

日本相殺法概観(4)

岡 本 裕 樹

- 一 はじめに
- 二 法定相殺制度の趣旨
- 三 法定相殺における権利行使要件—相殺適状（以上、32号）
- 四 相殺制限事由
- 五 差押えと相殺
 - 1 旧規定下の議論（以上、34号）
 - 2 現行規定の規律内容
- 六 法定相殺における効力発生要件—相殺の意思表示
 - 1 相殺権の行使
 - 2 当然相殺の否定
 - 3 裁判外の相殺の承認（以上、35号）
 - 4 裁判上の相殺
 - (1) 相殺の抗弁
 - (2) 自働債権に関する判断の既判力
 - (3) 重複起訴禁止原則との関係
 - (4) 訴訟における相殺の意思表示の当事者
 - (5) 相殺の時期
 - 5 倒産法上の相殺
 - (1) 破産手続における相殺の態様
 - (2) 相殺に供しうる破産債権者の自働債権
 - (3) 相殺に供しうる破産債権者に対する受働債権
 - (4) 相殺の禁止①—受働債権に関する規律
 - (5) 相殺の禁止②—自働債権に関する規律
 - (6) 相殺の解禁
 - (7) 破産債権者による相殺権の行使
 - (8) 相殺の否認
 - (9) 破産管財人による相殺
 - (10) 再建型手続における相殺（以上、本号）

- 6 相殺権の濫用
- 七 相殺の効力
- 八 合意相殺の取扱い
- 九 若干の考察

五 法定相殺における効力発生要件—相殺の意思表示（承前）

4 裁判上の相殺

(1) 相殺の抗弁

訴訟手続において相殺を主張するには、原告の請求に対して、被告が原告に対する自己の債権を用いた相殺の意思表示を訴訟外で行い、この事実を訴訟上の抗弁として提出する場合と、被告が口頭弁論において相殺の意思表示を行う場合とがある¹⁾。これらの相殺の抗弁が認容されるには、相殺の対象とされる2つの債権が民法上の相殺適状にあることが必要である。

口頭弁論で相殺の意思表示を行う訴訟上の相殺の抗弁の法的性質については、現在のところ、特段の意思表示がなく、かつ、裁判所の判断を受ける場合に限り私法上の効果を認め、不適法な場合や無意義に帰した場合には、実体法上の効果の残存を否定する旨の条件付意思表示と解されている²⁾。また、主位的には原告の請求権の存否を争いながら、この存在が認定されることを条件とする予備的な相殺の抗弁も認められている³⁾。民法は条件付の相殺の意思表示を禁じているが（民506①後）⁴⁾、上記の条件であれば、予備的な相殺の趨勢を自ら認識できる相手方を不当に不利益な状態に陥らせるおそれがなく、不安定

1) 秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ〔第3版〕』（日本評論社、2022）507頁以下（以下、「秋山ほか・民訴Ⅱ」と引用）、高田裕成ほか編『注釈民事訴訟法第2巻 総則（2）』（有斐閣、2023）627頁〔坂田宏〕（以下、「高田ほか・注民訴2」と引用）。

2) 中野貞一郎『民事訴訟法の論点Ⅱ』（判例タイムズ社、2001）142頁以下・149頁（以下、「中野・論点Ⅱ」と引用）、秋山ほか・民訴Ⅱ・508頁。

3) 秋山ほか・民訴Ⅱ・509頁。

4) 六1.（1）。

な状態は訴訟の終了により解消するため、法律関係を紛糾させることにもならないと説明されている⁵⁾。

なお、被告の相殺の抗弁で自働債権とされる α 債権に対して、原告が訴訟物たる β 債権とは別の γ 債権をもってする相殺の再抗弁は、不適法として許されていない。訴訟上の相殺の意思表示による実体法上の相殺の効果は訴訟外の相殺とは異なり、その意思表示により確定的に生じるものではなく、裁判所による相殺の判断を条件とするため、相殺の再抗弁が許されるとすると、仮定の上に仮定が積み重ねられて当事者間の法律関係の不安定や心理の錯雑を招くこと、相殺の再抗弁を許さなくても、原告には訴えの追加的変更や別訴の提起による γ 債権の行使が可能であり、訴訟外での相殺の意思表示を訴訟で主張することもできるため、格別不都合はないこと、ならびに、民訴法114条2項は判決の理由中の判断に既判力を生じさせる唯一の例外を定めたものであり、同項の適用範囲を無制限に拡大させるのは相当ではないことが、その理由とされる⁶⁾。ただし、訴訟外での相殺の意思表示がされれば、これにより確定的に相殺の効果が発生し、この事実を相殺の抗弁に対する再抗弁として主張することは妨げられないという⁷⁾。この形で再抗弁が認められる場合には、特段の事情のない限り、同規定の適用があると解されている⁸⁾。

(2) 自働債権に関する判断の既判力

ここで言及されている民訴法114条2項とは、「相殺のために主張した請求」、すなわち、被告による相殺の抗弁において主張された原告に対する自働債権について、「相殺をもって対抗した額」、すなわち、相殺による債務の消滅が主張される対当額の範囲で、自働債権の不存在に関する判断に既判力を認めた規定

5) 中野・論点Ⅱ・146頁以下、秋山ほか・民訴Ⅱ・508頁以下。

6) 最判平成10年4月30日民集52巻3号930頁、伊藤眞『民事訴訟法〔第7版〕』(有斐閣、2020)342頁脚注170(以下、「伊藤・民訴」と引用)。

7) 最判平成10年4月30日民集52巻3号930頁、中野・論点Ⅱ・190頁以下。

8) 高田ほか・注民訴2・628頁〔坂田〕。

である⁹⁾。これは、先の説明にあるとおり、確定判決が既判力を有する範囲を主文に包含される限りとする原則（民訴114①）に対する例外的な規律に当たる。

こうした例外が定められたことについては、広く次のように説明されている。仮にこの規定がなければ、Yの請求に対するXの相殺の抗弁が裁判所に排斥されても、逆に、相殺の抗弁によりYの請求を棄却する判決が確定しても、いずれの場合でもXは別訴を提起して自働債権に基づく請求が可能であり、これが認容されれば、前訴の判決で確定した法律関係が覆されることになる。また、同一の債権を前訴では相殺の抗弁に、後訴では訴訟物として用いることができれば、Xは訴訟上の二重の利益を得ることにもなる。これらの不合理な結果を発生することを防止するのが、この規定の趣旨である¹⁰⁾。加えて、相殺の抗弁は実質的に自働債権についての反訴提起と類似した性質であるとの理論的根拠が挙げられている¹¹⁾。

このような相殺の抗弁に際しての自働債権に関する判断は、判決理由中のものであっても、既判力を有するため、上訴を基礎づける不服申立ての対象となる¹²⁾。

なお、一部請求訴訟で相殺の抗弁が提出された場合、判例によると、訴求されている債権額の範囲のみを相殺の受働債権として取り扱うのではなく、まずは原告の主張する債権の総額を確定し、この額から被告が相殺に供する反対債

9) 兼子一『新修民事訴訟法体系〔増訂版〕』（酒井書店、1965）344頁（以下、「兼子・新修民訴」と引用）、新堂幸司『新民事訴訟法〔第6版〕』（弘文堂、2019）701頁・704頁（以下、「新堂・新民訴」と引用）、伊藤・民訴・564頁以下、秋山ほか・民訴Ⅱ・511頁以下、高田ほか・注民訴2・629頁〔坂田〕。

10) 兼子・前掲注9・343頁、中野・論点Ⅱ・151頁以下、高橋宏志『重点講義民事訴訟法上〔第2版補訂版〕』（有斐閣、2013）636頁以下（以下、「高橋・民訴上」と引用）、新堂・新民訴・702頁以下、伊藤・民訴・564頁、秋山ほか・民訴Ⅱ・507頁、高田ほか・注民訴2・626頁〔坂田〕。この規定の趣旨をめぐる議論については、加波眞一「相殺の抗弁と既判力」松本古稀『民事手続法制の展開と手続原則』（弘文堂、2016）538頁以下を参照。

11) 高橋・民訴上・636頁、伊藤・民訴・564頁以下。

12) 伊藤・民訴・732頁以下。

権の額を控除して残存額を算定するものとされている。原告が一部請求する金額がこの残存額の範囲内であれば、そのまま原告の請求が認容され、残存額を超えるときは、その残存額の限度での一部認容となる。そのうえで、一部請求では訴訟上請求されなかった債権残部の存否に確定判決の既判力は及ばず、かつ、相殺の抗弁により自働債権の存否について既判力が生じるのは請求の範囲に対して「相殺をもって対抗した額」であることから、受働債権の総額から自働債権の額を控除した結果、残存額が一部請求の額を超えたために、原告の請求がそのまま認容されるときには、一部請求の額を超える範囲の自働債権の存否には既判力が生じないとされる¹³⁾。

(3) 重複起訴禁止原則との関係

こうした相殺の抗弁に関わる既判力との関連において、自働債権の主張のやり方によっては、重複起訴禁止の原則（民訴142）との抵触が問題となる。その場面としては、XがYに対する α 債権の履行について訴訟を提起し、その後のYからの訴訟で β 債権の履行を請求された際に、 α 債権を自働債権とする相殺の抗弁を提出する場合（別訴先行型・抗弁後行型）と、逆に、Yからの訴訟で β 債権を訴求されたXが、 α 債権による相殺の抗弁を提出した後に、 α 債権についてYに対する別訴を提起する場合（抗弁先行型）があるとされ¹⁴⁾、どのような場合に重複起訴禁止の原則に基づいて自働債権の主張が妨げられるべきかについて議論がある¹⁵⁾。このうち、別訴先行型の事例において、最高裁は次のように考えている¹⁶⁾。

13) 最判平成6年11月22日民集48巻7号1355頁。

14) 中野・論点Ⅱ・161頁、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅲ〔第2版〕』（日本評論社、2018）183頁、伊藤・民訴・237頁以下、高田裕成ほか編『注釈民事訴訟法第3巻第一審の訴訟手続(1)』（有斐閣、2022）271頁〔本問靖規〕。

高橋・民訴上・144頁以下ではさらに、原告が2つの債権で2つの訴訟を提起し、被告が同一の反対債権を使って両訴訟で相殺を主張しようとする「抗弁併存型」も挙げられている。

15) 高田ほか・前掲注14・281頁以下〔本問〕。

まず、 α 債権を訴訟物とする訴訟の継続中に、他の訴訟において α 債権を自働債権とする相殺の抗弁を主張することは、 α 債権の存否につき審理が重複して訴訟上の不経済が生じるとともに、別々の裁判所による既判力のある判断が抵触して法的安定性を害しうるため、重複起訴禁止の原則を定めた規定の法意に反することから許されない¹⁷⁾。このことは、2つの事件が併合審理された場合でも同様とされる¹⁸⁾。

ただし、1個の α 債権の一部のみを請求することを明示して訴訟を提起した後に、別訴において α 債権の残部を自働債権とする相殺の抗弁を主張することは、債権の発生事由、一部請求がされるに至った経緯、その後の審理経過等に鑑みて、債権の分割行使による相殺の主張が訴訟上の権利の濫用に当たるなど特段の事情のない限り、正当な防御権行使として許容されている。この判断は、先にも触れたところの、一部請求では訴訟上請求されなかった債権残部の存否に確定判決の既判力は及ばないとする判例法理が、相殺の抗弁にも当てはまるとの理解により基礎づけられている¹⁹⁾。

また、Y から本訴を提起された X が、Y に対する α 債権の支払を請求する反訴を提起した後に、Y からの本訴請求に対して α 債権を自働債権とする相殺の抗弁を主張するときには、X の反訴は、X が異なる意思表示をしない限り、 α 債権につき本訴において相殺の自働債権として既判力ある判断が示された場合にその部分について反訴請求としない旨の予備的反訴に変更され、二重起訴の問題は生じないことになり、かつ、この訴えの変更は本訴・反訴の審判の対象に変更を生じさせず、反訴被告 Y の利益を損なうものではないから、書面も Y の同意も要しないとする立場に基づき、X の相殺の抗弁は禁じられないと

16) 抗弁先行型に関して最高裁が判断をした裁判例は、まだない。秋山ほか・前掲注14・186頁。

17) 最判昭和63年3月15日民集42巻3号170頁、最判平成3年12月17日民集45巻9号1435頁。

18) 最判平成3年12月17日民集45巻9号1435頁。

19) 最判平成10年6月30日民集52巻4号1225頁。

されている²⁰⁾。

さらに、Xが α 債権の請求のために本訴を提起し、Yが β 債権に関する反訴をしたという状況で、本訴においてYが α 債権について消滅時効を援用したとき、Xは反訴において、本訴で α 債権が時効により消滅したと判断されることを条件として、予備的に時効消滅した α 債権を自働債権とする相殺の抗弁を主張することが許されている。民法508条が相殺適状後に時効消滅した債権を自働債権とする相殺を認め、相殺適状後の相殺の期待を保護していることと²¹⁾、本訴での自働債権に係る時効消滅の判断を前提に反訴で相殺の抗弁について判断をしても、両判断が矛盾抵触せず、審理の重複もないことが、その理由である²²⁾。

これらに加えて、請負人Xが注文者Yに請負代金債権 α の支払を求める本訴を提起し、Yが反訴を提起して請負契約上の瑕疵修補に代わる損害賠償債権 β に基づく請求をXに行ったという状況で、Xが反訴において α 債権を自働債権とする相殺の抗弁を主張した事件でも、Xの主張が許容されている。この事件での控訴審は、本訴と反訴の弁論が分離されて、既判力が抵触する可能性があるとの理由で、Xの相殺の抗弁を認めなかった。これに対して最高裁は、同時履行関係にある請負代金債権と瑕疵修補に代わる損害賠償債権との相殺を認めている判例法理²³⁾をもとに、両債権の一方を本訴請求債権、他方を反訴請求債権とする本訴と反訴が継続している場合に、本訴原告が反訴において本訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁を主張したときには、相殺による清算的調整を図るべき要請の強さから両者の弁論の分離は許されないと判断し、このように本訴と反訴を併合して審理判断する限り、本件原告の相殺の抗弁について判断をしても、本訴請求債権の存否等に係る判断についての矛盾抵触や審理の重複による訴訟上の不経済が生じるおそれはないとの理由で、この事件での請

20) 最判平成18年4月14日民集60巻4号1497頁。

21) 三2. (2)(a)。

22) 最判平成27年12月14日民集69巻8号2295頁。

23) 四2. (2)。

負人Xによる相殺の抗弁の主張は許されるものと判示した²⁴⁾。これにより、この事件のような同一の請負契約に基づく両債権の相殺に関しては、本訴被告が反訴提起後に本訴において相殺の抗弁を提出した場合、両事件の弁論分離が禁止されるため、先にみたような相殺の抗弁の提出に伴う予備的反訴への変更という解釈は不要と解されている²⁵⁾。

これらの最高裁の各判断には、既判力のある判断の抵触を避けるための重複起訴禁止の原則を遵守する立場を基本としながら、本訴請求債権と反訴請求債権による相殺をめぐり、本来であれば相殺適状が存在しない状況で実体法が相殺に特別な保護を与えている場面において、その際の相殺保護を正当化する特有の事情を考慮し、可能な限り相殺の抗弁を認めようとする手続法上の解釈の努力が見受けられる。しかしながら、最高裁の採る解釈手法に対しては、学説から種々の観点からの批判がある²⁶⁾。

（4）訴訟における相殺の意思表示の当事者

訴訟手続の中で相殺の意思表示をすることができる者、あるいは、その意思表示を受領しうる者は、第一義的に訴訟の当事者たる被告と原告である。また、訴訟代理人は、受任した事件の訴訟に関する一切の攻撃防御方法を提供する権限を有することから、特別の授權がなくても、口頭弁論において訴訟当事者の相殺権を行使し、あるいは、相殺の抗弁により対抗されうるものと解されている²⁷⁾。

24) 最判令和2年9月11日民集74巻6号1693頁。

25) 家原尚秀「判解」曹時74巻12号(2022)2982頁以下、高田ほか・前掲注14・279頁〔本間〕。

なお、前掲注20の最判平成18年も、同一の請負契約に基づく請負代金債権と瑕疵修補に代わる損害賠償債権の相殺について判断した事案であった。

26) 家原・前掲注25・2977頁以下を参照。

27) 大判明治39年3月6日民録12輯328頁、大判大正元年12月23日民録18輯1075頁、大判昭和8年9月8日民集12巻2124頁、磯村哲編『注釈民法(12)債権(3)』（有斐閣、1970）403頁〔乾昭三〕、高橋・民訴上・219頁、新堂・新民訴・190頁、伊藤・民訴・155頁、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法I〔第3版〕』（日本評論社、2021）699頁。

補助参加人については、当然には被参加人の相殺権を同人に代わって行使する権限を有しないと解するのが通説である²⁸⁾。被参加人の勝訴のための相殺権の行使を認め、これが被参加人の意思に反する場合には同人が直ちに抵触行為をすればよいとする見解もみられるが²⁹⁾、連帯債務者や保証人について、他の連帯債務者や主債務者の有する相殺権の行使権限が明確に否定されるに至ったことに鑑みれば、権利者の同意のない相殺権行使を他人の財産管理権への過剰な介入と否定的に評価する民法の立場と整合しない。被参加人の債権者たる補助参加人が債権者代位権に基づいて被参加人の相殺権を代位行使できる場面に限られよう³⁰⁾。

(5) 相殺の時期

訴訟では、事実審の口頭弁論終結時までの主張や提出資料をもとに判決が下されることから、この時点を基準として判決の既判力が生じ、確定判決の判断に反する権利主張をこの基準時以降にすることが許されない。また、公正・適正で迅速な訴訟手続の要請の観点から、故意又は重過失による時期に遅れた攻撃防御方法は、裁判所により却下されうる（民訴157①）。こうした規律は相殺の抗弁にも適用されるというのが、判例・通説である³¹⁾。

もっとも、口頭弁論終結時よりも前に相殺適状にあった債権については、この基準時までには相殺の意思表示が行われなくても、判決確定後に相殺可能であると解されている³²⁾。訴訟物とされていた訴求債権についての紛争と自動債権となる反対債権の存否は別個独立の紛争であることや、相殺は弁済に並んで債権者に実質的な満足を与える債権消滅行為であるため、敗訴の確定後に相殺権

28) 新堂・新民訴・817頁、伊藤・民訴・691頁、秋山ほか・前掲注27・587頁以下。

29) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法下〔第2版補訂版〕』（有斐閣、2014）431頁以下など。

30) 新堂・新民訴・817頁、伊藤・民訴・691頁、秋山ほか・前掲注27・587頁。また、六1.(2)も参照。

31) 大判昭和9年4月4日民集13巻573頁、秋山ほか・前掲注14・377頁以下、伊藤・民訴・306頁脚注109、高田ほか・前掲注14・543頁〔田邊誠〕。

32) 大判明治42年4月17日民録15輯360頁、伊藤・民訴・521・558頁。

を行使するのは必ずしも不当ではないこと、ならびに、反対債権を有する被告が相殺の抗弁を提出することなく敗訴したときに相殺権まで喪失するのは、相殺の自由を自働債権の債権者に認めている実体法上の相殺の法理から離れることなどが、その理由とされる³³⁾。その結果として、判決確定後の相殺の意思表示により債務が消滅したことを原因とした請求異議の訴えを提起することが可能とされている³⁴⁾。

5 倒産法上の相殺

(1) 破産手続における相殺の態様

倒産手続が開始すると、債権者平等の原則のもと、破産債権・再生債権・更生債権の各債権者には、原則として個別の権利行使が禁止される（破100①、民再85①、会更47①）。しかし、これら債権者の相殺の担保的機能に対する期待を保護する趣旨で、倒産手続では一定の範囲で相殺権の行使が認められている。ここではまず、清算型手続である破産手続での相殺の取扱いからみていく。

破産法によって規律されている相殺の態様には2つあり、破産財団に属する債権と破産債権とについて、破産債権者が相殺権を行使する場合と、破産管財人が相殺権を行使する場合である³⁵⁾。

相殺の担保的機能による自働債権の実質的な回収の必要性が最も高まる場面は債務者が破産したときであることから、破産債権者には、個別権利行使の禁止に対する例外的な取扱いとして、破産手続によることなく相殺権を行使することが基本的に認められている（破67①）。しかし、こうした相殺は、他の破

33) 高橋・民訴上・623頁、新堂・新民訴・697頁。

34) 大連判明治43年11月26日民録16輯764頁、最判昭和40年4月2日民集19巻3号539頁、於保不二雄『債権総論〔新版〕』（有斐閣、1972）422頁、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社、1992）593頁。

35) そのほかの態様については、竹下守夫編代『大コンメンタール破産法』（青林書院、2007）298頁以下〔山本克己〕（以下、「竹下・大コンメ」と引用）、伊藤眞ほか『条解破産法〔第3版〕』（弘文堂、2020）548頁以下（以下、「伊藤ほか・条解破産」と引用）を参照。

産債権者の立場からすると、破産財団に含まれる受働債権からの相殺権行使者による優先的な債権回収を意味するため、不当と評価される一定の場合に相殺が禁止されている（破71・72）³⁶⁾。

これに対して、破産管財人による破産債権との相殺は、一部の破産債権者への偏頗弁済としての性質を帯びうるものである。そのため、こうした相殺は、破産債権者の一般の利益に適合するものであることを要し、また、裁判所の許可を必要とする（破102）。

これら2つの態様に関する規律を、それぞれ確認していく。

(2) 相殺に供しうる破産債権者の自働債権

破産債権者が、破産債権を自働債権とし、破産手続開始時に破産者が自己に対して有する債権を受働債権として、破産手続によることなく相殺権を行使する場合でも、両債権の相殺適状の既発生が必要である。

相殺適状が成立するには、債権が存在していなければならない。破産債権者の債権が約定の停止条件付債権や法定の停止条件付債権（将来の請求権³⁷⁾）であり、その停止条件の成就前である場合、債権は未発生であるため、相殺適状も生じない。そのため、破産債権者は相殺を対抗できず、破産財団所属の自己に対する債権について弁済しなければならない。しかし、破産手続の開始から最後配当に関する除斥期間の満了までの期間内に停止条件成就によって相殺適状が生じることを見越して、このときに破産債権者の相殺への期待利益を保護するために、破産債権者には、自己の自働債権の額を限度として、弁済額の寄託の請求が認められている（破70前）。この取扱いの法的構造に関しては、破産債権者の弁済が停止条件の成就後に返還されるものと解されている。この後に、相殺による処理を望む破産債権者は、改めて相殺の意思表示をする必要が

36) 伊藤ほか・条解破産・548頁。

37) 竹下・大コンメ・438頁〔堂園幹一郎〕、田中睦夫＝山本和彦監『注釈破産法(上)』（金融財政事情研究会、2015）687頁〔浦田和栄〕（以下、「田中＝山本・注破産(上)」と引用）、伊藤ほか・条解破産・788頁。

ある³⁸⁾。また、賃貸人の破産において、賃貸借終了時の敷金返還請求権を有する賃借人についても、同人に対する賃料債権との相殺への期待を保護する趣旨で、同様の寄託請求権が認められている。ただし、敷金額と賃借人の負担する債務額との差引計算は、賃貸借目的物の返還時に当然に行われ、敷金が残ったときに、この残額について返還請求権が生じることから（民622の2①一）³⁹⁾、破産債権者たる賃借人の相殺の意思表示を要求する必要はない⁴⁰⁾。

他方で、破産債権者の債権が解除条件付債権である場合、条件成就まで当該債権が存在するため、相殺適状の観点からは、これを自働債権として相殺することに支障はない（破67②前）。ただし、最後配当に関する除斥期間の満了までに解除条件が成就したときには、相殺適状も遡及的に消失してしまうことから、そうした相殺は保護すべきではないものと評価されており、将来の条件成就時における破産財団に属する受働債権に係る債務の履行を確保するために、解除条件付債権を自働債権とする相殺を破産債権者が行う際には、この相殺により債務消滅する額について、破産財団のための担保提供か寄託をしなければならない（破69）⁴¹⁾。

また、相殺に供しうる自働債権の金額は、破産法103条2項各号に掲げる債権の区分に応じて定められる額である（破68①）。この規律において、非金銭債権、金額不確定の金銭債権、外国通貨により金額を定めた債権、金額または存続期間が不確定の定期金債権に関しては、破産手続開始時の評価額が破産債権額金額として取り扱われるものとされており（破103②一）、その結果、これらの債権を自働債権とする相殺も認められている（破67②前）。これを相殺適状の観点からみると、とりわけ非金銭債権につき金銭化されることにより、

38) 伊藤ほか・条解破産・563頁。

39) 最判昭和48年2月2日民集27巻1号80頁。

40) 伊藤ほか・条解破産・564頁。

41) 竹下・大コンメ・302頁〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・483頁〔岡伸浩〕、伊藤ほか・条解破産・561頁、伊藤眞『破産法・民事再生法〔第5版〕』（有斐閣、2022）522頁（以下、「伊藤・破産民再」と引用）。

債権の同種性が整えられていることを意味する。この金銭化の対象となる非金銭債権とは、金銭的な評価が可能な財産上の請求権でなければならず、物の引渡請求権、役務提供請求権や代替的作為請求権などがこれに当たるが、金銭的评价になじまないために財産上の請求権とはいえない非代替的作為請求権や不作為請求権は、破産債権に該当せず、金銭化の対象にならないものとされており⁴²⁾、ひいては相殺に供しうる債権にも当たらないことになる。

さらに、相殺適状の成立には、相殺に供される両債権の弁済期が到来していることが必要である。この点については、既に触れたとおり、破産手続開始時に弁済期未到来の期限付破産債権は、手続開始時に弁済期が到来されたものとみなされ(破103③、現在化)、これを自働債権とする相殺が認められている(破67②前)⁴³⁾。ただし、期限未到来の期限付破産債権のうち、無利息の債権と定期金債権の各中間利息相当額は劣後的破産債権とされており(破99①二～四)、相殺に供しうるのは当該中間利息相当額を控除した額に限定されている(破68②)。

なお、破産法の相殺権に関する規定は、財団債権や非破産債権を自働債権とする相殺には適用されない。財団債権と破産債権はともに破産財団所属財産に対する強制執行を禁じられているところ(破42①)、破産債権者による相殺が認められていることから、通説は、財団債権を自働債権とし、破産財団所属債権を受働債権とする財団債権者の相殺も許容されるものと解している⁴⁴⁾。これに対して、非破産債権は破産財団から満足を受ける資格を持たないため、破産財団所属債権を受働債権とする相殺の自働債権とすることはできない⁴⁵⁾。

42) 竹下・大コンメ・431頁〔堂園〕、伊藤ほか・条解破産・783頁。

43) 竹下・大コンメ・292頁〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・471頁以下〔岡〕、伊藤ほか・条解破産・554頁、伊藤・破産民再・521頁・527頁以下。

44) 竹下・大コンメ・298頁以下〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・479頁〔岡〕、伊藤ほか・条解破産・550頁、伊藤・破産民再・518頁。

45) 竹下・大コンメ・298頁〔山本〕、伊藤ほか・条解破産・551頁、伊藤・破産民再・517頁。両債権の対立性を欠くことを理由に相殺を否定するものとして、田中＝山本・注破産(上)・478頁〔岡〕。

（3） 相殺に供しうる破産債権者に対する受働債権

破産債権者が受働債権として利用しようとする破産財団所属債権についても、期限付・条件付債権であろうと、相殺を妨げないものとされている（破67②後）。受働債権の期限が未到来であっても、破産債権者は期限の利益の放棄（民136②本）により相殺適状を整えることができるため、期限付債権の取扱いには特則性はない。その一方で、条件付債権に関しては、この規定を民法の一般原則に対する破産法上の例外と解する立場⁴⁶⁾と、停止条件不成就・解除条件成就の利益の放棄は民法上も妨げられていないと解する立場⁴⁷⁾とで争いがある⁴⁸⁾。

なお、譲渡担保権者の清算金支払義務のような条件成就まで債権額が定まらない停止条件付債権を受働債権とすることについては、そうした相殺への期待の程度は小さいとの理由で、破産法67条2項後段の規定は適用されず、破産手続開始後に条件が成就しても破産禁止の規定（破71①一）が適用されると解されている⁴⁹⁾。

また、破産債権とは異なり、破産財団に属する破産債権者に対する債権については、非金銭債権の金銭化の規律（破103②一イ）は適用されない。そのため、受働債権は自働債権と同種のもの、つまりは金銭債権でなければならない⁵⁰⁾。

そのほか、破産法の相殺権に関する規定は、破産財団所属債権以外の債権を

46) 中野貞一郎＝道下徹編『基本法コンメンタール〔第2版〕破産法』（日本評論社、1997）158頁〔山本克己〕、竹下・大コンメ・294頁〔山本〕。

47) 山本和彦「貸借契約」全国倒産処理弁護士ネットワーク編『論点解説新破産法(上)』（金融財政事情研究会、2005）100頁・104頁（注46）、山本和彦ほか『倒産法概説〔第2版補訂版〕』（弘文堂、2015）253頁〔沖野眞巳〕、伊藤・破産民再・524頁以下。山本克己ほか編『新基本法コンメンタール破産法』（日本評論社、2014）163頁〔佐藤鉄男〕（以下、「山本ほか・新基本コンメ」と引用）も同旨。

48) 伊藤ほか・条解破産・556頁以下。停止条件不成就の利益の放棄可能性を認める旨を述べたものとして、最判平成17年1月17日民集59巻1号1頁。

49) 竹下・大コンメ・294頁〔山本〕、山本ほか・新基本コンメ・164頁〔佐藤〕。

50) 竹下・大コンメ・293頁〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・474頁〔岡〕、伊藤ほか・条解破産・556頁。

受働債権とする相殺を適用対象としていない⁵¹⁾。破産者の自由財産に所属する債権を受働債権とすることについては、破産法が破産債権の引当てを破産財団所属財産に限定しており（破100①・42①）、破産者本人は財団債権について自由財産をもって責任を負う必要はないとの理解に基づき、破産債権または財団債権を自働債権とする相殺は基本的に認められていないものと解されている⁵²⁾。

(4) 相殺の禁止①—受働債権に関する規律

以上のような形で破産法のもとで広く保護されている破産債権者の相殺権ではあるが、こうした相殺は他の破産債権者に優先して債権回収を可能にする担保的機能を果たすことにもなるため、偏頗的な満足として破産債権者の相殺利益の保護が不要と評価される一定の場合について、これを防止して破産債権者間の平等を確保するために、破産債権者による相殺が禁止されている⁵³⁾。破産債権者Gが破産者Sに対する α 債権を自働債権とし、破産財団に属するSのGに対する β 債権を受働債権として相殺しようとする場面を例に、相殺が禁止される状況をみていく。

破産法はまず、受働債権 β に係るGの債務負担が一定の態様である場合に、相殺を禁止している。

第一に、相殺権に関する判断の一般的な基準時となる破産手続開始時よりも後に、Gが β 債権に係る債務を負担したときである（破71①一）。この基準時以降は破産債権への個別弁済が禁止されているところ（破100①）、基準時後の状況変化をもとにした相殺を認めるのは、個別弁済の禁止が潜脱されてしま

51) 竹下・大コンメ・298頁[山本]、田中＝山本・注破産(上)・477頁[岡]、伊藤ほか・条解破産・548頁。

52) 竹下・大コンメ・298頁以下[山本]、田中＝山本・注破産(上)・479頁[岡]、伊藤ほか・条解破産・550頁以下、伊藤・破産民再・517頁。

53) 竹下・大コンメ・305頁[山本]、田中＝山本・注破産(上)・488頁以下[小畑英一]、伊藤ほか・条解破産・567頁。

うこと、ならびに、破産手続開始の決定により経済的価値が額面額を下回ることの確実な破産債権について、この額面額に基づく相殺を認めることは、特定の破産債権のための破産手続開始後における担保権の設定と実質的に同じであり、破産債権者間の平等を害するというのが、その理由とされる⁵⁴⁾。たとえば、破産管財人との法律行為⁵⁵⁾や破産管財人による否認権の行使⁵⁶⁾により破産債権者が債務を負担する場合に、この債務を利用する相殺が禁止される。ただし、 β 債権が停止条件付であり、破産手続開始後にその停止条件が成就した場合については、停止条件付債権を受働債権とする破産債権者による相殺が認められていることから（破77②後）、停止条件が成就した β 債権を用いた相殺も禁止されない⁵⁷⁾。

第二に、Sの支払不能後の契約締結によってGが負担した β 債権に係る債務について、この契約がSの財産の処分を内容としてSと締結されたものであり、この契約締結の目的がGの債務を専ら破産債権による相殺に供することにある場合、もしくは、Gの締結した契約がSに対してAの負担する債務の引受を内容とするものである場合に、各契約の締結時にSの支払不能をGが認識していたとき、 β 債権を受働債権とする相殺が禁止される（破71①二）。支払不能時が基準時とされたのは、偏波行為否認の規定（破162①一）に倣い、支払停止または破産手続開始の申立ての前であっても、債務者が支払不能であれば、弁済期の到来した債務についても自力による弁済が不可能な状態にあり、破産手続開始後と同程度に債権者の平等的取扱いが要請され、特定の債権者のみに担保的効力を有する相殺権を取得させることは債権者平等の原則に反するとの評価によるものとされる⁵⁸⁾。専ら相殺を目的としたSの財産処分を内容と

54) 竹下・大コンメ・306頁〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・491頁〔小畑〕、伊藤ほか・条解破産・570頁。

55) 大判大正15年12月23日新聞2660号15頁（旧法関係）。

56) 大判昭和11年7月31日民集15巻1563頁、最判昭和39年3月24日判時370号30頁（いずれも旧法関係）。

57) 最判平成17年1月17日民集59巻1号1頁（旧法関係）。

する契約については、GがSの財産を取得したうえで、その対価たる債務を用いた相殺を許容すると、代物弁済と同様の偏頗行為と評価しうる一方、支払不能以前からの通常の継続的取引への配慮も必要であることから、相殺目的に関しては、偏波行為否認を潜脱するものか否かの観点から、契約締結前後の諸事情を考慮して判断される⁵⁹⁾。また、既存債務の引受契約については、債務者の支払不能を認識したうえでの債務引受は債権回収を目的としており、この引き受けた債務による相殺は債権者平等を害するものとなり、かつ、相殺を禁止しても通常の取引への委縮効果はないとの評価により、債務引受の原因や目的に関わりなく相殺が禁止される⁶⁰⁾。

第三に、Sが支払不能の状態で支払を停止した後に、Gが β 債権に係る債務を負担し、この時点でSの支払停止を認識していた場合である（破71①三本）。Sの支払停止を知っているGは、Sの支払不能の蓋然性が高いことも認識していることになり、そのようなGの相殺権の取得も債権者平等を害するものと評価され、Gによる相殺が禁止される⁶¹⁾。もっとも、支払停止後に債務を負担した時に支払停止について悪意であったGであっても、債務負担時にSが客観的には支払不能ではなかったことを証明すれば、相殺が可能である（同ただし）⁶²⁾。

第四に、Sに関する破産手続開始の申立て後に、Gが β 債権に係る債務を負担し、この時点で当該申立てを認識していた場合である（破71①四）。偏波行為否認の規定（破162①一口）とともに、破産手続開始の申立て以降は、これ

58) 竹下・大コンメ・307頁〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・493頁〔小畑〕、伊藤ほか・条解破産・570頁。

59) 竹下・大コンメ・308頁〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・493頁以下〔小畑〕、伊藤ほか・条解破産・574頁以下。

60) 竹下・大コンメ・309頁〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・495頁〔小畑〕、伊藤ほか・条解破産・575頁。

61) 竹下・大コンメ・309頁〔山本〕。

62) 竹下・大コンメ・309頁〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・495頁〔小畑〕、伊藤ほか・条解破産・576頁。

を認識している債権者の個別の回収行動を制限すべきとの判断に基づくものとされ、Sが客観的に支払不能であったか否かは問題とされない⁶³⁾。

(5) 相殺の禁止②—自働債権に関する規律

自働債権たる破産債権 α の取得態様をめぐる相殺禁止も定められている。

第一に、破産手続開始後にGが他人AからSに対する破産債権 α を取得した場合である（破72①一）。破産手続開始後に作出した相殺適状に基づく相殺は、破産債権者の公平・平等を基本原則とする破産手続において許容し難いとの評価によるものである⁶⁴⁾。こうした趣旨から、他人の破産債権を取得する場合に限らず、破産手続開始後にGが新たに発生した破産債権を取得したときには、この規定が類推適用されるべきとの主張がある⁶⁵⁾。また、最高裁⁶⁶⁾は、Sの β 債権に係る債務者Gが、Aに対するSの債務についてSから委託を受けることなくAとの間で保証契約を締結し、その後にSの破産手続が開始したときに、この手続開始後にGがAへの保証債務の弁済によりSに対して取得する求償権 α は破産債権であるとの理解に基づき、破産手続開始後の無委託保証人Gによる求償権 α を自働債権、SのGに対する β 債権を受働債権とする相殺の許容は、破産者Sの意思や法定の原因と無関係に破産手続において優先的に取り扱われる債権の作出を認めるに等しく、こうした相殺への期待は合理的なものとはいえず、また、破産手続開始後に他人の債権を譲り受けて相殺適状を作出した相殺に類似して、破産債権者平等の原則に照らして許容し難いとの理由により、「無委託保証人が主たる債務者の破産手続開始前に締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をした場合において、保証人が取得する求償権を自働債権とし、主たる債務者である破産者が保証人に対して有する

63) 伊藤ほか・条解破産・576頁。

64) 最判平成24年5月28日民集66巻7号3123頁。

65) 竹下・大コンメ・312頁以下[山本]、田中＝山本・注破産(上)・500頁以下[小畑]、伊藤ほか・条解破産・582頁。

66) 最判平成24年5月28日民集66巻7号3123頁。

債権を受働債権とする相殺は、破産法72条1項1号の類推適用により許されない」との見解を示している。他方で、Gが主債務者Sから委託を受けた保証人であったならば、Sの破産手続が開始した後の弁済により取得した求償権 α を自働債権とする相殺は、他の破産債権者が容認すべきものであり、こうした相殺への期待は「破産法67条によって保護される合理的なもの」と評価している。

第二に、Sの支払不能後に、Gが破産債権 α を取得し、この取得時にSの支払不能を認識していた場合である（破72①二）。このように取得した α 債権によるGの相殺への期待よりも、破産債権者の平等な取扱いの理念が優先されている。同じような状況でGが β 債権に係る債務を負担した場合の相殺禁止（破71①二）と異なり、Gの α 債権を取得した目的や α 債権を生じさせた契約の内容に関する限定が付されていないのは、支払不能後のGによる債権取得において、支払不能以前からの通常の継続的取引への配慮は必要ないためとされる⁶⁷⁾。

第三に、Sが支払不能の状態を支払を停止した後に、Gが破産債権 α を取得し、この時点でSの支払停止を認識していた場合である（破72①三本）。受働債権 β に係る債務負担に関する規律（破71①三）と同様に、債権取得時にSが客観的には支払不能ではなかったことをGが証明すれば、この相殺禁止は適用されない（破72①三ただし）。

第四に、Sに関する破産手続開始の申立て後に、Gが破産債権 α を取得し、この時点で当該申立てを認識していた場合である（破72①四）。同じ状況での受働債権 β に係る債務負担における相殺禁止（破71①四）と同趣旨の規律である。

(6) 相殺の解禁

破産法はさらに、これらの相殺禁止の場面に形式的に該当する場合であっても、各相殺禁止の対象となる債務負担または債権取得が一定の原因に基づくと

67) 伊藤ほか・条解破産・582頁。

きには、相殺の担保的機能への期待を保護すべきと評価して、相殺禁止を解除している。

第一に、当該債務負担・債権取得が、法定の原因に基づく場合である（破71②一・72②一）。この場合の相殺適状は、破産債権者や破産者、第三者が意図的に作出したものではないとの理由による解禁であり、法定の原因に基づく場合であっても、会社分割・合併のような破産債権者の意図が介在する可能性があるようなときには、相殺を認めるべきではないものと解されている⁶⁸⁾。

第二に、当該債務負担・債権取得が、支払不能・支払停止・破産手続開始の申立てを破産債権者Gが認識した時より前に生じた原因に基づく場合である（破71②二・72②二）。危機時期以前にGの自働債権とSの受働債権のいずれか一方が発生し、他方の原因が存在していれば、両債権の対立と担保の設定があった場合に準じて、担保的効力のある相殺への破産債権者の期待が合理的で保護に値するとの評価によっている⁶⁹⁾。こうした評価を成り立たせるために、ここでの「原因」とは、債務負担・債権取得に基づく相殺への期待を直接かつ具体的に基礎づけるものでなければならないと解されている⁷⁰⁾。たとえば、金融機関Gが取引相手Sとの間で、Sの支払不能等を知る前に、Sの債務不履行時にGの占有するSの手形等を取立または処分をし、その取得金を債務の弁済に充当する旨の条項を含む取引約定を締結して、Sから手形取立を委任されて裏書交付を受け、Sの支払不能等を知った後に破産手続の開始前にこの手形を取立てて、Sに対する取立金引渡債務を負担した場合、この債務を受働債権として相殺に供することへのGの期待は保護に値するものとして、取引約定はここでいう「原因」に当たるとされる⁷¹⁾。また、Sとの事前の手形割引契約に基づきSの支払停止後にGが手形買戻請求権を行使して手形金支払

68) 竹下・大コンメ・309頁・314頁〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・495頁以下〔小畑〕、伊藤ほか・条解破産・576頁。

69) 竹下・大コンメ・310頁〔山本〕、伊藤ほか・条解破産・577頁。

70) 田中＝山本・注破産(上)・496頁以下〔小畑〕、伊藤ほか・条解破産・577頁以下。

71) 最判昭和63年10月18日民集42巻8号575頁（旧法関係）。

請求権を取得した場合や、Sと連帯債務関係にあるGが手続開始の申立てを知った後の弁済により求償権を取得した場合には、手形割引契約や連帯債務関係がそれぞれ、ここでの「原因」とされうる⁷²⁾。しかし、G・S間に当座勘定取引契約や普通預金契約がSの危機時期以前に締結されていたとしても、Gの債務負担は確実といえず、相殺への期待に具体性が欠けるとして、この「原因」に該当しないと説かれている⁷³⁾。さらに、Sが投資信託委託会社Aに対する投資信託受益権の管理を金融機関Gに委託する旨の契約を、Sの支払停止の前にGと締結し、この管理委託契約に基づき、Sによる当該受益権の解約実行請求時にGがAから解約金の交付を受けることを条件とした解約金支払債務をGが負担していた場合、Sの支払停止後にGが債権者代位によりSに代わってAに解約実行請求の通知をして、解約金支払債務を負担したとしても、この債務を受働債権とする相殺の担保的機能に対してGは合理的な期待を有していたとは評価されず、相殺は解禁されない⁷⁴⁾。解約実行請求前の当該受益権に対してはSに対するすべての債権者が等しくSの責任財産としての期待を有しており、この請求後のGに対する解約金支払請求権は実質的に当該受益権と同等の価値を有していること、Sの支払停止をGが知った後に解約実行請求がされた場合、解約金支払請求権を受働債権とする相殺へのGの期待は合理的なものといえないこと、Sは当該受益権を他の振替先口座への振替をすることができ、この振替がされていればGが解約金支払債務を負担することはなく、Gの同債務の負担が確実とはいえなかったこと、ならびに、Gが解約金支払債務による相殺をするには、債権者代位権に基づきSに代位して解約実行請求を

72) 手形割引契約につき、最判昭和40年11月2日民集19巻8号1927頁(旧法関係)。連帯債務関係につき、最判平成10年4月14日民集52巻3号813頁(和議事件)。

73) 竹下・大コメ・310頁[山本]、田中＝山本・注破産(上)・497頁[小畑]、伊藤ほか・条解破産・578頁。普通預金契約につき、最判昭和60年2月26日金法1094号38頁(旧法関係)。なお、当座勘定取引契約に関する最判昭和52年12月6日民集31巻7号961頁(旧法関係)は、Sの支払停止の事実をGが知ってから従前の契約を解約し、Gのもとで新たに預金口座が開設された事案。

74) 最判平成26年6月5日民集68巻5号462頁(再生事件)。

行うほかなかったことが、その理由として挙げられている。このように受働債権・自働債権を発生させた法律関係が、形式的にみて破産債権者の認識以前に生じていたとしても、相殺の担保的機能に対する破産債権者の期待が合理的とはいえない事情があれば、相殺の禁止は解かれぬ。ただし、こうした期待が合理的と評価されるには、自働債権と受働債権とが同一の契約に基づくことまで必要とされない⁷⁵⁾。

第三に、当該債務負担・債権取得が、破産手続開始の申立て時より1年以上前に生じた原因に基づく場合である（破71②三・72②三）。これは、否認権に関する破産法166条と同様に、破産者の支払不能・支払停止後の債務負担・債権取得の際の相殺権行使の可否について、破産債権者を1年以上も不確定な地位に置くことは取引の安全を害するという趣旨によるものとされる⁷⁶⁾。

第四に、当該債権取得が、破産者との間の契約に基づく場合である（破72②四）。事前に破産者Sに対して β 債権に係る債務を負っていたGが、Sとの契約に基づき α 債権を取得するという場面では、この α 債権は既存の β 債権との相殺により担保されているものとGは期待しており、一種の余剰担保の利用といえ、危機時期の契約に基づく α 債権による相殺を認めても、それにより貸倒れのリスクが以前の状態から減少するわけではないため、このときのGは一度も一般の破産債権者としての立場にないとの理由による解禁であり、融資と同時の交換的な担保供与を否認の対象外とする破産法162条1項柱書のかつこ書と同様の見地からの規律とされる⁷⁷⁾。また、こうした相殺の解禁により、自動債権の取得態様を理由とした相殺禁止を定める破産法72条1項2号から4号の主たる適用対象は、破産者の債務者が他人の破産債権を譲り受けた場合に実質的に限定されるところとなり、民法398条の3第2項と同趣旨の規律

75) 最判令和2年9月8日民集74巻6号1643頁。

76) 竹下・大コンメ・310頁〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・498頁〔小畑〕、伊藤ほか・条解破産・581頁。

77) 竹下・大コンメ・315頁以下〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・504頁〔小畑〕、伊藤ほか・条解破産・586頁。

と位置付けられている⁷⁸⁾。

(7) 破産債権者による相殺権の行使

相殺権の行使が認められる破産債権者は、破産手続によることなく相殺をすることができる（破77①）。通説はこの規定を、相殺権と同様の機能を果たす別除権との均衡を考慮し、破産債権者は相殺をするために、自働債権としての破産債権について届出・調査・確定の手続を要しないとの意味として理解している⁷⁹⁾。

相殺の意思表示の相手方は、受働債権たる破産財団帰属債権の管理処分権を有する破産管財人であり、破産者ではない⁸⁰⁾。破産債権者は破産手続の進行中、この相殺の意思表示を、いつでもすることができる⁸¹⁾。ただし、破産管財人に相殺権行使に関する催告権が与えられており、1か月以上の期間を定めた催告に対して相殺に関する確答をしなかった破産債権者は、破産手続の関係において相殺の効力を主張することができなくなる（破73）。この破産管財人の催告権は、破産債権者により相殺の判断がされないままでは、自働債権となる破産債権への配当や受働債権となる破産財団帰属債権の取立てに関する管財業務に遅滞が生じうることから、こうした事態を防ぎ、破産手続の円滑な進行を図るためのものである⁸²⁾。破産管財人がこうした催告をすることができるのは、一般調査期間の経過後または一般調査期日の終了後であり（破73①本）、これは自働債権となりうる破産債権を複数有する破産債権者に、相殺に供する債権に

78) 竹下・大コンメ・316頁〔山本〕、伊藤ほか・条解破産・586頁。

79) 竹下・大コンメ・295頁〔山本〕、山本ほか・新基本コンメ・162頁〔佐藤〕、田中＝山本・注破産(上)・476頁〔岡〕、伊藤ほか・条解破産・552頁以下。

80) 竹下・大コンメ・295頁〔山本〕、山本ほか・新基本コンメ・162頁〔佐藤〕、田中＝山本・注破産(上)・476頁〔岡〕、伊藤ほか・条解破産・553頁。

81) 竹下・大コンメ・295頁〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・476頁〔岡〕、伊藤ほか・条解破産・553頁。

82) 竹下・大コンメ・317頁〔山本〕、山本ほか・新基本コンメ・173頁以下〔佐藤〕、田中＝山本・注破産(上)・505頁〔小畑〕、伊藤ほか・条解破産・587頁。

について判断する時間を与える趣旨とされる⁸³⁾。また、破産債権者の期限の利益を一方的に奪うのは不当であることから、この催告をするには、受働債権となる破産財団帰属債権の弁済期が到来していなければならない（破73①ただし⁸⁴⁾。なお、催告を受けた破産債権者の「確答」とは、相殺権を行使するか否かの判断を内容とするが、相殺権行使を選択する場合にその意向を伝えるのみでは不確定な状況が解消されないことから、相殺の意思表示そのものが要求されている⁸⁵⁾。

（8） 相殺の否認

破産債権者による相殺をめぐるのは、相殺権行使が禁止されない場合であっても、それが否認の対象となりうるかという問題もある⁸⁶⁾。この点について判例の立場によれば、破産法において否認権と相殺権とが別個に規定され、相殺権について破産手続によらない行使を許容されるのは、破産債権者は自己の関与しない相手方の破産により本来有する相殺権への影響を受けるべき理由はないためであり、破産法は濫用的な相殺権行使に関して例外的に相殺を禁止しているにとどまっているとの理解をもとに、破産債権者の相殺権行使は例外的な相殺禁止に服するのみであり、否認権の対象にはならないとされている⁸⁷⁾。また、破産債権者の相殺権行使には破産者の行為が含まれないことも、否認を否定する根拠とされている⁸⁸⁾。

83) 山本ほか・新基本コンメ・174頁〔佐藤〕、田中＝山本・注破産(上)・506頁〔小畑〕。

84) 竹下・大コンメ・317頁〔山本〕、山本ほか・新基本コンメ・174頁〔佐藤〕、田中＝山本・注破産(上)・506頁〔小畑〕、伊藤ほか・条解破産・588頁。

85) 竹下・大コンメ・317頁〔山本〕、山本ほか・新基本コンメ・174頁〔佐藤〕、田中＝山本・注破産(上)・506頁以下〔小畑〕。

86) 竹下・大コンメ・296頁以下〔山本〕、伊藤ほか・条解破産・559頁。

87) 最判昭和40年4月22日判時410号23頁（旧法関係）。

88) 最判昭和41年4月8日民集20巻4号529頁、最判平成2年11月26日民集44巻8号1085頁（いずれも旧法関係）。

(9) 破産管財人による相殺

以上の破産債権者による相殺とは異なり、破産管財人は相殺権の行使を自由に判断することはできない。先述のように、破産管財人による破産債権との相殺は、受働債権となる破産債権を有する破産債権者へ他の破産債権者に優先した満足を与えるところとなり、債権者平等に反した利益の付与となり得るからである⁸⁹⁾。そのため、こうした相殺が認められるためには、破産債権者の一般の利益に適合しなければならず、かつ、この利益適合性の判断を裁判所に仰いで、その許可を得る必要がある(破102)。

破産債権者の一般利益との適合性については、破産債権者が相殺を実行した場合とこれを実行しなかった場合の状況を比較して、前者の場合のほうが破産財団の維持・増殖に資することが、評価基準とされる⁹⁰⁾。具体例としては、親子会社がともに破産し、双方が持ち合っている債権について配当割合に差が生じる見込みであるときに、配当割合の低い債権を有する破産会社側の破産管財人にとっては、この債権を自働債権として相殺をしたほうが、自己の関与する破産財団の保全につながる。また、別除権付の破産債権を相殺により消滅させれば、担保権の負担から解放される。さらに、破産管財人による相殺を活用して異時廃止(破217①)に至らせることが、破産債権者の一般利益に適合する場合があるとされる。そのほか、破産債権者に対する自働債権について消滅時効が完成しているとき、相殺によって満足を受けたほうが、破産財団の保全に資する場合があり得ると説明されている⁹¹⁾。

89) 竹下・大コメ・427頁[堂園]、田中＝山本・注破産(上)・680頁[竹下育男]、伊藤ほか・条解破産・778頁以下、伊藤・破産民再・515頁以下。

90) 田中＝山本・注破産(上)・680頁[竹下]、伊藤ほか・条解破産・779頁、伊藤・破産民再・516頁。

91) 田中＝山本・注破産(上)・680頁以下[竹下]、伊藤ほか・条解破産・779頁以下、伊藤・破産民再・516頁・脚注99。なお、岡正晶は、管財業務促進・時間節約を目的とした破産管財人による相殺は許されず、破産債権者に対する催告の機会を利用すべきとする。岡正晶「相殺権」竹下守夫＝藤田耕三編『破産法大系第2巻破産実体法』(青林書院、2015)243頁。

こうした状況で破産管財人が相殺を選択するときには、裁判所の許可を得なければならないとされているため、この許可を欠く破産管財人の相殺の意思表示は無効と解されている⁹²⁾。ただし、同じく相殺権を有する破産債権者に催告権（破73）を行使して、事前にこの相殺権を消滅させておく必要はない⁹³⁾。

このような破産法102条の規律は、同条の文言によると、破産管財人による破産債権を受働債権とする相殺権の行使を対象としている。財団債権を受働債権として、この債権者に対する破産財団所属の債権を自働債権とする相殺の可否については、同条の適用範囲外の問題であり、議論がある。こうした相殺を原則として容認するが、破産財団が財団債権総額の弁済に足りないために財団債権者の平等が要請されるとき（破152①）に相殺を制限する見解が有力とされる⁹⁴⁾。

なお、債権法改正前の民法旧457条2項において、保証人が主債務者の相殺権を行使できるとする解釈のもと、主債務者の破産時にも保証人は主債務者の相殺権を行使できるかについて、裁判例の判断は分かれていた⁹⁵⁾。学説では、主債務者が相殺権を行使できる状態にはないことと、破産管財人の相殺権行使を認めるのは破産財団の保全のための特別な手続であることを理由に、破産管財人による相殺が認められるとしても、破産者の保証人による相殺は許されないものと解されていた⁹⁶⁾。他方、現行の民法457条3項は、相殺権の行使権限を有する者との関連で先に触れたとおり、保証人の権限について主債務者の相殺権行使が可能な範囲での履行拒絶権に限定した。こうした規律は、主債務者の自働債権が破産財団に属するときにも適用されるものと解説されている⁹⁷⁾。

92) 伊藤ほか・条解破産・780頁以下。

93) 伊藤ほか・条解破産・780頁。

94) 竹下・大コンメ・299頁〔山本〕、伊藤ほか・条解破産・779頁。伊藤・破産民再・518頁・脚注101も参照。

95) 大阪高判昭和52年4月14日判時858号74頁〔否定例〕、大阪高判昭和56年6月23日判時1023号65頁〔物上保証人による相殺に関する肯定例〕。

96) 伊藤ほか・条解破産・780頁。

97) 伊藤ほか・条解破産・780頁、伊藤・破産民再・517頁・脚注99。

しかし、主債務者の破産の際に、保証関係にある破産債権者に対する債権が破産財団に帰属する場合、同項の解釈として、主債務者破産時こそ債権担保としての保証の目的を重視すべきとの評価に基づき、主債務者に相殺権限がないことを根拠に保証人の履行拒絶権は否定されるのか、あるいは、保証人の履行拒絶は破産債権者平等を害するものではないとの観点から、主債務者に代わり破産財団を管理する破産管財人が相殺権行使の許可を裁判所から得た場合に限り、もしくは、破産管財人による相殺に破産債権者の一般利益との適合性が肯定される事情さえ存在すれば、保証人の履行拒絶権も維持されるのか、議論の余地があるように思われる。また、同様の問題は、連帯債務者の一部について破産手続が開始したときに、この者の相殺権に基づく他の連帯債務者の履行拒絶権（民439②）をめぐっても生じ得る。

(10) 再建型手続における相殺

再建型手続を規律する民事再生法と会社更生法のもとでも、再生債権者・更生債権者による相殺権の行使が基本的に容認されている（民再92①、会更48①）。ただし、破産手続と比較すると、相殺が許される範囲は狭くなっている。

まず、自働債権として用いる再生債権・更生債権につき、破産手続とは異なり、手続開始の効果により債権の現在化や非金銭債権の金銭化をもたらし規定はない。そのため、期限付債権を相殺に供するには、債権届出期間の満了までの期限の到来による相殺適状が必要であり（民再92①前、会更48①前）、また、非金銭債権と金銭債権との相殺は、債権の同種性を欠くため、認められない⁹⁸⁾。なお、再生債権・更生債権の基本的な意義は、手続開始前の原因に基づいて生じる請求権（民再84①、会更2⑧柱）であることから、手続開始時

98) 伊藤眞＝田原睦夫監『新注釈民事再生法(上)』（金融財政事情研究会、2006）448頁〔中西正〕（以下、「伊藤＝田原・新注民再(上)」と引用）、園尾隆＝小林秀之『条解民事再生法〔第3版〕』（弘文堂、2013）480頁〔山本克己〕（以下、「園尾＝小林・条解民再」と引用）、伊藤眞『会社更生法・特別清算法』（有斐閣、2020）364頁（以下、「伊藤・会更特清」と引用）、伊藤・破産民再・999頁以下。

に未発生の停止条件付債権もこれに含まれ、自働債権とすることができる⁹⁹⁾。ただし、停止条件付債権も現在化されないため、債権届出期間満了前に条件が成就していなければならない（民再92①前、会更48①前）。停止条件が成就しない場合には、破産手続における事後の停止条件成就に備えた弁済額寄託請求制度（破70）のようなものは設けられていないため、再生債権者・更生債権者は受働債権に係る債務を無条件で弁済しなければならない¹⁰⁰⁾。また、自働債権が解除条件付である場合についても、破産手続における担保提供・寄託制度（破69）と同様の規定を欠くため、相殺後に解除条件が成就した場合には、清算が必要となる¹⁰¹⁾。

次に、受働債権となるのは、手続開始時に再生債務者・更生会社が再生債権者・更生債権者に対して有する債権である¹⁰²⁾。受働債権については、期限付であってもよいとの規定がある（民再92①後、会更48①後）。これは、受働債権の債務者たる再生債権者・更生債権者にとり、期限の利益の放棄が可能（民136②本）であることからの帰結を確認したものと解されている¹⁰³⁾。他方で、破産法67条2項後段と異なり、条件付債権を受働債権とすることについては触れられていない。この点については、同規定について先にみたとおり、停止条件不成就・解除条件成就の利益の放棄が民法において容認されているか否かについて、見解の対立があり、いずれの見解に立つかによって再建型手続において条件付債権を受働債権とする相殺が認められるかに違いが生じる¹⁰⁴⁾。さらに、これらの利益放棄を認めるとしても、条件成就の不確定性を重視して、再生債権者・更生債権者の相殺を許すと、受働債権に係る債務の履行に対する再生債務者・更生会社の期待が侵害されるとして、条文の文言

99) 園尾＝小林・条解民再・479頁〔山本〕。

100) 伊藤・破産民再・1000頁。

101) 伊藤＝田原・新注民再(上)・448頁〔中西〕、伊藤・会更特清・364頁脚注38。

102) 園尾＝小林・条解民再・479頁〔山本〕。

103) 伊藤＝田原・新注民再(上)・448頁〔中西〕、園尾＝小林・条解民再・481頁〔山本〕、伊藤・会更特清・361頁・363頁以下、伊藤・破産民再・1000頁。

104) 伊藤ほか・条解破産・556頁。

どおり、条件付債権を受働債権とする相殺を認めないとする見解がある¹⁰⁵⁾。加えて、こうした議論と関連する規律として、再生債務者・更生会社が貸與人または地上権・小作権の設定された土地所有者である場合に、賃借人・地上権者・小作権者たる再生債権者が、手続開始後に弁済期の到来する賃料・地代・小作料債務を受働債権として相殺するとき、この相殺の許される範囲が手続開始時の賃料等の6か月分と定められている（民再92②④、会更48②④）。この規律をめぐっては、これらの債務について無制限の相殺を認めると再生債務者・更生会社の再生可能性が害されるとの判断に基づく再生債務者・更生会社保護規定であるとの理解¹⁰⁶⁾と、賃料等の債権について賃貸借目的物等の使用・収益を法定の停止条件とする将来の債権と性質決定したうえで、再建型手続では停止条件付債権を受働債権とする相殺が認められていないとの見解に立ち、6か月分の賃料等の債務を用いた相殺の許容を、賃借人等のための保護規定とする理解がある¹⁰⁷⁾。

以上のような規律のもとで相殺権が承認される状況にあって、一定の態様の相殺が禁止され、さらにはこの禁止が解除される場合に関しては、再生型手続でも破産手続と同様の規定が置かれている（民再93・93の2、会更49・49の2）。

再生型手続における相殺権行使については、再生計画・更生計画の定めるところによらないで実行できるとされており（民再92①前、会更48①前）、通説はこれを、債権届出を不要とする趣旨として理解している¹⁰⁸⁾。もっとも、破産手続には存在しない制限として、手続開始後の相殺権の行使時期が、債権届出の期間内に限定されている（民再92①前、会更48①前）¹⁰⁹⁾。このような

105) 伊藤・会更特清・364頁脚注37・369頁、伊藤・破産民再・1000頁以下・1004頁。

106) 伊藤＝田原・新注民再(上)・449頁[中西]、伊藤・会更特清・300頁以下・364頁脚注37、伊藤・破産民再・1000頁。

107) 園尾＝小林・条解民再・482頁以下[山本]。

108) 園尾＝小林・条解民再・481頁[山本]、伊藤・会更特清・365・393頁以下、伊藤・破産民再・1002・1007頁。

109) 園尾＝小林・条解民再・481頁[山本]、伊藤ほか・条解破産・553頁。

期間制限が設けられているのは、相殺権行使の判断が未確定な状態では、再生債権・更生債権の総額や再生債務者・更生会社の財産の内容も確定できず、再生計画・更生計画の立案や手続の遂行が妨げられうることを顧慮したものである¹¹⁰⁾。また、この期間制限が定められていることで、再生型手続では、破産管財人の催告権（破73）に準じる規定は置かれていない¹¹¹⁾。

そのほか、再生債務者や管財人による相殺は、破産手続におけるものと同様に、制限的に規律されている（民再85の2、会更47の2）¹¹²⁾。

（おかもと・ひろき 筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

110) 伊藤・会更特清・364頁以下・394頁、伊藤・破産民再・1002頁。

111) 伊藤・破産民再・1007頁。

112) 伊藤＝田原・新注民再(上)・404頁以下〔森恵一〕、園尾＝小林・条解民再・437頁以下〔山田明美〕、伊藤・会更特清・361頁以下、伊藤・破産民再・998頁以下。