

相殺契約に関する一考察(一)

石 垣 茂 光

目次

- 一 問題の所在
- 二 ドイツ法における相殺契約
 - 1 本質ないし法的性質
 - 2 類型
 - 3 要件
 - (1) 相殺契約の成立
 - (2) 法定要件
 - (a) 債権の存在・有効性
 - (b) 相互対立性
 - (c) 同種性

(d) 相殺禁止規定

(3) 処分権

4 効果

(1) 対内的効果

(2) 対外的効果

(a) 債権差押え

(b) 債権譲渡

(c) 第三者相殺

5 小括(以上本号)

三 日本法における相殺契約(以下次号)

四 若干の検討

五 結びにかえて

一 問題の所在

互いに対立する債権債務をその対等額で消滅させるという相殺は、五〇五条以下の要件を満たした上での一方面的な意思表示によって行うこともできるが、⁽¹⁾当事者の合意によってもなし得ることは広く承認されている。しかも、

相殺制度の歴史的な沿革に照らせば、むしろこのような相殺契約が先に出現してきたとさえ言われ、さらに実務においても様々な債権残額化現象・形態が行われていることからすれば、むしろ相殺契約に基づくものの方が多いと考えられる。このように、その起源においても古く、また実務においても重要な位置を占め、様々な形態において用いられているにもかかわらず、相殺契約が契約自由の原則によって当然に認められることから、法定相殺に對置され、それに従属するものとして、必ずしも十分な検討が加えられてきたとは言えない状況にある。とりわけ日本においては、法定相殺における「差押えと相殺」の問題に代表される相殺の「担保的機能」が相殺論の中心の問題とされてきたため、相殺契約もこれに関連づけて論じられ、そのため対外的効力を中心に、しかも銀行取引約定書にかかわって論じられるという傾向にあった。

すなわち、従来の議論では、まず、法定相殺の場合と同様に、一方債権について差押え等が行われた場合に第三債務者は相殺契約に基づいて相殺を對抗することができるかという対外的効の問題に焦点が当てられていた。学説はこの点につき分かれており、相殺契約の対外的効を法定相殺の第三者効が認められる範囲内に制限されるとし、相殺契約の独自の効果を否定する説から、公知性を理由に一定の場合に対外的効を認めようとする説、そして無条件にその対外的効を認める説まで多様な主張がなされている。その対立原因としては、相殺が有しているといわれる担保的機能をどのように評価するのか、相殺契約が担保権設定契約としての意味までもちうるのか、あくまで債務法的側面において弁済期等を当事者が任意に設定できるという契約自由の範疇で捉えるのかどうか、担保権設定ないし担保的機能を重視することによって物権法の要請である公示の原則とどのように調整するのか、といったことが挙げられる。しかし、このような法的性質論よりは、むしろ第三債務者を保護すべきか差押え債権者を保護すべきかという利益衡量の問題として考えられ、公示の問題もその利益調整弁として捉えられることになる。その意味では法

定相殺の対外効の問題と相殺契約によるそれとは共通の基盤に立ち、理論としては不可分との見解も主張されることによつて、⁽⁶⁾判例が法定相殺につき無制限説を採用した以上相殺契約の効力が有効なことは「論理上当然」との帰結が導かれることにもなる。⁽⁷⁾ところが、この点で判例は、法定相殺において相殺権が認められる限りで相殺契約の効力が認められるという形で展開してきており、必ずしも両者を同置して論理展開されたものとは思われないし、その意味では相殺契約に独自性を認めていないともいえる。しかし、それでもなお、相殺契約の対外効が法定相殺のそれに限られるのかどうかはやはり検討すべき問題であり、その際には相殺契約の性質論にまで立ち入った考察が必要とならう。「法原理的問題レベルでも『相殺と差押』に関する特約の問題はまだ解決されていない」⁽⁸⁾からである。

次いで、相殺契約は多くは銀行によつて行われ、しかも銀行取引約定書に基づいて行われているため、さらにこの点も議論の中心となっている。たしかに、エレガントな債権回収を目指す銀行にとつて相殺制度を有効に活用することは必須要件であるとされる。⁽¹⁰⁾しかも、租税滞納処分による差押えに対して質権などの担保物権よりも優先性が認められるに至ると、⁽¹¹⁾債権回収手段としての相殺の役割はますますその重要性を帯びていくことになる。そのため、各銀行間で独自に採用されていた取引約定書も統一的なひな型が作成され、相殺制度も整備されることになった。⁽¹²⁾ところが、銀行取引約定書に基づいて行われる相殺がいわゆる期限の利益喪失条項による弁済期繰り上げによつて相殺適状を生じさせた上での相殺であったため、約款の対外効とは別にこれが相殺契約と呼べるのかどうかといったことがまづもつて問題となり、類型論的考察も必要となった。ところが、この類型化も現象形態の異同にのみ着目されたものであり、各類型による要件論、効果論の違いについては必ずしも十分に検討されていないようである。

そうなる問題は、まず前者の点からみると、法定相殺で議論されている相殺の担保的機能が相殺契約の場合にはどのように扱われるのである。一般的に相殺契約の第三者効も「担保論」の問題に変質⁽¹³⁾し、法定相殺において認められている担保的機能が相殺契約によってさらに拡張していると捉えられるか、あるいはさらに直截的に担保設定としてまで捉えられるかという「担保的機能論」の意味付けが問題の中心をなしているのである。ところが一口に相殺契約といっても交互計算、銀行間決済、手形交換等など、債権差引現象・残額化現象が実務においては様々な形で行われている。そうすると、なにが相殺契約なのか、なにをもって相殺契約とするか、が明らかにならなければ担保的機能論自体も各類型によって異なりうる可能性がある。つまり、一方の破産に際して自己の債権回収を確実にするためのみならず、決済の洪水を処理するためにも相殺契約が行われていることからすれば、果たして一律的に相殺契約を定義付けることが可能かどうかが問題となる。さらに二当事者間での債権債務に関する契約のみならず、三当事者間にかかる債権の差引についてどのように捉えるのかも問題となるのである。

後者の観点からは、銀行取引約定書における相殺の形態が、いわゆる期限の利益喪失約款に基づいての弁済期繰り上げ・相殺適状の招来によるものであり、ここから相殺契約の類型的考察が必要となる。たしかに、合意による相殺を相殺契約と相殺予約に分け、後者をさらに狭義の相殺予約・停止条件付相殺予約・準法定相殺といった三種類に分けることは行われていたが、いずれにせよ相殺を狙ったものであり、実質的には同一の作用を営むものであることからこれらを同一に処理するとの主張が有力になされた結果⁽¹⁴⁾、期限の利益喪失条項についてなされた検討が広く相殺契約一般に妥当するかのような帰結がもたらされている。しかし、それにもかかわらず、例えば相殺の意思表示不要特約が相手方に不測の不利益を与えるが故に無効とされることと、停止条件付相殺契約が相殺契約の一類型として承認されることとの関係⁽¹⁵⁾や、相殺契約には原則として遡及効が認められないことと期限の利益喪

失約款による相殺適状の繰り上げとそれによる相殺の遡及効の関係についてなど、不明確性が残っていることは、これらの類型を今一度検討し直す必要性を示しているのではなからうか。すなわち、たんに外形的な形態面からする類型化では不十分であり、相殺契約の本質からする類型化が必要となるのではなからうか。しかも、期限の利益喪失という弁済期に関する特約と、たとえば手形の買戻請求権といった相殺に供される債権の発生に関する特約との異同も統一的に検討する必要がある。⁽¹⁵⁾

このようにしてみると、相殺契約の対外効についての検討は、法定相殺において広く認められている担保的機能を相殺契約の場合にどのように評価するかというその法的性質がまずもって問われなければならないことになる。相殺契約と法定相殺との異同、すなわち、相殺契約の場合、相殺のもつ債務消滅機能と債権担保機能をどのように捉えるかを今一度検討する必要性が生ずるのである。この点からする検討なしにはその対外効のみを論ずることはできないのではないかと思われる。また、期限の利益喪失条項と、いわゆる相殺契約・相殺予約との関係も問題となる。このようなことからすれば、いま一度相殺契約の本質を明らかにし、その概念整理をする必要があることになる。しかも、このことは現代の金融決済取引におけるネットィング、一括清算などを検討する際にも必要なことと思われる。⁽¹⁶⁾

さらには、すでに述べたように、相殺契約の対外効については一般的に銀行の行方相殺が問題とされてきたことから、銀行取引約定書の対外効と密接不可分に論じられてきた。しかし、相殺契約の対外効の問題と、銀行取引約定書のそれとは厳密に分けて論じられなければならないものであり、後者には一般的な約款の拘束力自体も問題となってくる。したがって、銀行取引約定書の文言の検討とは一応切り離した形で相殺契約の対外効を論ずるべきであり、その結果からあらためて銀行取引約定書の問題を扱うことが必要なのではないだろうか。⁽¹⁶⁾

このように、相殺契約を巡っては基本的な問題が山積している状況にある。しかし、従来この点に関するままた論稿はあまり多くないようである。戦前においては僅かに石坂博士がドイツ法における議論を紹介しながら検討を加えたにすぎない。相殺の担保的機能が重要性を帯び、議論も活発に行われた戦後に至っても、法定相殺と不可分に論じられたり、あるいはとりわけ期限の利益喪失約款について論じられ、しかもいずれにあってもその第三者効に焦点が当てられてきたようである。¹⁹⁾そこで、本稿では、相殺契約の対外効の問題について一定の方向性を見いだすための準備作業として、従来相殺契約について論じられてきたことをまとめて整理しようとするものである。すなわち、法的性質論・類型論・要件論なども今一度整理した上で、そこにおいて生ずるいくつかの問題について若干検討していくことにする。

また、その際、一方的な意思表示による相殺のみを規定し、相殺契約を一般的に契約自由の原則のもとで肯定する点で日本法と極めて近い外観を有しているドイツ法を参考にしていく。相互対立性の欠如した相殺契約を第三者相殺としてすでに十分検討されていることも参考に値するものと思われるし、日本法と同様に相殺契約の概念的明確性を指摘し、あらためて検討しようとする優れた業績が最近現れたこともその理由に挙げられる。そこで、叙述の順序としては、まずはドイツ法の相殺契約に関する概観を先に行い、それとの比較において日本法における問題を検討していくことにする。

なお、相殺契約の問題は用語の不統一がさらに混乱に拍車をかけているようである。すでに述べたように、期限の利益喪失約款が相殺予約の名に値しないと指摘されながら、²⁰⁾これを含めて「相殺予約」と呼称してその第三者効が論じられたり、あるいは「相殺契約」と「相殺予約」のそれぞれの異同がなおざりにされたままいずれかの用語のみが用いられたりしている。そこで、後に類型的考察を行うまではさしあたって一般的に当事者の合意によって

二債権が一定基準に従い互いに消滅する場合をすべて相殺契約と称しておくが、一般的な使用例にしたがって「相殺予約」と称する場合もあり、さしあたっては厳密に定義づけないでおく。

(1) 五〇五条以下の法定要件に従い、一方的な意思表示によって行う相殺は一般的に「法定相殺」と呼ばれている。これは、従来「民法上の相殺」と呼ばれていたものが、小山市三「相殺適状の要件たる弁済期到来の意義」民法一五五号(昭和三二年)一九頁や林良平「中務俊昌編『担保的機能からみた相殺と仮処分』(有信堂、昭和三六年)一六三頁によってこのように呼称し始められ、広く認められるようになったようである。しかし、この言葉はフランス民法のように、相殺適状になればなら人の行為なくして相殺が行われるという主義を指すのが本来の用法であるとされており(平井一雄「判批」金判二三五号(昭和四五年)三頁)、一般的にはフランス民法二一九〇条の「compensation légale」の訳語にあてられている(前田達明『口述 債権総論 第三版』(成文堂、平成五年)四九九頁)。また近時では約定相殺の効果を五二一条の範囲内においてのみ認め、その結果約定相殺を認めないとする立論から、約定相殺と対置する「法定相殺」という用語を用いないとする説も主張されている(清水誠「銀行相殺について——四度、相殺の担保的機能を論ず——」広中俊雄先生古希記念『民事法秩序の生成と展開』(創文社、平成八年)五七七頁)。このことからすれば、「法定相殺」ではなく、「一方的な意思表示による相殺」ないし「一方的相殺」と呼ぶ方が妥当かもしれない。しかし、慣例にしたがって本稿でも「法定相殺」の用語を用いるが、場合によっては「一方的相殺」も用いることにする。

(2) Dernburg, H., *Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuem Rechte mit besonderer Rücksicht auf preussische und französische Gesetzgebung*, 1868, S. 16. * * * Prausnitz, O., *Die Geschichte der Forderungsverrechnung*, 1928, S. 9ff; Gäbel, J.K., *Neuere Probleme zur Aufrechnung im internationalen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung deutsch-amerikanischer Rechtsverhältnisse*, 1983, S. 8 * * * 九など。一〇世紀に北欧ガザ地方に贖罪金の差引(Bußverrechnung)が行われていたとし、そしてこれが交互計算、決算取引(Skонтратiо)に承継されたとする。

(3) すでに、米倉明「相殺の担保的機能」民法の争点(ジュリ増刊、昭和五三年)二二二頁において指摘するところであり、

- 現在においても状況に変化はない(鈴木禄弥編『新版注釈民法(17)』(有斐閣、平成五年)三七三頁(鈴木禄弥・山本豊)、吉田邦彦「金融取引における民法典規定の意義・下」法時七一巻六号(平成一年)六五頁注(71))。
- (4) 第三者には、相殺契約の目的となつている債権を差押えた者、質権を設定した者、譲り受けた者が含まれ、さらには一方当事者につき法的整理(破産、和議、会社更正など)が開始された場合にも相殺契約の対外効が問題となる。ここではさしあたり民法上の問題にのみ限定し、また第三者のそれぞれの関与形態も区別しないで論述していくことにする。
- (5) たとえば、塩田親文「期限の利益喪失約款と民法五二一条」判評九三三号(判時四五〇号)(昭和四一年)一三五頁(同『銀行取引と消費者保護』(有斐閣、昭和五六年)二五六頁以下、所収)。
- (6) 四宮和夫「判批」法協八九巻一号(昭和四七年)一四四頁。
- (7) 千種秀夫「最判解民昭和四五年度上五〇事件」(法曹会、昭和四七年)四七七頁。
- (8) 林良平「銀取引約定書の効力」藤林益三・石井眞司編『判例・先例金融取引法』(金融財政事情研究会、昭和四四年)八九頁。
- (9) 吉田・前掲注(3)六三頁。
- (10) 岩崎稜「ヨーロッパにおける銀行取引法の展開」法時五〇巻二号(昭和五三年)四三頁。
- (11) 預金債権に質権を設定し、確定日付ある通知・承諾という對抗要件を備えても国税滞納処分による差押えに對抗するためには、質権が滞納税金の法定納期限より一年前に設定されなければならないが(旧国税徴収法三条。現行法では法定納期限が基準とされている)、国税の優先性はほかの一般債権者に対するものであり、これに基づく差押えによつても第三債務者の有する相殺権の行使まで制限するものではないとして相殺の對抗力を認めた最判昭和二十七年五月六日民集六巻五号五一八頁、参照。
- (12) 銀行取引約定書の成立過程に関しては、西原寛一「『銀行取引約定書ひな型』の成立」小町谷先生古希記念『商法学論集』(有斐閣、昭和三九年)一八九頁、中林哲太郎「銀行取引約定書ひな型制定の経緯と今後の問題点」堀内仁先生古希記念『銀行取引法の研究』(金融財政事情研究会、昭和五一年)七五頁、林・中務・前掲注(1)六八以下、我妻栄ほか「銀行取引約定書の検討」ジュリ二二三号(昭和三五年)一一頁、磯村哲編『注釈民法(12)』(有斐閣、昭和四五年)四六三頁以下(中井美雄)、など。

- (13) 伊藤進「差押と相殺——第三者の権利関与と相殺理論」星野英一編集代表『民法講座4』（有斐閣、昭和六〇年）四七二頁。
- (14) 林良平「相殺の機能と効力」加藤一郎・林良平編『担保法大系V』（金融財政事情研究会、昭和六〇年）五五七頁、平井・前掲注（一）五頁、好美清光「判批」金判七号（昭和四一年）五頁、吉原省三「判批」判評一〇一号（判時四七七号）（昭和四二年）一〇七頁（同『銀行取引法の諸問題』（金融財政事情研究会、昭和四八年）所収）、など。
- (15) 例えば、我妻榮Ⅱ有泉亭Ⅱ水本浩「判例コンメンタールⅣ 債権総論」（日本評論社、昭和四〇年）三六八頁（以下、『水本』と略称する）は約款内容が明らかに意思表示を不要とする場合には停止条件付相殺契約に含まれるとされ、あるいは一般的にこの類型が相殺予約の一形態として承認されているのに対し、意思表示不要特約の無効を判示する下級審裁判例（京都地判昭和三二年二月一日下民集八卷一〇二二頁、東京地判昭和三八年二月二六日下民集一四卷二二〇二八〇頁、など。反対、福岡高判昭和三九年二月二五日判タ一六二二号一〇七頁は、一般論として、意思表示不要特約が第三者を害しない以上停止条件付相殺契約は有効であるとする。）とそれと同調する見解（菅原菊志「判批」判評一〇〇号（判時四七四号）（昭和四二年）一〇四頁以下、西原寛一「三菱判決の概要とその問題点」金法三〇五号（昭和三七年）二八四頁、など）の関係。ちなみに、銀行取引約定書の相殺に関する規定につき、佐賀地判昭和三五年三月二九日下民集一一卷三三〇六一三頁は、これが停止条件付相殺契約のようにも読めるが、相殺の効力発生事由につき銀行の主観的事情にかからしめられていること、本件では被告銀行が貸金債権の支払猶予などをしていることといった個別事情により、相殺予約契約であり、予約完結の意思表示である相殺の意思表示が必要であるとする。
- (16) 塩崎勤「最判解民昭和五一年度三四四事件」（法曹会、昭和五四年）四一〇頁も同一処理に疑念を呈する。
- (17) 大西武士「非典型相殺予約と利益考量試論」法時六八卷八号（平成八年）八八頁は、従来の相殺予約が一方的相殺の要件効果を整えるためのものであるのに対し、経済取引の多様化に伴って従来の「典型相殺予約では対応しきれないようなリスク管理の必要性」が生じてきたとされる。何をもって典型・非典型とするかは問題であるが（ネットィングであれ、一括清算であれ、そこでは一方的相殺における法定要件（相互対立性、あるいは同種性）の失効を狙っていることからすれば、従来の相殺契約と変わるところがないからである）、実務における相殺契約の重要性およびその概念規定の必要性を指摘するものである。

(18) すでに、山下末人「期限の利益喪失条項」法時四一卷七号(昭和四四年)二〇頁は、銀行取引約定書に規定されている「期限利益喪失約款」がその銀行取引において用いられている目的を捨象して抽象的に議論されることの不当性を指摘している。また、北川善太郎「民法の判例と体系」法ゼ二五九号(昭和五一年)二七頁以下は、メーカー・流通業者などが継続する取引契約に相殺条項を含めた場合、国と大銀行との関係で判断されたものがそのまま適用されるかは疑わしいとし、一般的な債権者、債務者の関係でのみ相殺の予約を扱うということでは不十分ではないかと指摘される。

(19) ただし、磯村・前掲注(12)四七二頁「中井美雄」は、問題を①契約自由の原則と相殺予約・期限の利益喪失約款の関係、②差押えと相殺の優劣、③銀行取引の特殊性や実体と相殺予約制度を利用する必要性の検討という三つに分けて考察を加えているが、やはりそこでも第三者効を検討することに焦点が当てられているようである。

(20) Berger, K.P., Der Aufrechnungsvertrag, 1966.

(21) 我妻栄『新訂債権総論』(岩波書店、昭和三九年)三五八頁、御室龍「いわゆる相殺予約の担保的機能についての一考察」黒木三郎先生古希記念『現代法社会学の諸問題 上巻』(民事法研究会、平成四年)七二二頁(同『金融法の理論と実際』(信山社、平成五年)三一頁以下、所収)。

二 ドイツ法における相殺契約

1 本質ないし法的性質

相殺契約は、法定相殺による経済的効果、つまり二つ以上の債権を同時に消滅させるという結果を契約によって獲得しようとするところに意義があるとされている。⁽²²⁾ その際、法定相殺の要件が備わっていても自己の債権の存在について証明することを免れるために相殺契約を締結する場合もあるが、やはり法定相殺ができない場合にこそ相

殺契約を締結する意味がある⁽²⁴⁾。したがって、法定要件が欠如している場合、あるいは相殺が禁止される場合に相殺契約が締結されることになる⁽²⁶⁾。

このような相殺契約が契約自由の原則から認められることは当然であり、この点について疑念が差し挟まれることは決してなかった⁽²⁸⁾。

ところが、法的性質に関しては古くから争われ、現在もなお一致を見ていない。ローマ法においては一方的な意思表示による相殺が認められていなかったが、相殺契約という觀念もまた明確に認められていなかったようである⁽²⁹⁾。そこで、相殺と同様の効果を得るためには互いに免除するという契約が行われた。この相互的免除契約が現在でいうところの「相殺契約」にあたるかどうかは争われている。

普通法において、当初は、相殺契約の法的性質が弁済の観点から論じられていった。すなわち、Behmann = Holweg は、当事者の契約によって行われた相殺が短縮された弁済 (eine abgekürzte Zahlung) 以外のなものでもなく、これによって債権は弁済 (solutio) と同様に ipso jure に消滅すると主張した⁽³⁰⁾。

Brinz も、裁判外の相殺が、相殺される債権を ipso jure に、つまりなにも残さずに消滅する弁済の一種 (eine Art Zahlung) であるとして、相殺契約も含めてこのように理解した⁽³¹⁾。

さらに Krug も次のように述べる。一方当事者が自己の債務につき自己の債権をもって弁済しようと思表示し、相手方がこれを承諾した場合、この提唱者が有効に弁済し、それゆえ承諾者も自己の債務から解放されるといふフィクションを受け入れることは可能である。提唱者もこれによって自己の債務から解放されることになり、これは互いに自己に弁済しようとする場合、つまり双方向的自己弁済 (Beiderseitiger Selbstzahlung) である⁽³²⁾。

相殺契約の法的性質を弁済から見ると、簡易の引渡に類した簡易の弁済という觀念が共通認

識になっていたようである。しかし、相殺では現実の履行提供がなされず、受領も行われない以上、相殺を弁済に類して観察することには無理が生ずる。⁽³³⁾その後、代物弁済 (datio in solutum) の観点からする性質論も行われた⁽³⁴⁾が、おそらく相殺契約について明確な論述を初めて展開したと思われる Demburg は、次のように述べる。⁽³⁵⁾すなわち、契約による相殺の法的性質については、経済的にみて擬制的な相互的弁済に基づくものであることが広く承認されている。つまり、双方の債権の消滅が取り決められた場合、当事者は互いに負っている金銭をやり取りしたとみなされ、実際にやり取りするという不要な形式だけが契約によって免除されることになるからである。しかし、一方債権が無効ないし不存在だった場合、他方債権も消滅しないという結論を導くために、相殺契約は互いに独立した消滅行為ではなく、不可分契約であることを強調している。このことからすれば、その法的性質は相互的な債権消滅契約としていえるようである。

Windscheid は、この点をさらに積極的に捉え、一方ないし他方債権が放棄されることからすれば代物弁済とはならず、また、債務が消滅するからといって弁済でもないことを理由に、相殺契約は免除契約であると⁽³⁶⁾し、しかも免除に対して免除が交換される「相互的免除契約」であると⁽³⁷⁾する。このような考え方は、以後有力になっていくのであるが、これはローマ法において相殺と同様の効果を発生させるために免除契約が行われていたことの影響とも考えられる。ドイツ民法 (以下 BGB と略称する) 制定前における争いが、専ら一方債権が無効ないし不存在の場合に他方債権が消滅するかどうかであり、一方債権の消滅と他方債権の消滅が互いに結びついていくかどうか、つまりその意味で免除の無因構成との整合性にあったようである。しかし、いずれにあっても免除構成することに異論があったわけではないようである。⁽³⁸⁾

これに対し、Kipp は、免除契約が契約締結時点での債権消滅をもたらし、相殺のように遡及効が認められないこ

とから、相互の免除契約と相殺契約は区別しなければならぬとし、後者は特殊な契約であると主張する。⁽³⁹⁾

このような Kipp の指摘はその後急速に受け入れられることになり、⁽⁴⁰⁾ そのため BGB 制定後から現在に至るまで相殺契約を免除構成する立場は僅かとなり、⁽⁴¹⁾ 多くは特殊な契約、すなわち相互的な履行代用契約と捉えている。⁽⁴²⁾ そして、現在ではさらに、「相殺契約を多少なりとも決定的な『構成』に無理矢理押し込めるための動機はもはや存在しない」とし、「ある種の債務法上の処分行為である」との定義付けだけで十分であるという主張もみられる。⁽⁴³⁾ このように、相殺契約を一定の類型に組み込むことの争いから、これを無名契約として捉える立場まで主張されていることに對し、しかしいずれにあっても法的性質から一定の要件効果が決定されるわけではなく、それでは意味がないとして、最近では相殺契約と法定相殺の近似性をとくに強調して、相殺契約を法定相殺に組み込むことの必要性を説く考えも現れている。すなわち、Beber は次のように述べる。法定相殺では相殺権者の有する反対債権について処分行為が行われ、その結果として二次的に相手方の有する主債権の消滅がもたらされる。相殺契約も同様に、契約によって形成権としての法的性質を失うにもかかわらず、相互的債務消滅を目的としているがゆえに、処分行為となる。すなわち、各当事者が自己の債権につきあたかも法定相殺の意思表示をしたかのように処分することが相殺契約の合意の要素となっているのである。また、一般的に処分行為は無因となるが、相殺の場合には一方債権の消滅と他方債権の消滅が結びついているのであり、自己の債務からの解放と自己の債権の処分という目的と処分が融合している。したがって主債権の不存在などの理由によってこの目的が達成されない場合には相殺が無効となり、そもそも反対債権は消滅しない。このような法定相殺に関する理論は相殺契約についても同様に妥当する。むしろ主債権の消滅と反対債権の消滅を関係づけることは相殺契約によってさらに強化されている。当事者の意思により差引すべき双方の処分は、各当事者が相手方の給付をまさに自己の処分とみなすほどに互いに緊密に結びつい

ている。すなわち、一方当事者の出捐は「同時に相手方の出捐にとつての『代償』である」。相互授受という相互的、対立的な拘束により、相殺契約も双務契約である。このようなことからすれば、相殺契約は、処分契約、有因契約、双務契約の三つの特徴を有していることになるとするのである。⁽⁴⁴⁾

なお、相殺と類似する制度としての交互計算は「更改」であると考え、⁽⁴⁵⁾ 決算取引 (Skontration) も更改であるとされてきた。⁽⁴⁶⁾

- (22) Berger, a.a.O.(Fn. 20), S. 1; Leonhard, F., Aufrechnung gegen eine Nichtschuld, ArchBürgR 21 (1902), S. 171, 179.
- (23) RG Gruchot 64, 721 = Recht 1920, Nr. 2825; Seippel, S., Inwiefern stehen die Vorschriften über die gesetzliche Aufrechnung unter der Disposition der Parteien?, 1913, S. 12; Alf. R./Ballhaus, W./Weber, R., BGB-RGRK, Bd. II, 1. Teil, 12. Aufl., 1976, Vor § 387 Rdn. 32 [Weber].
- (24) RGRK, a.a.O.(Fn.23), Vor § 387 Rdn. 32; Förster, F./Eccius, M.E., Preussisches Privatrecht, Bd. 1., 7. Aufl., 1896, S. 585 が、法定要件が備わってなる場合に相殺契約が債権消滅を基礎とけることとするところ、RGZ 6, 255 條、法定相殺の要件が備わってなるか疑わしき場合などに相殺契約が締結せらるることなる。
- (25) Strohal, E.[Hrsg], Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd., 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., 1914, S. 521; v. Staudinger, J./Kaduk, H., Kommentar zum BGB, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1., 10./11. Aufl., 1978, S. 415; Gabel, a.a.O.(Fn.2), S. 64.
- (26) Berger, a.a.O.(Fn.20), S. 1.
- (27) Oertmann, P., Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 3. Aufl., 1910, S. 286; BGB-RGRK, a.a.O.(Fn.23), Vor § 387 Rdn. 30; Enneccerus, L./Lehmann, H., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 13. Aufl., 1950, S. 276; Larenz, K., Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.1., Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, S. 265; Staudinger/Kaduk, a.a.O.(Fn.26), S. 415; Gabel, a.a.O.(Fn.2), S. 64. 45 條 RGZ 72, 377 [378] = JW 1910,

- 229 Nr.5 = Recht 1910 Nr.854 だ、但し処分権からいふ事へ。また、多数訂事者の相殺契約について BGHZ 94, 132 [135]°
- (87) Gemhuber, J., Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2.Aufl., 1994, S. 327; Planck's Komm., a.a.O.(Fn.26), S. 521.
- (88) Windscheid, B./Kipp, T., Lehrbuch des Pandektenrechts, 2.Bd., 8.Aufl., 1900, S. 460, Fn.2; Leonhard, a.a.O.(Fn.22), S. 175. 以下に於て、相殺契約のローヤルティ及びその起源を著するものとして、Siber, H., Compensation und Aufrechnung, 1899, S. 50.
- (89) Bethmann=Hollweg, Rh. Mus. I, 1827, S. 268.
- (90) Brinz, Die Lehre von der Compensation, 1849, S. 138.
- (91) Krug, Die Lehre von der Compensation, 1833, S. 8f. und 6f.
- (92) Schwengler, G., Über die Kompensation durch Vertrag, 1897, S. 11 und 14.
- (93) 以下に於て、Römer などが著せられたりするものが、原典に触れることには注意をなかつた。なか、Schwengler, a.a.O.(Fn.33), S. 15ff. 参照。
- (94) Dernburg, a.a.O.(Fn.2), S. 590ff.
- (95) Windscheid/Kipp, a.a.O.(Fn.29), S. 460. なか、この考へ方は Dernburg と同じであるものの記述があるが、前述したものの「Dernburg 以下「免除契約」云々の言葉は用いようとする。ders, Pandekten, 2.Bd., Obligationenrecht, 2.Aufl., 1889, S. 168, Fn.3 以下について同様である。
- (96) Planck's Komm., a.a.O.(Fn.26), S. 521; Siber, a.a.O.(Fn.29), S. 51ff.; Schwengler, a.a.O.(Fn. 33), S. 17. なか、Eisele, F., Die Kompensation nach römischem und gemeinem Recht, 1876, S. 236f. だ、Windscheid の見解に従うていふ、双方の免除契約がたんに外觀上精確かつたものであるべし、内部的にも拘束されようとする、相殺契約を双務契約であるとすべし。
- (97) Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897, S. 241.
- (98) Kipp, in: Windscheid/Kipp, a.a.O.(Fn.29), S. 461.
- (99) Planck's Komm., a.a.O.(Fn.26), S. 521 だ、訂事者が通常は遡及効をもたらしうことを意図してなることから、特殊な種類の契約であるべし。

- (41) Staudinger, a.a.O.(Fn.26), S. 417.
- (42) Heinrichs, H.(Rdkt.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.2, Schuldrecht-Allgemeiner Teil, 3.Aufl., 1994, S. 1513, BGB-RGRK, a.a.O.(Fn.23), Vor § 387 Rdnt.31 は「一方債権の消滅が他方債権の消滅に依存するほど相互的な履行代用契約」とし、Enneccerus/Lehmann, a.a.O.(Fn.27), S. 276 は「債務を互いに消滅させる、つまり一方の消滅と相手方の消滅が依存している消滅である」とから「相互的な履行代用契約であるとする。なお、Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 57.Aufl., 1998, S. 454 [Heinrichs, H.] は履行代用契約とした上でさらに処分的性格も強調する。」
- (43) Gernhuber, a.a.O.(Fn.28), S. 327.
- (44) Berger, a.a.O.(Fn.20), S. 121ff. insb. 122ff., 125, 131, 133, 137f.
- (45) Dernburg, a.a.O.(Fn.2), S. 581. なお「フランス法においても更改とされていたとする点につき、青木浩子「フランス法との比較からみた倒産時における相殺の担保的機能の限界」(3) NBL五二二二号(平成五年) 四九頁以下参照。」
- (46) Windscheid/Kipp, a.a.O.(Fn.29), S. 461, Fn.5 は「AがBに債権を有し、BがCに債権を有し、CがAに債権を有している場合、AのBに対する債権とBのCに対する債権を先行して更改することによってAのCに対する債権となり、これとCのAに対する債権を相殺するものである」と説明されている。

2 類型

Seipel は、契約による相殺と相殺に関する契約を分け、後者は相殺権を変容させるが相殺自体をもたらない点で異なるとする⁽⁴⁷⁾。Oertmann も、相殺契約と相殺可能性を契約によって基礎づけることは分けるべきであると主張する⁽⁴⁸⁾。このような二分法は、その後 RGRK や Soergel/Siebert によっても引き継がれ、相殺の効果が直ちに発生するか、あるいは一定の時点で効果が生ずるかにかかわらず、意思の合致によって相殺が直接行われる処分行為としての相殺契約と、契約によって相殺権を発生させ、その後相殺の意思表示を必要とする債務負担行為としての

相殺契約に分けられている。⁽⁴⁹⁾

このような、効果発生時期を別にしても、効果発生形態からみた類型化に対し、Gernhuber は契約内容に応じて、相殺契約（少なくとも二つの債権を差引によって消滅させようとする契約）、相殺予約契約（後に相殺契約を締結することが当事者に義務づけられている契約。たとえば、交互計算）、そして相殺権限の取決め（形成権を基礎付けるものであり、その契約から直ちに債権の消滅効は導かれない。たとえば、コンチェルン差引条項）の三種類に分ける。⁽⁵⁰⁾

さらに、現在、効果面からみた二分法と内容面からみた三分法を融合させた類型化を試みているのが Berger である。それによると、相殺の法的性質から類型化を行い、古くから提唱されていた、「契約による相殺」と「相殺に関する契約」という相殺契約の二類型を、契約によって処分が行われたかどうかから再構築する。すなわち、相殺契約には契約締結と同時に処分が行われている「契約による相殺」と、相殺するための権限を与えるにすぎない「相殺に関する契約」とがあり、前者には現存する債権に関して直接効力が生ずる本来型相殺契約、現存する債権に関して条件付で相殺する条件付相殺契約、相殺すべき債権の決定を留保する留保付相殺契約、将来債権を相殺の目的とする先行する相殺契約が含まれ、後者には後の時点で相殺契約を締結する義務を生じさせる相殺予約契約、一定の条件が生ずることによって一方ないし双方の相殺権を発生させる旨の相殺権を基礎づけるための契約が含まれるとするのである。⁽⁵¹⁾

(47) Seippel, a.O.(Fn.23), S. 12f.

(48) Oertmann, a.O.(Fn.27), S. 287.

- (49) BGB-RGRK, aa.O.(Fn.23), Vor § 387 Rdn. 30; Soergel, H.T./Mertens, H.J., Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.2, Schuldrecht I, 1990, S. 1787 [Zeiss]; 同書' Gabel aa.O.(Fn.2), S. 67; Bzych, F.A., Die Konzernverrechnungsklausel, ein Skontrationsvertrag, 1969, S. 49f.
- (50) Gernhuber, aa.O.(Fn.28), S. 326; 同書' Dullinger, S., Handbuch der Aufrechnung, 1995, S. 262f.
- (51) Berger, aa.O.(Fn.20), S. 144ff.

3 要件

(1) 相殺契約の成立

相殺契約を成立させるためには、一般的には当事者の意思の合致が必要となるのは当然であるが、黙示でなされるかについては若干問題とされた。しかし、一方当事者からの相殺の意思表示に対するたんなる沈黙が相殺契約についての承諾までも意味しないが、法定相殺の要件が備わっていないにもかかわらず相殺の意思表示がなされ、相手方がこれを争わないなど、一貫した行為を行っている場合には相殺契約を受け入れたものとされる。⁽⁵³⁾

(2) 法定要件

法定要件が備わっていない場合にこそ相殺契約を締結する意味がある以上、相殺契約にとって法定要件は不要である。⁽⁵⁴⁾したがって、抗弁権が付着した債権であっても、⁽⁵⁵⁾さらには自然債務といった不完全債務をも目的とすることができる。⁽⁵⁶⁾弁済期未到来の債権も同様である。⁽⁵⁷⁾

(a) 債権の存在・有効性

すでに述べたように、普通法時代においては債権の存在・有効性についてもげら争われていた。相殺契約が免除契約であるとしても互いに結びついた契約である、つまり相互的免除契約であるとする考えは、一方債権の無効・不存在は他方債権を消滅させないとの帰結をもたらすことを狙ったものである⁽⁵⁸⁾。これに対して、ローマ法において相殺と同様の効果をもたらすための免除契約が互いに拘束されてはいなかったことなどを理由に、一方債権の無効・不存在は他方債権に影響を与えず、あとは非債弁済による不当利得が問題となるにすぎないとする説も主張された⁽⁵⁹⁾。しかし、現在では相殺契約を相互的な履行代用契約とすることでほぼ一致していることから、一方債権の不存在の場合には契約目的を達することができず、他方債権は消滅せず、したがって契約は無効になるとすることに疑いはないようである⁽⁶⁰⁾。ただし、一方債権が存在しないにもかかわらず、あえて他方債権の消滅が意図された場合には免除を構成するとも考えられ、あるいは新たな債務承認と考えることもできることから、この合意がそのように認められない限りでという制限のもとに、無効とされることになる⁽⁶¹⁾。

これに対して、将来発生する債権は相殺契約の目的とすることができ⁽⁶⁴⁾。債権発生を停止条件としており、債権が発生するとただちに債権が消滅するという停止条件付相殺契約とされている⁽⁶⁵⁾。一般的に、対象とされた債権の明確性・特定性は要求されているが、債権発生が不確実な場合であっても相殺契約は有効とされる⁽⁶⁷⁾。これも停止条件付相殺契約と呼ばれている。そうすると、債権発生が確実か不確実かを問わず、将来債権を相殺契約の目的とすることは承認されており、これは停止条件付相殺契約が契約自由のもとで認められることを理論的基礎にしているようである。そして両者を併せて先行する相殺契約と称されている。

(b) 相互対立性

相互対立性が欠如した場合の相殺（いわゆる第三者相殺⁽⁶⁸⁾）は債権譲渡が行われた場合にその例を見ることができ

る。第三者相殺が法によって認められることからすれば、債権の処分と債務の消滅が同一当事者間で生じなければならぬとする理由はないことになる。⁽⁶⁹⁾しかし、法定相殺の場合、これが無制限に認められ、相殺権限の拡張が図れるとすれば、相手方に不利益をきたすことになる。⁽⁷⁰⁾それゆえ相殺権限の有無が慎重に論じられ、質権者・差押え権者・用益権者・取立権者・信託関係の受益者について個別的に検討されることになる。⁽⁷¹⁾ただ、第三者弁済に関しては、この場合の相殺権限が明文をもって規定されているため(BGB二六八条二項)、日本法と異なり、それほど問題とはされていない。⁽⁷²⁾

これに対して、契約自由を基礎をおく相殺契約の場合、第三者相殺は一般的に認められることになる。以前は、相互対立性の欠如は相殺の本質を脱落させるから、より具体的に、相互対立性のない相殺は免除することができないこと⁽⁷⁴⁾から、あるいは債権消滅と同時に債務解放がなされることによって財産調整がもたらされ、これが公平であるとして相殺制度が認められていること⁽⁷⁵⁾から、相互対立性が必要であるとの主張がなされた。しかし、判例はこれを不要とし、学説も現在においては不要とすることで一致している。⁽⁷⁶⁾

問題は、この場合の要件として二当事者間でなし得るのか、第三者も参加しなければならぬのかということになる。いずれにしても相殺が債権の処分を意味することからすれば、契約当事者が相殺に供する債権の処分権を有していることは最低条件として必要になる。⁽⁷⁸⁾ところで、第三者相殺といってもその形態は、第三者の債務と相殺する場合と第三者の債権をもってする相殺に分けられる。⁽⁷⁹⁾前者においては第三者弁済が相殺権限を基礎づける限りにおいて一方の相殺が認められることからすれば、二当事者間の合意によって相殺することができ、第三者(債務者)の承諾は不要となる。⁽⁸⁰⁾これに対して、後者においては、第三者の債権をもって行う相殺のゆえに、当事者間の合意のほかに相殺権限を有していることが必要となり、⁽⁸¹⁾そのためには第三者の契約参加ないし承諾が必要であると

され、あるいはさらにそれらの要件が備わった後にあらためて相殺の意思表示が必要であるとの主張もある。⁽⁸³⁾

ところで、相互対立性の欠如した相殺契約として現在実務において広く行われ、販売約款や仕入約款等において広く採用されているのがコンチェルン差引条項 (Konzernverrechnungsklausel ≡ KVK) である。これは、契約の相手方が同一コンチェルンに属する他の企業に対して債権を有している場合には反対債権をもって相殺する旨の、あるいは反対に、同一コンチェルンの他の企業が相手方に対して有する債権をもって相殺する旨の約款である。とりわけ相手方の破産の場合に意味をもってくる。すなわち、相手方が破産した場合には、相手方に対して債権を有する企業が割合的な満足しか得られないのに対し、同一コンチェルンに属する他の企業がその者に債務を負っていると全額支払いを求められることになる。そこで、コンチェルン差引条項は、支払い能力のない相手方に対する債権をその者が同一コンチェルンに属する他の企業に対して有している債権と差引することによって自己の債権を貫徹させ、十分な満足を得ることができるようにするものである。⁽⁸⁴⁾ このような KVK が契約自由の原則上有効であり、しかも約款規制法 (AGBG) 九条に反するものでないことは一般的に承認されているようである。⁽⁸⁵⁾ ただその際、反対債権の明確性⁽⁸⁶⁾、他のコンチェルンによる授權⁽⁸⁷⁾、いかなる企業がコンチェルンに含まれているかの開示⁽⁸⁸⁾、さらには KVK を含む約款自体の締結が経済的に有利な立場を利用したものでないこと⁽⁸⁹⁾、一方債権に延長所有権留保が付されていないこと⁽⁹⁰⁾などが要件として挙げられている。

このような KVK が、しかし相手方の破産の場合にも効力を維持することができるかについては後述するように問題とされ、さらにその法的性質についてもこれが相殺契約にあたるのか、たんなる相互対立性を放棄する旨の契約にすぎないのかで見解の相違がある。⁽⁹¹⁾ しかし、後者であるとしてもその旨の契約は有効とされている。判例は、州が橋の建築を請け負わせた企業に対する債務と、州、国、郡の有する当該企業に対する反対債権をもって相殺す

るため、初めから相互対立性の要件を放棄する旨の特別な契約条項を有効とする。

(c) 同種性

相殺契約にとって債権の目的が同種のものであることを必要とするかどうかについては現在も争われている。⁽⁹³⁾ Gernhuber は、二つの債権にとって同じ基準は必要だが、ある分母で換算することを妨げないとして、同種性は不要であるとする。⁽⁹⁴⁾ これに対して同種性を必要とするのは、同種性が相殺の本質であることを挙げ、それが欠けた債権の相互消滅契約は代物弁済 (Eingabe an Zahlungs Statt) に関する契約であるとする。⁽⁹⁵⁾ しかし、これを要求する説にとつても、最終的には債権の消滅効を認めるため、結局この対立は同種性のない債権の消滅に関する合意をどのような名称で呼ぶかという、たんなる言語的表現の問題にすぎないと指摘されている。⁽⁹⁶⁾

(d) 相殺禁止規定

なお、法定相殺に関する禁止規定が相殺契約にも適用されるかについては、その禁止規定の趣旨に鑑み、第三者の利益保護に資するもの、あるいは強行規定によって禁止される場合には契約によっても相殺することは禁止されるが、⁽⁹⁷⁾ 相手方の利益保護に関するものであれば契約によって相殺することはできるとされる。⁽⁹⁸⁾ 前者には、例えば差押え禁止債権などがあたり、⁽⁹⁹⁾ 後者には例えば出資債務などがあたる。しかし、賃金債権の場合には、履行期到来前になされた相殺契約は法の趣旨から無効であるとされるのに対し、履行期到来後に締結された相殺契約については有効とされている。⁽¹⁰⁰⁾

なお、給料の立替払いを後の給料で差引くことはすでになされた先払いに基づくものであり、相殺ではないと考えられている。先払いしたことによる独立の返還請求権は発生せず、あくまで立替払いであるからと理由づけられている。⁽¹⁰¹⁾ また、社宅の使用料と賃金とを合意によって相殺することも、現物支給禁止に反せず、また保護に値する

労働者の利益にかかわるものではないことから有効とする判例がある⁽¹⁵⁾。

(3) 処分権

このようにしてみれば、相殺契約を行うための要件は法定相殺のそれと全く異なって考えられている。しかし、唯一共通しているのは、相殺契約によってもその契約締結者は債権に関する処分権を有していることが必要であるということである⁽¹⁶⁾。すなわち、相殺することが処分行為であると考えられていることからの帰結としての要件である⁽¹⁶⁾。

- (12) RGZ 104, 186 [188].
- (13) MünchKomm. a.a.O.(Fn.42), S. 1514; Palandt, a.a.O.(Fn.42) S. 454. なお、RGZ 41, 51 [54] 及び相殺契約の申込が一方的相殺が認められる限りにおいて「一方的相殺の意思表示」として解されることである。
- (14) RGZ 6, 253 [255]; RGZ 72, 377 [378] = JW 1910, 229 Nr.5 = Recht 1910 Nr.854; RGZ 104, 186 [188]; BGH NJW 1970, 41; Dernburg, a.a.O.(Fn.2), S. 583; Kipp, in: Windscheid/Kipp, a.a.O.(Fn.29), S. 461; Gäbel, a.a.O.(Fn.2), S. 65; Schwengler, a.a.O.(Fn.33), S. 37ff. なお、Kegel, G., Probleme der Aufrechnung: Gegenseitigkeit und Liquidität, 1938, S. 3 以下、要件不要とすることが先行する相殺契約「とりわけ交互計算、決済取引 (Skontration) 及び重大な価値を有する」と指摘する。なお、Einnecerus/Lehmann, a.a.O.(Fn.27), S. 276; BGB-RGRK, a.a.O.(Fn.23), Vor § 387 Rdn. 32 参照。
- (15) BGH WM 1968, 404.
- (16) 射行券 (Spielgeschäft) を基に「不完全債務及び肯定性を認めない」RG JW 1903, 123 Nr.4. また、OLG Dresden LZ 1914, 1920 Nr.10 を参照。
- (17) RGZ 104, 186 [188]; BGH NJW 1970, 41; BGB-RGRK, a.a.O.(Fn.23), Vor § 387 Rdn.32; Gernhuber, a.a.O.(Fn.28),

S.330f.など。

- (87) Windscheid/Kipp, a.a.O.(Fn.29), S. 460; Dernburg, a.a.O.(Fn.2), S. 594; ders., a.a.O.(Fn.36), S. 168, Fn.3.
- (88) Leonhard, a.a.O.(Fn.22), S. 175ff., insbe. 179.
- (89) BGB-RGRK, a.a.O.(Fn.23), Vor § 387 Rdn. 31; Palandt, a.a.O.(Fn.42), S. 455; Gernhuber, a.a.O.(Fn.28), S.328f.; MünchKomm., a.a.O.(Fn.42), S. 1513; Enneccerus/ Lehmann, a.a.O.(Fn.27), S. 276; Berger, a.a.O.(Fn.20), S. 225; Seippel, a.a.O.(Fn.23), S. 17, など; Siber, a.a.O.(Fn.29), S. 62. 相殺契約が相互的免除契約とするその要件は免除の可能性と満足の可能性から判断されるべきであるとして、無効な債権は満足させることができないことから相殺契約の無効を導く。古く判例では、二つの債権が相互的に消滅するのが本質であり、自己の債務が消滅しないのに自己の債権の消滅だけがめだりたることは当事者も意図してなかつたという相殺契約を締結する当事者意思から (RG Gruchot 54, 900 [902] = JW 1910, 752 Nr.10) 契約によつて有効な債権の存在を不要とすることもできるが、そのためには明示的に取り決められなければならないことを理由と (RG Recht 1914, Nr.2408) 有効な債権が存在してそのことを要件とするものもある。例えば RGZ 63, 179 [190] : OLG Dresden LZ 1914, 1920 Nr.10; RG Recht 1916 Nr.411 = LZ 1916, 535 Nr.9; RG Recht 1920, Nr.2343 ; BGH NJW-RR 1991, 744 (ただし、双方債権と存在しないという理由によつて) 参照。
- (18) Gernhuber, a.a.O.(Fn.28), S. 328f.
- (28) Enneccerus/Lehmann, a.a.O.(Fn.27), S. 276.
- (38) MünchKomm., a.a.O.(Fn.42), S. 1513, など; Siber, a.a.O.(Fn.29), S. 62. 当事者が債権の無効を知つてなした場合には雖も目的を達せしめ。
- (78) BAG NJW 1967, 459; BAG NJW 1967, 751.
- (88) RGZ 132, 218 [221] (ただし、交互計算と題して) ; MünchKomm., a.a.O.(Fn.42), S. 1513; Palandt, a.a.O.(Fn.42), S. 455; BGB-RGRK, a.a.O.(Fn.23), Vor § 387 Rdn. 32; Soergel/Mertens, a.a.O.(Fn.49), S. 1788 [Zeiss].
- (89) Oertmann, a.a.O.(Fn.27), S. 287; Berger, a.a.O.(Fn.20), S. 152; Enneccerus/Lehmann, a.a.O.(Fn.27), S. 276; Larenz, a.a.O.(Fn.27), S. 265; MünchKomm., a.a.O.(Fn.42), S. 1513; Palandt, a.a.O.(Fn.42), S. 455.
- (92) RG Gruchot 54, 900 [903] = JW 1910, 752 Nr.10; MünchKomm., a.a.O.(Fn.42), S. 1513f.; Palandt, a.a.O.(Fn.42), S.

- 455; Eneccerus/Lehmann, a.a.O.(Fn.27), S. 276; Esser, J./Schmidt, E., Schuldrecht, Bd. I., Allgemeiner Teil, 8.Aufl., 1995, S. 307; Larenz, a.a.O.(Fn.27), S. 265; Gernhuber, a.a.O.(Fn.28), S. 330; Staudinger/Kaduk, a.a.O.(Fn.26), S. 416.
- (68) Gernhuber, a.a.O.(Fn.28), S. 315 *以下*。第三者相殺とは相互的な債権債務が存在しないにもかかわらず、一方の法律行為による差引によって二つの債権を消滅させることをいうとする。
- (69) Brych, a.a.O.(Fn.49), S. 37f.
- (70) Eijen, H., Die Aufrechnung im internationalen Verkehr zwischen Deutschland, Frankreich und England, 1975, S. 23. たとえば、AがBに対して債権を有しつたとして、Aが第三者弁済としてCに対する債権と自己の有するBに対する債権とを相殺した場合、これが常に認められるとすると、仮にBが無資力になった場合にはAが優良なCに対する債権を取得するとともに、Bの債権者は優良な債権を失うことになり、Aの債権の回収不能についてBの債権者に肩代わりさせることになってしまう。これが不当なことは明らかであろう。
- (71) この点につき、一方的相殺の場合の相殺権限を検討するものとして、Kollhoser, H., Drittaufrechnung und Aufrechnung in Treuhänderfällen, FS Luke (1989), S. 721ff. がある。また、Gernhuber, a.a.O.(Fn.28), S. 318 ff. 参照。
- (72) ただし、Gernhuber は、第三者弁済によるたんなる給付可能性は相殺権限を含まず、履行引受の「給付を果たすこと」であることをからして相殺できないとする(a.a.O.(Fn.28), S. 318)。
- (73) Eisele, a.a.O.(Fn.37), S. 245f. ただし、AのBに対する債権と、BのCに対する債権をAが相殺することは可能であるとす。すなわち、BのCに対する債権がAのためにBから譲渡され、これによるBのAに対する譲渡対価(cessionsvaluta)がAのBに対する債権と相殺されるとする。
- (74) Siber, a.a.O.(Fn.29), S. 62.
- (75) Kegel, a.a.O.(Fn.54), S. 56ff. insb. 58f.; 同註¹ Seippel, a.a.O.(Fn.23), S. 32.
- (76) RGZ 6, 253 [255]; RGZ 72, 377 [378] = JW 1910, 229 Nr.5 = Recht 1910, Nr.854; RG WarmR 1912, 79 Nr.66; RG JW 1913, 264 Nr.3; RG Recht 1914, Nr.2861; BGHZ 94, 132 [135]; BGHZ 95, 188 [190]. マンチヒン差引条項について、BGH WM 1966, 651 = MDR 1966, 923; BGH NJW 1981, 2257.
- (77) BGB-RGRK, a.a.O.(Fn.23), Vor § 387 Rdn.32; Eneccerus/ Lehmann, a.a.O.(Fn.27), S. 276; MünchKomm.

- aa.O.(Fn.42), S. 1513; Brych, aa.O.(Fn.49), S. 38.
- (87) Brych, aa.O.(Fn.49), S. 48.
- (87) Börner, B., Die Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten, NJW 1961, S. 1506; Brych, aa.O.(Fn.49), S.12ff. なお、Gernhuber 氏、自己の債権債務が消滅するが、自己の所有する債権が自己の債務者に向けられた場合には、この債権譲渡が行われた場合の關係を含められるとの (aa.O.(Fn.28), S. 315)。
- (88) Gernhuber, aa.O.(Fn.28), S. 316f.; MünchKomm, aa.O.(Fn.42), S. 1513; Brych, aa.O.(Fn.49), S. 43.
- (88) Gernhuber, aa.O.(Fn.28), S. 316ff.
- (88) MünchKomm, aa.O.(Fn.42), S. 1513; Brych, aa.O.(Fn.49), S. 12ff.
- (88) Börner, aa.O.(Fn.79), S. 1506.
- (88) BGH WM 1966, 651 = MDR 1966, 923; Gernhuber, aa.O.(Fn.28), S. 324.
- (88) BGHZ 94, 132 [135]; Gernhuber, aa.O.(Fn.28), S. 325. 以下、Larenz, aa.O.(Fn.27), S. 266 Anm.89a.
- (88) Börner, aa.O.(Fn.79), S. 1506; Pfeiffer, N./Franken, P., Die Rechtsgültigkeit von Konzernverrechnungsklauseln, NJW 1960, S. 1979f.
- (87) Gernhuber, aa.O.(Fn.28), S. 325; Pfeiffer/Franken, aa.O.(Fn.86), S. 1980.
- (88) Gernhuber, aa.O.(Fn.28), S. 325; Berger, aa.O.(Fn.20), S. 221ff.
- (88) Börner, aa.O.(Fn.79), S. 1506.
- (86) Pfeiffer/Franken, aa.O.(Fn.86), S. 1980. なお、Pfeiffer/Franken 氏、原告の債権と同一の KVK を認め、原告債権と同一の KVK は無効であるとの。
- (16) KVK が相殺契約であるとの前提で、Gernhuber, aa.O.(Fn.28), S. 325; Staudinger/Kaduk, aa.O.(Fn.26), S. 418 以下。これに対して相殺契約ではなく、たんに相互対立性の要件を契約によって失効せしめるものであるとする者も、MünchKomm, aa.O.(Fn.42), S. 1514; Palandt, aa.O.(Fn.42), § 387 Rdn. 22 [Heinrich], 以下。
- (82) BGH WM 1977, 760.
- (83) 以下、Larenz のように、RG, WarnR 1911, 406 Nr.365 = JW 1911, 711 Nr.9 以下、同種性が相殺の概念メルクマールであ

り、契約によっても克服できなるとする。同様に、Brinz, a.a.O.(Fn.31), S. 150 も「異なった内容の債権を互いに消滅させるために二人の者が同一の扱ひをするならば、相殺とは認められなむ。なせなら、相殺は一種の弁済だからである」とする。不要とするものは、OLG Königsberg OLG E 12, 305; RG, Recht 1916, Nr.411 = LZ 1916, 535 Nr.9. また、BGHZ 6, 253 [255]; BGHZ 40, 115 [119]參照。

- (94) Gernhuber, a.a.O.(Fn.28), S. 329. 同様に MünchKomm., a.a.O.(Fn.42), S. 1513; Palandt, a.a.O.(Fn.42), S. 455 [Heinrich]; Staudinger/Kaduk, a.a.O.(Fn.26), S. 415.
- (95) BGB-RGRK, a.a.O.(Fn.23), Vor § 387 Rdn. 32. また, Esser/Schmidt, a.a.O.(Fn.67), S. 306 にも「同種性を有しなう債権の消滅は履行代用の承認契約によらなむ」。同様に, Larenz, a.a.O.(Fn.27), S. 265; Soergel/Mertens, a.a.O.(Fn.49), S. 1787.
- (96) MünchKomm., a.a.O.(Fn.42), S. 1513; Dullinger, a.a.O.(Fn.50), S. 261.
- (97) BGB-RGRK, a.a.O.(Fn.23), Vor § 387 Rdn. 32.
- (98) Gernhuber, a.a.O.(Fn.28), S. 332f.; Palandt, a.a.O.(Fn.42), S. 455 [Heinrich].
- (99) たいせき, BGHZ 95, 188 には「出資債務への差引を清算者が同意して行はしむるものは有効とすべし」。
- (100) BGB-RGRK, a.a.O.(Fn.23), § 395 Rdn. 3; Gernhuber, a.a.O.(Fn.28), S. 332f.; Palandt, a.a.O.(Fn.42), S. 455 [Heinrich].
- (101) BGB-RGRK, a.a.O.(Fn.23), Vor § 387 Rdn. 35.
- (102) BAG DB 1974, 1965.
- (103) Gernhuber, a.a.O.(Fn.28), S. 331; Esser/Schmidt, a.a.O.(Fn.67), S. 306; Staudinger/Kaduk, a.a.O.(Fn.26), S. 415; Larenz, a.a.O.(Fn.27), S. 265; Palandt, a.a.O.(Fn.42), S. 455 [Heinrich]; Kegel, a.a.O.(Fn.54), S. 3.
- (104) Bynh, a.a.O.(Fn.49), S. 15 Fn.43; Gernhuber, a.a.O.(Fn.28), S. 327; Larenz, a.a.O.(Fn.27), S. 265.

4 効果

(1) 対内的効果

相殺契約の効果は当事者の意思によって決められる⁽⁹⁵⁾。したがって、債権消滅効がいつ生ずるかについても自由に取り決めることができ、過去の一定の時点をさして遡及効をもたせることも自由である⁽⁹⁶⁾。しかしこのことは明示的に定められている場合であり、消滅時点が定められていない場合には原則として遡及効は否定される⁽⁹⁷⁾。

(2) 対外的効果

(a) 債権差押え

相殺契約の目的とされた債権の一方につき差押え・債権譲渡がなされた場合、第三債務者ないし被譲渡債権の債務者が差押え債権者・債権譲受人に対して相殺契約に基づく相殺を主張することができるかどうかは、法定相殺の場合と同様に困難な問題である。ところで、相殺契約の中にも様々な類型が考えられるが、その中で契約締結と同時に債権の消滅効が生ずる場合には、あたかも弁済によって債権が消滅した場合と同様に、債権消滅と差押え・譲渡との時間的な先後関係で決することになる。問題となるのは、契約締結と債権消滅との間に時間的な隔りがあり、その間に第三者が関与してきた場合である。ドイツにおいて多く争われているのは将来発生する債権に関する相殺契約の場合、つまり先行する相殺契約に関するものである。一般的には、将来発生する債権について相殺契約がなされ、その債権が発生する前に差押え・譲渡がなされた場合であるが、具体的には、ボーイが客から、あるいは代理人が取引先から直接受領したサービス料・販売代金を自己の報酬と差引し、残額のみを使用者に引渡すという取決め(減額権 *Kürzungsrecht*) が広く行われており、これと労働者・代理人の賃金債権・報酬請求権を差押えた者との争いが中心的な問題となっている。

まず、判例は、減額権に関するライヒ労働裁判所(以下RAGと略称する)の判断から展開していくことにな

る。そこにおいては、相殺に関する合意が被差押え債権発生前には効力を生ぜず、しかもその間になされた差押えがその効力発生を阻止することを理由として、あるいは差押えによる処分禁止効が主人とボーイとの間の取決めを無効とさせ、この理が差押え前の取決めにも妥当することを理由に、差押えの優先が認められた⁽¹⁰⁾。

これに対し、ライヒ最高裁判所(以下R Gと略称する)は、エージェントの報酬請求権が差押えられたことに対して、彼が取り立てた代金によって報酬請求権を減額するとの取決めが主張された事例において、これを相殺契約ないし相殺予約契約であると判断した上で、R A Gが日常生活の小取引に関する判断であるのに対して本件では国境を越える大取引に関するものであることを理由に、差押えに対する相殺契約の優先を認めた。また、そこにおいては、自働受働両債権が同一の契約に基づくものであること、差押え債権者は差押え時点での状態でしか権利を擧げできないことも理由として挙げられている⁽¹⁰⁾。

しかし、そうなると、問題は取引形態を国境を越えるような大取引と日常生活における小取引とに分け、それぞれ相殺契約の優先と差押えの優先を導くという判断枠組みの是非ということになる。R A Gの見解を引き継いだ連邦労働裁判所(以下B A Gと略称する)は、しかしこの点に触れず、新たにB G B三九二条⁽¹¹⁾によって相殺が排除される限りで相殺契約は差押えに対抗できないとし、この理は賃金に対する差押えが一定割合しか認められないとする差押えからの保護原則によってもたらされるとした。すなわち、賃金の差押えにあたって、法は差押え債権者に誠実な取扱いを要求しているが(たとえば、差押え可能範囲の制限)、それと同時に差押え債務者ないし第三債務者に対しても差押えを免れるために労働者の妻に賃金を支払うといったいわゆるなれ合いによる賃金支払契約(Lohnschiebungsvertrag)を禁止して差押え債権者を保護している。このような法思想から、賃金に関する相殺契約も差押え債権者に対抗し得ないとする帰結が導かれるとするのである⁽¹¹⁾。

このようにして、減額権についての取決めについて三九二条が適用され、これが差押え前に締結され、しかもその弁済期につき差押え後に到来するものでなく、かつ被差押え債権よりも遅れて到来するものでない場合にのみ、差押えに優先するとの見解はその後も維持されることになった。⁽¹⁰⁾

そうなると、相殺契約に三九二条が適用され、その制限に服するのかが次に問題とされることになる。この点につき、減額権が問題となった事例ではないが、連邦通常裁判所(以下BGHと略称する)は三九二条の適用を明確に否定した。そもそも三九二条は一定の要件のもと、被差押え債権につき時期的に差押え後になされた相殺による処分のみを排除しているにすぎない。しかし、差押え以前に行われた相殺契約によって、両債権の弁済期が到来し互いに対立するとただちに消滅するという方法ですでに処分がなされている。債権の消滅は取り決められた条件の発生にかからしめられているのであり、差押え後に行われる法律行為による処分に依存しているのではない。しかも、差押え債権者は差押え債務者以上の権利を主張することはできない。それゆえ、差押え債権者は相殺契約によって取決められた条件が発生するとただちに消滅する債権を差押えたにすぎないのである。このようにして、相殺契約の締結によってすでに処分がなされており、それゆえ差押え後の処分を禁止する三九二条が適用されないこと、差押え債権者は差押え時点の状態での債権を差押えるにすぎないことを理由として、差押え前に締結された相殺契約の優先を導いたのである。⁽¹¹⁾

このような、差押えの優先を導くRAG・BAGと相殺契約の優先を導くRG・BGHの見解の対立も、減額権が問題とされていない場面ではそれほど際だったものとはなっていない。たとえば、社宅の賃料を賃金から控除する旨の契約と賃金の差押え債権者との争いにつき、BAGは、三九二条が適用されるかどうかは判断しないとした上で、右契約が差押え前に締結されていること、賃料の弁済期が被差押え債権(賃金)よりも遅れるものではない

こと、さらには差押え債権者が差押え債務者以上の権利を取得できないことを理由に挙げ、右合意をもって差押え債権者に対抗できるとした。⁽¹⁵⁾ 反対にB G Hは、保険代理人の報酬請求権が租税滞納処分によって差押えられたのに対して、顧客の支払った金銭から右報酬を取り除いて残額のみを保険会社に支払う旨の取決めが争われた事例において、保険会社が自己の名で取り立て、直接自己の財産とすることが保険代理人と保険会社との契約においてなされていることからすれば、これは相殺契約ではないとして差押え債権者に対抗できないとした。⁽¹⁶⁾

このようにしてみると、ドイツの判例においては、R A GおよびB A Gが減額権に関して差押えの優先を認め、その理由として当初は差押えによる処分禁止効が差押え前の取決めにも妥当すること、ないしは処分禁止効が取決めの効力発生を阻止することを挙げ、後には三九二条によって法定相殺が認められる範囲でしか保護が与えられないとすることになった。結局、相殺契約に独立の意味をもたせないことでは一致しているといえよう。これに対し、R Gは取引形態の規模の違いに着目し、国際的な大取引であれば相殺契約の優先を承認している。しかし、B G Hは、少なくとも減額権に関しては態度が明らかでない。ただ、減額権以外が争われた場合には三九二条が相殺契約に適用されず、差押えに対する相殺契約の優先を認めている。⁽¹⁷⁾ そしてこの理をB A Gも認めていることからすれば、相殺契約と認められない場合には差押えが優先し、減額権に関しては三九二条の適用によって制限的にしか相殺契約が優先しないものの、それ以外に関しては三九二条が適用されず、差押え前になされた相殺契約の優先が認められるとするのが現在のドイツの裁判所の態度であると一応いえるであろう。

学説もおおむね、一般的に相殺契約と差押えの優劣の問題と、減額権と差押えの優劣の問題とを分けて論じているようである。前者に関しては、とりわけ三九二条が適用され、一定の要件のもとでしか差押えに優先し得ないのかどうかについて、多くは否定する。差押え債権者は差押え時点での状態、つまり相殺契約の対象とされていると

いう状態で擱取するにすぎず、差押え債務者以上の権利を主張することはできないから、被差押え債権はその発生と同時に消滅するのであって、差押え後の相殺によって消滅するのではないから、相殺契約をもってして自己の債務の質権と捉えることができるから、などを理由として挙げ、差押え前に締結された相殺契約の優先を認めている。⁽¹²²⁾そしてRGのように取引形態に応じて判断を異ならせるといふ態度についても多くは批判し、大取引のみならず小取引であっても相殺契約の優先が維持されるとする。⁽¹²³⁾なお、類型論とも結びつく問題であるが、このような相殺契約が将来債権に関するものであることから一般的には先行する相殺契約と呼ばれているものに対する結論であるのに対して、これを条件付相殺契約とした上でなおこの結論を維持するものもある。⁽¹²⁴⁾

しかし、これとは反対に、減額権に関しては、判例の流れと同様に、相殺契約の優先性を制限しようとする傾向にある。賃金差押え債権者を保護するためのいわゆるなれ合いによる賃金支払契約を禁止する旨の民事訴訟法（ZPO）の法思想から、使用者のために取り立てた金銭から自己の報酬を控除する権限を労働者は差押え後にはもはや有しない⁽¹²⁵⁾、反対債権が差押え後に発生しあるいは差押え後に弁済期が到来する場合に限り差押えの優先が求められる⁽¹²⁶⁾、あるいはそもそもその合意がいつでも自由に撤回できることから相殺契約ではないとした上で三九二条の制限に服することなどを理由として、結果的にはBAGに同調する⁽¹²⁷⁾。

このような判例学説に対し、類型論とも合わせて相殺契約の処分性から優劣を決しようとするのが Berger である。彼によると、相殺契約には契約時点で債権を処分する「契約による相殺」と、契約締結によって債権の処分は行われず、たんに一方ないし双方に相殺権限を発生させる旨の「相殺に関する契約」があり、この類型に応じてその処分の先後で差押えとの優劣を決するとする。すなわち、契約による相殺はすでに契約時点で処分が行われていることを理由に後の差押えに優先するが、これに対して契約締結によって処分が行われない「相殺に関する契約」、

つまり相殺予約契約と相殺権を基礎づけるための契約を締結した場合には、その後の差押えに優先しないとされる⁽¹²⁸⁾のである。

(b) 債権譲渡

差押えの場合と同様に、先行する相殺契約ないし停止条件付相殺契約が締結された後に一方債権が譲渡されると、被譲渡債権の債務者は債権の譲受人に対して相殺契約を主張することができるといふ問題が生ずる。ここでは差押えの場合と同じように判例は分かれている。すなわち、BAGは、賃金債権の譲渡に対し、労働者への貸付金を毎月の賃金から一定割合で控除する旨の取決めが主張された場合につき、使用者は債権譲渡を知る以前に締結された右取決めを一方的相殺と同様にBGB四〇六条の範囲内においてのみ譲受人に対抗できるとした。すなわち、反対債権を譲渡前に取得し、遅くとも被譲渡債権と同時に弁済期が到来する限りで、被譲渡債権と相殺することができるとする⁽¹²⁹⁾のである。

これに対し、BGHは、差押え前に締結された相殺契約が差押えに優先することと同じ理由から、被譲渡債権の相殺契約による消滅を債権譲渡は妨げることとはできないとした。すなわち、先行する相殺契約によってすでに被譲渡債権の処分が行われ、しかもこの処分は処分権を有する者によって行われていることから有効であり、さらにその効力発生が債権譲渡後であってもすでに取り決められた条件の発生によって生ずるからであると⁽¹³⁰⁾するのである。

同様に、一方当事者が有する債権につき包括的債権譲渡(Globalesession)がなされた場合であっても、その通知が到達する以前に相殺契約が締結され、それに基づいて差引がなされていた場合には、善意債務者保護規定である四〇七条⁽¹³¹⁾によって差引が有効であると判示するものもある。

このような判例に対し、学説は余り論じていないようである。Gernhuberは、このような相殺契約は譲渡前に締

結された場合だけでなく、譲渡後であっても譲渡を知らないことによって四〇七条の保護を受けることができる場合には相殺契約の優先が認められるとする。⁽¹³⁵⁾ また、Esser/Schmidtも、先行する相殺契約と先行する債権譲渡との競合は優先原則によって判断されるべきであるとしていることからすれば、やはり同じく時間的な先後関係によって決し、譲渡前の相殺契約が優先することになるようである。⁽¹³⁶⁾ Bergerも、「契約による相殺」の場合は、たとえ条件付相殺契約であれ、先行する相殺契約であれ、後の譲渡に優先するとしている。⁽¹³⁷⁾ これは差押えとの関係と同様に、処分の先後関係で決するものである。

(c) 第三者相殺

相互対立性の欠如した相殺契約、つまり第三者相殺が約定されていた場合につき、一方債権が差押え・譲渡された場合については余り論じられていないようである。僅かにBömerは次のように述べている。すなわち、相殺契約の締結が債権譲渡の認識以前になされていたかどうかが問題であり、その先後関係で決するとする。そもそも一方的相殺に関する四〇六条が債権譲渡の認識時という基準時における相殺の期待を保護するものであり、相殺契約に関してもその期待の有無で決することになるとするのである。そのため、弁済期の先後関係も要件となり、たとえ債権譲渡の認識以前に相殺契約が締結されていたとしてもそれだけでは不十分であり、弁済期が先に到来する関係になければならないとする。これに対して、一方債権に差押えがあった場合には、差押えが相互対立性を修正しないことから、差押え権者は被差押え債権の債権者以上の権利を取得し得ないとの原則が妥当する。そもそも相殺に関する契約が三九二条の弁済期の要件を失効させるものであり、このことはただちに差押え債権者にも妥当することになるとする。⁽¹³⁸⁾

しかし、Bömerの所論は、相互対立性のある二当事者間の相殺契約とは別に、第三者相殺に限って述べているの

ではないようである。すなわち、相互対立性の欠如した相殺契約であっても、これが相殺契約の一類型として承認されていることからすれば、これだけを別に扱ってその対外効を検討するということはなされていないのであり、他の論者もそれゆえ第三者相殺の対外効をことさら述べることをしていないと理解してよさそうである。

なお、KvK に関して、すでに述べたように、それが相手方の破産の場合を狙っているものであるにもかかわらず、破産の場合の効力に関しては争われている。判例は、破産債権者保護の見地から、破産法(KO) 五五条により、破産開始後に個々の債権者のために相殺を認めるような取決めは無効になること、一定の要件のもと破産開始前であっても相殺可能性が排除されることなどから、同条が破産開始後ないしは破産申立を知ってなしたKvKに基づく相殺に類推適用されるとして相殺の効力は排除されるとする⁽¹⁰⁹⁾。しかし、コンチェルン企業の相手方からする相殺に関してはこの条項に基づいてその効力を認めるものがあり、混乱しているようである。学説も同様に肯定説否定説に分かれている⁽¹¹⁰⁾。

(105) Ennecerus/Lehmann, a.a.O.(Fn.27), S. 276; Staudinger/Kaduk, a.a.O.(Fn.26), S. 417.

(106) Gernhuber, a.a.O.(Fn.28), S. 334.

(107) Ennecerus/Lehmann, a.a.O.(Fn.27), S. 276; Staudinger/Kaduk, a.a.O.(Fn.26), S. 417.

(108) *ーイどく* RAGE 5, 136 [139]; 5, 205 [208]; 6, 204 [206f.]; 20, 124 [127f.] = JW 1938, 3316 = ARS 34, 158 [161f.]; 唐船の船長どく* RAGE 22, 362 [364].

(109) RGZ 138, 252 [258f.].

(110) ドイツ民法の条文を、樺寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』(日本評論社、昭和六三年)より訳出しておく。

BGB三九二条「債務者が債権者に対して有する債権の相殺は、債務者が自己の債権を差押え後に取得し、またはその債権の弁済期が差押え後に、かつ、差押えを受けた債権の弁済期より後に到来したときのみ、債権の差押えに

「よって排除せらる。」

- (11) BAGE 17, 159 [162f.]
- (12) BAG NJW 1967, 459.
- (13) BGH NJW 1968, 835. この点に関する見解はすべて OLG Hamburg HansGZ 1909, 275 Nr.172 = Recht 1909 Nr.228 が述べられている。
- (14) その後の判例であるが、そのような合意がまずもって許されるものであり、とりわけ現物支給の禁止にあたらないと判示されている。BAG DB 1974, 1965 がある。
- (15) BAG BB 1959, 919 = DB 1959, 1006. 同様で、労働者への貸付金を給料から差引する旨の合意が差押え債権者に優先するもの。LAG Hamburg DB 1993, 1247 = BB 1993, 1740 がある。
- (16) BGH VersR 1970, 368.
- (17) なお、さらに詳細なものとして、村山洋介「相殺契約の第三者効について——ドイツ法を中心に——」広島法学二二巻四号(平成一〇年)二九七頁、とくに三一二頁以下参照。
- (18) ただし、下級審裁判例において、相殺契約の優先を三九二条の要件を満たしていることから導いているものがある(OLG Hamburg NJW 1952, 388)。
- (19) MünchKomm. aa.O.(Fn.42), S. 1533; Staudinger/Kaduk aa.O.(Fn.26), S. 465; Palandt, aa.O.(Fn.42), S. 457 [Heinrichs]; Grunau, M., Forderungspfändung und Kürzungsvertrag, JurBüro 1962, S. 438.
- (20) BGB-RGRK, aa.O.(Fn.23), § 392 Rdn.7; Dullinger, aa.O.(Fn.50), S. 260f. は、すべて処分されてくることその他に期待保護の理由を一切挙げていない。
- (21) Böttcher, E. Die „Selbstexekution“ im Weg der Aufrechnung und die Sicherungsfunktion des Aufrechnungsrechts, FS Schima, 1969, S. 108.
- (22) 他は、Planck, aa.O.(Fn.26), S. 535; Gernhuber, aa.O.(Fn.28), S. 332 参照。なお、このような時間的優劣決定基準に関し、Larenz, aa.O.(Fn.27), S. 265 Anm.85 44 疑念を唱えている。
- (23) MünchKomm. aa.O.(Fn.42), S. 1534; Palandt, aa.O.(Fn.42), S. 457; Trinkner, R., Lohnpfändung und

- Aufrechnungsvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. BB 1967, S. 36.
- (124) Stöber, K., Forderungspfändung, 11. Aufl., 1996, Rdn.575, S. 287. なる OLG Hamburg NJW 1952, 388 は保証金との相殺契約が条件付相殺契約とした上で差押えに優先するとしているものである。また Planck, a.a.O.(Fn.26), S. 534 は、債務者の意思表示を条件とする先取りされた相殺契約と考えることができることから三九二条の適用を排除する。なる Böttcher, a.a.O.(Fn.121), S. 108f. は、条件成就についての期待が認められる限りにおいて差押えに優先するとしている。
- (125) Palandt, a.a.O.(Fn.42), S. 457.
- (126) MünchKomm, a.a.O.(Fn.42), S. 1534.
- (127) たとえば Grunau, a.a.O.(Fn.119), S. 438 は、日常の小取引は処分的相殺ではなく、後の相殺の義務づけであるとする。同様に Stöber, a.a.O.(Fn.124), Rdn. 899, S. 469 は、労働者の取立権は相殺契約・相殺予約契約ではなく、使用者によつてつづいても変更可能な相殺取決めであることから差押えに優先しないとする。
- (128) ほかで BGB-RGRK, a.a.O.(Fn.23), § 392 Rdn. 7. なるこれに対して Trinkner, a.a.O.(Fn.123), S. 37. は、いわゆるなれ合いによる賃金支払契約が禁止されるのはその悪意性に基づくものであるのに対し、相殺の場合は労働者の賃金請求権の確実化ないし支払の軽減化を目的とするものであり、その状況を全く異にし、本条をもって差押えの優先を基礎づけることはできないとして、判例・学説を鋭く批判する。
- (129) Berger, a.a.O.(Fn.20), S. 145, 150, 153, 169.
- (130) BGB四〇六条「債権者は、旧債権者に対して有する債権をもって、新債権者に対しても相殺することができる。ただし、債権取得の時に債務者が譲渡を知っていたとき、又はその債権の弁済期が、譲渡を知った後で、かつ、譲渡された債権の弁済期より後に到来したときは、この限りでない。」(樺・右近・前掲注(110))
- (131) BAG NJW 1967, 751.
- (132) BGH NJW 1968, 835 = WM 1968, 404.
- (133) BGB四〇七条「新債権者は、債務者が譲渡後に旧債権者に行った給付、並びに譲渡後に債権に関して債務者と旧債権者との間でなされたすべての法律行為について、自己に対するその効力を認めなければならない。ただ

し、債務者が給付又は法律行為をした時に譲渡を知っていたときは、この限りでない。」(椿・右近・前掲注(10))

- (131) BGHZ 94, 132 [137].
- (132) Gernhuber, aa.O.(Fn.28), S. 333.
- (133) Esser/Schmidt, aa.O.(Fn.67), S. 307.
- (134) Berger, aa.O.(Fn.20), S. 149.
- (135) Börner, aa.O.(Fn.79), S. 1507.
- (136) BGHZ 81, 15.
- (137) BGH WM 1966, 651; BGHZ 94, 132. なお、双方ともそれぞれのコンチェルンに属している場合、破産法五五条を類推してその効力を否定する上級審判決(OLG Köln, ZIP 1995, 850)がある。
- (138) 否定するものとして Pfeifer/Franken, aa.O.(Fn.86), S. 1980; Palandt, aa.O.(Fn.42), S. 45など。肯定するものとして Gernhuber, aa.O.(Fn.28), S. 325.

5 小 括

ドイツ法においても、日本法と同様に、相殺契約は一般的に契約自由の原則のもとで有効と解されており、当事者の意思内容にしたがって要件効果が定められることになる。したがって、BGB三八七条以下の法定要件(相互対立性、同種性、弁済期の到来ないし請求可能性、相殺禁止規定の不存在)とは無関係になし得るとされている。しかし、とりわけ、債権の有効存在、相互対立性、同種性については争いがあった。将来債権を相殺契約の目的とすることは承認されているものの、現存する債権につき相殺契約がなされた場合に一方債権の不存在・無効が契約自体の無効をもたらすことが一般的に承認されている。互いに有する債権の消滅を意図して取決めがなされるから

である。したがって、互いに有する債権が有効に存在することは最低限の要件とされるが、それ以上に相互対立性ならびに同種性に関してはこれを不要とするものようである。ただし、相殺が自己の債権の処分を含むものであることから、いずれにせよ契約当事者が処分権を有していなければならないとすることは当然の要件とされている。

このように、要件面での大幅な緩和は、しかし相殺契約の概念マルクマールを不明確にすることは否めない。二個以上の債権を合意による評価基準に従って同時に消滅させる場合がすべてこれに含まれることになり、相互的な免除契約や代物弁済契約との異同、あるいは交互計算や決済取引 (Skontration) との関係などは、曖昧なものとなってしまう。

このような法的性質論の曖昧さは相殺契約の第三者効の問題についても影響を与えることになり、差押えや債権譲渡が行われた場合についての相殺契約の優先性について統一的な基準を設定することが困難となっている。

そこで Berger は、相殺契約の法的性質を処分契約、有因契約、双務契約であるとした上で、とりわけ処分性に焦点を当て、これを基準として第三者効を秩序づけようとしている。すなわち、処分が契約時点ではなされている「契約による相殺」にあつては後の債権差押え・譲渡に優先し、処分が契約時点ではなされていない「相殺に関する契約」では差押え・譲渡に優先しないとの結論を導くのである。この見解は、従来あまり強調されてはいなかった処分性を浮かび上がらせるとともに、これを基軸とした体系を構築する点で、十分参照に値するものと思われる。

(未完)