループ企業において、グループ内の他の法人の有する財産の担保価値を利用することを意味するとすれば、そこではまさに、グループ内法人の有する債権との相殺を当て込んだ与信促進機能が期待されていることになる。もっとも、平成28年判決の事案における合意は、文脈としては、デリバティブ取引というそれ自体に不安定性を内包する取引のある種の埋め合わせの側面もあり（前註の原審説示の他、千葉補足意見（民集70巻6号1621頁）も参照）、中西説が促進対象としたような「与信」（大まかに言えば、低信用者へのより有利な条件での与信）の要素がそこに見て取れるのか（むしろ、十分に信用のある者でさえ躊躇するようなハイリスクな取引を大規模に行うための条項だったのではないか）ということは検討の必要がありそうである。

76 中西説が問題とするのは「根拠論からの制約」であった（前註59及びそれに対応する本文参照）。

77 中西（2002）29頁。

78 そもそも、中西（2002）が相殺権の保護根拠を考察する目的は、当時の破産法における相殺権・相殺禁止規定を全体として如何に合理的に説明し、保護範囲を適切に限定できるかという点にあったことが推測され、殊更同種の保護を明文規定の外側に拡大していくことを企図していなかったように思われる。

に逆方向の目的論的解釈を伴わなければならない⁷⁹わけではないにせよ、少なくともそうした可能性をもたらし得る理論を中西説が提供している、とは言い得る。

また、停止条件付債権等について条件成就時の相殺を保護する場合、少なくとも債権の相互対立が存在しない段階での相殺期待保護を認めていることには変わりがない。停止条件付債権等が「存在」するというのは（停止条件が未成就であれば債権は発生していないのだから）本来はミスリーディングであり、そのような表現は条件成就時に一定の効果が得られることを先取りしているに過ぎない⁸⁰。そうだとすれば、債権の帰属が分かれている為に相互対立がない場合との距離は、凡そ埋め難いものでもないように思われる。

さらに、一部の立法論に見られるような、相殺権規定全体を合理的相殺期待の有無によって正当化しようとする方向性は、合理的相殺期待あるところに広く保護を認める方向にも向かい得る。

(b) 具体的な判断の方法

このようなアプローチを採った場合に、実際にどのような判断が行われることになるか。中西説に手掛りを求めれば、例えば、停止条件付債権について条件成就の蓋然性を要求している。中西説の論理からすれば、ある与信が相殺を当て込んでなされることを保護するという発想に基づいている以上、相殺権として保護されるべき相殺には、相殺を当て込むことで与信が促進されたという関係が成立していなければならない。

このような発想からは、まず、そもそも相殺期待が取引時に存在していない、いわば偶然的に相殺が可能になったに過ぎない場合が排除されることになる。それ以外の場面においては、(相殺ができない可能性が一切あってはならないという厳格な立場を採らない限り⁸¹)

79 山本和彦評釈1 1頁は、むしろ合理的期待論によって保護範囲を限定するのであれば、拡大作用をも認めなければダブルスタンダードになると批判する。

80 民法において、例えば保証人の求償権を停止条件付き債権なるものとして把握することは一般的でないという指摘（潮見・前掲註15 283頁。停止条件や将来の請求権なる用語法の特異性につき、山本和ほか・前掲註40 250頁〔沖野〕も参照）は、条件が成就し債権が発生した際に得られる効果を、敢えて未発生債権の存在を擬制するという方法によって表現することが必然でないことを示唆する。近時、破産債権となる「将来の請求権」について、発生要件の一部が欠けている場合と一般化し、発生する効果との関係で要件論を実質化する方向性を示す見解も見られる（山本和彦「破産債権の概念について——『将来の請求権』の再定義の試み」山本克己ほか編『民事手続法の現代的課題と理論的解明—徳田和幸先生古稀祝賀論文集』731頁（弘文堂、2017））が、これも同様の線に位置付けられる。

81 そもそもこうした考え方に立つならば、未発生債権による相殺期待が保護される場面はごく限定された場面にとどまることになる。例えば、平成28年判決で問題となったデリバティブ取引に基づく清算金は、誰から誰に対して生ずる債権であるかさえ事前には分からない以上、凡そ相殺期待を語る前提を満たし得ない。

最終的にはある相殺期待が上記趣旨から見て保護に値する程度に具体的・確実なものであったかという、いわば程度問題として把握されることになるように思われる⁸²。

(c) 十分条件性

中西説は、債務者の第三者に対する債権での相殺を問題とする場合に、「与信促進」機能が備わっていてもなおプラスアルファの要件として、債権質の公示要件を潜脱することを理由に、公示を求めている。

このことは、「与信促進」機能を果たしているということだけでは保護を肯定するには十分でないことを示唆する。この機能の存否如何は、前述の通り相殺肯定範囲の限界を画する機能に乏しいとすると、それだけで相殺権の保護を認めるのは難しいということなのかもしれない。

しかし中西説は、常に公示を要求するわけではなく、典型的な相殺に近い場面では経済的機能が確認されさえすれば相殺を肯定している。そうすると、(a) で述べたような可能性があるとしても、中西説自体は、経済的機能+相互性（但し停止条件未成就の場合もこれを満たすと考えられている）か、経済的機能+公示のいずれかのルートを想定しているということになるだろう。

(3) 担保権の要件の参照

(a) 議論の意義

合意に基礎を置く相殺権の保護を肯定する際に、担保と完全にパラレルな要件を立てるとすると、解釈上当該合意を担保権設定合意であると法性決定して保護すれば十分である可能性がある。つまり、「担保としての要件を具備したことで保護される相殺」という領域を、担保権とは別領域として敢えて作る必要があるのか問題である⁸³。

但し、中西説がそうであるように、完全に担保と同一の要件を立てるわけではなく、一定の場合に、担保の要件の一部を借用する形で議論することは可能であり得、なお意義が残る。また、担保とパラレルといっても、厳密にそれと同一の要件を立てるわけではない、という議論の可能性があり得るとすれば、ここにも議論の意義が残る。

82 前註 44 も参照。

83 当事者があくまで担保でないと言い張る場合には、担保権とは法性決定できないがなお保護されるという領域を設ける事実上の意味があり得るが、この場合、当事者自身が保護の可能性を捨てているのだから、敢えて相殺権規定の（類推）適用によって保護する必要はない。

(b) 公示についての諸問題

こうした議論の中には、相殺権について公示を要求するものが含まれる。もっとも、担保権のように対抗要件の具備手段が法定されているわけではない為、相殺保護の為に公示を要求する場合、何でもって公示がなされたと見るのかが問題となる⁸⁴。どのような範囲の者に、どの程度の明確さでもって、何が公示されれば良いかが問われる⁸⁵。

この点に関して、担保の場合とは公示（対抗要件の具備）方法が異なるという可能性が示唆されている。すなわち、債権担保を想定する限り、対抗要件の具備方法は担保目的物たる債権（＝受働債権）の第三債務者への通知か当該債務者の承諾ということになる（民法364条）が、相殺の場面では、相殺を定めた合意等の公示、さらには慣行等の成立で公示（実質的な対抗要件具備）が肯定される可能性が論じられている⁸⁶。

もっとも、何故このような方法が許容されるのかは問題である。何故異なる、緩やかな方法が許容されるのであろうか⁸⁷⁸⁸。「与信促進」機能のアプローチと組み合わせると、相殺には通常の担保よりも強度な保護根拠があると言えるのであれば（あるいはそう言える場合に保護範囲を限定することで）、担保の場合よりも緩やかな要件を定立することは可能であろうが、これまでの議論では、相殺と担保の果たす機能はせいぜい同等のものであり、それ以上の保護理由が相殺に見出されてきたわけではないように思われる⁸⁹。

また、公示は、担保権の議論で言えば対抗要件に相当する要素である。典型的な相殺の場合、そもそも対抗要件が問題となることが想定されていない為、条文上これを分けて記述する必要はないのであるが、明文の要件から離れて要件論を構築しようとする場合、相殺権についても効力要件と対抗要件をさしあたって区別する必要があるように思われる。対抗要

84 このことは、従来から民法上公示を要求して相殺（予約）の保護を図ろうとする場合に問題となってきた事柄である。

85 例えば、平成28年判決原審は、慣行を持ち出して公示を語っているようにも読めるが、（慣行が仮に完全に認定できたとしても）これが対抗要件具備としての公示と同列に語れるものであるのかなお問題である（拙稿・前掲註3）。

86 山本和彦評釈が、譲渡担保構成と比較するくだり（同14頁参照）からは、通知といった対抗要件具備方法が履践されずとも、債権者のモニタリングを正当化できる事情が実質的に具備されたならば相殺が許容されることが特徴として浮かび上がる。

87 この点は、後述の3（1）（b）の議論とも関連する。

88 さらに言えば、そもそも担保に対抗要件具備が要求され、それが条文上斯く斯くの方法でなされるべしと規定されることの意味が、他の債権者の予測可能性を確保する趣旨であるのか、そうだとするとそれに尽きる問題であるのか、そこで言われる「予測可能性」とは誰の何に対する予測なのか、自体問題である。

89 むしろ相殺権を質権よりも強力な権利だとする考え方には疑問が呈されている（水元宏典「倒産法における相殺規定の構造と立法論的課題」事業再生と債権管理136号10頁（2012）15頁）。

件具備との関係では、破産法49条や164条の規律が問題となり得、これらを適用しようとするならば、対抗要件具備がいつなされたのかが特定できるような方法でないと困難を来すように思われる。

公示の存在を単独で持ち出して相殺を正当化することもできない。公示が持ち出される場合、効力要件あるいは経済的機能が認められることを前提に、「対抗要件」として問題となるに過ぎない。効力要件を具備しないのに対抗要件が具備されたことを言っても無意味であるし、「与信促進」機能を問題とするならば取引が当該機能を有することは保護の大前提である。この意味で、公示を過信するのは禁物である⁹⁰。とりわけ相殺が相互性を要件とするこの意味が、他の債権者のモニタリング範囲が単純かつ明確となること⁹¹に尽きるわけではないと考える場合（後述）、相互性欠如を補う事情として公示を持ち出してもそれだけでは不十分であることになる⁹²。

（４）小括

厳密には債権者と債務者間での債権債務の対立はなくとも、合理的相殺期待の視点から相殺を認めることが可能だとすれば、その意味は、相互性を満たさないか、満たしたと言えなくもないが完全ではないという場合に、担保的機能の保護という観点からこの要件を代替し又はその欠缺を補えるということの意味する。相殺の担保的機能に着目し、その積極的保護の観点から相殺権を基礎付け、あるいはその保護範囲を画する、合理的相殺期待の議論は、少なくともこの可能性を有している。とりわけ、停止条件付債権にかかる将来の相殺期待を保護するという破産法70条（あるいは、債権法改正後民法511条2項）の存在は、債権債務の対立以前からの相殺期待保護についての手掛りを提供するものと捉え得る。

もっとも、この議論によって何がどこまで保護できるのか、には慎重な検討を要する。第一に、仮に停止条件付債権にかかる将来の相殺期待保護が、担保権と同様の経済的機能を果たすことから導かれ、かつ同様の考慮が三者間相殺を含む、相殺（ないし「相殺」）一般に

90 したがって、学説において、いくつかの要素が列挙され、その中に公示に相当する要素が含まれるという場合、当該要素の意味に注意を払う必要があるとされる。例えば山本和彦説は、モニタリング範囲合理化の一環として、特定と公示を並べるが、両者は対等な要素ではないように思われる。

91 山本和彦評釈11頁参照。

92 松下淳一「判批」金法1977号26頁（2013）29頁の、破産の場面において、ある債権が相殺に供されずに配当原資となる筈だという一般債権者による期待はそれほど具体的ではなく、むしろ彼らに不公平感を生じさせないこと自体が重要だという指摘が正当だとすれば、（他の債権者の予測や期待を基礎付けるという意味における）公示は許容性を基礎付ける一要素となり得ることはあっても、相殺を許容する為の本質的要素たり得るものではないのかもしれない。

意味を持ち得るとしても、当該機能に着目する論者自身の議論がそうであるように、そのことだけでもって相殺期待の保護が十分に基礎付けられるのか、という問題がある。第二に、具体的な要件論のレベルで、担保と平行に公示を要求する場合、担保権における公示の位置付け・内容との平仄が問題となる。

3 相互性の意義

(1) 目的・機能の峻別論

(a) 一般論

伊藤説の提供する視点の一つとして、相殺権はあくまで相殺本来の目的（当事者間における簡易・公平な決済）に向けられたものであり、担保的機能があるという側面は、当該機能に鑑みて相殺が禁止される場合がある、という局面でのみ問題となる、という理解の可能性はある。担保的機能といってもそれは相殺本来の目的である簡易・公平な決済の上に成り立つ機能であり、この目的を支える基礎がなければ相殺の担保的機能の保護を語り得ないという理解であると考えられる⁹³。

目的・機能の峻別という議論自体は成り立ち得、むしろ正道でもありそうだが⁹⁴、これを倒産法上の相殺権一般の解釈指針として強調することについては若干の問題を指摘することができる。

まず、伊藤説も例外事象として認めるように、既に条文上、停止条件付債権・債務による相殺を保護しており、厳格な意味での債権債務の相互対立を要求することが貫徹されているわけではなく、相殺権はその元来の目的との関係でしか成立要件を語れないという前提がどこまで妥当し得るのかということは問題である。さらに言えば、債権債務の対立のみでもって相殺権保護を認める基本線（破産法67条1項、71条1項1号、72条1項1号）自体、相殺の本来の目的との関係で導かれるものなのかどうか問題であり、相殺適状発生時ではなく、そして自働債権の履行期到来時を問題とすることさえなく、債権債務の対立時を基準とする所謂無制限説⁹⁵が採用された時点で、既に担保的機能の保護が強調されているよ

93 白石大「判批」論究ジュリ20号96頁（2017）102頁、大阪高判平成3年1月31日判タ771号173頁も参照。

94 民法上も、債権の消滅原因としての相殺を語る上で問題となる簡易決済機能・公平保持機能と、担保的機能とは（後者を強調する議論があるとしても）分けて把握されることがある（例えば、潮見佳男『新債権総論II』（信山社、2017）242頁）。

95 最大判昭和45年6月24日民集24巻6号587頁。

うに思われる⁹⁶。

(b) 相互性要件と相殺の「目的」

もつとも、相互性要件のみに着目して、相殺権を相殺の本来の目的と結びつけることはなお可能である。相互性要件は、相殺本来の目的に何らかの形で仕えるという要素が充足されていることを担保する意味を持ち得る。相互性を欠く場合であっても、凡そ債権の差引合意が相殺の目的＝簡易・公平な決済の意義を失うとは限らず、相互性がない場合にも依然として当該相殺は相殺本来の目的に仕え、その結果として生ずる担保的機能の保護を語り得ることはあるであろう。しかし、相互性要件がある限り、相殺本来の目的との関係が確実に存在することが担保され、あくまで純然たる債権担保とは異なる形態のものであることが明確になる。つまり、相互性要件は、担保的機能を有するがしかし担保権とは区別された制度として相殺権を眺める為に有益な要件である⁹⁷。対象債権が停止条件付の場合、先に述べた通り厳密には相互性を満たしているとは言えないが、条件が専ら債権の発生のみにかかる場合には、たとえ希薄なものとなったとしても、最終的には当事者間の簡易・公平な決済に立脚した相殺がなされることが担保される。

これに対して、担保的機能の保護という視点を前面に出すと、相互性は理論的には不要な要素となり、少なくとも解釈論上緩和されることが要請されやすくなると考えられる。債権者が債務者の取得する債権について広く担保を取ることができることを前提とすれば、相互性は、担保権との関係では要求されないからである。

(c) 担保権との区別の為の要件としての「相互性」

停止条件付債権等の場合をはじめとして、簡易・公平な決済のみで相殺期待の保護を語り尽くすことは困難だ⁹⁸ ((a)) としても、だからといって簡易・公平な決済という相殺本来の目的の視点を捨象して良いということには直ちにはならない。他方、「担保権とは区別された制度として相殺権を眺める」こと ((b)) もまた自明のことではない。

しかし、前述の公示問題との関係で (b) の視角を導入することにはなお魅力がある。担保的機能の保護を前面に出せば、担保権との平仄という問題を多かれ少なかれ避けられなくなる。特に、相殺権の保護の為に担保と類似の要件、とりわけ公示を要求する場合、担保とは異なる方法を許容するとすれば、それが何故可能なのかが問題となる (2 (3))。これ

96 無制限説と担保的機能の強調の関係につき、潮見・前掲註 94 296頁、299頁。

97 白石・前掲註 93 102頁は、二者間相殺においては公平維持機能と担保的機能は表裏一体であるが、平成28年判決のような相殺においては公平維持機能を見出すことは不可能とする。

98 中西 (2002) 28頁以下。

に対して、相互性をてこに、相殺はあくまで担保的「機能」を果たすものでしかなく、本来はそれとは異なる「目的」のものであるという枠組みを維持できるのであれば、具体的な要件論において担保権との差異を云々することは（仮に類似の問題意識が妥当し得る場面があるとしても）それほど適切でないことになり、異なる要件でもって保護されることの基礎となり得る。

逆に、相互性が認められない場面では、担保権との平仄という問題（平仄を如何にして合わせるかという問題と、平仄を合わせなくとも良い根拠を考えるとという問題双方を含む）を無視できなくなるように思われ、これまでの議論の中からこれに対する説得的な応答を得ることは困難である。

（２）絶対的・形式的要件としての相互性

（a）相互性要件の特徴

伊藤説を手掛りにすれば、相互性要件には以下のような二つの特徴が備わっている。

第一に、相互性要件は、民法505条の相殺適状を支える要件の中で、倒産法が明示に例外を設けていない要件である（この意味で、「絶対的要件」である）⁹⁹。

第二に、相互性要件は、比較的評価の余地の少ない要件である。二当事者間に債権債務の対立がある、というのは、債権債務の存在さえ認定できれば基本的には一義的に決まる問題であり、かつ債権債務の存否に評価性が伴うとしてもそれは三者間相殺の局面で固有に問題となる事柄には関係しない。一定の場合には三者（以上）が実質二者と評価される、といった可能性が凡そ皆無というわけではないものの、基本的には複数の別個の法主体の差異を捨象する為のハードルは高く（例えば、法人格否認の法理の発動要件）、ごく例外的な場合に限られよう。

（b）相互性要件の機能

以上のような特徴を意識するとき、相互性要件の重視は、実定法上絶対的・形式的な要件として設けられた相互性を、さしあたって表面的に予定されているように受け取るということを意味する。問題は、そのことの持つ意味である。つまり、この局面でリジッドな要件が存在することが有意義なものたり得るかということである。

一つの見方として、債権者平等を浸食し得る債権の差引が拡大し過ぎることを可及的に

99 伊藤説は、破産法67条（+71条1項1号、72条1項1号）が全体として絶対的であるとするように見えるが、手続開始後に初めて厳密な意味での債権債務の対立が生じたような場合を、なお67条2項や70条がカバーし得る（最判平成17年1月17日・前掲註40等）のだとすれば、67条1項の定める要件の内、「開始時」という部分は相対化の契機がある。

防止する機能を期待する可能性がある。

倒産手続において、少なくともその原則レベルで債権者平等原則が妥当するということにはおそらく争いのないところである。相殺権は、その中において例外的に他の債権者に対する優先原因の一つとして数えられる権利である、と位置づけることができる。この原則・例外の関係を強調し¹⁰⁰、相殺権をあくまで惠与的な権利だと見るならば¹⁰¹、少なくとも条文上リジッドに作られた相互性要件についてはその適用範囲の拡大に謙抑的であるべきとの理解も成り立ち得る¹⁰²。逆に債権者平等は優先原因を備えた実質的に評価できる場合には実定法によるお墨付きを正面から受けなくとも破られ得ると考えるのであれば¹⁰³、例外を解釈上又は契約上より自由に作り出すことが可能であり得る¹⁰⁴。いずれにせよ、債権者平

100 山本和彦評釈11頁が、合理的相殺期待を縮小解釈にのみ用いる態度を「別除権としての相殺の例外性を強調する理解」と評するのも同様の把握方法であろうか（かつ、山本和彦教授はこのような態度に違和感を覚えるようでもあり、実際に相殺保護範囲の拡大を唱えているわけである）。

101 梅謙次郎口述『破産法案概説』（法学協会、1903）43頁以下は、本来破産宣告があった以上その時点で相殺されていなかった債権は相殺が許されなくなることを原則に、当事者間の公平の観点から相殺権を認めるという構造を提示する。

102 鈴木祿弥「『債権者平等の原則』論序説」曹時30巻8号1181頁（1978）1199頁の言うように、重要なのは平等であるという原則部分ではなく何でもってその例外が許容されるかという点であるのだとすれば、（鈴木説がそう意図していたかは定かではないが）その事由を法が列挙することは容易には動かさないことにもなり得る。

103 必ずしも相殺を射程に入れたものではないが、井上治典「債権者平等について」法政研究59巻3・4号365頁（1993）は、実定法上の枠組みを柔軟に調整する方向性に親和的である。

104 例えば、解釈上の優先債権を認めるかという問題や、事前の合意によって実質的に債権者平等を害する結果がもたらされる場合にどの程度の厳しさでその合意を否定できると考えるか、という問題もこれに関わると思われる。後者との関係では、相殺権規定に反する合意の効力という問題が一段具体化され、相互性要件を備えない「相殺」を認め、あるいはその相殺期待を確保しようとする合意の効力が問われることになる。奇しくも、倒産法的再構成に関する伊藤説（伊藤眞「証券化と倒産法理（下）——破産隔離と倒産法的再構成の意義と限界——」金法1658号82頁（2002）84頁は、「規定を回避または潜脱する結果」を問題とする）と山本和彦説（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」高橋ほか編『民事手続の現代的使命 伊藤眞先生古稀祝賀論文集』1181頁（有斐閣、2015）1190頁以下は、「倒産法的公序」との語を用いる（なお、同1194頁註24も参照））にも、（山本和彦説が言う「公序」が伊藤説の問題とする「規定」よりも狭い範囲のものを問題としているとすれば）温度差があるようにも思われ、山本和彦説は、相殺権規定一般はともかくとして、相互性要件については別の方法で正当化が図られる限り緩やかに合意での迂回を認める立場と整理できるかもしれない。他にも、民法にお

等原則が倒産手続の中核を占める概念であることを前提とするのであれば、実定法上明示されたその例外を解釈上拡大することについて、如何なる態度で臨むのかを検討する必要があるように思われる。

これとの関係で、相殺期待の保護拡大とは何をしていることになるのか、にも注意を払う必要がある。相殺保護が与信の促進に資するという発想は、あたかも保護の拡大がポジティブな現象であるかのような印象も与えるが、中西説が想定する「与信促進」はある特定のタイプの与信を促進するという意味であり、倒産時のようにパイが有限である局面においては、「与信促進」は促進されなかった与信の萎縮と表裏の関係であり得る（むしろ、債権者平等原則の発動が約束されることで、促進対象外与信が消極的に促進される関係にある）。この観点から前段落の議論を一段実質化すれば、仮に相殺権保護の根拠が中西説のように「与信促進」に求められるとして、実定法が促進を予定する信用供与と、その裏側として（暗黙裡に）抑制されてもやむを得ないとされた信用供与の境界を考えるに当たって、実定法の規定の、特にその中でもリジッドな要件の、存在をどこまで重視するかという問題が立つことになる。とりわけ、「与信促進」機能からのアプローチが、要求される「与信促進」（＝担保的）機能の程度に必ずしも明確な基準がなく、程度問題としてしか合理性を語り得ないとすれば、相互性の例外としての相殺権の保護範囲拡大の議論に転用すると、拡大可能性の限界を画する外枠さえ存在しない状態になりかねない¹⁰⁵¹⁰⁶。

以上の議論は、相殺期待の保護可能性（債権者平等との抵触）を対象とするものであるが、さらに、1で論じたもう一つの問題である、「相殺」の実行可能性の点についても、破産財団に属する債権や破産債権の消滅を、法が予定しない形でもたらしことをどう評価するか

ける相殺予約の効力と債権者平等の関係について、譲渡担保が承認されることとの均衡を説くものとして、米倉明「相殺と差押——最高裁判所大法廷昭和45年6月24日判決について——」ジュリ460号90頁（1970）96頁。

105 また、譲渡担保の特殊性が合理的相殺期待の議論に取り込まれ得る（前註45及びそれに対応する本文参照）のと逆に、ある相殺期待が特別な理由から保護されるという議論が成り立ち得るのだとすると、何がきっかけで相殺権の保護範囲が広がるのかますます把握が困難になり、拡大解釈的な合理的相殺期待論に対する不安要素の一つとなり得る。

106 ここで問題としているのはあくまで拡大「可能性」であり、その弊害は適切な運用によって防止され得ると言うこともでき、むしろ、端からこのような可能性を否定して凡そ相殺期待の保護拡大の可能性を摘むのではなく、実務における判断の集積による保護範囲の画定を促すべきだとの考え方もあり得る（新堂幸司「参加的効力の拡張と補助参加人の従属性」同『訴訟物と争点効（上）』227頁（有斐閣、1988〔初出＝1969〕）250頁以下註25参照）。問題は、その可能性を可及的に排除しておくことに合理性・必要性があるかということであり、裁判官による法発展が如何なる場合に如何なる限度で可能なのかという問題にも関わる。

ということが問題となる¹⁰⁷。

4 他の可能性についての展望

以上述べてきた通り、相殺の担保的機能を強調する形で合理的相殺期待の存在を根拠に相互性を欠いた段階での相殺期待を認め、あるいは相互性を欠いたまま「相殺」を実行することを認める場合、超えるべきハードルが(超え得ないものか)はともかく)ある。もっとも、ここまでの議論でいくつかの留保を付した通り、担保的機能の強調という方向以外から相互性を欠く相殺期待の保護を図る可能性がなお残されているように思われる¹⁰⁸。

第一に、そもそも複数の法主体が問題となる場面であっても、それらを一つの法主体と見て良い場面が凡そないわけではない。このようなポジティブな法人格否認が可能であるとすれば、そもそも三者間相殺という問題自体が解消する場面があり得る¹⁰⁹。

第二に、相殺本来の目的という視点をなお維持すべきだと考えるとしても、それと相互性が不可分であるかどうかは検討の余地がある。場合によっては、複数当事者間に跨った、簡易・公平な決済が観念可能であり得る¹¹⁰。

第三に、単に債権債務が相互対立する場合よりも、強力な正当化根拠がある場合、少なくとも公示の有無といった担保権とのズレの問題は回避できる可能性がある。例えば、牽連性ある債権債務について相互担保としての性質が説かれる場合¹¹¹、そこでは単に債権債務が

107 この場合、合意によって迂回する倒産法上のルールが、債権者平等というよりも、破産財団の管理や破産債権の弁済ルートの強制そのもの(≠配当強制によってもたらされる弁済割合レベルでの債権者平等)となる(梅・前掲註101が説く原則論はこちらの問題をも含んでいる)。倒産手続下において、債務消滅原因が自由に作り出せるかという問題である。中西(2015)の説く相殺権の成立と相殺期待の成立の区別(簡潔な整理として、中西(2015中)37頁以下)を借用すれば、前者の問題ということになる。

108 中西(2012)49頁、中西(2015下)49頁、53頁、55頁参照。

109 潮見・前掲註94 271頁。営業等の一体性を重視するよう見える千葉補足意見も基本はこの方向性であろうか。この場合、通常の法人格否認と同様に、法人格否認相当の主体と取引をした相手方の相殺期待を保護すべきかどうか、責任財産の混同等の観点から問題となろう。

110 ネットティングの合意に関しては、あくまで契約終了時の清算方法を定める合意であると評価できるならば、相殺法理自体を問題としない余地も示唆されていた(新堂ほか「<座談会>金融派生商品におけるネットティング契約の法的有効性」金法1386号16頁(1994)25頁以下[神田発言]、内田貴「三者間相殺の民事再生法上の有効性」NBL1093号13頁(2017)17頁以下)。

111 中西(2015下)55頁以下。これに関する近時の研究として、岩川隆嗣「双務契約の牽連性と担保の原理——フランス法における同時履行の抗弁を中心として(一)～(三)(未

対立すれば保護されるという一般的な相殺よりは強固な関係が両債権に観念されていることになる。これが、通常の相殺あるいは担保権と異なる（ないし強い）性質のものであると言えるならば¹¹²、固有の議論を展開することも不可能ではない。

V おわりに

本稿では、相殺権における相互性要件が、とりわけ合理的相殺期待論と対峙する際に、如何なる意味を持ち得るかを検討した。雑駁な議論の整理にとどまるものではあるが、本稿での成果を簡単にまとめておけば、以下のようなになる。

第一に、とりわけ中西説的な意味での合理的相殺期待論は、限界を抱え得るものの、三者間相殺の局面において相互性要件が満たされないことを補う理論としてのポテンシャルを持つとは言い得る（IV 2（2））。

しかし第二に、相互性要件になお一定の理論的・実践的意義を期待することにはなお魅力が残る。まず、相殺は「本来、当事者間の簡易・公平な決済を目的とするものである」ことを相互性要件は表象しており、その点において相殺権を純粋な担保権から区別する意義を持ち得、そうであるからこそ法の定める方法での公示といった担保権の要件論から自由であり得る（IV 3（1））。また、相殺の担保的機能という視点を要件論にも活かそうとする発想が採られる場合¹¹³、保護範囲の限界面定に困難を来す可能性があり、相互性要件の墨守は

完）」法協134巻7号1089頁（一）、同8号1492頁（二）、同10号2015頁（三）（全て2017）。また、債権法改正における民法469条2項2号・511条2項（中田ほか・前掲註65 261頁以下〔道垣内〕参照）と倒産法の関係も含め検討が必要であろう。

112 脈絡をやや異にするが、岩川・前掲註111（一）1119頁がこの点明快である。中西教授は、この場合を同時履行の抗弁権と関連付けて論ずる。アメリカ法における setoff と recoupment の区別（Tabb, LAW OF BANKRUPTCY, 4th ed., 2016, at 566）も参考になり得る。もっとも、当事者間の公平という発想について、同じく同時履行の抗弁権と関連が深い双方未履行双務契約の規律と類似と見るものもあり（園尾・小林編『条解民事再生法〔第3版〕』（弘文堂、2013）476頁〔山本克己執筆〕、岩川・前掲註111（一）も参照）、ここでいう相互担保の発想と本文前段落で論じたことの関係についてなお検討を要する。

113 本稿は相互性要件との関係で検討してきたが、この分析はより広い射程を持ち得る。すなわち、相殺権・相殺禁止規定の解釈論における合理的相殺期待の議論の内実を考察する場合にも、そこで語られているのが担保権の要件を参考にした要件論なのか、担保的と同等の経済的機能を問題としている議論なのか、いずれとも異なる議論なのかを区別することが有益であるし、さらに言えば効力要件に相当する問題なのか対抗要件に相当する問題なのかを区別することもできる。公示があるだけでは本質的な解決にならないという点も、対相互性局面に場面を

この困難を警戒する場合の砦となり得る。この問題への応接は、法の掲げる債権者平等の例外の形式性をどこまで強調するか、その打破要因として合理的相殺期待論に何が期待できるのか、という点の評価にも依存する¹¹⁴ (IV 3 (2))。

第三に、本稿で検討したような意味での合理的相殺期待論(担保的機能の視角からの保護条件の探求)を念頭に置くこと自体決して自明ではなく、なお他のアプローチが留保されている(IV 4)。かくして、本稿で主として論じたことは、あり得る一つの視角を切り出すものでしかなく、不十分なものであると言わざるを得ないが、相殺権に関する議論が複雑かつ発展途上であるという認識の下では、そのような断片的な作業にもなお意義が残るものと考えている。

*本稿の執筆過程において、阿部裕介准教授(東北大学)、岡成玄太准教授(大阪市立大学)から貴重なコメントを頂戴した。ここに感謝の意を表したい。

*本稿は、科研費(課題番号:16H01991)による研究の成果の一部である。

(うの あきと)

限定する必要はないであろう。

114 この問題についてのさしあたっての筆者の評価としては、現状の合理的相殺期待論を前提とする限り、相互性要件を教条的に守る方が安全であり、かつまた、IV 4で触れた別方向の検討を進めれば保護の必要な三者間相殺を切り出すことが十分可能ではないかと考えているが、合理的相殺期待に関する今後の議論の展開も見つつ、なお検討を重ねたい。