The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	＜翻訳＞三者間相殺の合意（一）：相殺の相互性要件に関する理解（誤解）
Author(s)	ブルーベーカー，ラルフ；藤本，利一
Citation	阪大法学. 2021, 71(1), p. 271-300
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87349
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

翻訳

三者間相殺の合意（一）

――相互性要件に関する理解（誤解）

ラルフ・ブルーベーカー
藤本　利一／訳

訳者まえがき

現在、デリバティブ取引に限定されず、組織的なリスク管理手法の開発は国境を越えて進展している。こうした背景に対して倒産法がどのように対応するかが問われている（山本和彦・金法二〇五三号六頁、一五頁参照）。この問いについて、近時、重要な最高裁判例（最二小判平成二八・七・八民集七〇巻六号一六一一頁）が登場した。この判決は、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、すなわち三者間相殺の可否について、最高裁として初めての判断である。民事再生法（以下、法令名省略）九二条一項の適用は「相互性」の欠如から否定され、またあらかじめされていた再生手続に対する三者間相殺の合意の有効性についても否定された。もっとも、千

葉判事の補足意見は、相互性を欠く場合における、九二条の類推適用の可能性等を論じており、一般論としてではあるが、興味深い。この判決は、その結論自体は支持されるべきものであり、かつ、「相互性」要件について明示した点において、きわめて重要な示唆を含むものである。そうであるがゆえに、倒産法理論上、相互性を巡る解釈について、今後もさらなる議論の展開が予想されよう。

この判例の原告が「相互性」の議論のために引用した米国法では、三者間相殺につき、一八世紀のイギリス法に始まる相殺権規律の沿革を論じた、ラルフ・ブルーベーカー教授の論攷（Ralph E. Brubaker, Triangular Setoff Agreements (Part I) : Understanding the Mutuality Requisite for Setoff, Bankruptcy Law Letter, 39（2）1, 2019, and Triangular Setoff Agreements（Part II）: Contractual Mutuality and Contractual Priority, Bankruptcy Law Letter, 39（3）1, 2019）が登場し、既存の裁判例への再評価が行われている。

本稿は、かかる重要論文の翻訳を試み、日本法を展望するうえでの、一つの手掛かりを示すことを企図している。

＊ラルフ・ブルーベーカー教授（イリノイ大学）、トムソン・ロイター、および同社のキャサリン・コープランド氏のご厚意により、本論攷の著作権が付与された。記して感謝申し上げる。

Reprinted from Bankruptcy Law Letter, with permission of Thomson Reuters. Copyright © 2019. Further use without the permission of Thomson Reuters is prohibited. For further information about this publication, please visit https://legal.thomsonreuters.com/en/products/law-books or call 800.328.9352.

はじめに

相殺は、英米の倒産制度において、古くから存在するものである。実際、衡平法上の相殺は、英国の破産実務で認められていたものであるが、破産手続上の相殺を成文化[1]したのは、かの有名な一七〇五年アン女王法［破産法］[2]であった。この制定法は、同時に、破産免責制度を初めて導入している[3]。さらに、衡平法、および、その後の制定法により認められた破産手続上の相殺は、衡平法上の相殺に関する一般法理の発展に先行するものであり、そして、おそらくその一般法理に影響を与え、かつ刺激し、最終的には、各州のコモンローに組み込まれた現代の衡平法の法理となった[4]。

衡平法上の破産相殺についても言えることだが、より一般的な衡平法上の相殺理論は、典型的に、コモンロー裁判所における訴答手続実務の改革を通じてなされた、相殺権を成文化する様々な法律の制定と並行して発展したものであった[5]。もちろん、それとは無関係なものや、必ずしもそれに限定されないものも存在した。その結果、とりわけ、コモンローと衡平法が統合された後は、当事者の相殺権の源泉が、制定法にあるのか、コモンローの法理にあるのかということ、および制定法上の相殺権とコモンローの相殺権の関係は、相当に曖昧なままである[6]。

同じことが、過去すべての連邦倒産法[7]において規定された倒産手続上の相殺にもあてはまる。かかる規定には、一八九八年連邦倒産法六八条および現行連邦倒産法五五三条(a)がある[8]。連邦最高裁判所が述べたように、一八九八年連邦倒産法六八条は、「債務者相互に認められた一般的な権利に関する規定」であり、「それゆえ、この条項の目的は、「コモンローまたは衡平法上の相殺の諸原則が適用される場合に、当事者が相殺することができる」ようにするために、「コモンローおよび衡平法上の手続で確立された相殺の一般原則」をたんに成文化することによって、

「［倒産］裁判所に、相互性のある債権について、相殺に関し確立された諸原則を適用する権限を与えることであったと思われる」[9]。しかし、Studley v. Boylston National Bank 判決[10]では、連邦最高裁はさらに踏み込んだ見解を示した。

制定法の文言そのものからは明らかではないが、それにもかかわらず、Studley 事件の裁判所は、「［六八］条は相殺権を創設したのではなく、その存在を認識し、倒産手続開始後でも実行できる方法を提供した」と述べた[11]。連邦倒産法五五三条(a)は、Studley 判決の理由のうち、この部分を明文化して、「連邦法上の相殺権は、連邦倒産法によって創設されていない」ことを明確にしている。むしろ、「五五三条(a)は、特定の例外を除き、平時に存在する相殺権が倒産手続開始後にも維持されることを規定している」[12]。

「連邦倒産法は相殺権に影響を与えないという五五三条(a)の一般原則」[13]にもかかわらず、デラウェア州（Semcrude 事件[14]、最近では二〇一八年一一月の Orexigen Therapeutics 事件[15]）およびニューヨーク州南部地区（Lehman Brothers 事件[16]）といった、高名な倒産裁判所の一連の影響力のある判決は、いわゆる「三者間相殺」合意に基づく相殺を認めなかった[17]。これらの裁判所は、倒産手続外で適用される州法の下では相殺が許されないという理由で相殺を否定したのではない。むしろ、これらの裁判所は、適用可能な州法の相互性基準を考慮することなく、否むしろ、（i）普遍的に認識された相互性要件にかかわる広く共有された理解、および（ii）現代のコモンローにおける相殺法理を特徴づけ、それに統合された歴史的な相互性原則に反して、相殺を許容するための「相互性」につき、連邦倒産手続に固有の基準を五五三条(a)に読み込んだのである。

ニューヨーク州とデラウェア州の裁判所が示した、三者間相殺の合意に対する敵意は、五五三条(a)の文言やその立法を後押しした政策のいずれからも正当化されない。実際上、当該法文とその基礎となる政策は、三者間相殺の

合意が平時に適用可能な州法の下で有効であれば、［倒産手続においても］その履行の強制を義務づけているように見える。その理由を理解するためには、相殺の法理の詳細、五五三条(a)、および裁判所がそれらを三者間相殺の合意にどのように適用しているかについて、より深く掘り下げなければならない。

本稿（第一部）では、SemCrude事件で問題とされた、一人の債権者による三者間相殺と、かかる類型の相殺に適用されるコモンローの相互性要件を分析する。本誌の来月号に掲載される第二部［Ralph Brubaker, Triangular Setoff Agreements (Part II): Contractual Mutuality and Contractual Priority, Bankruptcy Law Letter, 39(3), 1, 2019.］では、五五三条(a)が債務の相互性に関するコモンローの要件を明文化していることを論じ、次に、一人の債権者および二人の債権者による三者間相殺（Lehman Brothers事件やOrexigen Therapeutics事件で問題となったようなもの）へのその適用を分析し、さらに、三者間相殺の合意を認めるか否かについての倒産法政策上の議論を探求する。

相殺と連邦倒産法五五三条(a)

ラマール判事は、Studley事件の判決理由の中で、相殺に関するコモンローの法理と倒産手続におけるその承認について、素晴らしい説明をしている。

> 古い書物では差止権（a right of stoppage）とされ、実業家には相殺と呼ばれたものは、各州の商事法によって与えられた、あるいは認められた権利である。また、倒産手続開始の申立てがされた後、小さい額の債務が大きい額の債務に充当されるように、当事者が自ら小切手を振り出し、手形を引き受け、振替決済を行い、あるいは合意によって勘定を確定した場合でも、この権利は保護される。

おおづかみに言えば、それ［相殺権］は、一方の当事者が、相手方に対し負担する債務の全部または一部を消滅させるた

め、相手方に対して有する自己の債権を利用することができる権利である。この権利が繰り返し用いられているのは、事業家が、相互性のある債権債務について、一方の債務で他方の債務を消滅させるため、振替決済を行う場合である。当事者が自発的に決済を行わず、一方が他方に対して訴訟を起こした場合、被告は、訴訟が繰り返されることを避けるために、抗弁として自己の相互性のある債権を主張し、それが原告の請求を上回る場合には、その差額を回収することができる。このような反訴請求は、防御方法として、または当事者の任意の行為によって主張することができる。けだし、BがAに債務を負担するとき、AがBに［対して負担する債務を現実に］弁済をすることは合理的ではないからである。このような相互性のある債権債務の相殺が、倒産手続の申立て前に、当事者によって合法的に行われていれば、管財人がそれを行う必要はない。[18] 当事者によって相殺が行われていない場合には、制定法の命令により、管財人がそれを行わなければならない。

現行の連邦倒産法では、当事者の州法上の相殺権は、次のように規定される五五三条(a)に基づき、有効とされる（三者間相殺の合意をめぐる相互性の論争に関連した文言には、傍線を引いて強調している）。

連邦倒産法五五三条：相殺権

(a)本条ならびに本法三六二条および三六三条に別段の定めがある場合を除き、本法は、債権者が、本法に基づく倒産手続開始前に、債務者に対し負担した相互性のある債務と、倒産手続開始前に、債権者が債務者に対し有していた債権を、相殺する権利に影響を与えない。ただし、以下に定める場合を除く。

(1)当該債権者の債務者に対する債権が認容されない場合

(2)当該債権が、以下の時期に、債務者以外の者によって、当該債権者に譲渡された場合

(A)倒産手続開始後、もしくは

(B)(i)申立日前の九〇日以内であり、かつ

(ii)債務者が債務超過の状態にあったとき（［有価証券の売買およびデリバティブ取引の免責条項］に記載さ

れている種類の相殺を除く）、または

(3)当該債権者が債務者に対して負担する債務が、以下の時期および目的で、当該債権者により発生したものであること

(A)申立日前の九〇日以内

(B)債務者が債務超過の状態にあったとき、かつ

(C)債務者に対する相殺権を取得する目的（［有価証券の売買およびデリバティブ取引の免責条項］に記載された種類の相殺を除く）。

五〇六条(a)(1)が明らかにしているように、債権者が相殺権を有し、その効力が認められる範囲において、その債権者の債権は、認められた相殺の額で担保されている。たとえば、ある債権者が、債務者に対して、一五〇ドルの（無担保の）債権を有し、債務者が、その債権者に対して、五〇ドルの債権を持っている場合、これら相互性のある債権債務を相殺すると、債権者（正味）は、債務者に対して、たんに一〇〇ドルの無担保債権を有することになる。債務者の倒産手続において、相殺が否定された場合、債権者は債務者の倒産財団に五〇ドル（全額）を支払わなければならず、かつ、債務者の倒産財団に対して一五〇ドルの一般無担保債権を持つことになる。無担保債権に対して一〇％の配当（債権者には一五ドル）がなされたとすると、債権者は一五ドルを受け取ることになる一方、債務者の倒産財団に（正味）三五ドルを支払うことになる。しかし、債務者の倒産手続において相殺の効力を認めると、債権者は、債務者の倒産財団に何らの債務も負担せず、かつ、債務者の倒産財団に対して一〇〇ドル（正味）の一般無担保債権を持ち、債権者は一〇％の配当金一〇ドルを受け取ることになる。したがって、五〇ドル［の受働債権］につき相殺の効力が認められることで、債権者は、実質上、債務者に対する［自働］債権のうち、

五〇ドルにつき完全な弁済を受けることになる。

また、債務者と債権者のそれぞれの債務額を逆転させると、相殺が認められた場合に債権者が債務者の倒産財団に支払わなければならない（正味の）金額は、相殺が否定された場合よりもはるかに大きく（ドルに対してドルで）減少することがわかる。たとえば、債権者が債務者に対して五〇ドルの（無担保の）債権を持ち、債務者がその債権者に対して一五〇ドルの債権を持っている場合、これらの相互の債務を相殺すると、債権者は債務者の倒産財団に一〇〇ドルだけ支払えばよいことになる。しかし、債務者の倒産手続において相殺が許されない場合、債権者は、債務者の倒産財団に一五〇ドル（全額）を支払わなければならず、かつ、債務者の倒産財団に対して五〇ドルの一般無担保債権を持つことになる。この無担保債権に対して一〇％の配当（債権者に対し五ドル［の配当］）がなされたとすると、債権者は債務者の倒産財団に正味一四五ドルを支払うことになる。この場合も、相殺は、本来、債権者が債務者に負担する一五〇ドルとの相殺により、債権者が債務者に対して有する五〇ドルの債権全額を弁済するものである。このことは、債権者が債務者に負担する、よりはるかに多額の債務［受働債権］に対する相殺権によって、債権者が有する五〇ドルの債権を過剰に担保しているに等しい。

倒産手続において、債権者による相殺権行使を有効にするため、連邦法は三つの主要な制限を五五三条(a)に設けている。

(1)相殺に供される互いの債務は、申立て前に生じたものでなければならない。このことは、相互性の要件について、連邦倒産法のみが追加的に規定したものである。その趣旨は、債権者が、債務者に対し、倒産手続開始後に債務を負担するだけで、他の無担保債権に優先権を得ることを防ぐことにある。たとえば、債権者が、倒産手続開始後に、ＤＩＰ債務者から信用取引で何かを購入するなどの場合である。五五三条(a)(2)(A)は、債務者が倒産手続開始

の申立てをした後に、債務者に対して金銭を借り入れている事業体が、手続開始前の債権を取得するという同様の手段に対処するため、手続開始後に取得した債権を債務者に負っている手続開始前に生じた債務と相殺することを防止するものである。

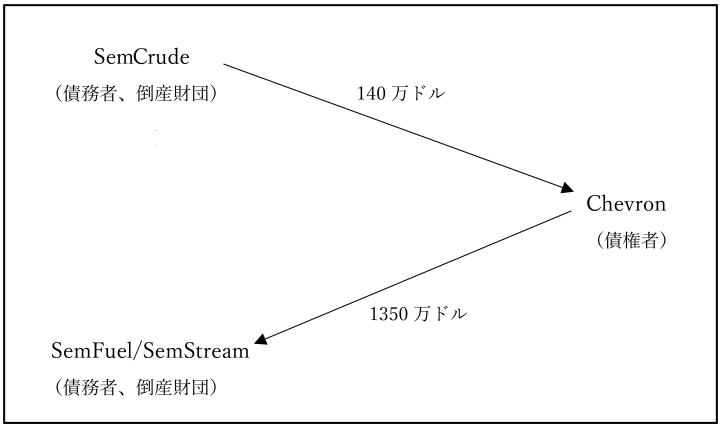
(2)五五三条(a)(1)は、債権者の［自働］債権が、五〇二条(d)を含む、五〇二条に基づいて認容されない場合、相殺は許されないと明示している。なぜなら、債権者への［債権］譲渡が否認対象となった場合、債権者は、財団に対する責任を免れたとはいえないからである。[19]

(3)五五三条(a)(2)(B)-(3)は、申立て前になされた偏頗行為に対する連邦倒産法の政策と矛盾する方法で、申立て前の九〇日間に、債権者が相殺権を取得した場合、そのような相殺を許さない。

三者間相殺の合意とそれに対する批判

少なくとも三人の当事者が存在する三者間相殺の合意の分析は、(1)倒産債務者の債権者が相殺の三角形の一点のみを占める（残りの二点は互いに関連する債務者が占める）のか、あるいは(2)相殺の三角形の二点を互いに関連する債権者が占める（三点目は倒産債務者が占める）のかによって若干異なる。[20] SemCrude 事件では、一人の債権者による三者間相殺が行われたが、Lehman Brothers 事件および Orexigen Therapeutics 事件では、二人の債権者による三者間相殺が行われた。

Lehman Brothers 事件と Orexigen Therapeutics 事件は、SemCrude 判決に大きく依存していたため、以下では、まず、SemCrude 判決と一人の債権者による三者間相殺を検討する。



債権者一人の場合の三者間相殺［倒産債務者が二人の場合］――SemCrude 事件

SemCrude 事件の事案は、債権者一人の場合の三者間相殺のよい例である。SemCrude、SemFuel、SemStream は、グループ企業であり、その親会社が、SemGroup であった。これらの会社は、いずれも Chevron と取引があり、様々な石油・ガス製品を売買していた。SemGroup が連邦倒産法第一一章手続を申し立てた際、Chevron は、SemCrude に対して、およそ一四〇万ドルの債務を負っていたけれども、SemFuel にはおよそ一〇二〇万ドル、SemStream にはおよそ三三〇万ドル、合計およそ一三五〇万ドルの債権を有していた。したがって、問題となる債権・債務の三角形の性質は、図式化すると上図のようになる（各矢印は、当事者に対する債権と、それに対応する当事者の債務を示している）。

SemGroup の各会社の倒産事件は、倒産規則一〇一五条(b)に基づき、共同管理のみを目的として［手続］併合された。このように、各債務者企業（およびそれらを承継する倒産財団）は、別々の資産と負債を持ち、独立した法主体性を維持しており、当然のことながら、それぞ

れの会社は、互いの債務に対して責任を負うことはない。ただし、保証契約、共同責任に関する特別立法（例えば、ある種の年金や税金の債務）、法人格否認、または関連企業の倒産財団の実体的併合（倒産手続における、州法による法人格否認に類似したもの）があれば別である。しかし、これらSemGroupの債務者企業の倒産財団について、実体的併合はなされていなかった。

1　三者間相殺と債務の相互性

SemGroup各社が倒産手続開始の申立てをした際、Chevronは、SemCrudeに負担していた一四〇万ドルを支払うことを望まなかった。というのも、Chevronは、SemGroupに属する別の企業に、一三五〇万ドルの債権を有しており、これらの企業の倒産手続では、（仮に支払われたとしても）、数％［の配当］でしかない可能性があったからだ。むしろChevronは、SemCrudeに支払う一四〇万ドルをSemFuelとSemStreamに対する一三五〇万ドルと完全に相殺することで、正味ではChevronはSemCrudeに一切支払わず、SemFuelとSemStreamに対して少額の無担保債権（一二一〇万ドルのみ）を主張することを望んでいた。つまり、実際上、Chevronは、SemCrudeに対する一四〇万ドルの債務と相殺して、その金額を消滅させ、自己の無担保債権のうち一四〇万ドル全額を回収することになる。

このような相殺は、SemGroup全体としてはもちろん不利益をもたらすものであるが、グループの個々の企業にとっての影響は、微妙に異なるものであった。この「三者間相殺」は、SemCrudeにとっては不利益なものであった（一四〇万ドルの債権を回収できず、せいぜいSemFuelおよび／またはSemStreamに対する無担保の求償債権を持つに過ぎない[21]）。しかし、SemFuelとSemStreamのいずれにも影響はないと思われる。Chevronは、Sem-

Fuel および／または SemStream の財団に対し、合計でより少額の一四〇万ドルの無担保債権を行使するところ、SemCrude は、SemFuel および／または SemStream に対する、この一四〇万ドルの無担保債権について、五〇九条(a)に基づき代位する可能性が高いからである。

SemGroup のグループ会社は、それぞれ独立した会社としての法主体性と存在を維持しており、SemGroup のグループ会社の財団について、実体的併合はなされていないため、Chevron は、上記のような「三者間」に債務があるということのみに基づいて、その相殺を実行するコモンロー上の権利を持たない。その理由は、相殺の前提となる債務について相互性がないからである。

債務の相互性は、「互いに金銭債務を負担する法主体」に関係する。[22] 言い換えれば、「相殺とは、それぞれが他方に対して確定した金銭債務を負担している二当事者者間に存在する権利である、と理解しなければならない」。[23] 上記のような純粋な三者間の債務は、相殺に必要な債務の相互性要件を充足しない。Chevron は SemCrude に一四〇万ドルの債務を負担していたが、SemCrude は Chevron に何ら債務を負担していなかった。また、SemFuel と SemStream は合計で一三五〇万ドルの債務を Chevron に負担していたが、Chevron は SemFuel と SemStream のいずれにも債務を負担していなかった。したがって、上記のような三者間の債務に基づく相殺は、債務の相互性が存在しないため、コモンロー上は認められない。また、裁判所は、このような純粋な三者間相殺は、倒産手続上は認められないと繰り返し判示してきた。[24]

2　当事者による三者間相殺の合意

しかし、SemCrude 事件では、上記のような三者間相殺のほかにも、さまざまな論点が存在した。実際の事業は、

一つの企業で完結するのではなく、複数の関連企業を経由して行われることが多いため、このような関連するグループ企業に三者間の債務が生じることは、よくある。それゆえ、関連するグループ企業間では、取引先と三者間相殺の合意を締結することが多くなる。[25]

こうした三者間相殺の合意により、実際上、当事者は、相殺をするために、すべての関連会社を一つの法主体として処遇することに合意する。これによって、相殺に必要な債務の相互性が（契約上の合意により）維持されるのである。SemCrude 事件は、このような三者間相殺の合意についての好事例である。

Chevro と SemGroup のグループ各社との契約に基づき、SemGroup のグループ各社は、それぞれ、三者間相殺に関する条項に同意した。かかる条項は、Chevron がその特定の会社に対して負担する債務と、その特定の会社が Chevron に対して負担する債務とだけでなく、Chevron が SemGroup のグループ会社に対して負担する債務と、SemGroup のグループ会社が Chevron に対して負担する債務についても、Chevron が相殺できることを規定していた。さらに、Chevron も次のような三者間相殺を認める合意をした。すなわち、Chevron の関連会社が SemGroup のグループ会社に対して負担する債務と、SemGroup のグループ会社が Chevron の関連会社に対して負担する債務について、SemGroup のグループ会社が、Chevron に対して相殺するのと同様の、三者間相殺の権利の保持者となる。

具体的には、SemGroup のグループ各社と、Chevron との二者間契約における三者間相殺条項には、「いずれかの当事者が相手方当事者に支払うべき金銭を適時に支払うことができない場合、……相手方当事者は、本契約、または当事者とその関連会社との間の別の契約に基づき、支払うべき金銭債務を……相殺することができる」と規定されていた。[26] SemCrude、SemFuel、SemStream の三社はいずれも、この三者間相殺条項が意味するところの「関

連会社」であった。こうして、三者間相殺規定によって、Chevron が SemFuel と SemStream に対し有していた一三五〇万ドルの債権のうち一四〇万ドルの債権を、Chevron が SemCrude に負担していた一四〇万ドルの債務と相殺し、完全に消滅させることに契約上合意していた。これにより、かかる合意に基づく三者間相殺がなされた場合、(1) Chevron は SemCrude に対し一切の債務を負担せず、(2) Chevron は SemFuel と SemStream に対する無担保債権を合計で一二一〇万ドルしか持たないことになる。

こうして、SemCrude 事件では、SemGroup のグループ会社の倒産手続、とりわけ、SemCrude の倒産手続において、三者間相殺に関する当事者の契約上の合意の有効性が問題になった。なぜなら、三者間相殺によって不利益を被るのは SemCrude の財団だけだからである。もちろん、相殺自体は、三六二条(a)の各規定によって停止されるが、もし相殺権が倒産手続外で適用される州法の下で法的に有効であり、五五三条(a)によってそのまま維持される場合、Chevron の相殺権にかかる一四〇万ドルの全価値について、適切な保護がなされないとき、三六二条(d)(1)に基づき、倒産手続開始後に相殺を実行する「原因」が確立されることになる。そこで、Chevron は、契約上合意された三者間相殺を実行するために、オートマティック・ステイからの救済を求めた。しかし、デラウェア州の倒産裁判所は、五三三条(a)は契約上の合意に基づくこのような三者間相殺を認めていないと判断し、Chevron の申立てを斥け、同州の連邦地方裁判所もこの決定を支持したのである。

債務の相互性――連邦倒産法上の特殊な要件か？

SemCrude 事件の倒産裁判所は、五五三条(a)は相殺権を創設するものではないということを正しく示した。すなわち、同条項は、たんに州法上の相殺権を維持するものであり、また、上述したように、特定の倒産法政策上の目

的を動機として、相殺権に倒産手続に固有の制限を課すものである、と。たとえば、双方の債務が倒産手続開始前に生じた債務でなければならないという要件がそれである。それにもかかわらず、当該裁判所は、すべての当事者が合意した契約上の三者間相殺が、倒産手続外でも実行可能なものかどうかについて、分析することすらしなかった。

SemCrude 事件における契約上の三者間相殺の合意は、間違いなく、倒産手続外でも完全に有効なものであったと思われる。実際上、一九六四年に第七巡回区連邦控訴裁判所でなされた、三者間相殺の合意に関する著名な判決である In re Berger Steel[27]では、三者間相殺の合意の有効性を支持した複数の非倒産事件に関する判決を引用している[28]。また、Lehman Brothers（ニューヨーク州法を適用）および Orexigen Therapeutics（カリフォルニア州法を適用）の両事件において、三者間相殺の合意が、倒産手続外で適用される州法のもとで、完全に有効な相殺権を生み出したことは明らかであった[29]。したがって、近時のニューヨーク州およびデラウェア州の各倒産事件において、両裁判所は、五五三条(a)自体がそのような三者間相殺の合意に効力を付与することを断固として禁じていると結論づけた。しかし、この結論には議論の余地が大いにある。

SemCrude 事件の倒産裁判所は、三者間相殺の合意に対する倒産法上の禁止を五五三条(a)の文言に見いだした。これは、主として、「相互性のある債務」という制定法上の文言であるが、さらに詳述すれば、「相互性のある債務」とは、「債権者」が債務者に対して負担する債務を意味し、その債権者の「債務者に対する債権」と相殺することができるものだ、という記述である。また、Lehman Brothers と Orexigen Therapeutics の両判決は、相互性に関し、五五三条(a)に規定される、連邦倒産法に固有の基準について、SemCrude 事件の裁判所が示した判決理由を採用した。しかし、重要なことは、SemCrude 事件の裁判所が、「相互性のある債務」という文言につき、連

邦倒産法では定義されていないと認めていた点である。

1　相互性は多面的なものである

「相互性のある債務」という概念の定義を探す最善の場所は、当然、非倒産法である州法であろう。けだし、この用語は、相殺の前提条件となるコモンロー上の相互性要件をたんに再定式化したものと思われるからである。Orexigen Therapeutics事件の裁判所が認めたように、「相互性は州法に基づいて定義される」のである。[30] 必要な相互性を決定するために、倒産手続外で適用される州法に注目することは、とりわけ適切であると思われる。なぜなら、「相互性」のある債務［という概念］は、多くの潜在的な側面に沿って、相互性を示すことができる「包括的な用語」だからである。[31]

たとえば、多くの事例では、いわゆる権利の相互性を問題としている。これは、「衡平法上の裁判所は、コモンローに従って、合同債務を個別の債務と相殺したり、個別の債務を合同債務と相殺したりすることを認めない」という意味である。[32] このような権利の相互性が要求されることは、SemCrude事件の倒産裁判所の言明からも明らかとなる。すなわち、「相互性」には、「各当事者が、自己の名において、独自に、それ単独で、債務者に対し回収する権利を持つとともに、独自に、自己の債権を有しなければならない」ということが求められている。[33]

権利の相互性に密接に関連している、またはおそらくその中に含まれているのは、資格［capacity］の相互性と呼ばれるものである。すなわち、これは、「衡平法裁判所は、法に従い、異なる権利に基づいて生じた債務の相殺を認めない」という意味である。[34] たとえば、当事者の個人的な資格のみによって発生した債務と、当事者の一人が管財人や代理人として行為した結果生じる債務との相殺がそれである。[35] このような資格の相互性が要求されている

ことは、SemCrude事件の倒産裁判所が判決で述べていることからも明らかである。すなわち、「両債務に『相互性』が認められるのは、それらの債務が、『同一の資格を有する同一人の間で生じている』場合に限られる」、と。[36]

また、多くの州では、相殺するためには双方の債務が履行期を徒過していなければならないという、成熟度の相互性とも言うべき別の相互性を要求している。「ほとんどの裁判所は、履行期未到来の債務を負担する人が、相殺によってその債務を回収する自由な権限を否定している。[37]」もちろん、倒産手続開始の申立て自体により、倒産債務者が負担する期限未到来の債務は現在化し、[38]州法も同様に、「相殺の対象となる人がその債務を支払い得ない場合［insolvent］には、成熟性の相互性を求めるルールに例外を認める」。[39]しかし、成熟性の相互性を必要とする類似の原則により、未確定債務は相殺の対象となる相互性のある債務としては認められない。こうして、「裁判所は、一般に、一定の出来事がまだ生じていないため、人に対する債務が未確定である場合、相殺を禁止する。[40]」

同様に、「相殺権を行使する者に対し負担する債務は、その金額が確定されたものでなければならない[41]」という「一般的な合意も存在する」。少なくとも裁判外で相殺をするためには、債務額は確定されていなければならない。[42]連邦最高裁は、両当事者のそれぞれが、「他方に対して、確定した金額の債務を負担している」場合に、相殺権が認められるとしている。[43]したがって、債務額確定の相互性と呼ばれるものは、各州のコモンロー上の相殺法理において、相互性要件にみられる、もう一つの側面である。

2　契約により定められる相互性は、「本物の」相互性である

権利の相互性、資格の相互性、履行期到来の相互性、および債務額確定の相互性は、近時、契約による三者間相殺を扱った、ニューヨーク州およびデラウェア州の事件では、問題とならなかった。むしろ、これらの裁判所によ

れば、満たされていない唯一の相互性の性質は、もっとも基本的な種類の相互性であった。すなわち、それは、契約上有効な三者間相殺の合意が存在しないため、前述のように、三者間の債務にみられない、同一性の相互性である。Lehman Brothers 事件の裁判所が述べたように、「相互性は、文字通り、相殺される債務を倒産債務者に対して負担する特定の債権者の同一性に結びついている」のである。(44)

SemCrude 事件、Lehman Brothers 事件、Orexigen Therapeutics 事件の各倒産裁判所によると、必要とされる同一性の相互性は、「三者間相殺を企図した複数の当事者の合意によって代替することはできない」という。(45) Lehman Brothers 事件の裁判所は、その見解を言葉巧みに表現した。すなわち、「相互性を作り出すと称する契約条項は、本物の代用にはならない」、と。(46)

しかし、この考え方の難点は、州法が正反対の結論を出していることである。つまり、契約における有効な三者間相殺の合意により、必要とされる相互性がみたされ、契約による相殺権が生じる。なぜ連邦倒産法は、契約に基づく州法上の相殺権ではなく、契約に基づかない州法上の相殺権のみを認めるのであろうか。実際上、倒産手続外で適用可能な州法上の相互性要件から逸脱するため、倒産手続に固有の理由がある場合、五五三条(a)は明示的にそうしている。たとえば、五五三条(a)は、両方の債務が申立て前に生じていなければならないという倒産手続に固有の相互性要件を独立して明示的に課している。これは、デニス・コノリーとケビン・ヘンブリーが、連邦倒産手続における要件として、「時間的相互性」と呼んだものである。(47)

五五三条(a)には、州法上の相殺権の承認と効力を法定のもののみに限定するような明確な制限はない。実際上、Lehman Brothers 事件の裁判所は、「五五三条の文言は、コモンロー上の相殺に限定されず、その平易な表現から、連邦倒産法の適用される倒産事件において、債権者が相殺権を行使しようとする場合には、いつでも適用される。

そして、かかる相殺権には、契約によって生みだされたものも含まれる」と認めた。[48] 立法の沿革からも確認できるように、旧連邦倒産法の理念は、現行連邦倒産法にも継承されており、「旧連邦倒産法は、一般に、相互性のある債務や債権がどのような形で発生しても、その相殺権を維持する。……この原則は、相互の債務や債権がどのように発生したかに関わらず適用される」。[49]

3　コモンロー上の相殺法理の発展における契約による相互性の役割

ニューヨーク州およびデラウェア州の倒産裁判所は、契約上の合意のみによって作られた相互性を、契約によらない純粋なコモンロー上の相殺権に存在する「本物の」相互性とは異なるものとして敵視しているが、相互性要件に関するコモンローの歴史を考えると、これはとくに皮肉なことであり、見当違いでもある。コモンロー上の相殺法理に関わる歴史のいたるところで、相互性の要件には、合意による相互性の性質が欠くことのできないものとして含まれていた。

最初期の頃、衡平法によれば、当事者が一方の債務を他方の債務と相殺することに合意したことを示す十分な証拠がある場合にのみ、相互性のある債務について、相殺権が認められていた。一七一三年に、記録長官［Master of the Rolls］であるジョセフ・ジェキル卿が次のように述べていた。

> たしかに、停止（stoppage）、すなわち、相殺[50]では、コモンロー上、弁済はなされず、衡平法上も、同様である。とはいえ、一方の債務を他方の債務から差し引く［discounting or allowing］という、きわめて曖昧な合意でもあれば、債務を支払ったことになる。なぜなら、これは、行為が繰り返されることと、訴訟の多発を防ぐことになるからである。こうしたことは、コモンローでは好まれず、ましてや衡平法においてはそうであった。……停止の合意については、その証拠がわずかなものであっても、それで十分であると思われる。そして、こうした場合、衡平法は両当事者の権利を守るために非常に些細なこ

とまで考慮するであろう。[51]

このように、相互性のある債務について、衡平法上の相殺は、権利の問題として発生したものではなく、互いの債務を相殺し、一方が他方に支払うという合意を衡平法のもと強制するものであった。また、必要とされる合意は、「互いに求めるもの（demands）を相殺するという暗黙の合意」でもよく、衡平法裁判所は、「次のようなことから推論して速やかに合意を認めた」。[52] すなわち、それは、商取引の慣習や争っている当事者の長年の慣行[53]であり、UCCで用いられる現代の用語では、それぞれ商慣習［usage of trade］[55]と取引の過程［course of dealing］[56]とされるものであった。さらに、このような相殺に関する暗黙の合意は、最終的には、たんに相互の債務が同時期に弁済期を迎えていたという事実を含め、債務を相殺することができるという相互の合意を推測させる種々の状況から「推定」されるようになった。[57] フラー連邦最高裁首席裁判官は、一八九二年のScott v. Armstrong判決で、「相殺の合意があったと推定されるような取引が行われた場合」に相殺権が発生すると述べた。[58]

ストーリ判事は、自身のエクイティに関する論集で、次のように説明した。すなわち、衡平法に基づき、互いの債務を相殺するために必要とされる相互性の合意は、それら相互性のある債務に関する、「相互貸借［mutual credit］」の合意と呼ばれていた。

> 互いに独立した債務ではあるけれども、信用を供与した当事者が相手方に支払うべき何らかの債務が存在することを理由に、その時点において、当事者間に相互貸借が認められるような事案すべてにおいて、衡平法裁判所は、一般的裁判管轄権を根拠に、救済を与えるのが常である。ここで用いられている意味での相互貸借により理解できることはこうである。一方の当事者に支払われるべき債務を双方の当事者が認識すること、および、当該債務を消滅させる手段として、かかる債務に基づき、かつ、依拠した、相手方当事者による信用の供与である。[59]

同様に、Greene v. Darlingの判決理由は、ストーリが巡回判事の立場で関与したものであり、大きな影響力を

持つものであるけれども、その中で、相殺権は、「相互性のある債務が存在するだけでは、衡平法上、認められなかった」と論じている。[60]「両者の間に何らかの相互貸借がなければ、……債務そのものに相殺権が付与されることはあり得ない」。[61] しかし、「相互性のある債務が存在し、ある程度、停止（すなわち相殺）に関する黙示もしくは明示の合意がある場合、または、相互貸借がなされている場合には、間違いなく衡平法裁判所は相殺を認めるであろう。[62]

コモンローの相互性要件のうち、合意の相互性という側面は、一九世紀から二〇世紀にかけて、州裁判所の判決にも現れていたのであり、そこでは、「相互貸借」の要件とも呼ばれていた。[63] 実際上、一九八〇年代に入ってからも、相殺権が認められるためには、相殺権に関する合意が不可欠であるとする論者が見受けられる。[64]

ストーリ判事は、コモンローの相互性要件のうち、「合意の相互性」という側面を明確にしっかりと詳述した。これは、「相互貸借」という要件に組み込まれていたものである。その一方で、ストーリ判事は、ローマ市民法の補償［Compensatio］の法理から着想を得て、相互貸借がない場合であっても、相互性のある債務の事例すべてにおいて、権利としての相殺を提唱した。

> ローマの上部構造の基礎となっている、一般的な公平性と合理性の諸原則は、それらがわれわれの衡平法の体系に完全に継受されなかったことを残念に思っている。実際上、債務の相互性が認められるすべての事案において、相互貸借の概念とは無関係に、衡平法裁判所が、良心と自然衡平の問題として、相殺権の普遍性に関する法理を直ちに支持し、強制するべきではなかった理由について、それを言うのは容易ではない。自然衡平性を肯定した上で、それに基づく適切な救済を拒否した理由を説明することは困難であると思われる。……補償の原則は、理解するためには見なければならないもの［quae jure aperto nituntur］の一つであると、実に巧みに表現されていた。[65]

もちろん、この点に関しては、ストーリに先見の明があったのか、説得力があったのか、あるいはその両方があ

ったのであり、現代の衡平法の法理はここに到達している。現代のコモンローの法理の下では、相殺は、ほとんどの場合、「法律の適用によって存在する権利の問題であることが多く、合意によって重要性が増すことはほとんどない」とされている。[66]

最終的に合意の相互性の要件を放棄した法理の進化の中で、「相互貸借」の固有の意味は不明瞭になり、「相互性のある債務」と「相互貸借」は同じコインの裏表のように考えられるようになった。[67] それにもかかわらず、各当事者が相殺権を行使することができるという相互の合意を意味する「相互貸借」という文言を衡平法が用いたことは、現行連邦倒産法五五三条(a)の前身であるすべての連邦倒産法に、次のような制定法上の文言が存在したことを明らかにしている。すなわち、破産者と債権者の間の「相互性のある債務」または「相互貸借」の場合に適用される、倒産手続上の相殺の有効範囲を定義するものである。[68] 実際、一八七三年の Gray v. Rollo 判決において、ブラッドレイ判事の意見は、「相互の債務」と「相互貸借」という法令上の表現を截然と区別しつつ、後者について、債務を相殺して、[残額を] 一方が他方に支払うことができるという両当事者間の合意であると明確にみなした。

> これらの債権には、相互性がないことは明らかである。それらは、同一当事者間のものではない。……
> また、本件は相互貸借に関するものでもない。……どちらの取引も、他方の取引に起因して、あるいは他方の取引に依拠して行われたものではない。また、一方の債権が他方の債権に対立するという合意は当事者間でなされていなかった。相互性のある債務も相互貸借もないので、本件は倒産法の条項に当てはまらない。[69]

コモンローの相互性要件の発生と展開において、合意の相互性が果たした中心的な重要性を考慮すると、（債務を互いに相殺することができるという）当事者間の合意が相殺に必要な相互性を生み出すことはなく、また生み出すこともできないと述べることは、相殺の衡平法上の法理全体の原型となる正当性を提供したまさにそのケースに

おいて、相殺を否定することになる。このような前例のない結果は、倒産手続外で適用される州法とも完全に対立するけれども、連邦倒産法の条文がそれを強いるのであれば適切である。五五三条(a)は、ニューヨーク州およびデラウェア州の倒産裁判所が、SemCrude 事件、Lehman Brothers 事件、および Orexigen Theratpeutics 事件において欠落していると判断した、必要とされる債務の相互性または独立性を明示的かつ慎重に列挙している。しかし、これらの裁判所の結論とは逆に、連邦倒産法の文言は、倒産手続外で適用される州法のもとで有効となる契約上の三者間相殺の合意の強制を義務付けている。

来月の Bankruptcy Law Letter に掲載される本稿の第二部では、相互性の要件について、五五三条(a)に規定される債務の相互性または同一性の相互性について議論し、一人の債権者による三者間相殺事例（SemCrude 事件のような）、および二人の債権者による三者間相殺事例（Lehman Brothers 事件および Orexigen Therapeutics 事件のような）への、その適用を分析し、倒産手続外で有効な、契約による三者間相殺の合意に基づいて、倒産手続における三者間相殺を認めまたは否定することの、倒産法政策上の意味を探ることとする。

（1） William H. Loyd, The Development of Set-Off, 64 U. Pa. L. Rev. 541, 547 (1916) ; John C. McCoid, II, Setoff: Why Bankruptcy Priority?, 75 Va. L. Rev. 15, 19-20 (1989); Michael E. Tigar, Comment, Automatic Extinction of Cross-Demands: *Compensatio* from Rome to California, 53 Cal. L. Rev. 224, 248 (1965) 参照。実際上、裁判所でも、破産者の債権を回収するために破産者の譲受人（a bankruptcy assignee）が訴訟を起こした場合、「破産者から被告に支払われるべき金額を相殺した上で、破産者に支払うべきと思われる金額のみを被告に支払わせる」としている。Anonymous, 86 Eng. Rep. 837, 837, 1 Mod. 215 (C.P. 1676).

（2） 4 Anne, c. 17, §11 (1705).

（3） Charles Jordan Tabb, The Historical Evolution of the Bankruptcy Discharge, 65 Am. Bankr. L.J. 325, 333-39 (1991)

参照。コモンロー裁判所における、平時の一般的な相殺権が初めて成文化された折りにも、相殺と破産免責の間には不思議な偶然のつながりがあった。これは、一七二九年に制定された英国の「倒産（insolvency）」法（英国の「破産（bankruptcy）」法とは異なる）の中に含まれていたもので、投獄された債務者を看守の拘束から「赦免（discharge）」することを規定していた。2 Geo. 2, c. 22, §13 (1729). See Loyd, 64 U. Pa. L. Rev. at 551-52; Tigar, 53 Cal. L. Rev. at 248. 「破産（bankruptcy）」手続と「倒産（insolvency）」手続で得られる「免責（discharge）」の違いについて、Ralph Brubaker, Of State Sovereign Immunity and Prospective Remedies: The Bankruptcy Discharge as Statutory Ex parte Young Relief, 76 Am. Bankr. L.J. 461, 505-06 & n.192 (2002) 参照.

（4）Loyd, 64 U. Pa. L. Rev. at 547-50; Tigar, 53 Cal. L. Rev. at 248-52 参照。

（5）Loyd, 64 U. Pa. L. Rev. at 551-63; Stephen L. Sepinuck, The Problems with Setoff: A Proposed Legislative Solution, 30 Wm. & Mary L. Rev. 51, 52-54 (1988) 参照。実際のところ、また多少意外なことではあるが、「大西洋のこちら側での相殺の成文化は、実に、（18世紀の）英国の制定法よりも先に行われている」のである。Sepinuck, 30 Wm. & Mary L. Rev. at 53. とはいえ、コネチカット州最高裁判所のボールドウィン首席判事が述べたように、「衡平法は、イングランドとコネチカット州の初期の制定法が、コモンローの訴訟に導入したものをはるかに上回る相殺の権利を認めている」。Hubley Mfg. & Supply Co. v. Ives, 81 Conn. 244, 70 A. 615, 616 (1908). さしあたり、Loyd, 64 U. Pa. L. Rev. at 550 & n.37 参照。

（6）ロイド教授は次のように整理した。「実務の細かな部分では、先例を共同の資産として広く利用して、基本的な制定法にはあまりこだわらず、法におけるある種の大まかな統一性を発展させた。このことは、時折、現地の制定法との乖離を生ぜしめたが、それは、当該制定法に規定される難解な用語に起因するものであった」、と。Loyd, 64 U. Pa. L. Rev. at 562.

（7）McCoid, 75 Va. L. Rev. at 25 & n.43; Carmelita J. Hammon, Note, Setoff in Bankruptcy: Is the Creditor Preferred or Secured?, 50 U. Colo. L. Rev. 511, 512 & n.7 (1979) 参照。

（8）相殺権は、同様に、§42 of the Bankruptcy Act of 1800, §5 of the Bankruptcy Act of 1841, and §20 of the Bankruptcy Act of 1867. において明文化された。4 James Wm. Moore et al., Collier on Bankruptcy ¶ 68.01 [1] , at 843 & nn.5-7 (14th ed. 1978) (reprinting 1800 Act §42, 1841 Act §5, and 1867 Act §20) 参照。

（9） Cumberland Glass Mfg. Co. v. De Witt, 237 U.S. 447, 455, 35 S. Ct. 636, 59 L. Ed. 1042 (1915)（この判決は、一八六七年法二〇条とほぼ同一の相殺規定を解釈する、Sawyer v. Hoag, 84 U.S. 610, 622, 21 L. Ed. 731, 1873 WL 15932 (1873) を引用している）。

（10） Studley v. Boylston Nat. Bank of Boston, 229 U.S. 523, 33 S. Ct. 806, 57 L. Ed. 1313 (1913).

（11） Studley, 229 U.S. at 528.

（12） Citizens Bank of Maryland v. Strumpf, 516 U.S. 16, 18, 116 S. Ct. 286, 133 L. Ed. 2d 258, 28 Bankr. Ct. Dec. (CRR) 97, 33 Collier Bankr. Cas. 2d (MB) 869, Bankr. L. Rep. (CCH) P 76666A (1995) (emphasis added).

（13） Strumpf, 516 U.S. at 20.

（14） In re SemCrude, L.P., 399 B.R. 388, 51 Bankr. Ct. Dec. (CRR) 20, Bankr. L. Rep. (CCH) P 81400, 171 O.G.R. 646 (Bankr. D. Del. 2009), aff'd, 428 B.R. 590, 174 O.G.R. 661 (D. Del. 2010).

（15） In re Orexigen Therapeutics, Inc., __ B.R. __, 2018 WL 6841350 (Bankr. D. Del. 2018).

（16） In re Lehman Bros., Inc., 458 B.R. 134 (Bankr. S.D.N.Y. 2011).

（17） SemCrude 判決および Lehman Brothers 判決に対するその他の批判については、Charles J. Tabb & Ralph Brubaker, Bankruptcy Law: Principles, Policies, and Practice 557-64 (4th ed. 2015)；Charles J. Tabb & Ralph Brubaker, Teacher's Manual for Bankruptcy Law: Principles, Policies, and Practice 584-87 (4th ed. 2015)；Martin J. Bienenstock et al., Are Triangular Setoff Agreements Enforceable in Bankruptcy?, 83 Am. Bankr. L.J. 325 (2009); Dennis Connolly & Kevin Hembree, The Contractual Right of Triangular Setoff in Bankruptcy Proceedings: Issues and Alternatives, 2013 Am. Surv. Bankr. L. 1. 参照。

（18） Studley, 229 U.S. at 528.

（19） 一般的なものとして、Ralph Brubaker, The Preclusive Effect of a Claims Allowance Order on a Subsequent Avoidance Action Against the Creditor, 33 Bankr. L. Letter No. 5, at 1, 1-3 (May 2013) 参照。

（20） また、二人（またはそれ以上）の関連企業である債権者と、二人（またはそれ以上）の関連企業である債務者が関与した、合意による四者間相殺の可能性もある。このような四者間相殺の分析は、二人の債権者による三者間相殺のそれと

大きくは異ならない。

(21) 一般的なものとして、Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §23 (2011) 参照。

(22) Strumpf, 516 U.S. at 18.

(23) Scammon v. Kimball, 92 U.S. 362, 367, 23 L. Ed. 483, 1875 WL 17816 (1875).

(24) たとえば、Matter of United Sciences of America, Inc., 893 F.2d 720, 723, 20 Bankr. Ct. Dec. (CRR) 135, 22 Collier Bankr. Cas. 2d (MB) 638, Bankr. L. Rep. (CCH) P 73232 (5th Cir. 1990); MNC Commercial Corp. v. Joseph T. Ryerson & Son, Inc., 882 F.2d 615, 618 n.2, Bankr. L. Rep. (CCH) P 73031, 9 U.C.C. Rep. Serv. 2d 9 (2d Cir. 1989); Matter of Elcona Homes Corp., 863 F.2d 483, 486–87, Bankr. L. Rep. (CCH) P 72532 (7th Cir. 1988); Depositors Trust Co. of Augusta v. Frati Enterprises, Inc., 590 F.2d 377, 379, 1 Collier Bankr. Cas. 2d (MB) 147 (1st Cir. 1979); In re Vehm Engineering Corp., 521 F.2d 186, 190–91 (9th Cir. 1975) 参照。

(25) Connolly & Hembree, 2013 Ann. Surv. Bankr. L. at 1参照。

(26) SemCrude, 399 B.R. at 391（強調は裁判所による）.

(27) In re Berger Steel Co., 327 F.2d 401, 405 (7th Cir. 1964).

(28) たとえば、Piedmont Print Works v. Receivers of People's State Bank of South Carolina, 68 F.2d 110, 111–12 (C.C.A. 4th Cir. 1934); Bromfield v. Trinidad Nat. Inv. Co., 36 F.2d 646, 647–49, 71 A.L.R. 542 (C.C.A. 10th Cir. 1929); Love v. Vina Banking Co., 168 Miss. 321, 150 So. 754, 754–55 (1933); Black & Decker Mfg. Co. v. Union Trust Co., 53 Ohio App. 356, 5 Ohio Op. 343, 21 Ohio L. Abs. 502, 4 N.E.2d 929, 931 (8th Dist. Cuyahoga County 1936) 参照。

(29) Orexigen Therapeutics, 2018 WL 6841350, at *4（「当事者は、マケッソンが『カリフォルニア州法に基づく申立て前の相殺権』を設定した契約上の三者間相殺の合意に基づき、申立て前の相殺権を有していたことに対し、異議を唱えていない」。）; Lehman Bros., 458 B.R. at 139（「ニューヨーク州の法律によれば、当事者は契約により三者間相殺の権利を自由に作りだすことができる……」）参照。

(30) Orexigen Therapeutics, 2018 WL 6841350, at *7.

(31) Tigar, 53 Cal. L. Rev. at 265.

(32) Scammon v. Kimball, 91 U.S. at 367. ゆえあたり、Sepinuck, 30 Wm. & Mary L. Rev. at 70-71参照。

(33) SemCrude, 399 B.R. at 393 (emphasis added) (quoting In re Garden Ridge Corp., 338 B.R. 627, 633-34 (Bankr. D. Del. 2006) (quoting Braniff Airways, Inc. v. Exxon Co., U.S.A., 814 F.2d 1030, 1036, 16 Collier Bankr. Cas. 2d (MB) 1447, Bankr. L. Rep. (CCH) P 71794 (5th Cir. 1987)).

(34) Scammon v. Kimball, 91 U.S. at 367.

(35) ゆえあたり、Sepinuck, 30 Wm. & Mary L. Rev. at 69-70, 71-75 参照。

(36) SemCrude, 399 B.R. at 393 (Westinghouse Credit Corp. v. D'Urso, 278 F.3d 138, 139 (2d Cir. 2002)) を引用している。権利の相互性および資格の相互性を扱った裁判例につき、たとえば、Dakin v. Bayly, 290 U.S. 143, 54 S. Ct. 113, 78 L. Ed 229, 90 A.L.R. 999 (1933); Libby v. Hopkins, 104 U.S. 303, 26 L. Ed. 769, 1881 WL 19754 (1881); Scammon v. Kimball, 92 U.S. 362, 23 L. Ed. 483, 1875 WL 17816 (1875); Beauregard v. Case, 91 U.S. 134, 23 L. Ed. 263, 1875 WL 17864 (1875); Gray v. Rollo, 85 U.S. 629, 21 L. Ed. 927, 1873 WL 15929 (1873); Sawyer v. Hoag, 84 U.S. 610, 21 L. Ed. 731, 1873 WL 15932 (1873); Tucker v. Oxley, 9 U.S. 34, 3 L. Ed. 29, 1809 WL 1633 (1809) 参照。

(37) Sepinuck, 30 Wm. & Mary L. Rev. at 67.

(38) 11 U.S.C.A. §502(b)(1).「倒産手続は、債務者に対するすべての債権の元本を現在化させるものである。」S. Rep. No. 95-989, at 63 (1978) ; H.R. Rep. No. 95-595, at 353 (1977) 参照。

(39) Sepinuck, 30 Wm. & Mary L. Rev. at 67.

(40) Sepinuck, 30 Wm. & Mary L. Rev. at 67.

(41) Sepinuck, 30 Wm. & Mary L. Rev. at 68.

(42) Sepinuck, 30 Wm. & Mary L. Rev. at 68-69参照。

(43) Scammon v. Kimball, 92 U.S. at 367.

(44) Lehman Bros., 458 B.R. at 141.

(45) SemCrude, 399 B.R. at 397. Accord Orexigen Therapeutics, 2018 WL 6841350, at *8-*9.

(46) Lehman Bros., 458 B.R. at 136-37.

(47) Connolly & Hembree, 2013 Ann. Surv. Bankr. L. at 7.

(48) Lehman Bros., 458 B.R. at 139（原文による強調）. 五五三条は、形式的に文言解釈をすれば、コモンロー上のものだけでなく、起源を問わず、あらゆる相殺権を保護するものである。Id.（原文による強調）.

(49) H.R. Rep. No. 95-595, at 183.

(50) ロイド教授によれば、「これら初期の事例では、かかる実務は、停止（stoppage）と呼ばれていた。なぜなら、債務者は、衡平法上、債権者に対する自己の債権額に応じて、自己に対する請求額の弁済を保留したり、差し引いたりすることが認められていたからである」。Loyd, 64 U. Pa. L. Rev. at 549. また、ロイド教授は、「興味深いのは、ほぼ同時期に、裁判所（chancery）が、同名だが別の衡平法上の法理である、運送の差止め（stoppage in transitu）を発展させたことである。これにより、売主は、破産した買主に向かう途中の商品を運送業者から回収することができた」と指摘している。Id. この運送の差止めの末裔は、現在、UC §2-705 に成文化されている。

(51) Jeffs v. Wood, 24 Eng. Rep. 668, 669, 2 Peere Williams 128 (Ch. 1723).

(52) Tigar, 53 Cal. L. Rev. at 249.

(53) Curson v. African Co., 23 Eng. Rep. 358, 359; 1 Vern. 121 (Ch. 1682) 参照。

(54) Downam v. Matthews, 24 Eng. Rep. 260, 260-61, Prec. Ch. 580 (Ch. 1721) 参照。

(55) UCC §1-303（c）参照。

(56) UCC §1-303（b）参照。

(57) 2 Joseph Story, Commentaries on Equity Jurisprudence, as Administered in England and America §1435, at 891-92 (4th ed. 1846) 参照。

(58) Scott v. Armstrong, 146 U.S. 499, 508, 13 S. Ct. 148, 36 L. Ed. 1059 (1892)（強調は筆者による）.

(59) 2 Story, Commentaries, §1435, at 890-91. See Scott v. Armstrong, 146 U.S. at 507（ストーリの論文から同じ箇所を引用している）; Gray v. Rollo, 85 U.S. at 631-32; Greene v. Darling, 10 F. Cas. 1144, 1147-48 (C.C.D.R.I. 1828) (No. 5,765) (Story, Circuit Justice).

(60) Greene v. Darling, 10 F. Cas. at 1150.

(61) Greene v. Darling, 10 F. Cas. at 1149（強調は筆者による）. 同様に、id. at 1148（「相互貸借（mutual credit）のない別個の債務が存在するだけでは、衡平法上の相殺の権利は与えられない」と述べている）も参照。

(62) Greene v. Darling, 10 F. Cas. at 1149（強調は筆者による）.

(63) たとえば、Printy v. Cahill, 235 Ill. 534, 85 N.E. 753, 755 (1908)（相殺は、「相互に相手方の債務を基礎とした信用供与があり、一方が他方によって精算または相殺されるものと当事者が考えていると正当に推定される場合には、衡平法上認められるべきである」とする。）参照。

(64) たとえば、Thomas C. Mitchell, The Negative Pledge Clause and the Classification of Financing Devices, 60 Am. Bankr. L.J. 153, 167 (1986)（明らかに多数派のルールによれば、非銀行企業間では、（相互性のある債務者間の訴訟において、）裁判が行われた後にのみ、または当事者相互の同意があって初めて、相殺が可能になるとする。）しかし、Sepinuck, 30 Wm. & Mary L. Rev. at 55（訴訟中に相殺がなされた場合でさえ、裁判所は、もはや当該相殺を手続上の手段としてではなく、実体的な権利として認めている。）参照。

(65) 2 Story, Commentaries, §1444, at 903-04.

(66) McCoid, 75 Va. L. Rev. at 34. このように、相殺は、少なくとも名目上は、当事者間の合意に依存する法理として生まれたが、カレヴィッチ教授の洞察力に富んだ見解は正しい。すなわち、「相殺の権利をより正確に根拠づけることができるのは」、原状回復を基礎づける「準契約（quasi-contract）であり、」それは、「各々が債務者と債権者となる二当事者間に存する不当利得（unjust enrichment）に対する救済として考えられるものである」。Lawrence Kalevitch, Setoff and Bankruptcy, 41 Cleveland St.L.Rev. 599, 607 n.25 (1993). 実際上、「擬制された」合意に基づく相殺権の起源は、（契約の擬制（constructive contract）、または、法律上擬制される契約（implied-in-law contract）としても知られている）原状回復法の中の準契約の歴史的起源との間に、注目すべき類似点がある。とりわけ、たとえば、提供役務相当金額の請求訴訟（quantum meruit action）や不当利得金の返還請求訴訟（one for money had and received）のように、（実際上、明示または黙示を問わず、何らの約束も存在しない）原状回復を求める権利（として、今日われわれが認識している権利）を請求するために、コモンロー裁判所において、いわゆる「一般的な請求原因（common counts）」の一つを主張しなければならない場合に、擬制された「約束」を（意図的に）主張していた、初期の実務がそうであった。

(67) たとえば、McCollum v. Hamilton Nat. Bank of Chattanooga, 303 U.S. 245, 248, 58 S. Ct. 568, 82 L. Ed. 819 (1938) (Libby v. Hopkins のみを引用して次のように述べている。「そこで用いられている（一八九八年法六八a条の）『債務』と『債権』という言葉には、相関関係がある。一方には債務であるものが、他方には債権となる」)。Libby v. Hopkins, 104 U.S. 303, 309, 26 L. Ed. 769, 1881 WL 19754 (1881)（典拠の引用をせず次のように述べている。「私たちの（倒産）法では、『債権』と『債務』という言葉は相関関係にあるものとして用いられている。一方には債務であるものが、他方には債権となる……」）参照。

(68) 一八〇〇年法は、「破産者と相手方との間で相互に信用供与が行われたこと、または両当事者に、相互性のある債務があったことが明らかな場合」に適用された。1800 Act §42（強調は筆者による）, reprinted in 4 Collier (14th ed.), ¶ 68.01[1], at 843 n.5. 一八四一年法は、「当事者間に相互性のある債務、または相互性のある債権が存在する、すべての事件」に適用された。1841 Act §5, reprinted in 4 Collier (14th ed.), ¶ 68.01[1], at 843 n.6. 一八九八年法は、「倒産財団と債権者との間に、相互性のある債務、または相互性のある債権が存在する、すべての事件」に適用された。1898 Act §68a（強調は筆者による）, reprinted in 4 Collier (14th ed.), ¶ 68.01[3], at 844 n.10.

(69) Gray v. Rollo, 85 U.S. at 631–32.