The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	＜翻訳＞三者間相殺の合意（二・完）：契約による相互性と契約による優先権
Author(s)	ブルーベーカー，ラルフ；藤本，利一
Citation	阪大法学. 2021, 71(2), p. 329-363
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87364
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（二・完）

――契約による相互性と契約による優先権

ラルフ・ブルーベーカー
藤本　利一／訳

訳者まえがき

前号に続き、相殺権が認められるために必要な「相互性」の要件について、その沿革を踏まえつつ、Lehman Brothers 事件および Orexigen Therapeutics 事件への適用を検討し、倒産手続における三者間相殺の合意の効力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を本稿は目的としている。

＊ラルフ・ブルーベーカー教授（イリノイ大学）、およびトムソン・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

今回のBankruptcy Law Letterは、高い評価を得ている、デラウェア州（SemCrude事件[1]、最近では二〇一八年一一月のOrexigen Therapeutics事件[2]）とニューヨーク州南部地区（Lehman Brothers事件[3]）の倒産裁判所による、影響力のある三つの判決を上下に分けて分析した第二回目である。それらの事件ではすべて、契約上の「三者間相殺」の合意に基づく相殺は、倒産手続上認められないと判示した[4]。

もちろん、「連邦倒産法は、連邦法上の相殺権を創設するものではない」というよりも、「連邦倒産法［以下、法令名省略］五五三条(a)によれば、特定の例外を除き、平時に存在する相殺権は、倒産手続においても保護されると規定されている[5]」のである。このように、「連邦倒産法は相殺権に影響を与えないということが、五五三条(a)の一般原則である[6]」。デラウェア州とニューヨーク州の連邦倒産裁判所は、それぞれのケースで問題となっている三者間相殺について、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から、否定した訳ではなかった。そうではなく、これらの裁判所は、五五三条(a)に、相殺が許されるための「相互性」という、独立した連邦倒産法上の基準を読み込み、倒産手続外で適用される州法の相互性基準を考慮しなかった。その結果、（i）普遍的に認識されている相互性要件の広く共有された理解と、（ii）現代のコモンロー上の相殺法理に影響を与え、統合された相互性に関する歴史的原則に反することとなった。

ニューヨーク州とデラウェア州の裁判所は、三者間相殺の合意に対して敵意を有しているが、これは、五五三条(a)の文言や、その制定を後押しした法政策の、いずれからも正当化されない。実際上、法文とその基礎にある法政策は、倒産手続外で適用される州法の下で有効となる、三者間相殺の合意を強制することを命じている。

相殺における相互性要件に関する理解（誤解）

先月号のBankruptcy Law Letterに掲載された本稿の第一部では、デラウェア州およびニューヨーク州の裁判所の主張に反論を行った。両裁判所の主張は、相殺が認められるための同一性または債務の相互性の要件が、純粋に契約によらない相殺権についてのみ存在しうるというものである。これらの裁判所によれば、「相互性を擬制することを規定する契約条項は、本物の代用にはならない」[7]とされる。それら裁判所の見解では、債務の相互性要件について、たんに「三者間相殺の合意を目的とする複数当事者間の合意で代替することはできない」としている[8]。

1　契約による相互性は、本物とは異なる

しかし、このような、相互性要件につき契約的な要素を完全に排除する考えには、賞賛すべき点はほとんどなく、実際上、相互性要件に関するコモンローの歴史を考慮すれば、とりわけ皮肉で見当違いなものである。本稿の第一部で述べたように、コモンロー上の相殺法理の沿革をたどれば、そのほとんどにおいて、相互性要件には、合意による相互性という不可欠の側面が含まれており、相殺権が存在するために、当事者の間で（債務を互いに相殺することができるという）明示的または黙示的な合意が必要とされていた。実際上、相互性のある債務とは、「二当事者間で、それぞれが相手方に対して額の確定した金銭債務を負っている」[9]ことである。こうした債務の存在は、主として「相殺の合意を推定するような取引である」[10]という推論をもたらすという点で重要なものとされた時期があった。

したがって、（債務を互いに相殺できるという）当事者間の合意が、相殺のため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することは、コモンロー上の相殺法理全体に関し、初めての、そして典型的な正当化をもたらした、まさにそのような事件において、相殺を否定することになる。そして、五五三条の前身とされる、すべての連邦倒産法の諸規定は、破産者と債権者の間の「相互の信用」に効果を付与すること[11]を命じる制定法によって、倒産手続における契約上の相殺合意を明確に有効とした。つまり、「ある程度、停止（すなわち相殺）[12]に関する黙示のもしくは明示の合意、または相互の信用がある[13]」ということである。

2　連邦倒産法は相互性について特別な要件を課しているか？

最近のデラウェア州およびニューヨーク州の各事例では、倒産手続外で適用される州法によれば、相殺権が有効なものとなるために必要とされる同一性または債務の相互性は、三者間相殺に関する多数当事者による契約上の合意によって、代替されることになるであろう。有効な、三者間相殺に関する契約上の合意は、契約による相殺権を発生させる、契約に基づく相互性を生ぜしめる。したがって、これらのケースで相殺を否定するために、それぞれの裁判所は、相互性に関し、連邦倒産法に特異な基準を立てた。

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は完全に対立するものであるが、連邦倒産法の条文がそれを強いるのであれば、適切であろう。実際上、倒産手続外で適用される州法上の相互性要件から逸脱する連邦倒産法特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、破産相殺のために手続開始前の債務の相互性が明示的に要求されている。しかし、五五三条(a)は、州法により当事者に認められる相殺権について、その承認と効力を、契約によらない相殺権のみに限定するような制限を明示的に規定していない。

実際、五五三条(a)には、同一性または債務の相互性についての明示的かつ慎重な文言の定式化が含まれているけ

れども、ニューヨーク州およびデラウェア州の倒産裁判所は、SemCrude 判決、Lehman Brothers 判決、および Orexigen Therapeutics 判決において、それが存在しないと判示した。さらに、これらの裁判所の結論とは逆に、連邦倒産法の条文は、倒産手続外で適用される州法の下で有効な、契約上の三者間相殺の合意について、その履行を強制している。

連邦倒産法五三三条(a)による債務の相互性要件の制定

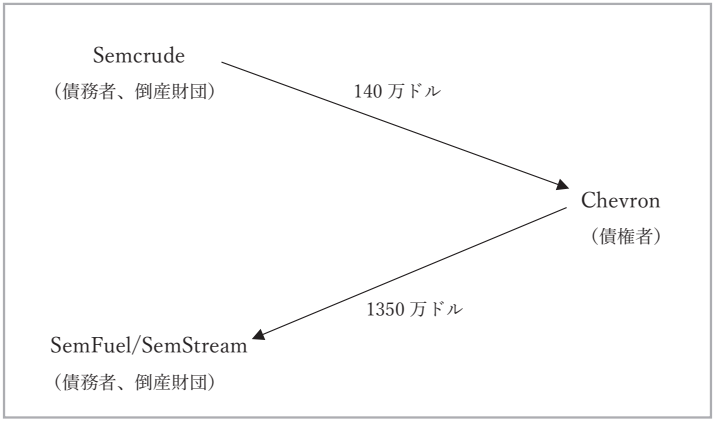
連邦倒産法五五三条(a)は、次に述べるように、同一性または債務の相互性に関する要件を規定している（傍線により強調を付した）。

> ［連邦倒産法は］……債権者が、倒産手続開始前に生じた債務者に対して有する債権をもって、……倒産手続開始前に債務者に対して負担する相互性のある債務（mutual debt）を相殺する、債権者の権利に影響を与えない。

あらためて、三者間相殺に関する制定法の分析は、債権者一人の場合の三者間相殺と、二人のそれとで若干異なるため、SemCrude で争点とされた、債権者一人の場合の三者間相殺に適用された、五五三条(a)に規定される同一性または債務の相互性要件に関する分析から始めたい。

1　債権者一人の場合の三者間相殺――SemCrude 判決

SemCrude 事件で争われた三者間の債務を思い出してほしい。当事者すべてが、契約上、互いに相殺することができると合意していたことは、以下のように図式化してまとめることができる（各矢印は、その矢印が指し示す当事者に対する倒産手続開始前の債権と、当該当事者が負担する倒産手続開始前の債務を示している）。



第一部で述べたように、Chevron が求める三者間相殺によって不利益を被るのは、SemCrude の倒産財団のみである。したがって、当事者の契約における三者間相殺の合意に対する五五三条(a)の適用に際し、問題とされる債務者は、SemCrude である。五五三条(a)に明示される文言によれば、相殺に必要な、同一性または債務の相互性は、倒産「債権者」が、倒産手続開始前の「倒産債務者に対する債権」を有している場合に、適用される。その「債権者」は、自己の「債権」を「相互性のある債務」と相殺することができる（かつ、その債務を当該債権で弁済することができる）。そして、その相互性のある債務は、倒産手続開始前に「その債権者が債務者に対して負担する債務」とだけ定義される。

SemCrude 事件では、明らかに、倒産手続開始前に「Chevron が債務者である SemCrude に対して負担する債務」があった。しかし、SemCrude 事件の倒産裁判所は、Chevron が SemCrude の「債権者」（「この用語は、「一〇一条⑽(A)において、倒産手続開始前の「債務者に対する債権」を有する法主体と定義されている）ではないとした。なぜなら、Chevron は、SemCrude に対して、一〇一条⑸でいうところの、「債権」を一切有していなかったからである。

一〇一条⑸に規定されるよく知られた用語では、「『債権』とは、(A)支

払いを受ける権利、または、(B)契約上の債務の不履行によって、支払いを受ける権利が生じる場合、当該不履行に対する衡平法上の救済を受ける権利」と規定されている。また、SemCrude 事件の倒産裁判所は次のように判示した。

州法に基づいて認められる、これらの債務を相殺する契約上の権利がいかなるものであれ、Chevron は SemCrude という一人の債務者に対してのみ債務を負担し、SemCrude は Chevron に対して何らの債務も負担していないという事実に変わりはない。Chevron は SemCrude に対して「債権」すら持っていない。なぜなら、債権を持つためには、SemCrude から「支払いを受ける権利」を持たなければならないからである。アメリカ合衆国法律集第二編一〇一条(5)参照……。相殺権は、決して「支払いを受ける権利」を課すものではなく、本来支払わなければならない金額よりも少ない金額を支払う権利をもたらすことができるに過ぎない。したがって、Chevron が主張する相殺は、五五三条の明文に矛盾し、許されないものである。(14)

［同様に、一〇一条(5)(B)に関して、］Chevron は、相殺という衡平法上の救済を得るために、州法上の権利を主張することができるかもしれないが、この権利は、すでに述べたように、「支払いを受ける権利」を生じさせる、契約上の債務の不履行に基づくものではない。本件のような相殺合意は、支払額を少なくするか、あるいはゼロにする権利を生じさせるだけで、支払いを受ける権利を生じさせるものではない。(15)

しかし、この理由付けにはいくつかの問題点がある。

2　相殺は、相互性のある債務の「支払い」である

まず、SemCrude 事件の倒産裁判所は、一〇一条(5)でいうところの「支払いを受ける権利」には、「本来支払わなければならない金額よりも少ない金額を支払う権利」(16)は含まれないと結論づけているが、これは、債務の「支払

い」が何を意味するかについて、特異な、かつ、あまりに不十分な解釈である。とりわけ、事実上、すべての「支払い」（銀行口座宛に振り出された小切手によるものを含む）が、現金ではなく、借方と貸方についての会計処理によって行われる時代にあって、「一方の相互性のある債務を他方に充当するための帳簿処理」[17]を、それによって充足され免除された相互性のある債務の「支払い」概念から全面的に除外することは、ほとんど気まぐれと言っていいほどに、調和を欠いている。

ラマール判事がStudley v. Boylston National Bank事件の判決理由で述べているように、銀行とその顧客の間に相互性のある債務が存在する場合、「銀行は、相殺権を行使することで、（顧客の）預金を、その日に満期を迎えた（顧客の）約束手形の支払いに充当することができた」[18]。また、デイ判事がNew York County Nat. Bank v. Massey判決で述べたように、「コモンローで認められ、行使されている相殺権」に基づき、「破産債務者の債権者で、破産債務者に支払うべき債務の全額まで減額されることを前提に、財団に対し債権を有する者は、すべて、相殺の範囲内で全額が支払われる」[19]。

実際に、ローマ市民法における相殺法理の名称である補償（compensation）は、支払いの同義語である。「補償（すなわち相殺）は支払いである」とポティエは書いている[20]。そして、この補償の概念は、「各々の請求額は、より少ない方の額に『補償』される、すなわち、支払われ、免責され、免除される」[21]というものであり、英米の相殺権の概念の中心でもある。マンスフィールド判事は次のように説明している。「自然の衡平（Natural equity）によれば、対立する債権債務は、より大きい方の金額から、より小さい方の金額を差し引くことで、互いに補償し合うべきである」[22]。このように、一七～一八世紀の英国の法律家さえ、停止権（すなわち相殺権）が存在する場合、「停止は、有効な支払として認められ得る」という端的な表現を直感的に採用していた[23]。行使可能な相殺権は、

「一方の債務を他方の債務から差し引いたり、充当することで、それを支払いとする」[24]。

同様に、二〇世紀には、高名な倒産法・商事法研究者であるギャラード・グレン教授が次のように主張した。すなわち、「古の著述家たちが、相殺は支払いであると考えたことは正当であった。」「なぜなら、債務はそのようにして支払われ、債務者は、紙幣を差し出した場合と同じように、相殺を主張することができるからである」、と。[25]「相殺はたんなる支払いの手段」であり、契約による三者間相殺のように、当事者の合意に基づく相殺の場合には、相殺は、「当事者が予定していた支払いの手段」となる。[26]

相殺権は、長きにわたり、一般的に用いられてきたように、支払いを受ける権利である。したがって、有効な契約に基づく州法上の相殺権者は、SemCrude 事件の Chevron のように、たとえ債務者から「支払いを受ける権利」を他に持たない者であっても、「債務者に対する債権」を有する「債権者」である。このことは、一〇一条(5)、一〇一条(10)(A)、および五五三条(a)の明白な通常の意味に矛盾しない。この結論は、一〇二条(2)によってさらに補強される。この条項は、一〇一条(10)(A)と併せて、ノンリコース型の債務を取得した者が、「債務者に対する債権」を持つ「債権者」であることを明示的に規定している。

3　債権者一人の場合の三者間相殺契約における債務の相互性――債務者のノンリコース型保証債務

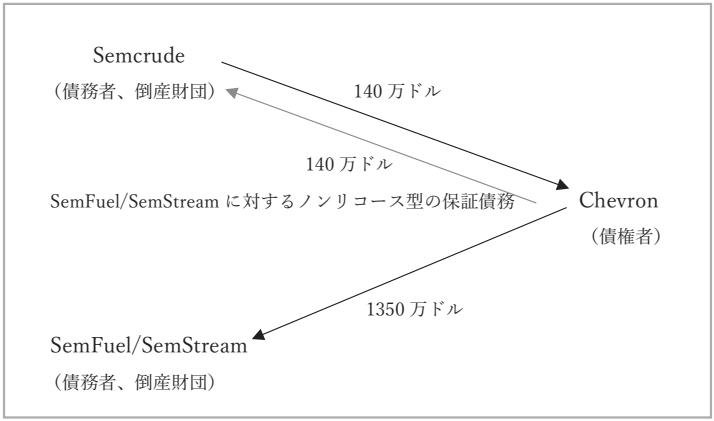
契約上の三者間相殺合意に基づく州法上の有効な相殺権が、五五三条(a)の条文に明示されている、同一性または債務の相互性の要件を満たすかどうかを検討する際には、かかる要件が、州法の下でどのように充足されるかを検討することが有用である。実際上、SemCrude 事件の倒産裁判所が認めたように、五五三条(a)は、債務者と債権者のそれぞれの相互の「債務」と「債権」という観点からその相互性を定義している。そして、一〇一条(5)及び(12)で

定義されている、「債権」と「債務」の両方を構成する「支払を受ける権利」は、連邦倒産法ではなく、倒産手続外で適用される州法に由来する。[27]

SemCrude 事件で問題とされたような三者間の債務について、倒産手続外で適用される州法では、三者間相殺に関する契約上の合意がない場合、債務の相互性要件が充足されない。しかし、契約上の三者間相殺の合意自体は、州法の下で有効となる三者間相殺権を生じさせるのに必要な契約上の債務の相互性を提供するものである。たとえば、SemCrude 事件を考えてみる。

明らかに、Chevron は SemCrude に対して契約上の債務を負担していた。加えて、SemCrude が Chevron との間で、SemFuel と SemStream が Chevron に対して負担する債務額と、Chevron が SemCrude に対して負担する債務額とを相殺することができると契約上合意したとき、SemCrude は SemFuel と SemStream が Chevron に対して負担する債務額を契約上保証したことになり、SemCrude は Chevron に対して相互性のある債務を負担したことになる。

たしかに、SemCrude の Chevron に対する契約上の保証債務は、従来の絶対的・無制限の保証債務ではなかった。Chevron が SemCrude の保証債務の履行を求めることができる SemCrude の資産は、Chevron が SemCrude に負担する金額に限られ、SemCrude は、SemFuel と SemStream が負担している債務に対して、それ以上の人的責任を負うことはなかった。しかしながら、SemCrude 事件の倒産裁判所の主張とは異なり、このことは、SemFuel と SemStream の債務について、「SemCrude は Chevron に対し何ら債務を負担していない」[28]ということを意味しない。SemFuel と SemStream の債務について、SemCrude は、明らかに Chevron に対して間違いなく債務を負っていた。ただ、それは、ノンリコース型の担保付債務に類似した、ノンリコース型の保証債務に過ぎなかっ



ただけである。

それゆえ、事実上、SemCrude と Chevron の間には、対価性のある契約上の債務について、相互性がまさに存在していた。すなわち、Chevron が SemCrude に一四〇万ドルの債務を負い、SemCrude が、SemFuel と SemStream の Chevron に対する債務をノンリコース型の契約で保証することにより、SemCrude も Chevron に一四〇万ドルの債務を負担していた。このことは上のように図示することができる。

4 「債務者に対し債権」を有する「債権者」には、債務者の財産のみに対する債権が含まれる

Chevron に対する SemFuel/ SemStream の債務について、SemCrude がした保証契約の性質がノンリコースであることを認識すると、SemCrude 事件の倒産裁判所による制定法の分析に欠落があることが明らかとなる。同裁判所は、契約における三者間相殺の合意に基づく、Chevron の SemCrude に対する権利は、五五三条(a)でいうところの、「債権者（Chevron）の債務者（SemCrude）に対する債権」を生じさせない、との結論を出したが、これはまた別の意味で誤っていた。

たしかに、「債権」は、一〇一条(5)で「支払いを受ける権利」と定義

されており、SemCrudeとの合意に基づき、Chevronが有していた唯一の権利は、SemCrudeに支払うべき金額を相殺することであった。すなわち、SemFuelとSemStreamのChevronに対する債務について［設定された］、SemCrudeの保証債務を履行させるために、Chevronが求償できるのは、SemCrudeの資産のみであった。すでに述べたように、このような相殺権が、それによって履行され、免除された債務について「支払いを受ける権利」であるという事実を別にしても、複数の論者が指摘しているように、その裁判所の制定法の分析は、同様に、一〇二条(2)を見落としている。[29]

五五三条(a)の重要でかつ決定的な文言である、「債務者に対する債権」は、一〇二条(2)でさらにまた定義され、「債務者の財産に対する債権」を含んでいる。この規定は、「債務」および「債権」に関して、連邦倒産法が示す広範な概念に、ノンリコース債務を明示的に含めるよう意図的に設計されている。[30]そして、これはまさに、当事者間の三者間相殺の合意に基づいて、SemCrudeがChevronに与えたものである。つまり、それは、SemFuelとSemStreamのChevronに対する債務に関するノンリコース保証契約であり、この契約では、Chevronが「支払い」を受けるために依拠できるSemCrudeの資産は、ChevronがSemCrudeに負担していた金額に限定されていた。

したがって、連邦倒産法の条文は、Chevronが三者間相殺の合意を完全に実行することを認めると思われる州法上の権利と完全に矛盾するものはなく、また、たしかに無効化を強いるものでもない。実際上、連邦倒産法五五三条(a)における相互性要件に関する文言上の定式化は、すべての州の相互性要件の、普遍的で基本的な、同一性または債務の相互性の側面を成文化したものにすぎないように思われる。倒産手続外で適用される州法に基づき、三者間の相殺権を有効に生じさせる、契約上の債務に関する相互性は、したがって、当然のことながら、連邦倒産法

五五三条(a)の諸要件に、しっかりと含まれている。

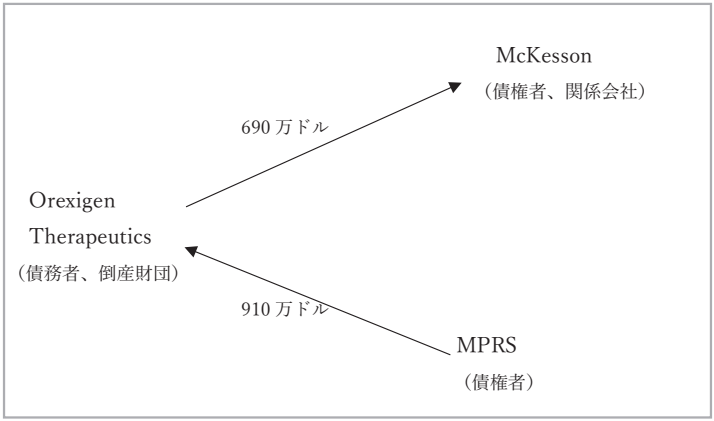
その結果、SemCrude 判決とは異なり、連邦倒産法五五三条(a)は、倒産手続外で適用される州法の下で有効な、債権者一人の場合の契約に基づく三者間相殺を、倒産手続において、執行することを義務付けている。さらに、また当然ではあるが、制定法の分析に若干違いが見られるとはいえ、Lehman Brothers 事件や Orexigen Therapeutics 事件で問題となったような債権者二人の場合の三者間相殺契約についても、同様に解される。

5　債権者二人の場合の三者間相殺――Lehman Brothers 事件と Orexigen Therapeutics 事件

Lehman Brothers および Orexigen Therapeutics の両事件は、二人の債権者による契約上の三者間相殺に関係していた。この事件において、二人以上の関連する債権者が、倒産手続の開始を申し立てた日に、一人の倒産債務者に金銭債務を負担し、かつ、その債務者に金銭債権を有していた。

Lehman Brothers 事件では、債務者は Lehman Brothers（以下、「LBI」とする）であり、債権者となる関係会社は、(1) LBI に金銭債務を負担する UBS AG、(2) LBI が金銭債務を負っている UBS Securities と UBS Financial Services であった。UBS AG は、UBS AG が LBI に支払うべき金額と、LBI が UBS 関係会社に支払うべき金額とを相殺する許可を求めていたところ、それぞれがこのような三者間相殺を行うことができるという契約上の合意が当事者間に存在した。

Orexigen Therapeutics 事件では、倒産債務者は Orexigen Therapeutics であり、契約上の三者間相殺権が問題となった、債権者となる関係会社は、(1)債務者に約六九〇万ドルを負担する McKesson Corporation と、(2)債務者に約九一〇万ドルの債権を有していた McKesson Patient Relationship Solutions（以下、「MPRS」という）であっ



た。これらの三者間の債務を図式化すると次のようになる。

それぞれが三者間相殺を行うことができるという当事者の契約上の合意に従い、McKesson は、Orexigen Therapeutics が MPRS に支払う債務のうち六九〇万ドルを、McKesson が Orexigen Therapeutics に支払う債務のうち六九〇万ドルと相殺する許可を求めた。これにより、相殺後の正味では、(1) McKesson は、Orexigen Therapeutics に対し、一切の債務を負担せず、(2) MPRS は、Orexigen Therapeutics の倒産財団に対して、二二〇万ドルの無担保債権のみを持つことになる。(31)

6　債権者二人の場合の契約上の三者間相殺における債務の相互性
——債務者が支払う金銭債務について、ノンリコース形式で、受益者となる第三者

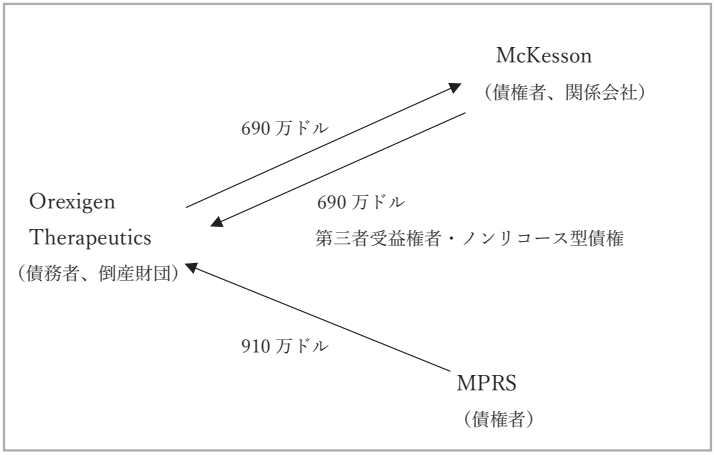
Lehman Brothers と Orexigen Therapeutics の両事件においても、裁判所は、当事者間の契約における三者間相殺の合意が、倒産手続外で適用される州法に基づき、完全に執行可能な三者間相殺権をその契約当事者に付与していることを認識していた。そして、両事件の裁判所によれば、五五三条(a)に規定される、同一性または債務の相互性の要件に対する障害は、SemCrude 事件と同じものであった。すなわち、倒産債務者

に対し金銭債務を負担する当事者、たとえば、Orexigen Therapeutics に対する McKesson は、同一性または債務の相互性といった、五五三条(a)における要件で必要とされる、「債務者に対する債権」を有する「債権者」ではなかったと考えられる。

しかし、あらためて、同一性または債務の相互性要件が、州法の下でどのように充足されるかを検討することは有益である。そして、繰り返しになるけれども、当事者間の契約における三者間相殺の合意自体が、契約上の債務について必要な相互性を供給し、州法のもとで有効とされる三者間相殺の権利を生じさせる。たとえば、Orexigen Therapeutics 事件を考えてみよう。

明らかに、McKesson は、Orexigen Therapeutics に対して、契約上の債務を負っていた。しかし、さらに、Orexigen Therapeutics が McKesson との間で、Orexigen が MPRS に支払うべき金額と、McKesson が Orexigen に支払うべき金額とを相殺できることを契約上合意したことにより、McKesson は、Orexigen が MPRS に対して負担する支払債務について、名目上の、受益者たる第三者（third-party beneficiary）となり、[32] MPRS の Orexigen に対する債権を合意の通りに行使する権利を有することになった。[33] これは、Orexigen Therapeutics に対し、McKesson が有する、契約により生じる相互性のある債権である。

Orexigen に対する MPRS の債権を行使する McKesson の権利は、当事者の合意により、McKesson が Orexigen に負担する）金額での相殺に限定されていた。このことによって、Orexigen が、その MPRS に対する債務について、McKesson に相殺権行使を認める契約上の債務を負担していたという事実は、少しも損なわれていない。すでに述べたように、相殺権は「支払いを受ける権利」であるため、McKesson は、実際上、Orexigen に対して、連邦倒産法一〇一条(5)に定義される「債権」を有する「債権者」であって、McKesson が Orexigen に支払うべき金



額を、Orexigen の MPRS に対する債務であり、かつこれはその第三受益者である McKesson に対する債務でもあるが、その支払い、履行および弁済に当てることができる。

さらに、McKesson がこの第三者受益権を行使する場合、Orexigen の特定の資産（McKesson が Orexigen に支払う金額）についてのみ償還請求権を有していたという事実は、McKesson の、連邦倒産法五五三条(a)の意味における、Orexigen に対する相互の「債権」を有する「債権者」としての地位を低下させるものではない。繰り返しになるが、連邦倒産法一〇二条(2)は、「債務者に対する債権」という条文の文言に、「債務者の財産に対する債権が含まれる」と明示的に規定している。

したがって、Orexigen と McKesson の間には、対価性のある契約上の債務について相互性が存在していた。すなわち、McKesson は、Orexigen に対し、六九〇万ドルの金銭債務を負っており、Orexigen が、MPRS に対する債務の受益者たる第三者となる当事者の契約上の三者間相殺の合意に基づき、McKesson は、Orexigen に対して、六九〇万ドルのノンリコース債権を有していた。これを図式化すると上のようになる。

したがって、実際上、McKessonは、相殺の要件である、同一性または債務の相互性を規定する連邦倒産法五五三条(a)の意味において、倒産債務者であるOrexigen Therapeuticsに対し、相互性のある、契約上の「債権」を持つ「債権者」であった。契約上の債務に関する同様の相互性は、倒産手続外で適用される州法の下で、契約による当事者間の三者間相殺の合意を有効にする。この相互性も、当然のことながら、五五三条(a)の諸要件にしっかりと含まれている。

倒産法政策と契約に基づくプライオリティ

五五三条(a)の主たる機能は、非倒産法である州法に基づく、当事者の相殺権を有効とするにすぎない。同一性または債務の相互性を、倒産手続外で適用される州法とは異なる意味に解釈する、倒産法固有の理由はないと考えることが、この機能に合致する。三者間相殺の合意が州法の下で必要な債務の相互性をもって完全に執行可能であるならば、［実際のところ］間違いなくそうなのであるが、倒産手続において必要とされる相互性が欠如しているとみなされる理由は全く明らかではない。[34]

しかし、デラウェア州とニューヨーク州の裁判所は、連邦倒産法において、相互性に関する特異な基準を立てているが、これは倒産法上認められる相殺を法定相殺に限定するものであり、その正当性を、倒産法上の政策問題とされるものに求めている。Sem Crude事件の倒産裁判所は、そのような問題を次のように表現した。

> 当裁判所の判断は、五五三条の目的および連邦倒産法のより広範な政策とも一致している。連邦倒産法における最上位の目的ではないにせよ、その一つとして、類似の状況にある債権者が公平に扱われ、この原則から外れるやむを得ない理由がない限り、債務者からの分配を平等に享受できるようにすることが挙げられる。五五三条の相互性要件を回避する契約を当

事者に認めることで、一人の債権者または一握りの債権者が、債務者の他の債権者を犠牲にして、債務者からの弁済を不当に得ることができ、その結果、連邦倒産法のプライオリティ・スキームが乱れ、すべての債権者への分配可能額が減少してしまう。In re Bevill, Bresler & Schulman Asset Mgmt. Corp., 896 F.2d 54, 57 (3d Cir. 1990) を参照のこと（「相殺は、債権者間の平等という倒産法の根本原理に反している」）。また、BNY Fin. Corp. v. Masterwear Corp. (In re Masterwear Corp.), 229 B.R. 301, 311 (Bankr.S.D.N.Y.1999)（「相殺は、ある債権者を他の債権者よりも優先的に処遇するように作用する」）。このような結果は、連邦倒産法の中核に存在する衡平な分配の原則に明らかに反する。[35]

上訴審である連邦地方裁判所、[36] Lehman Brothers 事件[37]および Orexigen Therapeutics 事件[38]の両倒産裁判所、これらすべての裁判所は、倒産手続における三者間相殺の合意の有効性を否定するため、この政策的根拠に同意していた。

1　すべての相殺権は優先弁済効を生む

デラウェア州とニューヨーク州の裁判所は、倒産法の一般的な債権者平等原則に依存しているが、これは過度に広範で役に立たない。

一般的に、債権者平等は優先されるが、連邦倒産法は、絶対的な債権者平等を採用してはいない。むしろ、一般的な規範は、等しくある者に対する平等な扱いである。したがって、債権者の平等を訴えることは、これらの債権者が同じタイプであり、平等に扱われるべきなのか、あるいは、彼らの権利の違いが異なる扱いを正当化するのか、という疑問を生むだけである。[39]

実際、もし債権者の平等が優先されるのであれば、相殺権は倒産手続において行使できないことになる。なぜなら、すでに引用した SemCrude 判決の一節が認めているように、相殺は、つねに、「ある債権者を他の債権者すべ

てよりも優先的に処遇するように作用する」[40]からである。SemCrude事件の裁判所が示した債権者平等の概念は、したがって、五五三条(a)と倒産手続上の相殺権を、その全体として、倒産法の政策と矛盾していると必然的にみなすことになる。要するに、右に引用した文章は、実際上そのように述べている。すなわち、「相殺は、債権者間の平等という倒産法の基礎的な政策と相反するものである。」[41]

しかし、連邦倒産法を制定したすべての議会は、この評価に同意せず、相殺権を持つ債権者が一般の無担保債権者と同じ立場にはないと明確に結論づけている。これまでに制定されたすべての連邦倒産法は、相殺の対象となる債権者の請求額は、有担保債権と同じ方法により、一般の無担保債権より優先されるべきであると言明してきた。実際上、現行連邦倒産法の起草者は、倒産手続における相殺を許容することで、必然的に担保付債権者の持つ優先権が認められることを明確にしていた。

> 相殺権を主張する債権者が、無担保債権者よりも大きな割合の債権を取得することを防ぐために、相殺を許可すべきか、あるいは相殺権を停止するべきかという問題は、債務者に対して相殺権を持つ債権者、すなわち債務者に対し債務を負担する債権者が、実質的に担保付債権者なのか無担保債権者なのか、という観点から一般に見ることができる。担保付債権者であれば、相殺を許すことで、他の担保付債権者と同じ扱いを受けることになる。無担保債権者と考えられる場合は、相殺権を廃止し、債務者に支払うべき債務額を財団に支払うことを要求することで、無担保債権者の扱いに合わせることができる。[42]

しかし、後者のように一般無担保債権とする可能性について、マンスフィールド卿が述べているように、「破産者をこのように扱うことは、何よりもまず、人としての自然の感覚に、衝撃を与えるものであった」[43]ため、少なくとも一七世紀後半以降、英米の倒産法では、担保付債権と同等の優先弁済効が相殺権に付与された。[44]そして、連邦倒産法の起草者にとって、相殺に付随する本質的かつ長年にわたる優先権は、「相殺権を行使する債権者に、制定

法が担保付債権者に与えるのと同一の保護を与えることを正当化するのに十分なものである」[45]。

したがって、倒産手続において契約上の三者間相殺を許可すると、相殺権を行使する債権者に、優先弁済効が与えられるという明白な真理をたんに述べることは、倒産手続においてすべての相殺権を否定することによって、五五三条(a)の命令を無視することと同じく、その相殺を拒否するための正当な理由にはならない。別の言い方をすれば、一般債権者間の平等原則が、倒産手続において契約上の三者間相殺の権利を消滅させることを正当化するならば、それは倒産手続におけるすべての相殺権を消滅させることを正当化する。[46]

2　連邦倒産法は契約に基づく優先弁済効を有効にする

倒産手続において契約による三者間相殺を否定することを明確に説明するためには、契約による三者間相殺を、許容される他のすべての相殺の事案と区別する必要がある。デラウェア州とニューヨーク州の裁判所の目に映る際だった特徴は、合意による三者間相殺について、その性質が純粋に契約的なものであることであろう。このことは、相殺に優先的地位を認めるための相互性要件を「契約で回避している」、より正確には「契約を結ぶことで作出している」ことに対し、具体的に、かつ繰り返し非難していることからもわかる。しかし、それは、倒産手続外で適用される州法上の相互性基準から逸脱する正当な理由にはならない。

倒産手続において効力を発揮する最も重要で影響力のある分配優先権は、債務者の特定財産に設定される約定担保権を特定の債権者に認める、州法上の合意によって設定される優先権である。そして、これまで見てきたように、三者間相殺の合意もまさにそのような契約であり、特定の債権者が債務者に支払うべき金額に契約上の優先権を与えるものである。どちらかといえば、三者間相殺の合意で問題となっている優先権に関する性質が契約であること

は、倒産手続上のプライオリティにとって有利な法政策上の論拠となっている。[47]

一般債権者の平等原則や、その他に認められている倒産法政策には、債務者に支払うべき金額に対し、契約により設定された相殺の優先権を無効にすべきだとするものはない。実際上、記念碑的な Chicago Board of Trade v. Johnson 事件[48]の最も重要な教えの一つは、債務者の倒産財団が債務者の財産上の権利および利益を承継する際に、「債務者自身が持っていたよりも大きな権利を承継しない[49]」というものである。したがって、Chicago Board of Trade 事件で争われた契約による優先権のように[50]、有効な優先権によって担保されている財産は、倒産手続において、その州法上の優先権によって担保されたままとなる。競合する債権者に対する債務者の資産に対する不動産の権利の範囲は、債務者の権利の根拠となる非倒産法を参照して決定されなければならない。「連邦議会が、一般に、倒産財団を構成する資産に対する財産権の決定を州法に委ねてきた」のは、「財産権が州法によって創設され、定義される」からである。[51]

したがって、州法上の相殺権によって与えられる優先権を行使する、連邦倒産法五五三条(a)の一般原則は、倒産手続における相対的な優先権を決定する際に、非倒産法である州法に対し広く敬意を払うことを成文化したに過ぎない。さらに、この広範に認められる原則は、倒産手続において契約による三者間相殺を行うために必要とされる債務の相互性を、倒産手続外で適用される州法上の相互性基準に従って決定することも示している。

3　相殺権は、管財人やＤＩＰのストロング・アーム権限に優先する

倒産手続外で有効とされる州法による相殺の優先権が、倒産手続において効果を与えられるべきかどうかについて、法政策を詳細に探求することは、五四四条(a)のストロング・アーム権限から生じることも考慮しなければなら

ない。[52]「ストロング・アームの権限は、倒産手続開始を申し立てた日に、債権者の相対的な優先権を凍結しようとする、連邦倒産法のスキームの要点である」[53]。

「いったん確立されると、五五三条に列挙された例外を除き、……相殺は、五四四条を含む、連邦倒産法の他のいかなる規定によっても、異議を唱えられることはない」ということが、一般的な理解であった[54]。それにもかかわらず、相殺権に担保付債権と同等の優先権を倒産手続において与えることの妥当性を判断する上で、それが実際に、一般の無担保債権者に対する相殺権の相対的な州法上の優先権を正確に反映しているかどうかを問うことは、有用な思考実験である。そして、倒産手続がその評価を下す手段は、ストロング・アームの権限を介したものである。

債務者の資産に対する「リーエン」の優先権が、最終的に倒産手続で維持されるかどうかは、連邦倒産法五四四条(a)に規定されるストロング・アーム権限により決められなければならない。これは、債権者が有する、相対的な、倒産手続外での優先権を評価するための、倒産手続の構成要素である。ストロング・アーム権限は、申立日の時点で、一般の無担保債権者のために、管財人またはＤＩＰに、債務者のすべての財産に対し、一般的な裁判手続によるリーエンを与えるものである。このように、債権者が債務者の財産に対し、倒産法によらない優先権を持っていて、それが管財人やＤＩＰに認められる、仮想上の裁判手続によるリーエンに勝る場合、その債権者の優先権は、倒産手続が開始されても、そのまま存続する。しかし、管財人やＤＩＰに付与される、仮想上の裁判手続によるリーエンが、債権者の利益に優先する場合、管財人は、債権者の利益を否認することができ、その結果、債権者は、一般無担保債権者が残余財産に対して有する優先順位にまで格下げされる。[55]

たとえば、SemCrude 事件の事実を考えてみる。問題となっている債務者の財産は、申立日に Chevron が SemCrude に負っていた一四〇万ドルである。そして、その特定の財産について、五四四条(a)(1)により、一般無担保債権者の利益のため、倒産手続開始の申立日に設定される、仮想の、裁判手続によるリーエンは、倒産債務者である

SemCrude に対し Chevron が負担する債務に設定された、債権差押えに基づくリーエンである。したがって、関連する優先権の問題は次の通りである。(1) Chevron が SemCrude に負担する一四〇万ドルを差し押さえて、Chevron に対し自己への支払いを求めた SemCrude の判決債権者と、(2) 一四〇万ドルの支払いに対する抗弁として契約上の三者間相殺の権利を主張した Chevron との間の、州法上の優先権争いでは、判決債権者が勝り、Chevron の契約による三者間相殺の権利を破ることになるだろうか。

答えは、確実に「否」である。Chevron は、債権差押えのリーエンが行使された日、ここでは申立日に、SemFuel および SemStream が、Chevron に支払うべき金額を相殺するという、Chevron の有効かつ完全に有効な州法上の権利によって、間違いなく有効な差押えに対する抗弁権を持つことになる。州の「裁判所はほぼ一様に、（Chevron のような）第三債務者の相殺権が差押債権者の権利に優先するとしており」[56]、いくつかの州の差押えに関する法はその結果を明示的に成文化している[57]。実際上、

> 債権差押えに関する基本的な概念は、それ以外の結果を支持しない。差押債権者は、（判決債務者）になりかわり、第三債務者が（判決債務者）に対して有するであろうあらゆる抗弁に服することになる。実質的には、差押えは一種の譲渡であり、譲受人（差押債権者）は、譲渡人（判決債務者）が有していたものよりも大きな権利を得ることはできない[58]。

したがって、デラウェア州およびニューヨーク州の裁判所のおざなりな政策分析とは異なり、同じ立場にある債権者を平等に扱うという倒産法政策は、倒産手続外で執行可能な三者間相殺の合意を、倒産手続において無効にすることを強制するものではない。倒産手続外で有効な州法上の相殺権と同様に、契約による三者間相殺の権利は、一般の無担保債権者に対する州法上の優先権という点で、担保付債権と同等であり、その有効な州法上の優先権は倒産手続においても効力を持つべきである。

(1) 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).

(2) In re Orexigen Therapeutics, Inc., 596 B.R. 9 (Bankr. D. Del. 2018).

(3) In re Lehman Bros. Inc., 458 B.R. 134, 55 Bankr. Ct. Dec. (CRR) 137, 66 Collier Bankr. Cas. 2d (MB) 860 (Bankr. S.D. N.Y. 2011).

(4) SemCrude 判決と Lehman Brothers 判決のその他の批判については以下を参照のこと。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 Ann. Surv. Bankr. L. 1.

(5) 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)（強調は筆者による）.

(6) Strumpf, 516 U.S. at 20.

(7) Lehman Bros., 458 B.R. at 136–37.

(8) SemCrude, 399 B.R. at 397. Accord Orexigen Therapeutics, 596 B.R. at 20–22.

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

(10) 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）. 2 Joseph Story, Commentaries, on Equity Jurisprudence, as Administered in England and America §1435, at 891–92 (4th ed. 1846) 参照。

(11) 一八〇〇年法は「破産者と他の者との間で相互に信用供与が行われたりと、または相互に債務があったりとが明らかな場合」に適用された。一八〇〇年法§42（強調は筆者による）、4 James Wm. Moore et al., Collier on Bankruptcy ¶ 68.01[1], at 843 n.5 (14th ed. 1978) に再掲されている。一八四一年法は「当事者間に相互の債務または相互の債権があるすべての場合」に適用された。一八四一年法第五条（強調は筆者による）、4 Collier (14th ed.), ¶ 68.01[1], at 843 n.6 に転載さ

れている。一八六七年法は「当事者間に相互の債務または相互の債権があるすべての場合」に適用された。一八九八年法は「破産者の財産と債権者との間の相互の債務又は相互の債権のすべての場合」に適用された。一八九八年法§68a（強調は筆者による）、4 Collier (14th ed.), ¶ 68.01[3], at 844 n.10に再掲されている。

(12) 「相殺（Set-off）は、かつては停止（Stoppage）と呼ばれていた。」2 Story, Commentaries, §1430, at 887 n.1.「これらの初期の事例では、債務者が自分に対する請求額を留保したり、差し引いたりすることが衡平に認められているため、この慣行は停止と表現されている。」William H. Loyd, The Development of Set-off, 64 U. Pa. L. Rev. 541, 549. L. Rev. 541, 549 (1916).

(13) Greene v. Darling, 10 F. Cas. 1144, 1149 (C.C.D. R.I. 1828) (No. 5,765) (Story, Circuit Justice)（強調は筆者による）. また、Gray v. Rollo, 85 U.S. 629, 632, 21 L. Ed. 927, 1873 WL 15929 (1873) も参照のこと（一八六七年法律第二〇条の「相互の債権」に関する法律上の言及は、「一方の請求権が他方の請求権に対して立つべきであるという合意が……当事者間でなされた」場合に適用されると述べている）。

(14) SemCrude, 399 B.R. at 397-98.

(15) SemCrude, 399 B.R. at 398 n.8.

(16) SemCrude, 399 B.R. at 398.

(17) Studley v. Boylston Nat. Bank of Boston, 229 U.S. 523, 528, 33 S. Ct. 806, 57 L. Ed. 1313 (1913).

(18) Studley, 229 U.S. at 529（強調は筆者による）.

(19) New York County Nat. Bank v. Massey, 192 U.S. 138, 147, 24 S. Ct. 199, 48 L. Ed. 380 (1904)（強調は筆者による）.

(20) Michael E. Tigar, Comment, Automatic Extinction of Cross-Demands: Compensatio from Rome to California, 53 Cal. L. Rev. 224, 246 (1965)（強調は筆者による）. ポティエは西欧諸国でもっとも有名な法学者の一人である。さしあたり、"Pothier, Robert Joseph," The Oxford International Encyclopedia of Legal History (Stanley N. Katz ed. 2009); James E.G. de Montmorency, Robert Joseph Pothier and French Law, in Great Jurists of the World 447 (Sir John MacDonell & Edward Manson eds. 1913) 参照。大陸法における賠償法について、「ポティエの影響力は他の誰よりもはるかに大きく」、「ポティエはイギリスやアメリカでも大きな支持を得て、債務に関する彼の論考の翻訳が両国で出版された」。Tigar, 53

Cal. L. Rev. at 246 & n.145. また、ポティエは、「イギリスやアメリカの反対請求に関する法にも直接ではないが影響を与えた」としている。Id. at 247.

(21) Tigar, 53 Cal. L. Rev. at 224.

(22) Green v. Farmer, 98 Eng. Rep. 154, 157, 4 Burr. 2214, 2220 (K.B. 1768).

(23) Curson v. African Co, 23 Eng. Rep. 358, 359, 1 Vern. 121, 122 (Ch. 1682).

(24) Jeffs v. Wood, 24 Eng. Rep. 668, 669, 2 Peere Williams 128, 129 (1723).

(25) Garrard Glenn, The Law Governing Liquidation as Pertaining to Corporations, Partnerships, Individuals, Decedents, Bankruptcy, Receivership, Reorganization §544, at 787, 786 (1935).

(26) Glenn, Liquidation, §544, at 787.

(27) Midland Funding, LLC v. Johnson, 137 S. Ct. 1407, 1411, 197 L. Ed. 2d 790, 64 Bankr. Ct. Dec. (CRR) 31, 77 Collier Bankr. Cas. 2d (MB) 1308, Bankr. L. Rep. (CCH) P 83101 (2017) 参照（「『債権』とは、『支払いを受ける権利』のことである（一〇一条⑸ⓐ）。人がそのような権利を持っているかどうかは、通常、州法が決定する」。）Travelers Cas. and Sur. Co. of America v. Pacific Gas and Elec. Co., 549 U.S. 443, 451, 127 S. Ct. 1199, 167 L. Ed. 2d 178, 47 Bankr. Ct. Dec. (CRR) 265, 57 Collier Bankr. Cas. 2d (MB) 314, Bankr. L. Rep. (CCH) P 80880 (2007)（「連邦倒産法が『債権』という言葉を使う場合、それは同法自身が『支払いを受ける権利』と定義している（一〇一条⑸ⓐ）が、通常、州法の下で認められた支払いを受ける権利を指している」、とこの判決は述べている）。一〇一条⑿によれば、「『債務』という言葉は、債権に対する責任を意味する」。

(28) SemCrude, 399 B.R. at 397.

(29) Tabb & Brubaker, Bankruptcy Law, at 563-64; Tabb & Brubaker, Teacher's Manual, at 586; Bienenstock et al., 83 Am. Bankr. L. J. at 328-30; Connolly & Hembree, 2013 Ann. Surv. Bankr. L. at 23-27 参照。

(30) 「この段落（一〇二条⑵）は、債権者の唯一の権利が債務者の財産に対するものであり、債務者個人に対するものではないノンリコース・ローン契約をカバーすることを意図している。したがって、そのような契約は、連邦倒産法の目的上、債務者個人に対する債権として扱われる債権を生じさせることになる」。S. Rep. No. 95-989, at 28 (1978); H.R. Rep.

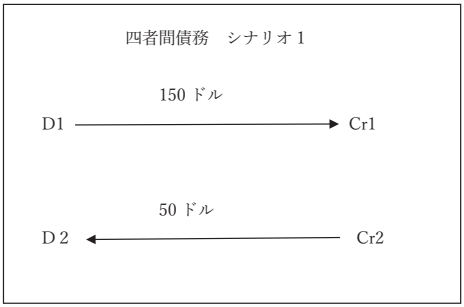
No. 95-595, at 315 (1977).

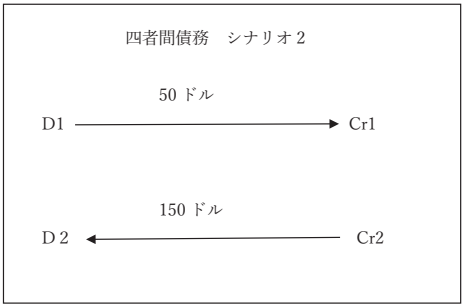
(31) また、六九〇万ドルの相殺に関しては、MPRS は McKesson に対し、契約によらず、原状回復法により、六九〇万ドルの無担保債権を持つことになる。さしあたり、Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §48 (2011) 参照。

(32) さしあたり、Restatement (Second) of Contracts §302 (a) (1981) 参照。

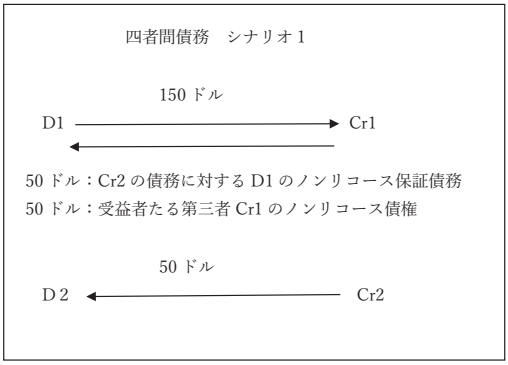
(33) 契約における約束は、約束者（Orexigen Therapeutics）が意図する受益者（McKesson）に対して約束を履行する義務を生じさせ、意図する受益者はその義務を履行することができる。Restatement (Second) of Contracts §304.

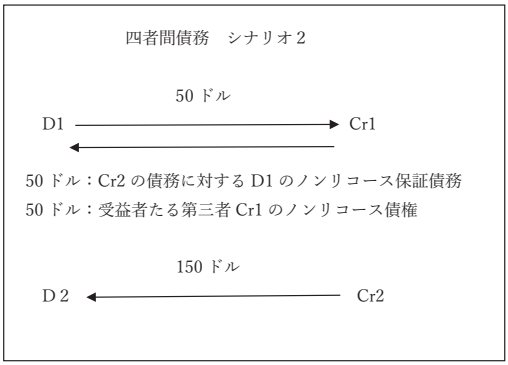
(34) また、二人（またはそれ以上）の関連する債権者と二人（またはそれ以上）の関連する債務者を巻き込んだ、合意による「四者間相殺」もあり得る。たとえば、次のような「四者間」の債務に関するシナリオを考えてみよ。





このような多者間の合意による四者間相殺の分析は、次のような二つの特徴を組み合わせたものである。すなわち、(1)債権者が一人である場合の契約による三者間相殺（問題とされる債務者D1は、その関係会社である債務者D2が負担する債務について、ノンリコース契約による保証人となっている）。また、(2)債権者が二人である場合の契約による三者間相殺（問題とされる債権者Cr1は、多数当事者間の相殺契約に基づき、その関係会社である債権者Cr2が有する支払いを受ける権利の受益者たる第三者として、問題とされる債務者D1に対し、ノンリコース債権を有している）。この二つのシナリオのそれぞれにおいて、四者間の債務の相殺に必要な契約上の相互性は、以下のように図示することができる。





(35) SemCrude, 399 B.R. at 399.
(36) SemCrude, 428 B.R. at 594.
(37) Lehman Brothers, 458 B.R. at 144.

(38) Orexigen Therapeutics, 596 B.R. at 21–22.

(39) Ralph Brubaker, Bankruptcy Injunctions and Complex Litigation: A Critical Reappraisal of Non-Debtor Releases in Chapter 11 Reorganizations, 1997 U. Ill. L. Rev. 959, 981（脚注は削除）.

(40) SemCrude, 399 B.R. at 399 (quoting In re Masterwear Corp., 229 B.R. 301, 311 (Bankr. S.D.N.Y. 1999)).

(41) SemCrude, 399 B.R. at 399 (quoting In re Bevill, Bresler & Schulman Asset Mgmt. Corp., 896 F.2d 54, 57 (3d Cir. 1990)).

(42) H.R. Rep. No. 95–595, at 184 (1977).

(43) Green v. Farmer, 98 Eng. Rep. at 158.

(44) Ralph Brubaker, Triangular Setoff Agreements (Part I): (Mis)Understanding the Mutuality Requisite for Setoff, 39 Bankr. L. Letter No. 2, at 1, 1 (Feb. 2019) 参照。

(45) H.R. Rep. No. 95–595, at 186.

(46) これに賛成する者もいる。たとえば、マッコイド教授は、このようなことは「起こりそうもない」と率直に認めながらも、相殺権の倒産手続における優先弁済効を完全に排除すべきだと主張した。John C. McCoid, II, Setoff: Why Bankruptcy Priority?, 75 Va. L. Rev. 15, 43 (1989).

(47) たとえば、マッコイド教授が相殺権の優先弁済効を批判した根拠の一つはこうであった。すなわち、相殺権は、合意ではなく、法の作用によって生じるものであり、約定担保権と同じ優先権を保障するには十分な類似性がないというものである。McCoid, 75 Va. L. Rev. at 33-34 参照。

(48) Chicago Board of Trade v. Johnson, 264 U.S. 1 (1924).

(49) S. Rep. No. 95–989, at 82 (1978); H.R. Rep. No. 95–595, at 367 (1977).

(50) Chicago Board of Trade, 264 U.S. at 15 参照（特定の債権者に事実上の優先権を与える契約上の譲渡制限を「リーエン」の性質を持つものとした）。

(51) Butner v. United States, 440 U.S. 48, 54–55 (1979).

(52) Philip T. Lacy, Setoff and the Principle of Creditor Equality, 43 S.C. L. Rev. 951, 958–59 (1992) 参照。

(53) Ralph Brubaker, Successor Liability and Bankruptcy Sales: Free and Clear of What?, 23 Bankr. L. Letter No. 6, at 6, 11 (June 2003).

(54) In re New England Motor Co., 426 B.R. 178, 194 (Bankr. N.D. Miss. 2010). しかし、それは、当然の結論ではない。Ralph Brubaker, The Code's (Incompatible?) Directives Regarding Setoff of a Discharged Debt Against Exempt Amounts Owing to an Individual Debtor, 21 Bankr. L. Letter No. 12, at 1, 3-4 (Dec. 2001) 参照。

(55) Brubaker, 23 Bankr. L. Letter No. 6, at 11.

(56) Stephen L. Sepinuck, The Problems with Setoff: A Proposed Legislative Solution, 30 Wm. & Mary L. Rev. 51, 77 (1988). Lacy, 43 S.C. L. Rev. at 959; McCoid, 75 Va. L. Rev. at 33 も参照。「この結果は完全に理にかなっている。判決リーエンがその前に生じた相殺権に優先することができるならば、それはほとんど意味をなさない」。Sepinuck, 30 Wm. & Mary L. Rev. at 85.

(57) たとえば、735 Ill. Comp. Stat. Ann. 5/12-708 参照。

(58) Sepinuck, 30 Wm. & Mary L. Rev. at 78. さらに、UCC 第九編では、口座の「譲受人」に対する口座債務者の相殺権を同様に保護している。UCC §§9-109(d)(10)(B), 9-404(a) 参照。

訳者あとがき

ブルーベーカー教授の論攷は、デラウェア州（SemCrude 事件、Orexigen Therapeutics 事件）とニューヨーク州南部地区（Lehman Brothers 事件）の高い評価を得ている倒産裁判所が出した、影響力のある三つの判決を分析したものである。それらの事件ではすべて、契約上の三者間相殺の合意に基づく相殺は、倒産手続上、認められないとされた。ブルーベーカー教授は、アメリカ合衆国の連邦倒産法五五三条(a)の文言から読み取れる「相互性」要件とその基礎にある法政策を、英米法の沿革を踏まえて分析している。日本法とは異質な要素を多く含むもので

あり、直ちに採用されるべきものではもちろんないが、議論を深めるための触媒にはなり得るように思われる。

①条文とその基礎にある法政策を巡る対立

連邦倒産法五五三条(a)によれば、「[連邦倒産法は]…債権者が、倒産手続開始前に生じた債務者に対して有する債権をもって、…倒産手続開始前に債務者に対して負担する相互性のある債務（mutual debt）を相殺する、債権者の権利に影響を与えない。」とされる。この条文は、旧連邦倒産法のもとで示された、Studley v. Boylston National Bank 判決理由の一部を明文化したものとされる。すなわち、「連邦法上の相殺権は、連邦倒産法によって創設されない」ことを明確にして、同条項は、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。そして、連邦倒産法は相殺権に影響を与えないということが、五五三条(a)の一般原則だとの理解が従来の判例法理とされる。このことから、ブルーベーカー教授は、前述の三つの判決において、三者間相殺の合意による相互性の充足に関し、州法による有効性が検討、顧慮されていないことを問題にされた。

しかし、デラウェア州とニューヨーク州南部地区の高名な倒産裁判所は、このような法理を採用せず、相互性について、連邦倒産法に固有の基準を立てて、三者間相殺の合意に対する敵意をむき出しにした。この敵意の基礎には、連邦倒産法の目的と政策がある。それは、類似の状況にある債権者が公平に扱われ、この原則から逸脱するやむを得ない理由がない限り、債務者からの分配を平等に受けることができるといったものである。五五三条(a)の相互性要件を回避する契約を当事者に許せば、一部の債権者が、他の債権者を犠牲にして債務者から不当な支払いを受ける可能性があり、その結果、連邦倒産法のプライオリティ・スキームが乱されると、各裁判所は繰り返し批判した。

②沿革

ブルーベーカー教授の行論は、英米法における相殺権規律に関する沿革に大きく依拠するものであるが、右にみ

た議論を理解するうえで、有益と思われる若干の事柄について、補足を試みる。

相殺の法理は、沿革上、その基礎が制定法にあるのか、コモンローにあるのか、明らかではないとされるところ、一方で、倒産手続の場面で議論が始まり、それが現在の衡平法に基づく相殺法理に影響を与えたということである。また、相殺の法理の展開には、コモンローの訴訟手続が重要な役割を担ったとされるが、現在は、訴訟手続上の攻撃防御方法ではなく、実体的な権利であると理解されているようである。

連邦倒産法にも規定される「相互性」要件は、沿革上、さまざまな側面から論じられてきたが、そこには、「合意による相互性」という不可欠の側面が存在した。相殺権が認められるためには、当事者間で、債務を互いに相殺することができるという明示的または黙示的な合意が必要であった。一方、相互性のある債務とは、「二当事者間で、それぞれが相手方に対して額の確定した金銭債務を負っている」ことだと定義し、このような債務が互いに存在すれば、「相殺の合意を推定するような取引である」との推論がなされた時期もあったという。相殺は、当事者間の合意に依拠する法理として生まれたものであると思われ、その結果、「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」。

③ブルーベーカー教授による三者間相殺の正当化

まず、連邦倒産法の条文解釈が基本となる。相殺権は、「支払いを受ける権利」であり、「（倒産）債権」（一〇一条⑵）となり、相殺権を行使する者は、「（倒産）債務者に対する債権」を有する「（倒産）債権者」（同条⑽(A)）に該当するという。そして、五五三条(a)は、州法上認められる相殺権を受容する規定であると解される。相殺権、すなわち「支払いを受ける権利」は、連邦倒産法ではなく、州法に由来するものだからである。

「相互性」要件には、「合意による相互性」が含まれ、州法上有効とされる三者間相殺の合意であれば、五五三条(a)の相互性要件をみたす。この場合、問題となるのは、倒産債務者に対し「債権」を持たないChevronのような債権者も、「債務者に対する債権」を有する「債権者」（同条⑽(A)）に該当するかということである。ブルーベーカー教授によれば、ChevronとSemCrudeの間の三者間相殺合意は、Chevronに対するSemFuel/ SemStreamの債務について、SemCrudeがしたノンリコース型の保証契約だと解する。すなわち、Chevronは、SemCrudeがChevronに対して有する金銭債権（財産権）に対し、その金額の限りで権利を有しており、ここに相互性が認められるというのである。この解釈は、一〇二条⑵によって補強される。この条項は、一〇一条⑽(A)と併せて、ノンリコース型保証債務の履行を請求できる者が、「債務者に対する債権」を持つ「債権者」であることを明示的に規定するものだからである。Orexigen Therapeutics事件の場合でも、相殺権を行使するMcKessonを受益者たる第三者とし、McKessonがOrexigenに負担する債務を引き当てとなる財産とみて、同様の処理を行う。

一方、各倒産裁判所が三者間相殺を否定するために依拠した債権者平等原則に対し、ブルーベーカー教授は次のように反論する。連邦倒産法はそもそも債権者平等原則の絶対性を支持しておらず、仮にそうであるなら、ある債権者を他の債権者よりも優遇するように作用する相殺権自体が、倒産法上許容されないことになるし、現行連邦倒産法の起草者も、相殺権を有する債権者を担保付債権者と同様に扱うことを認めている、と。倒産手続において担保権の優先権を基礎づけるのは、州法のもとでなされる当事者の合意である。三者間相殺の合意もこれと同様に考えるべきであり、法定相殺とは異なることを強調される。また、倒産財団は、債務者の財産上の権利および利益を承継する際に、「債務者自身が有していた以上の権利」を承継しないという著名な判例法理が示され、財団の有する財産権の範囲は、倒産法ではなく、州法を参照して決定されなければならないという。

④若干のコメント

相殺は「便利」なものだが、相手方の同意がない場合には、たとえば、差額分の弁済を求めることは簡単ではないかもしれない。法定相殺に関する諸規定が整備され、主たる議論が債権債務の履行期の先後である現状からは見えにくいけれども、両当事者の合意ないし納得が相殺の機能を担保するようにも思われる。ブルーベーカー教授による英米法の沿革はこうしたことを想起させる。

たとえば、破産法では、その六七条一項において、手続開始時に存在する債権・債務による相殺を広く許容し、実体法上認められる相殺に担保的機能（優先弁済効）を保障している。このことは、連邦倒産法五五三条(a)が、平時実体法である州法上認められる相殺権を受け入れていることと大きく乖離するものではないであろう。一方、倒産法は、その重要な法原理の一つである債権者平等原則に基づき、債権の取得時期や債務の負担時期を問題として、一定の場合に相殺を禁止する（たとえば、破産法七一条一項、七二条一項）。ブルーベーカー教授の立論の基礎にあるのは、かかる原理に対する絶対性の否定である。この原理を突き詰めれば、倒産手続上、相殺権行使はそもそも許されないはずだという指摘は興味深い。もちろん、その重要性は言うまでもないが、倒産法が尊重する他の法原理との抵触、競合はあり得るところ、場合によっては、劣後的な扱いを受けることも否定はできないであろう。破産法の相殺禁止規定は、債権者平等を貫徹するものであるが、債権取得等の（客観的な）時期の先後に相殺の帰結を仮託しているに過ぎない。そのために生じ得る過剰な相殺禁止に対し、「前に生じた原因」（破産法七一条二項二号、七二条二項二号）といった調整弁が設けられ、あらためて優先弁済効の付与が考究される。これら相殺禁止解除規定の解釈は難問であるが、本翻訳を補助線として考えた場合、当事者間の合意に担保設定契約類似の性質が見られるか、ということが重要になると思われる。いったん債権者平等の洗礼（相殺禁止）を受けた相殺は、たと

え「前に生じた原因」を根拠に解除されても、六七条一項に戻る訳ではなく、債権・債務には一定の牽連性が求められる。いったん禁止された相殺に、優先弁済効が付与されるのは、それが「担保権」と同視できるからともいえ、そのことを判断するうえで、当事者間の契約の解釈が問われる。もちろん、こうした牽連性をどこまで柔軟に解するのかは、「他の債権者」の納得を得る上で、難問である。

合意による三者間相殺の可否については、最高裁が判断を示したことの意味は大きい（最二小判平成二八・七・八民集七〇巻六号一六一一頁）。この判決では必ずしも明らかではないように思われるが、実体法上、三者間相殺の合意は有効なものであったか、判然としない。また、ブルーベーカー教授による契約の解釈として、「ノンリコース型保証」が示されていた。これは、倒産債務者が相殺権者に対して有する債権を財産権と捉え、その金額の範囲で、相殺権者が第三者に対して有する債権に優先弁済効を付与するものである。たとえば、A（相殺権者）がBに対して金銭債権を有しており、Bと一定の関係性にあるCが、Aに金銭債権を有しているとする。このとき、AC間で締結される三者間相殺の合意は、CのAに対する債権を物上保証の担保目的物のように理解し、その金額の範囲で、AのBに対する債権に優先弁済効を付与するものといえる。興味深い理論であるが、このことを補強するために、連邦倒産法には一〇二条(2)の規定（「『債務者に対する債権』には、債務者の財産に対する債権も含む。」）があった。日本法にはかかる規定がなく、最高裁が相互性について厳格な文言解釈を採用したこともやむを得ないところがある。さりながら、実体法理論の展開をも踏まえ、あらためて考察する機会を持ちたい。

＊本稿は、科研費基盤研究（C）「アメリカ倒産法における裁判所の役割――その史的変遷と現在問題」（研究課題番号：16K03402）の助成を受けた研究成果のひとつである。