

《判例研究》

ドイツ倒産法判例紹介（二）

森

勇

倒産を原因とする解約約定の効力

——わが国の判例・学説との断層——

紹介判例

- 〔1〕連邦通常裁判所第七民事部（建設事件担当）一九八五年九月二六日判決
- 〔2〕連邦通常裁判所第四民事部（破産事件担当）一九九三年一月二一日判決

はじめに

(一) 問題の所在

いまだ相手方より契約の履行をうけていない契約当事者にとって、その相手方がいわゆる「倒産」に落ちいることは、「最悪のシナリオ」であることは言うにおよぶまい。そもそも倒産となれば、一般的に契約の履行確保は、著しく困難ないしは不安定となるが、さらに破産・会社更生手続が始まると、契約を継続するかそれとも終了させるかのヘゲモニーを、破産法五九条ないしは会社更生法一〇三条により、管財人に握られてしまう。その結果、契約関係の先行は不透明となり、その契約上の地位は不安定なものとなってしまふからである。したがって、契約、わけても継続性をもつものの締結にあたり、相手方が倒産した場合には、このような事態を回避できるようにしておく。つまり、契約を直ちに終了させ、既存の債権債務関係をなるべく自己に有利なように清算・決済できるようにしておこうとするのは、少しでも危機管理の意識をもつ契約法務担当者なら、しごく当たり前の対応である。倒産、すなわち、支払不能ないしは停止の発生、あるいは倒産申立て、はたまた倒産手続の開始を解約原因と約定し(倒産解約特約)、そしてその際の清算・決済を定めた約定(決済特約)を契約中にもりこむことがこれである。

もっとも問題は、果たしてこのような特約は、倒産処理の理念からして是認されるか。すなわち、これは、円滑な倒産処理、わけでも更生を阻害し、そしてまた破産法五九条、会社更生法一〇三条の管財人の選択権を間接的に侵害するものであり、債権者の平等を害するものとの烙印を押され、その効力は否定されることにならないかであ

る。ちなみに、倒産解約特約は、解除・告知権といった形成権を認めるかたちのものもあれば、倒産を停止条件として当然に契約が終了とするものなど、その法的構成には多様なものがありうるが、いずれによったかということ、その約定の効力が左右されるものではあるまい。通常は「破産条項」と表記されるのに代えて、ここでは「倒産解約特約」と呼ぶゆえんである。

(二) わが国の判例・学説の概況

(イ) わが国の判例をみると、最判昭和五十七年三月三〇日(民集三六卷三号四八四頁)は、その実態は担保権である所有権留保売買契約に関し、「買主たる株式会社に手続開始の申立て原因となるべき事実が生じたことを売買契約解除の事由とする旨の特約は、債権者、株主その他の利害関係人の利害を調整しつつ窮境にある株式会社の事業の維持更生をはかろうとする会社更生手続の趣旨、目的(会社更生法一条参照)を害するものであるから、その効力を肯定しえないものといわざるをえない。」とする。この判例は、会社更生法に関するものであるが、破産などその他の倒産手続にかかわる場合でも同様としてよい(竹下守夫「本件判批」判タ五〇五号二八一頁)は一つ問題である。また、この判例の射程におさまる契約については、広く継続的契約一般にも妥当するものと解するもの(伊藤眞「本件判批」民商八七卷五号)、リースにまでその射程はおよばないとするもの(竹下守夫「本件判批」判タ五〇五号二八一頁)にわかれている。なお、下級審には、このような特約は、「会社更生手続開始を予想し、その申立てと同時に、本来更生債権となるべき債権者の申請外会社に対する本物件についての代金債権を更生手続外で一方的に回収することを目的としていることは明か」であり、これを認めることは、「他の更生債権者等との均衡を

著しく失するうえ、申請外会社の事業の維持更生に必要な財産を会社外に流失させて会社更生法の前記目的を害することになる。」として、前掲最判とはほぼ同じ理由づけの下、継続的売買契約に付せられた倒産解約特約の効力を否定する裁判例がある(東京地決昭和五五年二月二五日・判時一〇〇三号一二三頁)。

(ロ) 学説はどうか(学説の概況と文献の詳細については、田邊誠「解約権留保特約の効力」判タ八三〇号二六三頁以下参照)。否定説が多数を占めるとされている。もっとも大方は、標準を所有権留保売買にあてたもので、先の最判の評価にもみられるように、その他の倒産手続の場合についてはどうか。また契約一般につき否定されるのか、それとも個別契約ごとで異なってくるのかということになると、いずれが多数説なのかは、必ずしもはっきりしてはいないように思われる。加えて、原則として否定説に立ちつつも、解約特約の効力を認めてもよい場合もあるとする見解も多いし、あるいは、担保提供・支払条件変更要求から解除までのバラエティーをもつ、不安の抗弁を認めるべきだとの見解も有力である(伊藤眞「継続的供給契約と倒産処理」債務者更生手続の研究(一九八四))。なお、肯定説とされる学説は(所有権留保の実証的研究(一九七七)三〇三頁、三四三頁)、所有権留保売買プロパーの議論であり(竹下・前出二七九頁)、契約類型を問わず、解約特約を一般的に有効とするものではない。

(三) ドイツの判例の概況

ドイツにおいては、まずは一般的に、倒産解約特約は有効かが問題とされている。もっともこれに関する判例とされているのは、建設工事契約に関する判決である。本紹介では、文献において倒産解約特約の有効性とその効果に関する判例として引用され、その意義について争われている二つの連邦通常裁判所判決をとりあげる。ちなみ

に、これらの判決まで、倒産解約特約に関する判決がなかったわけではない。判例「一」として紹介する一九八三年の判決で引用されている一九二六年のライヒ裁判所の判決 (RGZ 115, 273) はその一例である。もっともこの判決は、借主破産の場合に、貸主に解除権をみとめる破産法一九条に關し、損害賠償特約を有効としたものであり、解約特約自体の有効性を肯定したものではない。引用されているのは、「破産債権者は、破産者が従前結んでいた契約を、それが経済的にみて不利益なものであっても、契約自由の枠内で結ばれたものであれば、そのまま受け入れなくてはならない。」というその理由付けの点で、解約条項を許容する根拠と相通じるものだからであろう。この他にも、解約特約の有効性に言及するものとしては、一八八六年の判決 (JW 1886, 132) や一九〇四年の判決 (JW 1904, 556) があるが、いずれも傍論であつたり、先例を誤解したものであつた。また連邦通常裁判所の時代に移つてからも、これまた判例「一」においても述べられているように、建設事件担当の第七民事部はそこで問題とされた建設発注要綱B章 (国等が建設発注する際の標準請負契約書とでも言うべきもの) 八条二号の倒産解約特約の有効性を前提にした判断を下してはいた。もっとも、いずれも当然のこととしたように何等の理由も付されてはいなかつたし、あるいはまた破産事件担当部のものはなかつた。ここで紹介する二件の判決が、連邦通常裁判所の判例とされるゆえんである。

二 紹介判例

(一) 連邦通常裁判所第七民事部 (建設事件担当部) 一九八五年九月二六日判決

〔判旨〕

請負人が支払を停止し、和議を申し立て、あるいは破産したときは、注文主は、契約を解除して損害賠償を請求できるとする一九七三年制定の建設発注要綱B章 (Verdienstordnung für Bauleistung Teil B) 八条二号は、破産法一七条に反せず、したがって有効である。

〔事案の概要〕

原告Xは、A会社の破産管財人である。被告Yは、一九八二年に、後に破産したA会社に、請負代金二二八五七五・七一マルクで、建築予定地の造成等の工事を発注した。この契約では、条件等は建設発注要綱B章によるものとされていた。一九八三年二月二八日、A会社に対して破産宣告がなされたが、工事の大部分はまだ終わっていない。Xは、契約を完全に行うことを求めた。これに対し発注者のYは、一九八三年三月一八日付けのA会社宛の書面により、建設発注要綱B章八条二号に基づいて契約を解除(告知)し、この書面の写しは、一九八三年三月二一日にXに到達した。Yは、Xに対し、工事を中断し、そして不履行に基づく請求額の損害賠償を支払うよう求めた。

一九八三年四月一五日、XはYに対し、最後の請求は、残りの五五〇六・八〇マルクとなる旨を通知した。これに対しYは、(その額は後に明かとされたものであるが)三八二七・三七マルクの損害賠償請求権と相殺するとし、差額一六七九・四三マルクに利息を加えXに送金した。

Xは、支払われなかった三八二七・三七マルクとその利息の支払を求める訴えを提起。地方裁判所は、Yが損害とする費用の一部は損害にあらず、その分の相殺は不当とし、六一・七七マルクとその利息については認容した

が、残余の請求については、請求を棄却した。Xは控訴したが、控訴が認められたのは、利息についてのみであった。控訴裁判所の上告許可に基づき、Xは上告したが、第一審および控訴審において請求棄却とされた三七六五・六〇マルクとその利息については、上告棄却。

「理由」

I

控訴裁判所は、解除は有効として、金額については争いのない最終の請求額と、建設発注要綱B章八条二号に基づく不履行を理由とする損害賠償請求権三七六六・四〇マルクとの相殺を認めた。

控訴裁判所はこの際、原告Xの主張するところとは反対に、建設発注要綱B章八条二号は、「公序無効を規定する」訳者注」民法一三八条とあいまった破産法一七条との関係では有効であると判断した。すなわち、「解除自体に関する限り、このことは、注文主は、完成まではいつでも解除することができると規定する民法六四九条一文の実体法上の基本規定からしてすでに明かである。建設発注要綱B章八条二号に基づく解除の法的効果が、民法六四九条において規定されているものとは異なっていることは、このような約定の有効性を損うものではない。なぜなら、契約によって、破産の場合に備えた注文主の補充的な請求権を定めておくことは許されるものだからである。

破産法一七条に定められている破産管財人の選択権は、破産管財人と破産債権者が、破産者が締結した契約をそのまま受け入れなくてはならないとすることで、その意義を失ってしまうものではない。

建設発注要綱B章八条二号はまた、「公序良俗に反するかたちで一方当事者にとり不利となる約定を禁じる」訳者注」普通取引約款法九条にも反しない。なぜなら、請負人の破産は、受注者の領域に帰すべき、一つの重要な解

除原因だからである。

したがって、相殺は認められる。なぜなら、被告Yは、その額の点では証明されている(そして今では争いのない)請求権を、破産配当割合の範囲内のみではなく——解除を解除条件とした請求権として——、その全額につき、相殺により主張することができるからである。」と、控訴審は判示したのであった。

II

以上の控訴審の判断に法的違法はない。

[1] 上告人もまた認めるとおり、当部はすでに、多くの判決において、建設発注要綱B章八条二号は、破産法一七条により法律上禁止されているものではなく、したがって有効であるとしてきた(Urteil von 30. Mai 1963—VII ZR11/62=BB 1963, 1076=WM 1963, 964, 965; Urteil von 25. Oktober 1971—VII ZR165/69=BB 1972, 515=WM 1972, 1474; BGHZ 68, 379, 381)。この立場は、従来詳しく理由づけられてはいなかったが、当部はこれを維持する。

(a) もっとも、建設発注要綱B章八条二号は、民法一三四条とあいまって破産法一七条に照らすと無効であるという見解が、近時では主張されていることは、これを上告のよりどころとすることができる(Roseberger, Baur 1975, 233. マーゲン地裁の判決 (Baur 1979, 150=Schäfer/Finnern/Hochstein Nr. 1 zu SS8Nr. 2 VOB/B [1973], Hochstein による反対である旨の評釈つき)はこれにしたがうものである。Böhlestamschröder/Klinger, KO 9. Aufl. § 17, Anm. 8; Jäger/Henckel, KO 9. Aufl. § 17 Rdz. 214. 基本的には同旨。これは、契約の始末を破産管財人にゆだねることを注文者に期待することには——例外的に——無理がある場合のみ、建設発注要綱B章八条二号に基づく解除を認める)。

このような見解の主たる根拠は、この種の解除権は、強行的なものとして破産管財人に認められている破産法一七条に基づく選択権を妨げるものであり、したがって、破産の場合、すべての債権者を等しくあつかわなくてはならないという原則に反するという点にある。

(b) このような見解に対しては、わけても Heidland (Heidland, Baur 1975, 305; 1981, 21) が反対している。Heidland と彼にしたがう支配的見解 (デュッセルドルフ上級地方裁判所 Baur 1982, 166, 167; Ingenstau/Kornbion, VOB 10. Aufl. § 8 VOB/B Rdz. 17; Nicklisch in Nicklisch/Weick. VOB/B § 8 Rdz. 15; Heermann/Riedl/Schwaab, VOB 3. Aufl. B § 8 Rdz. 13; Werner/Pastor, Der Bauprozess 4. Aufl. Rdn. 922; Kiesel, VOB—Teil B § 8 Rdn. 8) は、わけても次の点に切り結んだものである。すなわちそれは、破産管財人は、破産が開始した時点における内容のままで、すでに破産者により締結されていた契約を受け入れなくてはならないという点である。これに加え、(専門知識、仕事の能力、信頼性といった) 受注者の人的資質は、特に建設契約では、発注者にとって非常に大きな意味をもっており、すでにこのことからして、その意に反して破産管財人との契約継続を発注者に期待するには無理があるというのがその理由である。

(c) 当部もまた、この見解を正当と考える。すでに控訴裁判所がこの点に関して指摘したように、そもそも発注者は、破産の場合に契約を解除できるかということが、ここでの問題の核心をなしているというわけではさしてない。すなわち、このような解除権は、すでに、破産開始によってその適用が妨げられるものではない民法六四九条(建設発注要綱B章八条二号はこれと同じことを規定したものである) からして認められる。問題はむしろ、建設発注要綱B章八条二号が定めている解除の法的効果が、果たして破産ということと調和するかである。当部はこれを是とする。

この際決定的なことは、後に破産者となる者とその契約相手に対して、受注者破産の場合には、発注者に対し解除権とそれにとりもなう残余の請負の不履行を理由とする損害賠償請求を認める約定をなすことを禁じる規定は、なにもないことである。確かに、このようなやり方を認めると、破産財団の状況は——「注文主の損害賠償を認めていない」訳者注」民法六四九条の場合と比べ——より悪化する。しかしながらこのことは、先のような合意の有効性を否定するものではない。すなわち、破産者と第三者が破産に先だって行なった、財団にとって不利となる合意は、つとに「否認権を定める」訳者注」破産法二九条以下における規律が示しているように、直ちに無効であるということではない。しかし、否認権が認められず、そしてまた、その他の（たとえば民法一三八条の公序良俗違反といった）無効原因もないときは、破産管財人は、財団の内容（つまり、双方未履行にある契約）を、それが破産開始の時点であった状態において受け入れなくてはならないのである（RGZ 115, 271, 273, 274, BGHZ 24, 15, 18, 44, 1, 4, 56, 228, 230, 232 も参照のこと）。本件はその場合である。

Xが、Yによる契約解除に先立って、破産法一七条に基づくその選択権を行使して、履行を求めたということ、は、ここでは関係ない。建設発注要綱B章八条二号によりYに与えられた契約上の権利は、破産管財人がどのように判断したかによって左右されることはない。なぜなら、破産管財人もまた、破産でもその効力が維持される約定の枠内においてのみ、その権利を行使できるにすぎないからである（Heidland, BauR 1981, 21, 28 参照）

2)略

〔3〕建設発注要綱B章の個々の規定は、原則としては、「信義則に反して、妥当性をかく不利益を相手方に与える普通取引約款条項を無効とする普通取引約款法九条の「訳者注」妥当性の審査には服するものではないにもかかわらず（当部の判例である。BGH 86, 135, 141/143）控訴裁判所は、建設発注要綱B章八条二号の約定の有効性を、

普通取引約款法九条の観点からも検討を加えているが、このことは、別にどうでもよいことである。

[4] 被告Yが、建設発注要綱B章八条二号に基づくその権利を主張することは、審議誠実の原則に反するという主張は、原告Xからはなされていいない。そしてまた、これをうかがわせる事情はなにも明かとなっていない。

この際注意すべきは、建設発注要綱B章八条二号において規定されているところは、建築契約は、例外なく、発注者と受注者間の一定の信頼関係を前提としているという事実を顧慮したものだということである。発注にあたっては、作業能力と信頼性が大きな意義をもつ。このような信頼の基礎は、受注者の財産状況の悪化、わけてもその破産により、まずすべての場合で揺るがされてしまうということは、明かである。破産管財人は、多くの場合、企業の継続に必要な専門知識を欠いており、そしてまた、専門知識をもった人員は、すぐに他の職場をえることになるということを無視しても、発注者は、清算されることになる(破産法一一七条)企業が、果たして建築瑕疵の瑕疵担保責任を充分果たすことができるか、心配して当然である(この点については、Heidland, BauR 1981, 21, 30/32が詳しい)。

債務者が危機にあるときは、原則として、その給付能力の問題が生じるので、建設発注要綱B章八条二号に基づき発注者が契約を解除したときは、いまだ行われていない仕事の不履行を理由とする損害賠償請求権を発注者に認めることもまた正当である。この限りでは、発注者が、請負人の責めに帰すべき重大な事由に基づいて請負契約を解除する場合(Glanzm., BGB—RGK 12 Aufl. § 649 Rdn 17/20 (その他の文献付)を参照)と同じであり、ただ、損害賠償請求に必要な過失については、ここでは、特別の契約上の規律により別に定められているだけのことである。

したがって、建築発注要綱B章八条二号の規律は、保護に値する発注者の利益、そしてまた実際上の必要にもか

なうものであり、発注者がその解除権を行使したのは権利濫用にあたるとするためには、常に特別の事情がなくてはならないのである (Heidland, Baur 1981, 21, 34/35 (その他の文献付) を参照)。しかし、この点については何等の主張もなされていない。

〔5〕 被告Yは、破産宣告前にすでに解除条件つきで成立していた——もはやその金額の点については争いのない——その損害賠償請求権をもって、管財人の残金債権に対し、その全額をもって相殺を主張することができる (当部の判決 BGHZ 68, 379, 382 (その他の参考文献付) 参照)。上告人もまた、損害賠償が認められるならば相殺が認められることについては問題としてはいないのである。

(二) 連邦通常裁判所第四民事部 (破産事件担当) 一九九三年一月一日判決

〔判旨〕

〔1〕 一方当事者が破産したときは、その当事者に対し、法定の効果以上でかつ契約目的の達成にとり必要とはされないような財産上の不利益をかす包括的契約は、その限りにおいて否認の対象となる。

〔2〕 ある契約が、そのうちの一つの条項が債権者を害するということのみで否認されるときは、その条項のない契約が結ばれたとして、その償還はなされなくてはならない。

〔事案の概要〕

破産者となったA有限会社は、被告となったY市と、次のような契約をかわした。すなわち、Y市はA会社に対

し、ラジオ・テレビ放送のための高帯域電波施設（以下、ケーブル放送施設）を設置し運営するために、公道の地下部分を利用することを認可し、これに対してA会社は、契約締結より三年以内に施設を完成させ、契約対象地域に住む関心ある住民に、ケーブルを接続する義務を負うという契約（認可をともなう契約）であった。電波受信施設は、Y市が提供するふたつの土地の上に設置されることとなっていた。契約期間は一五年であり、A会社は、二回に限り、五年の契約更新をすることができるとされていた。契約終了後の処理については、次のように定められていた。

「規定 3・1・2

A会社が契約の継続を望まないときは、ケーブル放送施設は無償でY市の所有に帰す。Y市の求めがあるときは、ケーブル放送施設の受信施設およびその他一切の地上施設を撤去しなくてはならない……。

規定 3・1・3

(1) この契約の期間満了後五年以内に、Y市が契約の継続を希望せず、そして自らまたは第三者をして施設を運営しようとするときもまた、ケーブル放送施設はY市の所有に帰す。ただしこの場合には、Y市はA会社に対し、市場価格に基づく適正な補償金を支払うものとする。

(2) Y市が、自らあるいは第三者をして施設を運営することを望まないときは、規定3・1・2を準用する。
規定 3・3

特別の解除（告知）

(1) 重大な事由のあるときは、双方当事人は直ちに契約を解除することができる。わけても次の場合には、この重大な事由がある。

a 一方当事者が、適切な期間を定めた催告があつたにもかかわらず、この契約に基づくその義務を履行しないとき。

b A社の財産について破産手続が開始し、あるいはA社が自ら和議手続を申し立てたとき。

c A会社の財産に対し、その存在を脅かすような強制執行がなされたとき。

d A会社が、違法かつ継続的に、契約した利用者に対するその契約上の義務に違反したとき。

e 個々の利用者が、月額料金が一〇パーセント以上値上げとなったことを理由として、A会社との契約を解除する権限を有することとなったとき。

(2) 重大な事由に基づいて契約が解除されたときは、規定3・1・2を準用する。」

規定3・4によれば、破産者となったA会社は、Y市の同意をえて、本件認可契約に基づく権利・義務を第三者に譲渡することができる。A会社が、譲り受け第三者の財政的および技術的給付能力を証明したときは、Y市は同意を与えなくてはならないとされていた。施設は、総額で約一三〇〇万マルクであった。A会社は、仕事を始め、中でも、A会社のために人的地役権が設定されたY市の土地に、受信施設が設置され、地下ケーブルネットの埋設がはじまった。一九九〇年の初め頃、A会社は和議手続の開始を申し立てた。一九九〇年四月二日、A会社の財産について牽連破産が開始し、原告Xが破産管財人に任命された。一九九〇年八月二日、Y市は、この契約をその規定3・3にしたがって即時解除し、認可をともなう契約の規定3・1・2を根拠として、すでに施工済みの施設を引き取った。その後施設は、施工済み部分を評価した上で、他のB会社にまかされた。一九九一年四月一日に提起され、Y市には、同月一日に送達された訴えをもって、破産管財人であるXは、首位請求として、施設の価格として、自らの評価に基づき一四七六四一七・九九マルクをY市に請求し、第一次予備的請求として、施設自体

の返還、また、第二次予備的請求として、Y市が、新たに運営にあたることになったB会社に対して有している引渡し請求権の譲渡、さらに第三次予備的請求として、認可をとまなう契約の継続を求めた。

第一審、第二審とも請求を棄却した。これに対し上告審はXの上告をいれ、首位請求自体を認容。

〔理由〕

A

.....略.....

B

控訴審が認定したところによれば、原告Xは、一九八九年六月一三日の認可をとまなう契約を、いずれにしても破産法三一条一号「故意否認＝訳者注」により否認できる。

I

本契約は、施設が「補償なしに」被告Y市の所有に帰すとするその3・1・2の定めがある点で、破産者A会社の破産債権者を害するものであった。この詐欺は、契約の3・3の一項および二項の規律に基づき、否認の問題となる。すなわち、この規律によれば、被告は、設置者であるA社の財産について倒産手続が開始しさえすれば、契約を解除し、これに基づき3・1・2の規定が定める効果を生じさせることができる点である。破産債権者が害されることになるのは、破産財団が、否認の対象となる行為により減縮されてしまった場合、つまり、破産債権者の満足の可能性が、問題の行為がなければ、経済的にみてより有利となった場合である（BGH, KTS 1960, 55 = WM 1960, 377 [379]; 前掲の判決 KTS 1989, 661 = ZIP 1989, 785 [786] その他の文献の引用付）。破産法

三一条一号においては、単に間接的な加害で足りる。すなわち、不利益が、問題の法律的行为がなされた後、たとえばY市の解除といったその他の事情がこれに加わって、はじめて実際に発生するものであってもよい(すべてに代わり、Kliger, KO, 15, Aufl., § 31 Anm. 6 参照)。

[1] ここで問題となっている約定がなかったとしたならば、Y市が解除した場合には、規定3・1・3が適用されることとなった。つまり、破産者A会社は、Y市に対し、施設に対する市場価格に基づく適切な補償を請求することができるとはではない。

(a) 被告Y市が、自らあるいは第三者をして施設を運営しようという予定のない場合にも、補償はなされないとするこの規定の二項の例外にはあたらない。Y市は、この規定の意味において、第三者にこの施設を運営させている。他の企業が、Y市の了解の下、破産者A会社が設置した施設またはその一部を自己のために使用して運営するならば、それがいかようであれ、この規定に該当する。Y市の見解とは異なり、第三者がY市の計算または指示に基づいて運営することは必要ではない。このことは、事実審裁判所がその見解を示さなかったために、当部に委ねられたこの約定の解釈からわかる。重要なのは、契約約定内容の相互関係である。規定3・1・2の約定は、運営企業(ここでは破産者A会社)が契約を継続する意思のない場合、つまり、施設を利用するつもりがない場合に関するものであるが、これに対して規定3・1・3は、企業にはその意思がないのに施設の利用を放棄しなくてはならない場合を対峙させている。この場合には、企業には、それによってなされた先行的な仕事、ケーブル放送施設の運営のためにその後も利用される限りにおいては、適切な補償金が認められることとなっている。地方公共団体たるY市自らが、直接あるいは間接的に新たな運営主体になったかどうかは、ここでは重要ではない。地方公共団体が契約によって達成しようとした目的、つまり、住民が幅広く放送を受信できるようにすることが、Y市の同意

の下、破産者A会社が設置した部分を使って達成されればそれで足りる。このように解釈しても、Y市が特段の経済上のリスクを負うことにはならない。なぜなら、Y市がなすべき「適正な」補償は、建設費に相応するものではなく、次のような市場価格を基準に算定されるものだからである。すなわちそれは、施設が、まさに施設を引き受けた者にとって客観的に有し、したがってこの者からY地方公共団体に対し当然支払われることになる価格である。これに対し、Y市が主張するこれとは反対の解釈をとると、契約中の規定3・1・3の約定の適用は、実際にはありえないことになってしまう。なぜなら、Y市は、自ら表明するところによれば、ケーブル施設を自らの指揮の下で整備し、そして運営する気はないとのことだからである。Y市主張のような解釈は、「契約は、取引慣行を考慮しつつ、信義則にしたがって解釈すべしとする」訳者注「民法一五七条に反するものである」。

(b) ここで基準となっている約定(規定3・3があげる解除原因のb)がなければ、被告Y市は、それが行使した解除権を有しなかったはずである。Y市は、破産者A会社が、法的に重要となるかたちでその義務を履行しなくなるまで待つてはいなかった。このような要件がみたされるかは、建設期間が予定では三年にわたることに照らすと、はっきりしてはいなかった。破産管財人たる原告Xは、自身で、仕事を継続することを考えることができたし、あるいはまた、Y市が後にしたように、契約の3・4に予定されているような契約上の権利・義務を第三者に譲渡するという方法を用いることもできた。破産開始後一ヶ月以内にXがこれをしなかったという事情は、そのみではこの点にとって重要性をもたない。さらに、Y市は、その主張するところとは異なり、破産者A会社の補償請求権を消滅させてしまうことになる、施設の撤去請求権を有しなかったはずである。そもそも地下の部分については、撤去請求権は認められていなかったのである。契約の規定3・1・2の二文において、Y市の裁量によるとされている地上部分の撤去請求権は、Y市が自ら契約を継続することを望まないが(規定3・1・3の一項)、施設

を第三者に運営させる(規定3・1・3の二項)場合には、やはり認められないとされていたのであった。

(c) 控訴裁判所は、原告Xの主張にしたがって、破産者A会社とした給付は、いずれにしてもその後の運営にあたる者にとって何らかの経済的価値を有していたと認定した。上告手続においては、これを前提にしないでならない。ここで問題になっている約定がなかったとしても、あるいは法律状態について適切な認識をもっていたとしても、もしかしたら解除したかもしれないという問題は、関係がない。実際にY市は、債権者を害する約定を結びそれを利用したのであった。このような現実の原因との因果関係は、単なる想定上の事実経過によって排除されることはない(BGH 104 355 [360] = KTS 1988, 765; 当部の判決 KTS 1993, 287 = WM 1993, 476 [479]; KTS 1993, 667 = WM 1993, 1729 [1732] 参照)。したがって、Y市主張の見解とは異なり、はたして破産者A会社は、本件の認可をとまなう契約がスムーズにいけば、実際に利益をえたかどうかともまた関係がない。

〔2〕 規定3・1・3の約定にしたがえば、Y市が破産者A会社に対し負うことになる金額の範囲で、破産債権者は害されている。なぜなら、Y市の解除により、Y市の支払義務は消滅した(規定3・1・2)からである。

(a) これとの関連では、施設の所有関係は問題とはならない。すなわち、地上ないしは地下に建設された部分は、「不動産への動産の符合を定める」訳者注「民法九四六条により、それが設置された段階ですでにY市の所有に帰している。したがって、規定3・1・2の約定は、原則的には適法な(BGH, NJW 1967, 1223 [1224] 参照)、破産者による民法九五一条に基づく補償の放棄を意味する。他方、設置された物が、「一定の場合、設置された物は不動産の一部とはならないと規定する」訳者注「民法九五条に照らし、まずは破産者A会社の所有になお属したままとなっているときも、契約の終了にあたっては、やはり同じくY市の所有に帰すことになる。Y市は、撤去を要求すれば、地上部分についてのみ、これとは異なる効果を生じさせることができるに止まる。しかしY市はこれをし

なかった。破産者A会社には、債権者の不利益を全部あるいは一部調整することになる施設の引き取りを求める固有の請求権はまったく認められてはいない。破産者A会社の権利としては、「所有物返還請求権を定める」訳者注」民法九八五条に基づく引渡請求権が考えられるが、Y市には少なくとも民法九八六条に基づく占有権があり、当初から、そしてまた継続的に、これによって民法九八五条の引渡請求権は阻止されてしまう。まさにこの、即時または事後の所有権の喪失に対しては、規定3・1・3の約定によって、そこで定められている条件の下、補償がなされるものとされていたのである。この補償請求権を失わせるのは、破産債権者を害するものである。なぜなら、破産債権者は、破産者A会社の所有物と考えられる物を換価することができないからである。

(b) もっとも、破産債権者の不利益は、規定3・1・2と結びついた規定3・3の二項が、その他の理由から法的に無効であるならば生じない。しかしこれは、現行法の下では問題とはならない(倒産法草案一三七条二項一文(BT-Drs. 12/2433, S. 30)は、これと異なる)。またこの約定が普通取引約款法九条に適合するかを検討する必要はない。なぜなら、この契約は、普通取引約款ではないからである。かえってこの条項は、Y市の要求に基づき、本件の契約のみに関して、他の点では既存のひな型によった契約書に補充的に書き加えられたものであった。

Tinehnot の見解 (Vereinbarung für den Konkursfall, S. 40f, 46ff, 166ff) とは異なり、「停止条件成就の時は、期待権の成立から成就までの期待権にふれる執行処分等は無効と定める」訳者注」民法一六一条二文からは、次のような一般原則を導くことはできない。すなわちそれは、破産に関連づけた条件は、双方に対し、その経済的な財産がほぼ満額近く確保されるようになっていないときは、直ちに無効であるという原則である。

この約定はまた、民法一三八条一項に反するものでもない。規定3・1・2それ自体は、次のことを表現しているにすぎない。すなわち、運営にあたっては企業自身が、契約を継続することに何等の価値もみいださないのな

ら、契約期間（規定3・1・1）が満了したときは、施設は大幅に償却され無価値なものとなっていることである。この場合には、Y市は、それにより住民に対する質のよい放送の配給を継続するためであれ、あるいは、無価値となり放置された施設によりこうむる負担の補償を確保するためであれ、その土地を使用させたことの対価として、施設を無償で引き取ってよいはずである。この点は法的に問題ない。規定3・3の二項が、規定3・1・2をY市が先行的に契約を終了させる場合にも適用するとしているのは、これとは異なる。この場合には、運営者は、契約上認められている施設の利用利益を完全にうけることができない。解除権が、運営者自身による契約違反から生じる限りでは、補償を失うことは、実質的には違約罰であり、まずもっては、「違約罰のあり方を定める」「記者注」民法三三九条以下により、判断されなくてはならない。権利の喪失をもたらす解除権を、運営者の存在を脅かすような財産状態の悪化のみを理由として認めることは、確かに、違約罰の観点から正当とされるものでは決していない。しかし、Y市の考えるところによれば、そこに見受けられる、まさに運営者の経済的な状況の悪化に乗じること、かわりの企業によって住民にテレビ・ラジオ放送を継続して供給することを容易にすることとなる。このような市による生活サービスという観点からするなら、最初の運営者との関係においては——この者により補充的になされるべきものとされている、契約の履行確保のための保証金の額が、建設費の一〇パーセントとされている（規定1・1・4）が——、公序良俗違反という無価値評価を下すことはできない。たとえばY市は、経済的に困難な状況にある破産者A会社、さらに多くの損失をこうむらせようとしているとか、あるいは、このような状況を利用して、自己のために不当な経済的利益を得ようとしているわけではない。Y市がこのような約定をした理由は、——破産者A会社がその責を負っていた——地域住民へのラジオ放送配給を確保するためであり、公序に反するとして否定すべきものではない。加えて破産者A会社は、この約定によって身動きがとれなくなったわけで

はなく、むしろ、受注するためにすんでこれを受け入れたのであった。個々の場合に、形成権を行使することではじめて、いまだ更生が可能な企業が崩壊してしまうときは、その行使は公序に反することになるのかという点は、ここでは判断することを要しない。なぜならY市は、破産手続きが始まったのちに解除しているからである。他方で、破産債権者との関係では、破産法の定める否認権のほうがより重要である(当部の判決、KTS 1993, 427=ZIP 1993, 521 [522] 参照)。なぜなら本件では、公序違反(民法一三八条一項)を裏づけるような、それ以上の特別かつ重大な事情はなかったからである。したがって当部は、無効な法律行為を倒産法上は否認することができるといふ問題について判断する必要はない(学説等の上記引用については、BGHZ 117, [374]=KTS 1992, 451 参照)。

(c) 「破産手続開始後の財団所屬財産上の権利取得は、破産債権者に対しては無効とする」(訳者注「破産法一五一条一文もまた、破産者A会社の負担となる権利の喪失を妨げるものではない。なるほど被告Y市は、破産開始後になって解除をしている。しかしながら、解除条件付き債権あるいは停止条件付き債権は、その後破産が開始した場合には、その条件の限度のみではあるが、なお破産債権となる(破産法一五一条一項)。破産法一五一条は、条件が成就した場合には、適用にならない(RG, HRR 1937 Nr. 550; Jaeger/Henckel, KO 9—AufI., § 15 Rdnr. 60 参照)。本件では、補償請求権の排除は、二つの条件にかかっている。一つには、破産者A会社が和議の申立てをすれば充分である。この時点は、倒産開始時点の前か(破産法一五一条一項)、あるいは、和議裁判所によりなされる可能性のある保全処分(和議法一〇三条)の時点の前である。第二には、解除権の行使は、Y市のみの裁量にかかっている。この限りにおいては、Y市はすでに、もはや破産法一五一条一項によっては奪うことのできない確実な期待権を取得していたのである。

(d) 競争制限禁止法三五条一項一文に基づくY市の損害賠償義務あるいは同法三七条a二項に基づく差し止め命令が、一般的には、債権者の不利益を除去するに適しているのではないかという点については、ここで判断を下す必要はない。なぜなら、問題の条項は、競争制限禁止法二六条二項に反しないからである。Y市は、Xとの関係においてみると、決して市場支配的な地位を有していたわけではなかった。ここでの関係において切り結ぶべき市場は、「ラジオ・テレビ放送配給のための広域帯分流施設」のそれである。つまり、破産者A会社にとっては、必要な施設を設置し利用することが重要だったのである。地域という点からみた重要な市場とは、上告人のいうように、被告であるY市の領域ではなく、ドイツ全域にわたるものをいう。需要力の判断にあたっては、原則として市場の相手方、つまりここでは破産者の視点に切り結ばなくてはならない (BGH NJW - RR 1988, 1069 [1070] "Sonderverfahren"; Bechthold, GWB, § 22 Rdnr.4,13; Immenga/Mestmäcker/Moehel, GWB, 2 Aufl., § 22 Rdnr. 40)。破産者A会社の営業範囲は、ドイツ全域にわたっていた。破産者A会社が、Y市を頼りにしていたか、あるいは他の地方公共団体の需要をあてにすることができなかったといったことは、はっきりと主張されてはいないし、またこれをうかがうこともできない。この限りに置いては、カルテル法上の疑問はなにもないのであるから、当局としては、競争制限禁止法九六条二項に基づくカルテル裁判所の先行判断を待つ必要は何らない (BGHZ 64, 342 [346] 参照)。

(e) もっとも、規定3・3の二項とは無関係に、すでに法律上、これと同じ権利を生じさせる請求権をもっているときは、債権者の不利益は、この約定によって引き起こされたものではない (BGHZ 86, 349 [355] = KTS 1983, 297)。しかし、いずれにしてもこのことは本件には当てはまらない。なるほど、——わけても「履行遅滞について定めている」民法三二六条の意味における——債務者がそのなすべき給付をできなくなったことを理由と

する形成権を認めることは、倒産法上は問題はなからう。わけでも、規定3・3中のこの約定において、Y市またはケール利用契約者に対する破産者A会社の重大な契約違反を理由に、規定3・1・2の約定による権利喪失という効果をともなうかたちでの解除が認められている点は、ふつうは否認できないように思われる。しかし、ここでは、本条項のこの部分が問題となっているわけでは決していない。

[3] もっとも破産法二九条は、否認の対象となる一体をなしている法律的行為、つまりここでは認可をともなう契約が、全体として破産債権者を害することをその要件としている(RG, JW, 1898, 51 [52])。しかし、次の場合には、そのために否認が認められなくなるということはない。すなわちそれは、包括的契約が、一般的にバランスがとれ、等価値の反対給付を予定しているが、まさに一方当事者が倒産したときについてみると、この当事者にとってかなりな不利益となり、そしてまた、すべての事情を考慮しても、契約目的の達成のためにまずは必要とされるものではない例外を規定している場合である。

(a) 本件はこの場合である。破産者A会社の支払不能は、客観的にみると被告Y市にとっては、住民に対する上質のラジオ放送サービスの提供がもしかしたなら遅れるかもしれないという危険をもたらすにすぎない。このような一般的な危険は、個々の場合にそもそも遅延が生じたかとは関係なく、破産者A会社に対し一方的に重大な経済的不利益をかくことを正当化するものではない。これに対し、Y市は経済的不利益を受ける恐れはない。Y市は単に、破産者A会社が期日どおりに施設を完成させるかどうかを、そうでないときは補償義務を生じさせることなく(2)(e)参照)この不履行を理由として解除するために、待てばよかっただけである。そうしないのなら、Y市は、後に運営にあたることになった者が適正かつ市場価格に照らした補償をした場合のみ施設を事前に引き受けることを許し、そしてこのようにして手にした金額をさらに破産者A会社に交付すべきであった。Y市が提出した

ヘッセン州の市営住宅建築のひな型契約にも、このような失権条項はおかれていない。

(b) 被告Y市は、認可にあたり、破産者A会社が施設を設置するために市の不動産を利用してよいとした反対給付があることを指摘しているが、これは重要ではない。Y市の関与の下でもたらされた破産債権者の不利益は、利益調整に関する損害賠償法上の原則によっても、否定されることはない。というのは、この原則は、否認法では適用がないからである(BGHZ 97, 87 [195f.] = KTS 1986, 333. 参照文献等付き)。これに加え、Y市は、一四ヶ月後には施設が完成する前に契約を解除している。この点に照らすと、Y市の「反対給付」が、破産財団に残っているとすることはできないのである。

II

被告Y市自らの陳述にもとづくと、当部は、破産者A会社は、いずれにしても破産の場合につき特別の解除権を認めたこととあいまって、規定3・3の二項の約定を、その債権者を害する意思をもって締結したということから出発しなくてはならない。

〔1〕 破産法三一条一号は、債権者を害することが、債務者の行為の目的あるいは動機であったことを要件とはしていない。債務者が、その行為の結果として債権者を害することを望み、あるいは、その行為の予想される結果として認識しそして承認すればそれで足りる(BGH, KTS 1993, 427 = ZIP 1993, 521 [522 : 参照文献等付き])。不服を申し立てられた判決からは、控訴審がこれを出発点としたかどうかをうかがうことはできない。

〔2〕 個々の場合に詐欺の意思があるかどうかは、確かに、原則的には事実審裁判官が、弁論の全趣旨と行われた証拠調べに基づいて判断すべきことがらではある。しかしその判決から、詐欺の意思の概念が正しく適用されたこと、そして、判決にとって重要なすべての事情が考慮・評価されたことをうかがうことができないはならな

5 (BGH, KTS 1991 424=ZIP 1991, 807 [809]; KTS 1993, 240=ZIP 1993, 276 [278])。不服申立てのあった判決は、この要件を満たしていない。ここでは、債権者を害するような合意が、破産の場合にねらいを定めてなされていた。すなわち、破産者A会社は、まさに破産の場合について、被告Y市に対し一方的に利益を与え、そしてこれは、必然的に他の債権者の権利を減縮させるものであった。一般的な経験に照らすなら、反対の事情がない限り、このことから、詐欺の意思があったと認めることができる (RG, HRR 1937, Nr. 834; BGH, KTS 1960, 123=WWM 1960, 546 [547])。この詐欺の意思は、倒産した場合に關してみると、絶対的なものであった。この限りにおいては、破産者A会社は、この合意をしないとすまなかったわけではなかった。破産者A会社がY市と契約を結ぶことを決めたときには、破産者A会社は、生活経験に照らし、個別に交渉された〔I 2 (b) 参照〕この約定の効果を考へぬいていた。これに対し、破産の場合に關して補償義務なき解除権が、なんら問題とされることなく、次のような理由からY市の提案に基づいて、契約に取り入れられたことは、重要ではない。すなわち、Y市としては、破産者A会社が経済的な破綻をきたした場合に、自ら施設の資金を調達しなくてはならなくなるといふ危険に対して手当をしておこうとしたのであった。そうだからといって、最終的にはこのような約定を了解した破産者A会社が、自己の破産の場合に的を絞ったかたちで経済的な損失をこうむるようになっていたことはかわらない。当部は、このことによって、問題となっているような債務法上の合意は、客観的には債権者を害するものであっても (I 参照)、その意思を欠く場合が有りうることを一般的に否定するものではない。特に、契約当事者が、基準となる時点において、破産のことを具体的には考えていなかったとか、あるいは、後に破産におちいった者が、破産になることとはないと確信していた場合がこれにあたろう。もっともY市は、いずれであれこの点を、具体化された形では主張していない。

III

したがって、被告Y市もまた、当然のことながら破産の場合における破産者A会社の詐害の意思を知っていた。みずからと、そしてラジオ放送配給に関心をもつ一般市民にとって有利になるようにしようというその動機からすれば、具体的に契約の内容を定める際には、必然的に、これに対応したかたちで債権者を害することになったのである。Y市がこのような結果を、自らの側では、目的としていなかったことは、関係ない。相手方が、自身詐害の意思をもって行為することは、破産法三一条一号の要件ではないのである (KTS 1986, 93=LM s 3 AnlG Nr. 26 参照)。

IV

原告Xは、一九八九年六月一日の認可契約を、債権者を害するその中の約定 (規定3・1・2と結びついた規定3・3の一項および二項) とともに、適時かつ有効に否認した (破産法三六条、四一条)。被告Y市の見解とは異なり、Xが明示的に、「(認可契約中の) 規定3・1・2と結びついた規定3・3の約定においてなされた合意」のみを否認したことは問題とはならない。確かに、法律行為は、原則としては全体としてしか否認することはできない。つまり、個々の約定だけの否認というのは認められな (RGZ 114, 206 [210]; RG, SeuffA, Bd. 44, Nr. 183, S. 300; BGH, KTS 1972, 42=WMM 1971, 908 [909]; Klenger, s 29 Anm. 11)。しかし裁判所は、いずれの訴えでも同じであるが、Xのそれ相応の言明を解釈することができる。請求の趣旨および原因とをあわせてみると、正しくは否認の対象とされる法的行為がわかればそれで充分である。否認の訴えでは、否認対象となる法的行為を的確に表示する必要は必ずしもない (BGHZ 117, 374 [380]=KTS 1992, 451)。ここでは、訴状に書かれていることから、否認の対象が本件の (全) 認可契約であること、そして、Xがその否認権の根拠としている事

実がわかる。これで充分である。

V

したがって、当部は、破産法三一条一号とならんで、三〇条一号第二例もしくは三二条一号も適用の可能性があるかどうかを検討する必要はない。上記の規定のすべては、たがいにあい排斥しあうものではない。

C

以上みてきたところによれば、不服を申し立てられた判決には、法的判断の違法があり、民訴法五六四条一項にしたがって、これを取り消さなくてはならない。請求権の額の確定、場合によっては債権者を害したことの存在を(B I 1)〔C 参照〕確定するためには、さらに事実認定が必要であるので、さらなる審理と裁判のために、民訴法五六五条一項一号により、事件を控訴裁判所に差し戻す。当部は、控訴審でのさらなる手続きのために、破産法三七条に基づく請求権の金額を計算するための原則を示しておくこととする。この規定によれば、被告 Y 市は、否認された行為により破産者 A 会社の財産から逸出したものを、破産財団に返還しなくてはならない(当部の判決。KTS 1988, 519 Ⅱ ZIP 1988, 725 [727])。もし否認された法的行為がなかったならあったであろう状態に、破産財団をすることが求められる(Klinger, § 37 Anm.2; Kuhn/Uhlenbruck, KO, 10 Aufl. § 37 Rdnr. 1. そのほかの文献付)。否認の対象となる法的行為は、ここでは認可契約である。すでに述べたように(B V 参照)、原則としては、認可契約は、確かに全体としてしか取り消すことができない。しかしながらこのことは、否認が、状況によっては、単に一部否認の効力しかもたない場合があることを排除するものではない(BGHZ 30, 238 [241] Ⅱ KTS 1959, 171)。わけでも、否認される法的行為が債務者の財産を一定限度のみ減縮させるに止まり、加えて、法律行為が可分の場合には、このことから出発すべきである(RGZ 21, 95 [99f.]; 114, 206 [210]; RG, JW 1912, 1063, Nr. 7,

WarnR 1934, Nr. 198; BGHZ 77, 250 [255]=KTS 1981, 84; BGH, KTS 1975, 296=WM 1975, 534 [536]。この際、可分かどうかは、単に、純粹に数量的な意味でとらえたり、あるいは、もっぱら給付内容に切り結んでならない。先に述べたように(BI3[参照]、一般的には均衡のとれた契約であるが、単にそしてまた倒産の場合を目して、後に破産者となる者にとり一方的かつ不適切な形で不利益となる契約も、ここで基準となる意味では、可分である。すなわち、否認は、たとえば、契約締結をもたらす承諾の意思表示が排除されたかのごとき効果をもたらすものである。ひるがえってここでは、不利益の程度が、同じく否認効の範囲を限界づけることになる。したがって、現状回復という点に関してみると、詐害条項のみが欠けることになる。これに対して、価値判断によって立つ考察方法によれば、いずれにしても契約が成立してしまえば、債権者に対する詐害に悪意で関与した債権者には、もし問題の条項がなかったなら契約はしなかったという主張は認められない。契約が成立した後は、問題の債権者は、このような選択権をもちや有しない。契約が実際上実施されている限り、否認の枠内においてもまた、問題の債権者が、債権者の負担でこのような選択権を行使することは許されない。

[1] このことからすると、本件では、次のようになる。すなわち、破産法三七条に基づく請求権の額は、現実には破産者から奪われた契約上の補償請求権(規定3・1・3。この点については、BI1(a)[参照]に照らして決せられるということである。なぜなら、この請求権が失われたことで、破産者A会社は不利益を受けているからである。

[2] 他方、Xは、施設の製造のための費用の償還を受けることはできない。破産法二九条以下の否認の意義は、破産債権者に根拠のない利益をもたらすことにあるわけではない(BGHZ 77, 250 [255]=KTS 1981, 84)。しかし、財団を、契約の履行にともなう経済的リスクから解放しようというのであれば、そのようになってしまおう。本件に

あつては、破産者A会社は、Y市に対する交換給付として施設を設置したのではなく、長期にわたるものではあるが自己の利用のために設置したのであった。被告Y市は、自らケール施設を運営することを望んでもいなければそうすべきだとされていたわけでもなかった。反対に、Y市は、Xにその責任の下で当該施設を運営させようとしたのであるし、またそうすることとなっていたのである。したがって破産者A会社は、施設設置のための費用を、契約があろうがなかろうがY市に対して請求することはできない。これにかわり、破産財団が実際に減縮した限度において、償還がなされなくてはならない。したがって、破産者A会社から奪われた契約上の補償請求権の価格が、否認に基づく償還の上限を同時に画することになる。

三 コメント——ドイツにおける学説の概況と新倒産法制定過程における葛藤

以上の判例は、倒産法下においても大きな意味をもつ。なぜなら新倒産法は、法的安定のために、解約特約の効力に関する明文の規定をもうけるべしという声を無視して、なんらの規定もおかなかったからである。以下では、学説とそれが先の判例をどう評価しているのかを概観した上で、新倒産法が倒産解約特約についての明文規定をもうけなかった経緯をみておくことが、新倒産法下での解約特約の有効性に関する規律をうかがい知るためには有益であろう。特に後者は、立法者がどのようなスタンスで解約特約にのぞんだかを知る一つの重要な資料になると思われるからである。

(一) 学説の概況

ドイツの学説においては、倒産解約特約が法的に有効かどうかについて、見解が分かれている。それは、論者が当事者自治を強調するか、それとも倒産ないし破産法規範の強行法規性のいずれをより強調するかによっているといつてよい。ともあれ、破産法をプロパーとする者の間において支配的な見解は、破産開始にともなう自動的な契約解消もしくは破産開始後の解除をその内容とする、無制約な解約特約は、破産管財人の選択権を失わせる不適法なものであるので、破産法一七条の強行法規性に反するとしてきた。これは、破産法の立法理由書と軌を一にしたものである (Begründung des Entwurfs zur Konkursordnung S. 66 im Mugdan/Hahn Die Materialien zur Reichsjustizgesetzgebung Bd 4, S. 86)。そしてこのような特約は、契約をそのまましておくことを契約当事者に期待するのがそもそも無理な場合のみ、破産開始と同時にしくはその後の契約解消を認める趣旨のものとみるべきだとする (Jaeger/Henckel, KO 9 Aufl. § 17 Rn. 214)。もっとも、倒産法をプロパーとする学説もその多くは、たとえば倒産申立てを解除原因とする特約自体は認められるし、また、その解除権を倒産手続が開始される前に行使するのであればよしとしているとみてよからう (Vgl. Berger, Zur Wirksamkeit von Lösungsklausel für den Insolvenzfall, ZIP 1994 S. 176)。

ともあれ、倒産手続開始と同時にしくはその後の解約は不適法とする見解は、先の判例の先例的意義を否定することになるが、その理由を簡略次のように説く。すなわち、一九八五年の判例「1」に関してみると、そもそも請負契約については、わが国の民法六四一条と同旨のBGB六四九条に基づく注文者の解除権が認められているので

あるから、連邦通常裁判所の判断は、損害賠償に関する約定についてのみ先例的意義をもつにすぎない。また、一九九三年の判例「2」については、なるほど破産法上解約特約は有効であるとしてみるとみしかるべき判示があるが、それは理由も何もない言いっぱなしのものにしかすぎない。そもそも原告の首位請求の根拠は否認権であり、その前提として、積極的ではなく消極的に当該特約は無効ではないとしたにすぎない。このようなニュアンスのズレからするなら、この判例もまた決定的ではないとする (Vgl. Berger, aaO. S. 178ff.)。これに対し、建築法の学説および銀行法の学説 (Vgl. Siegburg, Gewährleistung beim Bauvertrag 2. Aufl. (1989) Rn. 222; Obermüller, Handbuch Insolvenz für Kreditwirtschaft 4 Aufl. (1991), Rn. 1989) における支配的見解ならびに破産法の学説の一端 (Vgl. Bauer/Stürner, Zwangsvollstreckung – Konkurs – und Vergleichsrecht, Bd. II Insolvenzrecht, 12. Aufl. (1990) Rn. 9, 7) は、破産の場合の解約約定は有効だとしている。もっとも、肯定説の多くは、なんら理由を付していないか、あるいは、連邦通常裁判所の説くところをそのまま自己の所説として取り入れているだけのようではある。そして有効説に立つ者は、先にみた無効説の一九九三年の判例「2」の評価に対し、金銭による補償を求める首位請求を認めるには、解除が有効であることが絶対の前提となる。もし無効であるなら、補償金の支払ではなく、施設の返還ないしは認可契約の継続を求めた予備的請求をこそ認容しなくてはならなかったはずである。したがって、現行法の下では有効であることをうかがわせる判示部分は、決して傍論ではないと反論する (Bosch, Differenz – und Finanztermingeschäfte nach der Insolvenzordnung, Rn. 94, in Kölner Schrift für Insolvenzordnung (1997) herausg. Arbeitskreis für Insolvenz – und Schiedsgerichtswesen e. V., Köln)。

(二) 新倒産法成立過程における葛藤

四年有余の経過期間において本年(一九九九年)一月一日によりやく施行のはこびとなった、いわゆる新倒産法は、倒産解約特約の是非について明確な規定をもうけ、この問題に立法をもって決着をつけることをしなかった。言うまでもないが、新倒産法が成立するまでの二〇年以上にもわたる討論・審議の過程においては、倒産解約特約の有効性と、そしてまた判例の評価がわかれ、そのために法的不安定が生じていたことは充分認識されていたし、これに立法的解決をつける必要があることもまた充分認識されていた。しかしながら、立法者は、最後の最後になってこれを放棄したのであった。以下ではその経緯を概観してみよう(なお、以下の記述は、Berger, Lösungsklausel für den Insolvenzfall Rn. 22ff. in Kölner Schrift für Insolvenzordnung (1997), hrsg. Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e. V., Köln を参考とした)。

(イ) 一言で言うと、倒産解約特約に関する立法過程は、それを広く無効とする立場が後退していく過程であった。まず、一九八五年に発表された倒産法改革委員会の第一報告では、このような特約は、倒産管財人の選択権を「間接的に失わせる」おそれがあるとして、認められないという立場がとられていた。したがって、委員会の多数意見は、この価値と矛盾することを根拠に、建設発注要綱B章(VOB/B)八条二号にあげられているような種類の解約特約も無効としていた(Vgl. Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht (1985) S. 226)。この考え方は、一九八八年のたたき台の草案(Diskussionsentwurf)一二七条二項にふたたびあらわれてくるが、この規定は、「倒産の発生」に切り結んだ解約特約は不適法としていた。そしてこの「倒産の発生」という概念は、理由書に

よれば、広く解釈されるべきものであり、倒産手続の開始に切り結んだ約定ばかりではなく、開始原因の発生あるいは開始申立てを理由とする約定もまたこれにあたるものとされていた。(Diskussionseurwurf Bundesministerium der Justiz, Gesetz zur Reform des Insolvenzrecht (1988), S. 63, B. 102)。しかし、一九九二年の政府草案(BT Drucksache 12/Nr. 2443)は一步後退する。すなわち、政府草案は、その一三七条二項一文で、それ自体が無効とされる解約特約は、「倒産手続の開始」を理由とするものとし、二文において、支払不能または債務超過の発生、もしくは倒産手続開始の申立てといった倒産手続開始前における一方当事者の財産状態が悪化を理由とする解約権は、倒産手続の開始後に行使用することはできないとするに止めたのであった。これはすなわち、倒産手続がはじまる前において約解除権を行使することを有効とし、したがってまた自動的に契約の解消とも有効とするものであり、これをうけて理由書では、新たな規定は建設発注要綱B章八条二号の有効性を妨げるものではないということがはっきりと述べられていた(BT Drucksache 12/Nr. 2443 S. 152f.)。

(ロ) もっともこの政府草案一三七条二項もまた、最後に日の目をみることはなかった。削除を提案した者の説明によれば、削除の趣旨は、解約特約が破産法下における以上に制限されないようにしようというものであった。これをうけて法務委員会は、無効とすると、危機にある会社と取引関係に入ろうとする者をしりごみさせ、当該会社の更生を妨げることになる。またこのような特約は、国際的にも認められている。そして、「このような合意は間接的に倒産管財人の選択権を制限するものであることは、契約自由に対する重大な侵害を正当とする充分な根拠となるものでは決してない」として、この政府法案の規定を削除することとしたのであった(Begründung des Rechtsausschusses, BT Drucksache 12/Nr. 7302 S. 170)。ちなみに、削除提案がなされた時期(一九九三年一月二日)からすると、削除提案をした報告者は、一九九三年連邦通常裁判所の判決を知っていたとは思われない

（この判決が当事者に送達されたのは二月一七日から二〇日にかけてであった）が、この連邦通常裁判所の判決が、さまざまな経済団体から脅威と受けとめられ、法務委員会での削除の採決に拍車をかけたことは確かであろう。

（三）くすぶり続ける火種

新倒産法の下では、支払停止・不能、あるいは倒産申立て等を理由とする解約特約と倒産手続開始後の解除権の行使、そして倒産手続開始を理由とする解約特約もまた有効とされる。少なくとも連邦通常裁判所の判例ならびに新倒産法の制定過程をみる限り、立法者の意思はそうだとみてよい。大方はこう考えるであろう。しかしながら、いまだなお、新倒産法下においても、倒産手続開始を原因とする解約特約は原則無効であり、そしてまた——推測するところではあるが——支払停止・不能あるいは倒産申立てを理由とする解除特約については、手続開始後の解除は認めないとする見解が強力に主張されていることは忘れてはならない（Berger, aao. (Kölnener Schriften) Rn. 24ff.）。だとすると、新倒産法の下でも、倒産解約特約をめぐる、今後も法的不安定が続いていくことになるだろう。ひるがえってこのことは、新たな立法に際しては、立法者は、意見が対立する事柄についても、否、むしろこのような事柄についてこそ、はっきりした態度を示されなければ意味がないということを物語っている。他山の石とすべきであろう。

なお一つ付言しておく、新倒産法は、その市場規模を急速に拡大してきたいわゆるデリバティブの倒産の際の処理については、一応のところは明確な規定（一〇四条二項）をもうけた。もっともこれは、わが国のいわゆる

「一括清算ネットィング法」と同様に、倒産手続開始に標準を合わせて、相場のある取引と同じく契約を終了したものととりあつかい、基本契約下にある全取引の一括清算を法定したものである。したがって、それでは一般的にデリバティブに関して、たとえば倒産申立て等を理由とするクローズアウト・ネットィングの特約が有効かどうかについては、もとに戻って、そもそも一般的に倒産解約特約を有効とするかどうかになる。この問題も合わせ、ドイツ新倒産法下におけるデリバティブの規律がどうなっているか。その詳細は、別稿にゆずることしよう。

以上