

ドイツ倒産法判例紹介（三）

石 垣 茂 光

コンチェルン差引条項の倒産法における効力

——相互対立性の要件が欠けている相殺契約の第三者効について——

紹介判例

- [1] 連邦通常裁判所第八民事部一九六六年五月一六日判決（VfM 1966, 651）
- [2] 連邦通常裁判所第八民事部一九八一年六月三日判決（BGHZ 81, 15）
- [3] 連邦通常裁判所第八民事部一九八五年三月二七日判決（BGHZ 94, 132）

一 はじめに

(一) 問題の所在

互いに有する債権を対等額で消滅させるという相殺を、民法五〇五条以下の要件に基づかず、当事者の取り決めにしてもなし得ることに異論はみられない。このような相殺契約は、いわゆる法定相殺が認められない場合、つまり相互対立性、同種性、弁済期到来などといった法定要件が備わっていない場合であっても相殺の実効を収めることができる点にその意義がある。したがって、相互に対立していない債権であっても相殺契約の目的とすることができるのであり、これは第三者相殺と呼ばれているのであるが、とりわけこのような形態としてドイツの実務において広く行われているのがコンチェルン差引条項 (Konzernverrechnungsklausel ≡ KVK) といわれるものである。これは、契約の相手方が自己と同一の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契約相手方に対して有する自己の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債権を有している場合にはそれを自己の債務と相殺する旨の約款であり、販売約款や仕入れ約款において広く採用されている条項である (Schütz, Die Konzernverrechnungsklausel, DR 1941, S.1519f; vgl. Westermann, Konzernverrechnungsklauseln, WM 1986, S.1ff.)。

この条項はとりわけ相手方の破産の場合に意味をもっているといわれている (Rehbinder, Konzernabrechnung und allgemeines Privatrecht, S.414)。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破産者に債務を負っている場合には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によって、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ようになる（Gerhüber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl., S.324; Pfeiffer/Franken, Die Rechtsgültigkeit von Konzernverrechnungsklauseln, NJW 1960, S.1978.）。

しかし、契約相手方からすれば、いかなる企業がコンチェルンに属しているのかということが明らかでなければ、現実給付を予定しながら突然相殺されることによって思わぬ損害を蒙る場合もあろうし、あるいはそもそもこのような条項を含んだ約款を締結することが一方当事者の市場における優位性・支配性に基づくものではないのかといった疑問も生ずる。しかも、もっぱら相手方の破産という事態のみを狙った取り決めをどのように評価するのかも問題となる。つまり、普通取引約款からする疑念が生ずる。さらに、法理論的には、とりわけ他のコンチェルン企業の有する債権が相殺に供された場合、その企業からの授權がいつなされたのかという問題、あるいは債権を有しているその企業自体が債権の取立権を失うのかどうかという問題、反対に同一コンチェルン企業の債務と相殺した場合にはその者の承諾等が必要なのかどうかという問題が浮かび上がってくる。つまり、相殺論自体からも疑念が生ずる。

(二) 我が国の学説・判例の状況

一般的に相殺契約の対外効に関しては、期限の利益喪失約款のある相殺予約についてはあるが、昭和四五年六月二四日最高裁大法廷判決（民集二四卷六号五八七頁）が、このような「合意が契約自由の原則上有効であること

は論をまたない」としてその対外効を認めた。その結果、判例としては相殺契約の対外効が全面的に認められると一般的には理解されている。これに対して学説は区々に分かれており、自働債権の弁済期が先に到来する関係になれば相殺契約の対外効は認められないとして、結局は法定相殺が認められる限度でしか相殺契約の対外効も認められないとする説から、銀行取引約定書の公知性を理由にその場合に対外効を認める説、そして相殺契約・予約の担保的機能を全面的に評価して直ちに対外効を認める説まである（拙稿・獨協法学五〇号一四一頁以下参照）。

ところが、このような議論とは別に、第三者相殺の対外効については明確な問題意識を有しているとは言い難い状況にあった。しかし、最近になってこの点を検討するきっかけを与える判例が現れた。すなわち、最判平成七年七月一八日（判時一五七〇号六〇頁）では、甲の乙に対する債権と乙の丙に対する債権につき乙に差押え等の一定の事由が生じた場合に直ちに相殺する旨の契約が甲乙間で締結され、その後乙の丙に対する債権が丁によって差し押さえられたため甲が相殺の意思表示を行い、丙がそれを主張したという事例が扱われたのである。しかし、最高裁は、ここで相殺の対外効を否定するにあたり、甲の相殺の意思表示を丙に対する債権譲渡と捉え、それについての対抗要件が備わっていないことを理由とした。学説も、甲乙間の取り決めが相殺契約に値するののかという疑問も提出されたりもしたが（浅田久治郎・金法一二二四号七頁）、これを別にしても、従来の担保的機能からの検討ではなく、第三者相殺の法的性質を議論の中心に据えており、債権の譲渡担保ないし債権質と捉えたり、非典型担保などと捉えたりしているが、いずれにしても相殺の対外効を導く相殺の期待利益の欠如を理由に、あるいは対抗要件が備わっていないことを理由に、このような相殺契約の対外効を否定することではほぼ一致しているようである（新美育文・判タ七七一号三七頁、佐久間弘道・銀法五二六号一頁、山田誠一・金法一三三二号三二頁、平野裕之・銀法五二七号六頁、千葉恵美子・金法一四六〇号三九頁、松本崇・金法一三二二号三頁、山田次郎・ジュリ九九

五号一二〇頁、など）。このことが前記最高裁昭和四五年判決によって十全に認められた相殺の担保的機能とどのように整合性をもたせるのかも問題であり、あるいは第三者相殺を債権譲渡等に擬して捉えることが妥当かどうかも問題となるが、しかし、本件では甲と丙が親子会社であったことからすれば、本稿で扱うコンチェルン差引条項からする検討も必要であったと思われる。

（三）ドイツ法の現状

まずもってコンチェルン差引条項が契約自由の原則上有効であることは一般的に承認されている（Pfeiffer/Franken, a.a.O., S.197f.）。しかも普通取引約款規制法（AGBG）に反するものでないことも承認されている（Joussen, Konzernverrechnungsklauseln, ZIP 1982, S.280f.ただし、いかなる企業がコンチェルンに含まれているかの開示が要件とされている（Gernhuber, a.a.O., S.325f.）。ただ、このようなコンチェルン差引条項を締結するに際して、反対債権の明確性（Börner, Die Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten, NJW 1961, S.1506.）他のコンチェルンによる授權（Gernhuber, a.a.O., S.316f. Pfeiffer/Franken, a.a.O., S.1980.）⁴⁰またはコンチェルン差引条項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はないこと（Börner, a.a.O., S.1506.）⁴¹などが要件として挙げられる場合がある。

ところが、このようなコンチェルン差引条項が相手方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争われている。破産法五五条が相殺を禁止しているのは手続開始後に財団の有する債権が侵害されることを禁止することにあり、手続開始後に債権譲渡が行われたのと同じように授權による債権処分が行われて債権の全額回収を可能にするコンチェルン差引条項を有効とすると破産法五五条の脱法行為を認めてしまうことになるた

め、効力を有しないとして否定する立場がある (Pfeiffer/Franken, a.a.O., S.1978f. 他に、これを認めると債権を担保にして融資を受けることが不可能になること、後に取得する債権までをもこの対象に含めるとすると、相殺に供された債権の特定ができないこと、あるいはいつ相殺が実行されたか不明確になること、なども理由として挙げられている)。これに対し、破産法五五条が破産者を保護するのではなく平等な債権者満足を保護しようとしていることから、とくに否認取消にあたらない限り類推適用されるものではないことなどを理由に (Joussen, a.a.O., S.280, 284f.)、あるいは破産法五五条を類推適用して破産におけるコンツェルン差引条項の効力を否定する考えは、破産後になされた相殺の意思表示を相殺可能性を生み出すために基準時以後になされた債権譲渡と比肩しようという考えに基づいているとし、これは相殺契約によって生み出された一方的相殺の可能性を誤って評価するものであるとして、効力を認めようとする立場もあり (Westermann, a.a.O., S.19, vgl. Rasch, Deutsches Konzernrecht, 5. Aufl., S.217) 分かれていた。

この点で判例は、破産債権者保護の見地から、破産法五五条により、破産開始後に個々の債権者が有利になるよう相殺を認めるような取り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、同条は破産開始後ないしは破産申立を知ってなしたコンツェルン差引条項に基づく相殺に類推適用されることを理由として、相殺の効力が排除されるとする。しかし、コンツェルン企業の相手方からする相殺に關してはこの条項による相殺を認めている。果たして、同じコンツェルン差引条項に基づいてもコンツェルン企業からする相殺と相手方からする相殺で効力を分ける考え方が妥当かどうかとも問題となるところであるが、ここでは両者を含めて紹介することにする (なお、原告・被告ともそれぞれが別々のコンツェルンに属している場合については、破産法五五条を類推してその効力を否定する下級審判決 (OLG Köln, ZIP 1995, 850) がある。)

二 紹介判例

(一) 連邦通常裁判所第八民事部一九六六年五月一六日判決 (WM 1966, 651)

〔判断事項〕

コンチェルン差引条項の本質について

〔事案の概要〕

被告Yは機械工作の会社である。B会社は一九五九年末にYに機械を注文した。B会社はYに、それに必要な材料をB会社の子会社である原告Xから仕入れさせるようにした。Xは一九六二年四月までに注文された材料をYに納めた。Yは争いのない額として四〇七二三DMの代金支払債務を負っている。Xはこの債務並びにこれに対する利息の支払いをYに訴求した。Yは、Yに対するXの債権が、取決めに基づいて、Yの納入した機械の代金支払いを求めらるるB会社に対するYの債権と差引されたと主張した。

一審は申立通り請求を認めた。Yは控訴し、三七二〇〇・九五DMとその利息について争った。控訴は棄却されたが、上告審はYの上告を受け入れ、破棄差し戻した。

〔理由〕

1

1 被告Yは、原告Xに対する自己の債務が以下のような争いのない関係書類に基づいて消滅したとの理解を基礎づけた。つまり、当事者間で締結された契約の基礎にはXの販売約款があった。とりわけ本件に関係する五号の内容は以下の通りである。

『……買主は相殺権あるいは留置権を有しない。これに対して我々は、我々並びに我々のコンチェルン会社ないし子会社に対して有する買主の全債権に対して、手形債権も含めて自己のすべての債権をもって相殺する権限を、互いに対立している債権の弁済期が異なっている場合であっても、有している。』

一九六一年四月末に、Xの支配人であるLも参加して、Xの債権の支払に関する交渉がB会社において行われた。一九六一年四月二九日の文書においてYはこの交渉と電話による交渉を引き合いに出し、YがXに二二六七二・四一DMの債務を負っていること、そして将来なお一四五二八・五四DMの弁済期が到来することを承認した。さらに、それは以下のように続いている。

『……X氏（Yの代理人）が電話での交渉で、我々がB会社から以下の金額をもらいたいと思っっていることを貴殿に伝えた。それは……全部で三九三三〇DMである。』

我々は、次のような弁済提案を行い、これをB会社のT氏にも電話で連絡した。

上掲の額の支払いに際して、二二六七二・四一DMにつきB会社から直接振り込まれることをすでにあなた方に認めている。……』

Xは一九六一年五月六日の書面で返答してきた。そこには抜粋すると次のように述べられていた。

『一九六一年四月二九日の書面で行われた貴殿からの支払提案を拝受しました。』

個人的な電話での交渉中です。述べてたように、一部だけを差引するという貴殿の提案を残念ながら受け入れることはできません。

……我々の債権の支払を貴殿が主張する弁済期日まで待つことははや不可能です。それゆえ、一九六〇年九月から一九六一年三月まで含めて総額三七二〇〇・九五DMが我々に支払うべき債権であることを親会社であるB会社に知らせました。

この点に関して、五号で、我々並びに我々のコンチェルン会社や子会社に対する買主の全債権に対して手形債権も含めて自己のすべての債権をもって相殺する権限を、しかも相互に対立している債権の弁済期が異なっているも、有しているとする販売約款を、指摘しておきます。

今年四月から五月三十一日までに弁済期が到来した三七七九・九九DMを弁済期日に現金で振り込まれるようお願いいたします……』

Yは一九六一年五月一六日付の書面で返答してきた。

『……意外にも我々の提案に賛同いただけなかったのは残念です。

債権額に関しては我々と一致しており、そしてB会社が我々の計算に基づいてさらになお我々が有している債権全額を我々にも同時に振り込むという条件に従って、B会社から貴殿に直接振り込まれると理解しています。

……』

一九六一年一〇月一六日、XはYに書面をしたためた。

『親会社であるB会社から聞いたところによると、貴殿に対する我々の債権を差引する可能性はまずもってない……』

商品供給と運送立替による我々の債権額は四〇七三DMである。

さらなる期限延長をものはや認めることはできない。今月二五日までに上掲で示した額の支払をお願いします。』

B会社は、つまり一九六一年一月一七日付書面をもって、納入された機械に欠陥があることを指摘し、また納期に納められなかったことを非難した。B会社はYと取決めた契約による期限よりも遅れて解約した。Yは一九六一年一月三〇日の書面をもって返答した。

『今月一六日の書面を拝受し、あの時点でB会社が承認した支払、それは貴殿の求めに応じて五月一六日の書面で譲渡したものであるが、それを今日まで受領していないものと推察いたします。』

さらなる書面交換においてYは一九六一年一月二五日の書簡で次のように述べている。

『……残念ながら期限の決定に関するあなた方の立場に承伏することはできません。五月一六日の書面でもう一度確定したことは、貴殿の債権が、B会社に対する我々の債権に基づいて貴殿の親会社であるB会社から支払われるものであることを了解した旨の意思表示であることは明白に確定されており……貴殿に支払われ、そして全当事者が昨年締結された取り決めに依然として拘束されると考えることはできません。』

一九六一年二月五日、XはYに手紙を書いた。

『……すでに一九六一年五月六日の書面でも明らかにしたように、我々は、その五号で我々並びに我々のコンチェルン会社や子会社に対して有する買主の全債権に対して……我々の債権を相殺する権限を、相互に対立している債権の弁済期が異なっている場合であっても有しているとする販売約款に基づいている。』

他に、今年一〇月一六日と三〇日、並びに十一月二一日の書面、そしてB会社が連絡したように、Yが納入した拡張機が未だ稼働していないことを理由にこの取り決めに基づいて解約することを明示した貴殿との電話による交

渉を指摘しておく。

2 被告Yの見解は、販売約款五号の規定に基づいてYがB会社に対して有する債権に対して原告Xが自己の債権をもって相殺したというものである。B会社の解除とYの請求権に対するその抗弁は基礎づけられなかった。相殺の結果、Yに対するXの債権並びにB会社に対するYの債権も対等額で消滅した。

II

被告YがB会社に対して少なくとも三七二〇〇・九五DMの債権を有していたこと、B会社はYとの契約によって解除する権限を有していなかったことを控訴裁判所は等閑視した。しかし、控訴裁判所は、B会社に対するYの債権をもってYに対する原告Xの債権と差引することは無効であると考えた。なるほど、相殺契約の枠組みにおいて、相殺される債権が相互に対立しているという要件を脱落させることは可能であることから出発したのは、法的に適切な方法である。これに対して、欠けているとすれば、Xの相殺の意思表示についての控訴裁判所の説明である。それは次のようなものである。販売約款五号を引き合いに出したにも関わらず、そして一九六一年五月六日の書面の最後から二番目の段落で「差引する」という文言を用いたにもかかわらず、「意思表示の解釈について定める」訳者注」BGB一三三条の意味で事実関係をよく知っているがしかし予断を持っていない読者が理解しなければならぬように書面を解釈すると、Yに対するB会社の債務を消滅させるために、Yに対する自己の債権を同時に直接的に振り込もうとしていることを、Xは表明していない。これは手紙の中でも行われていない。むしろXはYに、YがXに負っている三七二〇〇・九五DMの債務をB会社がYに負っている債務と差引することによってB会社が直接Xに支払うようB会社に勧めたことのみを伝えたにすぎない。しかし、Xがそれぞれの書面に

反してすでに弁済受領前に自己の債権を消滅させようとしていたことを推論することはできない。Yは一九六一年五月六日の書面から、Xに弁済される前に自己の債務がB会社によって三七二〇〇・九五DMの額だけで消滅したと推論することは許されない。Yはこの手紙を当時はこのような相殺の意味では理解していなかった。つまり、Yは後の手紙において、B会社に対する自己の債権をXに譲渡するという立場を採用していた。それゆえ一九六一年五月六日の手紙は意思表示の客観的な評価によれば明らかに相殺の意思表示を含んでおらず、そこに含まれている差出人としてのXに対する多義的な意思表示を解釈しなければならないかどうかを議論する必要もない、というものであった。

III

この理解に対する上告理由の非難は基礎づけられた。

1 原告Xは、被告YがB会社に対して債権を有していた場合にだけ相殺の意思表示をしようとしていたということから控訴裁判所は出発しなかった。つまり、Yの請求権が訴求債権の額を満たしていたということがまさに等閑視されてしまったのである。一九六一年五月六日のXの書類は、XがB会社に、Xの相殺によって負わされる填補関係に基づく債務を直接Xに支払うよう要請したことをYに通知することのみを内容としている。

2 上告理由が正当にも非難したように、控訴裁判所の解釈は、一九六一年五月六日の書面が指摘していた原告Xの販売約款五号による典型的なコンチェルン差引条項 (vgl. Schütz, DR 1941, 1519; Rasch, Deutsches Konzernrecht, 2. Aufl. 1955, S.160; Pfeifer und Franken, NJW 1960, 1977) が問題となっつてゐることを全く考慮していない。コンチェルン差引条項は、大企業が強力な市場支配をもって、支払困難な債務者に対する請求権を他の

コンチェルン企業に対して有する債務者の債権と差引することによって貫徹させることに資する一手段である。この条項はとりわけ契約相手方の支払不能の場合にその意味を有する。この場合、コンチェルン企業は相殺によって十分な満足を得る。反対債権をコンチェルン企業のうちどこかが有している限り、たとえば破産財団への支払を強制させられることから保護され続け、他方、債権を有しているコンチェルン企業は破産配当に制限されることなく自己の債権を全額貫徹することができる。これに対して、個々のコンチェルン企業間の填補関係は、企業の支払い能力に疑念がない故に、契約相手方との取決めの場合には問題にならない。

Xが、被告Yに対して相殺の意思表示をする前にB会社に弁済を要求しようとしていると考えること、XはYにこの要求を単に通知しようとしたと考えることは、あまりにかけ離れすぎている。控訴裁判所の解釈はコンチェルン差引条項の法的性質にも経済的性質にも反している。適切にも上告理由は、Xが填補関係に基づいてB会社に対する支払請求権をまずは取得し、そのあとYの債権と相殺したこと、これが決して前もってなされたものでないことを指摘している。Xが相殺前に担保を生み出そうとしていた点は本件では問題になっていない。

控訴裁判所は、すでに述べたように、事実を新しく取り扱うことについて、この点に関するXの支配人である証人の供述も評価しなければならない。これは一九六三年五月二日の尋問で陳述されたことである。

『我々はコンチェルン内部の差引に固執していることを後にH（被告）にも手紙で差し出した。我々はまた差引をしようとしており、機械引渡が順調に行けば直ちにB会社が実際に支払をすること、そしてまた差引も順当になされると当時は考えていた。』

後の我々の金銭請求に対して、B会社は、Yの機械の調子が悪く、そのため支払をすることができないと連絡してきた。

五月六日の書類は、YがB会社に納入した機械が順調である場合には相殺の意思表示の意味で理解すべきである。その他の点で、機械の調子がいい場合にB会社が実際に給付しないなど思いもよらなかった。資力が明らかだったからである。

私の考えでは、YがB会社に納入し、機械が順調である場合、親会社から金銭を受領することになるというものであった。

他に、B会社が銀行に支払った後にXにいくら振り込みますとX氏(Yの代理人)が言ったことが本当になるかどうか心配だった。それで六一年五月六日に手紙を出したのである。

B会社がYとの契約を解消したことを知り、B会社から金銭を受領できないことが明らかになった後、Yに対して訴訟提起という処置をとった。』

この証言により、YがB会社に納入した機械の支払を要求したという——控訴裁判所にとって所与のものとして考えられていた——場合に、Xはこの債権に対して自己の債権をもって相殺しようとしていた。この場合にB会社がXに適切な補償支払をしないということをXは憂慮していなかった。Xが一九六一年五月六日の書面でB会社に支払を要求したことだけを通知しようとしていたという控訴裁判所の理解は、証人の供述と一致しない矛盾がある。

3 さらに上告理由は正当にも、控訴裁判所の解釈が争われていない事実関係、とりわけ当事者の書面交換を十分評価していないと非難している。被告Yは一九六一年四月二十九日の書面により一部だけを弁済しようとしており、さらなる支払はB会社の方で支払をするかどうかにかけていた。原告Xは、支配人Lによって書かれた一九六一年五月六日の書面から明らかのように、これを了解しなかった。Xは完全な満足を要求しようとした。Xは、Y

が提示した弁済期日まで待つことを不可能だとみなした。満足を生み出しうるのは、コンチェルン差引条項の意味において相殺の意思表示をした場合だけである。Xの債権を支払うことを『それゆえ』親会社に連絡し、この点で差引条項を含んでいる販売約款を指図すると言いい回しを、Xが相殺の意思表示をしたと解釈しないわけにはほとんどいかない。一九六一年一月五日のXの書面もまた控訴裁判所は考慮していない。そこでXは一九六一年五月六日の書面とコンチェルン差引条項を指摘し、以前の書面と電話での交渉で、Yから給付された装置がうまくいっていないことを『理由にこの取決めに基づいて解消する』ことが明示されていたことを指摘した。差引取決めに基づき解除をしかしXは、それが差引の基礎になっていると理解される場合にのみ引用できる。

4 一九六一年五月六日の文言に関して、控訴裁判所はその評価に際して不当に再現した。原告Xは、控訴裁判所の判決で述べられているように、B会社に三七二〇〇・九五DMを支払うよう請求したことを被告Yに通知していない。同様に、控訴裁判所が他の所で述べているように、XはB会社が自己の債務の一部をYに払ってほしいという望みを伝えたのでもなく、むしろXに支払ってほしいと伝えたのである。実際にXは、むしろB会社に債務を支払うように伝える書面を出したのである。「要請する」と「望む」という文言が相手方の将来の行為に関連づけているのに対して、何が起きたのかの公表は明らかに「伝える」ことである。それゆえ、これを受け入れることは、Xが、差引とそれによってB会社の債務が解放された結果として適切な補償を求めるXの請求権が発生したことをXがB会社に伝えたと考えたことを基礎としている。

5 被告Yが一九六一年五月六日の書面におけるXの意思表示を「相殺」の意味で理解しなかったという考察は結局誤りである。いづれにせよYはコンチェルン差引条項の法的本質を見誤っており、B会社に対する彼の債権をXに譲渡しなければならず、また実際に譲渡されたと考えた。しかし、このことは相殺の無効をもたらすものでは

ない。一方において、Yがどのように事態を理解したかは取るに足りないことである。他方、Yもまた結果的に相殺から出発している上告理由に同調すべきである。なぜなら、Yが自己の債権を譲渡しようとしたなら、原告Xが譲渡に基づいて対価の支払い義務を負い、今やこの債務を自己の債権をもってする相殺によって消滅させるという仮定のもとにそれが行われるからである。経済的には、B会社に対するYの債権がXの債権をもってする差引によって消滅したとYも理解している。

6 この観点の考察に際して、一九六一年五月六日の書面での原告Xの意思表示を、コンチェルン差引条項に基づいて、被告YがB会社に対して有する債権を自己の債権で相殺する権限を行使し、それゆえ債務を今やXに支払うべきであることをB会社に伝えたと理解すべきであるとすることはすでに述べた。控訴裁判所が、一九六一年五月六日の書面に含まれる意思表示の主観的価値を明らかに相殺の意思表示と解釈せず、それゆえたとえばそれに含まれる曖昧な意思表示をここで書面交付者としてのXに不利に解釈するかどうかを議論する必要がないとするならば、一九六一年五月六日の書面でのXの意思表示を今のような意味で理解する可能性を控訴裁判所は有していたが、そのようにみなかったし、それゆえ議論の核心に組み込みもしなかった。それゆえ控訴裁判所の評価は手続的瑕疵に基づいている。それは控訴審判決の破棄をもたらす。控訴審判決は事案を他の方法で取扱判断するために棄却され、今まで述べてきた観点の考察に基づいてXの意思表示を新しく解釈し、評価しなければならない。

IV

控訴裁判所で扱われた、B会社が被告Yに負っている金額を実際に支払った場合にはじめて原告Xが相殺しようとしたのかどうかという問題は、B会社に対するYの請求権が存在していないのか、解約ないし解除権により再び

消滅したのかという事情によって相殺の効力に違いがでる。控訴裁判所が新しい取扱によってXが相殺の意思表示をなしたという結論に達した場合、B会社に対するYの債権が基礎づけられていたのかどうかを判断しなければならぬ。その際、双方の債権が存在していない場合、相殺契約、この場合にはまたコンチェルン差引条項に基づく差引が無効かどうかは判断する必要がないし (Pfeifer und Franken, NJW 1960, 1977, 1979; Reimer Schmidt in Soergel/Siebert, vor §387 Anm. 3; RG LZ 1916, S.535) あるいは少なくともXが相殺の意思表示を不当利得に基づいて解除することができるか、それによって債権が再び発生するかどうかも判断する必要がない。

(二) 連邦通常裁判所第八民事部一九八一年六月三日判決 (BGHZ 81, 15)

〔判断事項〕

コンチェルン差引条項に基づく破産相殺の許容性について

〔事案の概要〕

被告Yは、一九七八年二月二〇日から七月六日までの商品供給について九六四九八・八六DMの債務をF (破産者) に負っている。注文書にはYの仕入れ約款 (EB) に関して次のように記載されていた。

『一〇・コンチェルン差引

注文者は、S会社、I会社、R会社、A会社、N会社、G会社、あるいは注文者ないしS会社が少なくともその資本の半分以上を有しているその他の会社が有している債権をもって、受託者の債権に対して相殺する権

限を有している。

さらに注文者は、上記の企業に対して受託者が有している反対債権を自己の債権をもって相殺する権限をも有している。』

破産者はその注文書を書面で確認した。確認書には以下のような規定があった。

『普通取引約款の基礎をなしている・・・同封した普通販売・供給約款に反しない限りでその仕入れ約款を承認する。』

破産者の普通販売・供給約款(AVL)一四号はとりわけ次のように規定していた。

『我々の知らない反対債権をもって我々の債権と相殺することは、留置権の主張と同様に禁止されているものとみなす。』

S会社は、Yの受託者に対して自己が有するすべての債権をもって相殺する権限をYに与えた。

一九七八年一〇月一〇日の破産者による申立により、その財産につき一九七八年一月一日に破産手続が開始され、原告Xが破産管財人となった。Xは、九六四九八・八六DMとその利息についてYに支払うよう求めた。Yは訴えの棄却を求めるとともに、現金割引による差額分八六二・四二DMを請求できること、訴求債権はS会社の反対債権による相殺により一九七八年九月八日と十一月三日に消滅したことを主張した。

第一審、第二審とも請求は棄却されたが、Xの上告は認められた。

〔理由〕

I

1 控訴裁判所は、『知らない「反対債権」』との相殺を禁止した普通販売・供給約款一四号二文を普通取引約款一条三号に関連づけ、相殺が禁止されるのは『争われている』反対債権であると理解することを受け入れた。このことが法的な誤りを導くものではないし、上告理由によって異議を申し立てられているものでもない。

2 さらに控訴裁判所は、被告Yの仕入れ約款（EB）も破産者の普通販売・供給約款（AVL）も、互いに矛盾していないことを理由にこれらが契約内容になることから出発している。この点について、上告理由は、AVL一四号における規律の意味にしたがえば法定相殺が認められる限りにおいて（普通取引約款一条三号参照）相殺が排除される故に、EB一〇号とAVL一四号は矛盾しており、それゆえ被告Yは自身が有する債権ではなく他のコンチェルン構成員の有する債権をもって相殺することはできないと主張している。これが妥当かどうかは未決定のままにしておく。

II

1 控訴裁判所は、被告YのEB一〇号に含まれているコンチェルン差引条項を原則として有効であると理解している。

2 コンチェルン差引条項が個別契約において取り決められ得ることが、その限りで一般的な承認を得ていることは明白なはず（vgl. insbesondere Palandt/Heinrichs, BGB 40. Auflage § 387 Rdn. 2; Erman/Westermann, BGB 6. Auflage vor § 387 Rdn. 8; Seergel/Schmidt, BGB 10. Auflage vor § 387 Rdn. 4; BGB—RGK 12. Auflage vor § 387 Rdn. 32; Staudinger/Kaduk, BGB 11. Auflage Vorbem. vor § 387 Rdn. 79; MünchKomm./von Feldmann, BGB, 1979, § 387 Rdn. 17; Rasch, Deutsches Konzernrecht 5. Auflage S. 216; Pfeiffer/Franken

NJW 1960, 1977; Börner NJW 1961, 1505; Heinze NJW 1973, 2182, 2185)。それにも関わらず、コンチェルン差引条項が普通取引約款の受け入れによって取り決められ得るかについては争われたる(肯定 Palandt/Heinrichs aO; Erman/Westermann aO; Staudinger/Kaduk aO; Umer/Brandner/Hensen, AGB 3. Auflage § 11 Nr.3 Rdn. 14; Pfeiffer/Franken aO; Heinze aO; 不定 Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, Komm. zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allg. Geschäftsbedingungen § 3 Rdn. 28, § 4 Rdn. 33, § 9 Rdn. 114; Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen 2. Auflage E25 aE; Staudinger/Schlosser, BGB 12. Auflage AGBG § 11 Nr. 2 Rdn. 7; Schutz DR 1941, 1519)。その限りで、本件と同様、その資本に「注文者ないしS会社が少なくとも半分は関与している」というように、「名目的にコンチェルン構成員と呼ばれている者ではない者の反対債権をもって相殺することが許されるとするならば、これは普通取引約款九条による約款利用者の契約相手方に不当に不利益を与えることを意味しないのかどうかはとりわけ疑わしい。なぜなら、これが全く不可能ではないとするならば、これによって中小企業が受託者から何重にも金融を享受するために当てにしていた顧客債権の譲渡が困難なるからである。しかしながら、Yのコンチェルン差引条項が普通取引約款法の規定により全部ないし一部無効となるのかどうかという問題もここでは判断する必要がない。

III

- 1 結局控訴裁判所は、破産法五五条三号の規定に関わらず、S会社の債権をもって相殺することは、相互対立性という要件が契約締結時点ですでに取り払われていたが故に、できると考えた。
- 2 これに対して上告理由で正当にも異議が申し立てられた。

a) コンチェルン差引条項が普通取引約款利用者の契約相手方の破産の場合に有効かどうかは争われている（とりわけ、一方においては、Soergel/Schmidt, aO vor § 387 Rdn. 4 und Böerner NJW 1961, 1505, 1508; 他方においては、Erman/Westernmann aO vor § 387 Rdn. 8 und Pfeiffer/Franken NJW 1960, 1977, 1978）。

b) 当部の見解によれば、本件でEB一〇号に含まれているようなコンチェルン差引条項は、破産法五五条二号と三号を類推適用して、取引約款利用者の契約相手方の破産の場合には相殺できない。

aa) 破産法五五条は破産債権者の保護のための強行法を含んでいる。それゆえ、将来の破産者が破産法五五条に反して破産開始前に個々の債権に有利なように相殺を認めるといふ取決めは無効である（Jaeger/Lent, KO 8. Auflage § 55 Rdn. 2; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO 9. Auflage Rdn. 4; Böhle-Stamschräder/Kilger, KO 13. Auflage § 55 Anm. 1, jeweils m. w. Nachw.）。

bb) 破産法五五条二号と三号によれば、破産開始後に取得した反対債権、あるいは支払停止ないしは破産開始の申立を知らながら破産開始前六ヶ月以内に取得した反対債権をもって破産者の債権と相殺することはできない。つまり、破産法五五条は破産手続中になされた相殺の意思表示にのみ関わっているのではなく、そこで挙げられている要件のもと破産財団が不利になるような破産開始前の相殺可能性をも排除しようとしているのである（Jaeger/Lent aO § 55 Rdn. 1 und 17; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck aO § 55 Rdn. 3; Böhle-Stamschräder/Kilger aO § 55 Rdn. 2）。

cc) いずれにせよ被告Yはこれをもって相殺しようとしているS会社の債権を譲り受けていない。EB一〇条に含まれているコンチェルン差引条項によっても、S会社の授權によっても、被告Yは債権を取得していない。S会社は以前と同じように破産者に対する債権者のままである。

dd) もしその債権が相殺の時点で譲渡されたというなら、被告YはS会社の授権に基づいて破産法五五条二号三号により相殺することができない債権をもって相殺しようとしている。しかし、S会社とYは明確に譲渡を予定していたのではなく、むしろ他のコンチェルン企業、つまりS会社の場合によっては自身が相殺する可能性を維持するために相殺の授権を制限しようとしていたのである。そこで、しかしYは一九七一年に相殺の授権がなされたことを引き合いに出すことは許されず、むしろあなたかも相殺の時点で譲渡がなされたかのように扱われるべきである。なぜなら、どのコンチェルン企業が、つまりS会社とYのいずれの相殺可能性を利用したかが、その時点ではじめて明らかになるからである。それにも関わらず、YがS会社の授権に基づいて譲渡の場合には相殺することができなかった債権をもって相殺することができるとするならば、破産者がYに対して有していた債権は消滅することになり、破産者に対する他の債権は——Yに譲渡された債権をもってする相殺の場合と同様に——不利益を受けることになろう。他の債権者のこのような不利益を破産法五五条二号三号が阻止しようとしているが故に、コンチェルン差引条項に基づいて破産開始後にあるいは破産開始の申立を知って相殺をなした場合には、これらの規定が類推適用される。

ee) 本件の場合被告Yが破産開始後に相殺の意思表示をしたこと、そして相殺の意思表示によって明らかになったように、Yが一九七八年八月一日に破産開始が申し立てられたことを知っていたこと、そしてこの相殺の意思表示が破産申立を知ってなされたこと、などを理由に、相殺は破産法五五条二号三号の類推適用によりその効力を否定されるべきである。

3 一九六六年五月一六日の当部の判決 (III ZR 38/64 = LM BGB § 387 Nr. 43 = WM 1966, 651) に述べられたことは他の理解を導く限りで維持されない。

4 それ故に、被告Yの相殺が無効であり、自己の債務が消滅していないが故に、現金割引による差額も請求することができない。

(三) 連邦通常裁判所第八民事部一九八五年三月二七日判決 (BGHZ 94, 132)

〔判旨〕

a) 金銭債権の債務者が同時に第三者に向けられた金銭債権の債権者である場合、両債権を差引によって消滅させることを債権者と第三者で有効に取り結ぶことができる。この取り決めはBGB四〇七条一項の要件のもと差引される債権の譲受人に対しても有効である。

b) 債権者と第三者の差引取り決めの締結が同一人によって代理された場合のBGB一八一条違反について

c) 同一の支配人によって代理されているコンチェルンに属する二つの企業が差引取り決めに関わった場合と代理権の濫用の問題について

〔事案の概要〕

原告Xは、ベルリンにあるH&K (以下、H会社と称する) の財産に関する破産手続での破産管財人である。XはH会社が被告Yに供給したラジオスピーカーの販売代金一五〇五一・一九DMの支払をYに求めた。当事者はこの債権が差引によって消滅したかどうかを争っている。

H会社は、娯楽用電子機器類の分野での商品を製造並びにそれらの商品を販売しているいわゆるDグループとい

う企業結合の一員である。DグループにはさらにハンブルグのD電子会社(以下、D電子会社と称する)も属している。両会社は、D電子会社に一〇〇%、H会社に九八%資本参加している共通の親会社であるD・KGに互いに結びつけられている。独占的代理権を有している支配人並びに両子会社の親会社でもあるのは、——A・AGとともに——D・KGの無限責任社員でもあるH・Dであった。

Yは電子娯楽産業機器の輸出入を営んでいた。そしてH会社とD電子会社と取引関係にあった。

一九七九年の三月と四月にYは日本の製造業者Rの機器を輸入し、その一部をD電子会社に原価で供給した。H会社はYにラジオスピーカーを、計算書によれば一九七九年四月二十五日、五月三日、七日、一〇日、一一日、一五日、一八日、そして二一日に供給し、代金総額は一五〇五一・一九DMとなった。

一九七九年六月一八日にYがD電子会社とH会社に宛てた書面で、Yはその当時D電子会社に対して有していた債権とその時点でH会社に対して負っていた債務とを差引し、残額をH会社に振替送金した。この差引は、Yの主張によれば、H・Dと三月初めに行った取決めに基づくものである。

一九七七年一月二十九日、H会社はD銀行と包括債権譲渡契約を締結し、それによってH会社は信用担保のために現在と将来の顧客債権を銀行に譲渡した。一九七九年六月二〇日の書面で銀行はYに譲渡を通知し、一九七九年五月三十一日までに債権の総計は一五〇六八九・三七DMとなっていた。

一九七九年六月二八日、H会社は破産を申し立てた。破産手続は一九七九年八月三一日に開始された。一九八〇年六月九日の書面でXは主張された差引取決めを破産法三〇条により否認した。

一九八〇年一〇月二三日の書面で、D銀行はH会社から譲渡されたYに対する債権をXに譲渡した。

一審は申立通りXの請求を認容した。二審はその判決を本質において確認したが、Yの上告によって破棄差戻さ

れた。

〔理由〕

I II 1 2 ……

3 被告Yの申立によれば、訴求債権の消滅に関する理由としては、一九七九年六月一八日の書面で行われたD電子会社に対する債権との差引だけが考慮される。

BGB三八九条に基づく相殺による訴求債権の消滅は問題にならない。なぜなら、この場合BGB三八七条で要件とされている両債権の相互対立性が欠けているからである。つまり、訴求債権の債権者（H会社）とYの反対債権の債務者（D電子会社）が同一人でないからである。

Yは、相互対立性の欠如にも関わらず両債権を差引によって消滅させる法的権限を、その主張によれば一九七九年三月の初めにH・Dとの間でなされた取決めから導いている。差引による両債権の消滅をもたらすためにはこのような取決めが法的基礎にならないと控訴裁判所は考えた。これは法的誤解によるものである。

a) 多数の債権者と債務者間で相互の債権を差引によって消滅させる取り決めを行うことは契約自由（BGB三〇五条）により認められる。相殺の要件、とりわけ差引する債権の相互対立性が備わっている必要はない（RGZ 72, 377, 378; MünchKomm/v. Feldmann § 387 Rdn. 17; Palandt/Heinrichs, BGB § 387 Anm. 8; Pfeiffer/Franken NJW 1960, 1977）。このような取り決めには消滅する債権に関して処分権を有する者が参加しなければならぬ。たとえBGB三八七条の要件が備わっていなくとも、差引する債権が消滅することの基礎をその承諾が生み出しているのである。当部はこのような取決めをとりわけいわゆるコンチェルン差引取決めの形式の中

に認め、とりわけコンチェルンに属する企業が自己の債権をもってコンチェルンに属する他の企業に対して有する契約相手方の債権に対しても相殺する権限を有している場合 (Senatsurteil vom 16. Mai 1966 — VII ZR 38/64 — LM BGB § 387 Nr. 43 = WM 1966, 651, 651)、並びにコンチェルン企業が自己の債務をコンチェルンに属する他の企業が契約相手方に対して有している債権をもってする差引によって消滅させる権限を有しているという反対の場合にも見いだされる (BGHZ 81, 15, 17; vgl. auch BGH Urteil vom 31. März 1977 — VII ZR 273/75 WM 1977, 760)。本件で想定された取決めによる差引権限を、企業結合している一社ないし複数の会社のみが有しているのではなく、この企業の債権者でありかつ債務者でもあるYのためにも基礎づけられるということに法的な区別はない。差引する債権の消滅にとって重要なことは、差引する人ではなく、その債権に関する処分権を有する者が承諾していることのみである。

b) 被告Yから主張された差引取決めが存在するかどうかを、控訴裁判所は——その立場からは首尾一貫したものとして——確定していない。それゆえ、上告審においては、その点でのYの主張は適切であることから出発している。

c) この取り決めの内容についての被告Yの主張は、上告審で主張された原告Xの見解に反して十分実証されている (詳述された)。

d) 上告審の基礎となっている事実関係によれば、被告YとH会社ないしD電子会社との間の現在および将来の反対債権は現金払い以外にも、場合によっては最高額の調整に基づく差引、その際差引は参加者のいずれからでもなし得るものである、そういう差引によっても履行されうることを、被告はH会社ともD電子会社とも——その都度第三関与者の承諾をもって——取決めていた。この差引取決めの実行において参加者はさらに同じ方法で、

差引すべき債権の消滅のためには関与者の差引の意思表示をなお必要とし、たとえば差引に関係する債権の各債権者がすではじめから差引に基づくその消滅を承諾する旨の意思表示をするというふうに履行契約を結んでいた。

この取引に際して、正当なものとして仮定されたYの申立によれば、H会社もD電子会社も独占的代理人であるH・Dによって代理されているということは、本件の取り決めの効力に反するものではなく、とりわけ「自己契約・双方代理の禁止を定める『訳者注』BGB一八一条に違反するものではない。控訴裁判所が正当にも強調したように、H会社とD電子会社との間に債権は存続してもおらず、期待もされていないが故に、それゆえYと一方においてはH会社と、他方においてはD電子会社との間の債権のみが差引に関わり、この債権の債権者と債務者間だけが差引取決めや履行取り決め関わり、これに対してH会社とD電子会社は関わるることができない。BGB一八一条違反は、H会社とD電子会社がその時々に関与者との間で締結された取決めに承諾を与えている限りで、存在しない。なるほどその際にH・Dは、彼の代理している別の会社が参加している取決めに、一つの会社の代理人として承諾している。しかし、彼は無限責任を負い、かつまた支配人でもあるYの組合員の出席のもとすべての意思表示を行ったが故に、現実的に考えれば、彼がこれに対して必要な承諾の意思表示をしたということから出発すべきである（BGB一八二条一項）。しかし、それでもBGB一八一条に違反しているとは考えられない（RGZ 76, 89, 92—93）。BGB一八一条違反は、H・Dが彼が代理をしている企業それ自体に対して他の企業の代理人として承諾した場合にだけ、考えることができるだろう。この可能性を想定された事実関係から導くことはできない。

D電子会社に対するYの債権をもって差引することが取り決められたことによって訴求債権の消滅が基礎づけられる限りで、その取決めは一九七七年二月二十九日の包括債権譲渡に基づいて訴求債権の債権者にもなったD銀行

に対しても有効である。このことは、H会社が担保取決めに基づいて債権の処分権ではなく債権の取立てのための権限のみを与えていた場合にも妥当し、BGB四〇七条一項からそうなる。

なぜなら、Yは譲渡を、差引取決め後に、そしてまた実際上差引がなされたあとに、つまり一九七九年六月二〇日のD銀行の書面で、はじめて通知された。

4 主張された差引取決めを破産法三〇条により否認するとの原告Xの主張は基礎づけられていない。被告Yは債権者ではなく、むしろ後の破産者(H会社)の債務者であったが故に、Yが否認可能な方法で破産法上自ずと許される差引を生み出すことができるという観点のもと破産法三〇条一号前段の適用は考慮されまいだろう (*Senatsurteil BGHZ 58, 108, 113*)。しかしながら、否認は、差引契約の締結の際に後の破産者であるH会社ではなく、一九七七年一月二九日の包括債権譲渡に基づいてD銀行が債権者となった時点ですで行使できないものとなる。

包括債権譲渡が無効ないし否認可能であるとの点については、何らの申立もなければ自明のことでもない。H会社が差引契約の締結時点ですでに支払不能であり、Yがこれを知っていたということをXが申し立てていないことから、否認はいずれにしても認められない。

5略.....

三 コメント

(一) 新倒産法における相殺権の処遇

ドイツ新倒産法九四条は「倒産債権者が倒産手続の開始時において法律により又は合意に基づいて相殺する権利を有するときは、この権利は、本手続きによって影響を受けない」(木川裕一郎・ドイツ倒産法研究序説二九五頁による)と規定し、相殺契約により生じた相殺適状を明文をもって保護することにした(新倒産法による相殺権規定の変更点は、大きくいって二つある。一つがこれであり、もう一つは、従来、期限未到来、条件未成就、非金銭債権であっても、条件成就規定、金銭への換算規定によって相殺可能とされていたこれらの債権が、破産手続開始時点で相殺可能となっているか、あるいは遅くとも財団の有する債権よりも先に弁済期到来、条件成就するなど相殺に適するものになっていなければ相殺に供することができないと変更した点である。これは従来よりも相殺権の認められる範囲が狭まったことを意味するのであるが、従来破産法で認められていた相殺権の拡張は相殺権者を誤って優遇するものであることからこれを改め、ドイツ民法における差押えがなされた場合の相殺(三九一条)、債権譲渡がなされた場合の相殺規定(四〇六条)と平仄を合わせるものである(Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S.178; Bork, Einführung in das neue Insolvenzrecht, RdNr.267.))。その理由とするところは、相殺契約の明確性のためだけであるとされる(Balz/Landfermann, a.a.O., S.177; Kübler/Putting, Das neue Insolvenzrecht, Bd.1, S.275.)。しかし、単に相殺契約による相殺適状の発生を明確に保護するためだけであるとしても、これによって何が解決されたかということについてははなはだ疑問である。すなわち、相殺契約の締結によって遅くとも破産手続開始前に相殺の効果が発生していた場合にはこれをもって破産に対抗できることは疑いなく、むしろ問題となるのは一方当事者の破産開始を条件として相殺適状をもたらすとする相殺契約の効力であり、あるいは破産手続開始後に相殺の実行を認める相殺契約の効力だからである(Hasemeyer, Insolvenzrecht, 2.Aufl., S.367ff.)。これらの場合にもその効力が認められることになったのかどうかは、今回の改正からは何も明ら

かにされず、ただ相殺契約について論及されることによってその効力が認められるかのような観を呈することになっただけである。そうになると、学説は分かれているものの、判例では否定されているコンチェルン差引条項も今回の法改正によって認められることになったのかとの疑念が提出されることになるのである (Häsemeyer, Die Aufrechnung nach der Insolvenzordnung, in: Kölner Schrift, S.501.)。

(二) 相殺契約の対外効

そもそもいかなる要件のもとに相殺契約を第三者に主張することができるか。日本法においては相殺の担保的機能と絡めて論じられ、法定相殺のそれと連動した形で展開されてきた。しかし、それによってすでに問題が解決されたわけではなく、むしろ相殺契約と相殺予約の異同ならびに期限の利益喪失約款の取扱など類型論的な混乱状況、担保的機能のみに焦点が当てられることによる相殺契約の法的性質についての議論の不十分さ、それによる法定相殺との異同についての不明確さなど、論じなければならぬ点は山積されている。

まず、二つ以上の債権を共通の基準に従って対等額で消滅させ、差額が生ずる場合には残余のみの一つの債権とすることを目的とする合意を相殺契約と称した場合、これには契約成立時点で債権の処分がすでにに行われている「契約による相殺」と、契約では相殺権の発生に関する取り決めが行われ実際の相殺はその後の相殺権行使に委ねられている、つまり契約時点では債権の処分が行われておらず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」の二種類がある。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、が含まれる。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（Berger, Der Aufrechnungsvertrag, S.144ff.）。そうして、差押え債権者等の第三者との対立が生ずるのは、これらのうち、契約成立時点で債権の処分が行われているが実際に処分効果が発生していない場合、すなわち、条件付相殺契約と先行する相殺契約の場合である。契約成立と同時に債権の処分効果も発生した場合、その時点で債権は消滅しているのであり、その後になされた債権差押えに優先することに問題はなく、その反対に差押え後に相殺契約を結んでも、差押えによる当該債権の処分禁止効により、差押え債権者に対抗することができないとすることも疑義は生じない。また、相殺権発生に関する取り決めにおいては、契約時点で債権の処分がなされていない以上、差押え債権者に対抗することはできない。

それでは、一定の条件が成就すると直ちに債権が消滅する旨の相殺契約、債権が発生すると直ちに消滅する旨の相殺契約が締結された後、条件未成就、債権未発生の際に当該契約の目的とされた債権につき差押えがなされた場合、優劣決定基準は何か。第三者との関係を処分の先後で決定する考えがあり、そうすると処分効果が発生していなくともすでに契約締結によって処分がなされていることから、この場合には常に相殺契約が優先するとの考えがある（Berger, a.a.O., S.145, 150, 153, 169.）。しかし、これはそもそも相殺が第三者効を有するのはなぜかという点から検討すべき問題である。法定相殺の場合、一定の場合に債権譲受人、差押え債権者に対して相殺を対抗することができる。それは、相殺適状によって直ちに債権消滅効が生ずる法上当然消滅主義から意思表示による相殺へと相殺方法が変わったにせよ、相殺適状によって債権が消滅したとの期待は保護されるからである。この考えはさらに、相殺適状の発生が確実な場合、すなわち相殺適状の発生をもはや妨げることができない場合にまで拡張されて保護されることになる。あるいは、相殺適状の発生を債務者のあざかり知らない事情によって妨げられた場合、す

なわち債権を譲渡することによって相互対立性を喪失させ、これによって相殺適状の発生を妨げる場合にも拡張されて保護されることになる。ここにおいては、相殺適状の発生によって債権が消滅するとの期待、すなわち自己の債権を引き当てにすることによって自己の債務から免れる、現実的に履行強制されることにはないとの期待が保護されている。このようにして、相殺に第三者効が認められるのは、自己の債務の履行が強制されない、債務から免れるとの期待が保護されることから導かれるのであって、そこにおいては相殺が弁済と等置されていることになる。すなわち、相殺が弁済と同視されることによって第三者効が導かれるのである。相殺契約の場合、これが決済の洪水を簡素化し、あるいは相手方の支払不能を慮って行われるものであるにせよ、ここには弁済との等質性は存在しない。それゆえ、法定相殺で認められる対外効は相殺契約の場合には認められない(ただ、相殺適状の発生が確定であり、それを誰も阻止しえない場合、すなわち相殺契約にかかわらず自働債権の弁済期が受働債権のそれよりも先に到来する関係にある場合に限り、相殺契約を主張することができると考えられる(拙稿・前掲一六四頁))。

(三) コンチェルン差引条項

同一コンチェルンに属する企業が契約相手方に対して有する債権を自働債権として、あるいは同一コンチェルンに属する企業に対して契約相手方が有する債権を受働債権として相殺する旨のコンチェルン差引契約は、いわば第三者相殺として、相互対立性を有しない相殺契約である。このような契約も、契約自由のもと、有効であることは論をまたない。ただ、その法的性質が相互対立性の欠如をもってして他の相殺契約と違うのか、違うとすればそのことが対外効を別に検討する必要があるものか問題となる。

とりわけ第三者相殺の場合には相殺契約の締結に際しての要件が他の相殺契約と異なる。すなわち、第三者の債

権をもって相殺する場合にはその債権の債権者による授權ないし承諾が必要となる。しかし、いったん有効に契約が成立したのであれば、その後は他の相殺契約と同様であり、別異に解するきっかけは与えられない。

問題は、このような相殺契約が締結されていて、これに基づいて相殺がなされる前に相手方が倒産した場合である。相手方の支払不能を慮ってこのような契約がなされるのであるから、当事者としては倒産法上の効力を求めることになる。しかし、すでに述べたように、このような契約は当事者に相殺権を与えるための契約であり、契約締結によって処分が行われるものでない以上、その後相殺することは破産宣告による処分禁止効により認められないものと考えられる。すなわち、コンチェルン差引条項の法的性質やその経済的機能からする検討の前に、相殺契約類型論からして当該条項の対外効は認められないのである。ただ、この条項に基づいてすでに相殺がなされたあとに、つまり相殺の意思表示がなされ、相殺に供された債権の特定もなされたあとに倒産した場合には相殺の効力は認められることになる。

（四） 日本法への示唆

最判平成七年の事例においては、結論として相殺予約の主張を認めなかったが、そこでは債権譲渡に擬して結論を導いた。しかし、これは相殺予約であり、しかも第三者相殺にあたるものである。相殺契約に関しての議論を活性化させるきっかけになった事例であり、これを機にさらに相殺契約について検討すべきである。また、今後は企業結合などが盛んに行われることになろうが、その際の決済取引に関しても示唆を与えるものと思われ、この点においてもさらに検討することは有意義なものとなろう。