

タイトル	ドイツ民法最新判例紹介(1)
著者	内山, 敏和; UCHIYAMA, Toshikazu
引用	北海学園大学法学研究, 55(1): 260-227
発行日	2019-06-30

資 料

ドイツ民法最新判例紹介（1）

内 山 敏 和

1. 建築家の普通取引約款における自己介入留保（Selbsteintrittsvorbehalt）の無効
2. 間接侵害者としてのレビューサイト運営者の責任
3. 試用期間中の解約告知期間についての普通取引約款の解釈
4. 賃貸借契約の終了後の使用利益補償（Nutzungsentschädigung）
5. 不適法な請求後の債権者に対する保証人の不当利得請求
6. 遺言執行者の解任を巡る紛争に関する遺言上の仲裁条項
7. 民法上の組合の消費者該当性
8. 唯一の支払い方法としての「即時振込」の約款法上の不当性
9. 追完のための輸送費用についての売主の前払義務

（はじめに）

本稿は、ドイツの法律学習用雑誌 JuS の「判例概観」欄にて紹介された民法判例について、同欄での解説を参考にしつつ、その概要を示すものである。もっとも、本欄において、参照に値する判例が網羅的に取り上げられている保証もなく、且つ同欄での紹介の基準は、ドイツにおける民法学習での重要度によるだろうから、必ずしも日本で紹介する価値があるとも限らない。また、ここでの紹介は、要旨¹、事案の概要と判旨を中心として、若干のコメントを付しているだけである²。詳細な分析は、当該分野を専門とする方々の検討を待たねばならない³。とはいえ、

¹ 要旨は、NJW 等の掲載誌のそれによることにし、掲載誌編集部による要旨は、その旨を示す。

² 当該分野についての邦語文献についても、執筆に際して具体的に参照したものを除き、原則として示さない。

³ いずれも、それなりに興味を引く事案が多いため、深入りしてしまうと、かなりの分量を必要とする評釈あるいは論文になってしまう。

速報的に⁴ドイツの民法判例の状況を紹介することは、研究者のみならず（研究者の場合には、自ら原文を読めば済むが）、それほど関心が高いとも思えないにせよ、実務家や学習者にとっても少なからぬ便宜となるのではないかと期待している⁵。

なお、最上級裁判所（BGH や BAG）の判決・決定を中心に紹介し、下級審のそれは、より簡単に概要を紹介するにとどめる⁶。

今回は、2018年1号から3号までに紹介されている9件を取り上げる。

1. 建築家の普通取引約款における自己介入留保（Selbsteintrittsvorbehalt）の無効（JuS 2018, 69 — Prof. Dr. Martin Schwab）

BGH, Urt. V. 16.2.2017 - VII ZR 242/13, NJW 2017, 1669 m.Anm Rast.

【要旨】

1. 建築家によって普通取引約款として提示された設計契約における契約条項：「建築家が成果物を理由として金銭による損害賠償の請求を受けた場合、注文主に対して、損害の除去を自ら引き受けるよう請求することができる。」は、BGB307条1項1号の反しており無効である（BGH, BauR 1981, 395 = BeckRS 1981, 00345 を限定）。

2. 注文者が建築家に彼の設計・監理の瑕疵の結果として生じた建築物の瑕疵を除去する機会を与えていない場合、その注文者は、例外的な場合においてBGB254条2項による損害軽減義務に反していることとなり得る。その限りで、彼は、内容の知らないいずれ作成されるべき改修案に関わり合う必要はない。むしろ、建築家は、彼が注文者に対して

⁴ もっとも、今回ここで紹介するものは、すでに1～2年前の判決であり、「速報」というほどのものではないことは、お詫びせねばならない。いずれ追いつきたい。

⁵ 中には、日本法の解釈に直接益するところのないものもあるが、このような簡易な判例紹介は、そのような場合にこそ意味があると考えている。日本法に益し得る判例であれば、むしろ、論文などで取り上げて本格的な検討をする必要がある。

⁶ 具体的には、要旨を超える判旨については、コメントの中で適宜紹介する。

損害軽減の目的で瑕疵除去のヨリ費用面で有利な仕方を提案しようとする場合には、代替的な瑕疵除去の方法及びそれに伴う費用を追試可能な形で説明しなければならない。【編集部要旨】

【事案の概要】

Xは、建築家Yに本件建物の設計を、建築業者Aに本件建物の内壁工事を依頼した。Xは、Yとの間では、Yが準備した普通取引約款が使用され、その中に次のような条項が含まれていた（以下、「本件約款」という。）：「建築家が成果物を理由として金銭による損害賠償の請求を受けた場合、注文主に対して、損害の除去を自ら引き受けるよう請求することができる。」

XがYの設計を受け入れ、Aによる工事が施工され、Xは、これも受領した。しかし、その後、内壁の防音が十分でないことが判明し（以下、「本件瑕疵」）、Xは、Aに対して、工事に瑕疵があるとして追完を請求した。別訴では、瑕疵の除去には66,000ユーロ余りの費用が掛かること、さらに本件瑕疵がYによる内壁の設計瑕疵によって生じたものであること（以下、「本件設計瑕疵」）が分かった。Aは、Xに対して、Yの本件設計瑕疵はXに帰責されるため、Aは、Yの本件設計瑕疵はXに帰責されるとして、Xが瑕疵除去費用のうち15,000ユーロを負担すべきであると主張した。結局、Aによる瑕疵除去はなされず、Yの責任保険から11,000ユーロ余りが支払われた。

そこで、Xは、瑕疵の除去費用から保険金を控除した55,000ユーロ余りの支払いと本件工事に関してYの設計・監理により生じ、または今後生じる全ての損害の賠償義務がYにあることの確認を求めて、訴えを提起した。これに対して、オスナブリュック地方裁判所は、Xの請求を棄却し、オルデンブルク上級地方裁判所も、Xの控訴を認めなかった。

【判旨】 破棄差戻

1. まず、XによるYに対する金銭による損害賠償の可否は、これを排除したうえでY自身による瑕疵の除去を唯一の賠償方法に定めている本件約款の有効性に掛かっている。BGHは、本件約款が評価を伴う不当条項（いわゆるグレーリスト）と評価を伴わない不当条項（いわゆるブラックリスト）に該当するかを検討し、これを否定する。そして、一般条項である307条1項の適否を検討する。

そこで、BGH は、本件約款がない場合に注文主が置かれる法状態を次のように確認する。「BGH の判例によれば、建築家は、自らの責めに帰すべき設計・監理の瑕疵で、すでに建築物に具現化しているものを理由とする損害賠償として、その瑕疵の除去の責めを負うのではなく、原則として金銭での損害賠償の責めを負う。建築家に対する設計・監理の瑕疵に由来する建築物の瑕疵を理由とした損害賠償請求権は、事の性質上、BGB280 条 1 項に基づく履行と並ぶ損害賠償である。というのも、建築物の瑕疵は、建築家の給付の追加履行によってはなお除去され得ないからである。BGB280 条 1 項の履行と並ぶ損害賠償請求によって、注文主の他の法益や財産に生じた損害の賠償を請求することができる。……〔中略〕……注文主の損害は、彼が合意された建築家報酬を支払って結果として建築家契約において目的として合意された建築物よりも劣った建築物を得たという点に存する。そこから生じる財産的損失について、建築家は、金銭による損害賠償を行わなければならない。BGB249 条 1 項によれば、建築家は、彼が瑕疵ある履行をしなければ、存在したであろう状態を回復しなければならない。……〔中略〕……これとの関連で、注文主には、〔建築家に〕設計給付（Architektenleistung）の瑕疵の結果として建築物に生じた瑕疵の除去を委ねるか、建築家の瑕疵ある履行によって引き起こされた建築物の価値が下落した額について損害賠償を請求するのか、を自由に決めることができるようになっているのである。」

そして、本件約款は、注文主の権利に重大な制限をしており、それに対する適切な補償や建築家による選択権の行使を拒否する機会が残されていない、と指摘し、これが信義則に反して約款の相手方を不当に害しており、BGB307 条 1 項 1 文により、無効である、という。BGH は、このような本件約款の不当性として次の 3 点を挙げる。

まず、第一に、この約款によって、「建築家の責めに帰すべき設計・監理の瑕疵の結果として建築契約でなされた合意に適合せずなされた仕事を保持して、建築家の瑕疵ある履行によって引き起こされた価値が下落した額についての損害賠償のみを請求する権利」が制限される。そして、そのような注文主の選択権の制限は、重大かつ注文主を信義則に反して不当に害するものである。なぜなら、瑕疵の除去をやめようと考えている場合に、建築家による瑕疵の除去を押し付けることになるからである。

他方で、第二に、この条項を注文者が瑕疵の除去を望んでいる場合に限って適用しても、問題はあるという。「本件約款は、しかし、注文主が

建築家の瑕疵ある履行の結果としてその履行能力及び専門的資質に対する信頼を失い、建築物に生じた瑕疵をその建築家によって除去することを期待していない場合にも、適用される。」つまり、瑕疵の除去を誰に頼むかについて決定する注文主の権利が不当に害されている（「それによって契約による利益調整が全体としてもはや維持されない程、重大に制限している」ということになる）。

第三に、「さらに、本件約款は、損害賠償が義務付けられる建築家による瑕疵ある履行について注文主に与えられる権利、すなわち建築物の瑕疵の除去を注文する業者を自ら選ぶ権利を本質的に切り詰めてしまうことになる。」

2. 本判決は、また、建築家の自己修補権が約款以外の別の形で認められるかについても検討する。すなわち、注文者が建築家に設計・監理の瑕疵によって建築物に生じた瑕疵を除去する機会を与えなかったことがBGB254条2項の損害軽減義務に反するため、注文主の損害賠償請求権が排除されるか、である。BGHは、例外的にそのような場合があること認めつつ、そのような例外が認められるのは、瑕疵除去の方法や建築家自身が削除することによりより安価に削除ができることが必要であるとする。そして、建築家は、注文主に対して損害軽減のためにより良い費用での瑕疵除去を提案しようとするのであれば、選択肢となる瑕疵除去の方法およびそれに伴う費用について追試可能な形で示さなければならない、とする。そして、原審ではそのような認定はされていないとして、この点でも原判決は維持できないとした。

【コメント】

本判決は、本件約款がBGB308条4号⁷、309条8号b肢bb⁸並びに同

⁷ 「普通取引約款において、とりわけ無効となるのは、……〔中略〕……」

4. 約束された給付を変更し、あるいはそこから逸脱する権利を約款使用者に与える合意で、その変更または逸脱の合意が約款使用者の利益を考慮して相手方当事者にとって無理のないものでない場合」

⁸ 「法律上の規定からの逸脱が許容される場合であっても、普通取引約款において無効となるのは、……〔中略〕……」

8. (義務違反の場合におけるその他の責任免除)

b) (瑕疵) 新たに製造された物の供給及び労務提供についての契約において、……〔中略〕……」

条7号a肢及びb肢⁹に反するものではないしつつ、一般条項である307条1項に反するとして、これを無効としたものである。これは、注文主が消費者であろうと、事業者であろうと当てはまるものであり、本件約款によって注文主から奪われている権利を十分に補償する手段もないため、建築家は、建築物の瑕疵を理由とする損害賠償の方法についての選択権を確保しようという場合には、個別合意による外ない¹⁰。

Schwabは、本件約款の無効の根拠として、当事者間の信頼関係が潜在的に破壊されている点も挙げている。すなわち、BGB249条2項1文は、次のような考え方を背景としている：損害を惹起した加害者は、被害者が損害の除去をこともあろうに自らに委ねるということを期待することはできない、と。この点から、依頼主には、どのような形で損害の填補をするのかを決定する権利があり、これを一方的に害することは、信義則に反することになる。

なお、本件に関連して、2018年1月1日に施行されたBGBの改正に注意する必要がある¹¹。そこでは、BGB650条tが設けられており、それによると、建築家は、建築主が建築業者に追完期間を設定して、不首尾に終わって初めて¹²、損害賠償責任を負うことになる。その点で、建築

bb) (追完への限定) 約款使用者の請求権が全体として又は個別の部分に関して追完の権利に限定する合意。ただし、相手方当事者に、追完が失敗した場合の対価を減額し。または建築給付 (Bauleistung) が瑕疵責任の対象でない場合、その選択に従って契約を解除する権利を明示的に留保されていなかった場合に限る。」

⁹ 「法律上の規定からの逸脱が許容される場合であっても、普通取引約款において無効となるのは、…… [中略] ……」

7. (生命、身体、健康の侵害の場合における及び重過失の場合における責任免除)

a) (生命、身体、健康の侵害) 約款使用者の過失による義務違反又はその法定代理人又は履行補助者の故意又は過失による義務違反に基づく、生命、身体又は健康の侵害による損害についての責任の免除若しくは制限；

b) (重過失) 約款使用者の重大な過失による義務違反又はその法定代理人又は履行補助者の故意又は重大な過失による義務違反に基づくその他の損害についての責任の免除若しくは制限；

…… [省略]

¹⁰ Hans-Joachim Rast, Anm. zu dieser Entscheidung, NJW 2017, 1669, 1672.

¹¹ 同改正については、Gerd Motzke, Der Reformgesetzgeber am Webstuhl des Architekten- und Ingenieurrechts, NZBau 2017, 251, 257.

家の責任には補充性があるといえる。もっとも、本条によっても本件約款が無効であることには変わらない。つまり、建築家が損害賠償責任を負う場合、建築主は、249条1項の原状回復によるか、同条2項1文の金銭賠償によるのかを決めることができる。また、建築主が建築業者に追完のための費用の部分負担(Kostenbeteiligung)のみを請求しうる場合には、建築家の責任の補充性は、認められないという¹³。

2. 間接侵害者としてのレビューサイト運営者の責任 (JuS 2018, 72 Prof. Dr. Gerald Mäscher)

BGH, Urt. v. 4.4.2017 - VI ZR 123/16, NJW 2017, 2029 mAnm
Lampmann - klinikbewertungen.de 事件

【要旨】

1. レビューサイトの運営者は、第三者がそのサイトに書き込んだ発言について、運営者がその発言を自己のものとした場合、直接侵害者として責任を負う。その際、自己のものとしたと前提され得る場合とは、サイト運営者が、客観的にみてすべての有意な事情の全体的評価を基礎として判断され得ることについて、外形上認識可能な形で自己のインターネットサイトで公表された内容について内容的な責任を引き受けた場合である。サイト運営者が自己のサイトに書き込まれた利用者評価に対して完全性・正確性について内容的・編集上の審査を行なっている場合、自己のものとしたといえることができる (vgl. Senat, BGHZ 209, 139 = NJW 2016, 2106 Rn. 18; NJW 2012, 2345 = AfP 2012, 264 Rn. 11; BGH, NJW 2015, 3443 = AfP 2015, 543 Rn. 25 mwN; NJW-RR 2010, 1276 = AfP 2010, 369 Rn. 24, 27)。

2. サイト運営者が当該サイトに書き込まれた第三者の発言について

¹² BGB281条2項、323条2項及び636条により期間の設定は不要とされる場合も、これと同視される。

¹³ Schwabによれば、本件もそのような事案である。つまり、BGB254条1項の準用により、注文者が瑕疵について共同して責任を負う場合、XのAに対する追完請求権は、制限されることになる。Xが本件瑕疵を惹き起こしたわけではないが、278条1文によりYの共働過責が帰責させられる。その結果として、Xは、Aに対して費用の部分負担と引き換えにしか瑕疵の除去を請求しえない。

批評の関係者からのクレームに基づいて内容的に審査をし、その者が独自に一とりわけ当該第三者と話し合いを持つことなしに一どの発言を修正しあるいは削除し、どの発言を維持するのか決定することによって、それに影響を与える場合、そのサイト運営者は、当該発言を自己のものとしている。サイト運営者が批評の関係者に評価の取り扱いを知らせた場合、いずれにせよ、内容的責任の引受けは、外形上認識可能である。

【事案の概要】

Xは、耳鼻咽喉外科を専門とする本件病院を営む法人である。Aは、本件病院にて鼻中隔の手術を受けたが、その際に向精神薬であるベンゾジアゼピンの服用について黙っていた。術後36時間経ち転院後、Aには副作用が生じ、敗血症のため肝臓・神経不全に罹患した。Aは、このことについて、Yが運営する病院レビューサイトに、次の①から③の書き込みを行なった（以下、「本件書込み」）。すなわち、①本件病院は、緊急事態の準備がされていない、②普通の手術で多臓器不全となるような敗血症の併発が生じた、③本件病院の職員には、生命を脅かすような緊急事態は荷が重すぎ、それによって、Aは死にかけた、と。Xは、Yに本件書込みについて弁護士による書面を送付した。Yは、これに対して、Aと話し合いを持つことなく、②に「私の特殊な体質のために」という記述を付け加え、書込み自体は、掲載し続けた。

Xは、Yに対して、上記3つの書込みをそのような内容で登録し、拡散することの差止めを請求して本件訴訟を提起した。

【判旨】 上告棄却

1. まず、判決は、法人Xが一般的人格権による保護を受けるかどうかを検討した。すなわち、「原告は、法人として、法の目的創造物（Zweckschöpfung des Rechts）としての本質及びこの法的保護の機能に基づいて必要な限度で、基本法2条1項、19条3項に基づいてその人格権の侵害を主張することができる。このことは、原告がその任務の範囲における社会的承認要求において害された場合に、且つその限りで、とりわけ妥当する。」本件書込みは、そのような領域におけるものとされた。

2. Yの「直接侵害者」性 次に問題となるのが、1004条1項1文で請求の相手方とされている「侵害者」の意義である。書込みをしたAが

直接的侵害者となること明らかであるが、サイト運営者であるYが直接侵害者として差止請求の相手方となり得るのか。サイト運営者が直接侵害者—民事第1部の言い回しでは「行為者」となるのは、その情報を自ら自己のものとした場合である。「その際、自己のものとしていることを前提することができるのは、サイト運営者が客観的にみてすべての有意な事情の全体的評価を基礎として判断され得ることについて、外形上認識可能な形で自己のインターネットサイトで公表された内容について内容的な責任を引き受けた場合である。その際、他人の内容との一致を認定するにあたっては、原則として慎重さが求められる。しかし、サイト運営者が自己のサイトに書き込まれた利用者評価に対して完全性・正確性について内容的・編集上の審査を行なっている場合、自己のものとしたということができる。」

「彼がそれら [= 患者の発言] をXのクレームに基づいて内容的に審査をし、その者が独自に—とりわけ当該第三者と話し合いを持つことなしに—どの発言を修正しあるいは削除し、どの発言を維持するのか決定することによって、それに影響を与える場合、そのサイト運営者は、当該発言を自己のものとしている。これによって、彼は、中立的な媒介者としての役割を放棄し、積極的な役割を引き受けたのである。」また、患者との話し合いなしに評価を変更したことが外部からは認識可能ではなかったと、上告理由が反駁している点については、次のように述べて、退けている。すなわち、YがXに対して当該評価の取扱いについて通知していたことで十分である、と。そして、すべての有意な諸事情の総合衡量を基礎とした客観的視点から、Yが問題の表現について内容的責任を引き受けた。

3. 本件書込みの違法性 一般的人格権は、粹の権利であり、その侵害は、相手方の基本権上保護された利益に優越する場合にのみ、違法となる (Rn. 23)。ここでは、言論の自由との衡量が問題となる。Yのようなレビューサイト運営者は、利用者の表現行為の「不可欠の仲介者」として、言論・コミュニケーションの自由の保護を受ける (Rn. 24)。このような言論の自由との衡量は、その表現行為が事実摘示か意見表明かによって基準を異にする。事実摘示については、それが真実の内容であるかによって決まる (Rn. 26)。意見表明の場合、その基礎となっている事実の真実性が問題となる (Rn. 27)。両者の区別の基準は、発言が証拠によってその正否を証明できるのかにある (Rn. 29)。また、両者の区別の

前提として、表現の意味の解釈が必要となるが、それは、「先入観がなく合理的な平均的受け手の理解によれば有する意味」を指し、その「表現がなされた言語的文脈及びそれが置かれている認識可能な付帯状況によって決定される」（Rn. 30）。以上を踏まえて、書込みは、不実の事実の主張であるか、不実の事実的基礎に基づく意見表明であり、Yの言論の自由は、Xの保護利益に劣後し、本件書込みは、違法である、と判断された。

【コメント】

ドイツにおいてもレビューサイトの書き込みを巡る紛争が多数生じており、サイト運営者の責任に関する判例の蓄積が見られるようである¹⁴。出発点となった判決は、生徒による教師の評価サイトについて、その適法性が認められた事案であり、対象教師の個人名が明示されており、評価者が匿名であっても、連邦データ保護法上違法とはならない、としている（BGH, NJW 2009, 2888 – spickmich.de 事件）。法律上の根拠（犯罪捜査の必要性等）がない限り、被害者には当該利用者のデータについての情報照会請求権が与えられることはなく、それゆえ後者は匿名で行動することが許される（BGH, NJW 2014, 2651 — 医師評価ポータル第1事件）。そのすぐ後には、BGHは、医師は、自身のデータを評価サイトから削除を求めることはできない、とした（BGH, NJW 2015, 489 — 医師評価ポータル第2事件）。個人情報保護法上の懸念は存在せず、むしろ医師のサービスについての情報に対しては、公共的利益が存在するという。これに対して、*OLG München*, MMR 2015, 620 では、削除が認められている。いずれにせよ、被害者の人格権と言論の自由との衡量が重要になってくる。

Xは、一般的人格権の侵害に基づいて本件書込みの削除を求めているが、そのような請求の根拠は、BGB823条1項（権利侵害に基づく損害賠償請求）の関連で類推される1004条1項2号に基づいた準ネガトリア法的差止請求権である。基本法1条1項（人間の尊厳）及び2条1項（人格の自由な展開に対する権利）に基づきBGB823条1項にいう「その他の権利」としていわゆる一般的人格権が承認されている。この不法行為法上の保護を参照して、所有権に基づく妨害排除請求権が一般的

¹⁴ 以下、NJW 2017, の評釈に拠る。

格権に類推されている。

遠隔メディア法 (TMG: Telemediengesetz) では、サイト運営者の責任に関しては、自己の情報による損害であるのか、他者の情報によるのかによって区別されている。他者の情報による侵害が問題となっている場合、すなわち運営者自身は間接侵害者である場合、責任を負うのは、情報をその違法性について積極的に認識しながら接続させ、あるいは後に知った場合にこれを削除しなかったときだけである (TMG10 条 1 項)。運営者は、間接侵害者としては、判例上、事実関係の究明と利用者と被害者の間の対話に真摯に協力する社会生活上の義務を負うにとどまる (Mäsch, JuS 2018, 72, 73)。本件では、Y が A の書いた情報を「自己のものとした」ことにより、直接侵害者とされ、差止の対象となっている。

本判決の結論に関しては、Mäsch が指摘しているように、Y が X のクレームに基づいて一定の対応をしたにもかかわらず、まさにそのことを理由として責任を認めていることに違和感を覚えるだろう。しかし、サイト運営者として Y がなすべきことは、A と X の間で問題解決ができるように協力することなのであり、それをせずに当該措置を行なった以上、責任を問われてもやむを得ないのである。

3. 試用期間中の解約告知期間についての普通取引約款の解釈 (JuS 2018, 168 — Prof. Dr. Burkhard Boemke) BAG, Urt. v. 23.3.2017 – 6 AZR 705/15, NJW 2017, 1895

【要旨】

使用者によって予式されている労働契約において一方の条項で試用期間が、他方の条項で解雇期間が規定されており、この明示的に挙げられている期間が試用期間が終了して初めて適用されるべきことが誤解することなく明らかとなっているのでないならば、そのことは、平均的被用者によって通常次のように理解されるべきである。すなわち、使用者は、労働関係の開始からすでにこの解雇期間のみをもって解雇することができるのであり、622 条 3 項の 12 週間の解雇期間をもって解雇することはできない、と。

【事案の概要】

Yは、労働者派遣業を営んでおり、2014年3月、Xとの間で、同年4月28日から客室乗務員として航空会社に派遣される旨の労働契約を締結した。労働契約1条が引用している労働協約において6か月間の試用期間が設定され、その最初の3か月間は1週間の期間をもって解雇することができ、残りの3か月間はBGB622条3項の期間が適用されるとされていた。その一方で、同8条では、解雇期間が6週間経過後の月末となっていた。Xは、同年9月5日、同月20日をもって解雇する旨の書面を受け取った。

そこで、Xは、本件労働関係が10月31日に終了することの確認を求めて、デュッセルドルフ労働裁判所に訴えを提起した。労働裁判所は、訴えを棄却したが、同ラント労働裁判所は、Xの控訴を認容した。

【判旨】 上告棄却

普通取引約款の解釈に際しては、「規律されている種類の労働契約において定型的に期待されるべき法律専門家でない被用者に着目しなければならない。…〔中略〕…合理的で、法律専門家でない平均的な被用者から見た場合、Yによって予め定式化された労働契約には、8条1号にある唯一の告知期間規定のみ存在している。」

「労働協約に拘束されていない労働契約の当事者がその労働関係を引き合いに出されている労働協約に専ら委ねることなく、使用者によって予め定式化された労働契約が個別の、協約に規定された労働条件について自ら規定を有している場合、平均的な労働者から見たとき、次のように解釈されうる。すなわち、その限りで、後者の条項のみが労働関係にとって決定的な意味を持つことになる、と。その限りで、被用者は、原則として、次のように受け取ることが許され、且つそうしなければならない。すなわち、約款使用者である使用者によって具体的な労働関係の必要性に合わせて作った様式労働契約（Formulararbeitsvertrag）における『署名に近い規定』が契約から離れた、引き合いに出されている労働協約による規律に優先すべきものである、と。」

BGB622条3項は、試用期間において2週間の告知期間を規定しているが、合意によってこれを伸長することができる。本件契約8条1号は、そのような合意に当たる。

確かに、試用期間の定めを設けるのは、通常、解雇期間を短くする目的である。それにもかかわらず、試用期間についても8条が適用されるとすると、試用期間の定めが無意味なものとなる。「しかしながら、これは、Y自身によって定式化された契約条項の結果であり、この契約条項は、試用期間の合意の基礎にある規律意図を平均的な被用者に十分に明らかにしていないのである。」

さらに、「当該労働契約の1条、3条第二4号及び8条1号は、これを全体としてみれば、BGB307条1項2文の透明性原則に反している。」

【コメント】

本件で、当事者は、労働関係の終了時点について争っている。労働関係は、労働協約に別の定めがない限り、2週間の解雇期間をもって解約することができる（BGB622条3項）。この期間は、個別の労働契約によって伸長することができる。本件契約においても、8条で労働関係は、解雇から6週間経過した月末に終了するものとされており、告知期間の伸長がなされている。その一方で、本件契約では、労働協約を援用しており、そこでは、6か月間の試用期間の間、最初の3か月は、1週間の、残りの3か月は、2週間の告知期間を規定しており、本件契約でも、試用期間が設定されることのみが規定されている。

労働協約は、一般的には個別労働契約の内容を補充する目的を有しているが、その内容は、個別合意によって排除することも可能である。本件労働契約は、趣旨不明確な規定を有しているがために、これによって労働協約の規定が排除されたと理解する余地もあり、BAGは、判例を引用しつつ、そのような立場を採った。

射程に関連して、BAGは、上告理由で引用されているLAG *Düsseldorf*, NZA 1996, 1156 及びLAG *Hessen BeckRS* 2012, 75676 について、前者は、債務法現代化前の事案であること、後者は、試用期間と告知期間についての規定が異なる表題の下で分けられているわけではなかったことから、事案が異なるとしている（Rn. 28）。

いずれにせよ、とかく複雑かつ趣旨が不明瞭な契約条項が使用されることの多い我が国の取引実務（とりわけ、消費者に対するそれ）に対する批判的なメッセージを本判決から読み取ることは、やや牽強附会とはいえ、あながち不当とも言えないだろう¹⁵。

4. 賃貸借契約の終了後の使用利益補償 (Nutzungsentschädigung) (JuS 2018, 170 – Prof. Dr. Thomas Riehm)

BGH, Urt. v. 12.7.2017 – VIII ZR 214/16, NJW 2017, 2997

【要旨】

1. 賃借物は、賃借人が賃借物を返却しておらず、引渡しをしないことが賃貸人の意思に反している場合、賃貸人に対して BGB546 条 a 第 1 項¹⁵の意味において賃貸借関係の終了後に明け渡されたとは言えない (BGH, NZM 2006, 52 Rn. 6; NJW-RR 2012, 229 = NZM 2006, 12 Rn. 12; BGHZ 204, 83 = NJW 2015, 1109 = NZM 2015, 337 Rn. 81; jew. mwN [確定判例])。

2. 賃貸人に再取得意思 (Rückerlangungswillen) が欠けている場合とは、たとえば、彼が一賃借人の解約告知にもかかわらず一賃貸関係の存続を前提としていた場合である (BGH, NJW 2006, 140 = NZM 2006, 104 Rn. 25; NJW-RR 2012, 229 = NZM 2006, 12; BGHZ 196, 318 = NJW 2013, 3232 = NZM 2013, 366 Rn. 23; jew. mwN)。

3. 賃貸人に再取得意思が欠けている場合、当該賃貸人には BGB546 条 a に基づく使用利益補償についての請求権は、賃借人が賃借物の返還をすることができず、主観的不能が賃借人自身によって惹起された場合であっても、認められない (Senat, NJW 1960, 909 [unter II b]; BGHZ 90, 145 [148 f.] = NJW 1984, 1527 [jew. zu § 557 BGB aF]の確認と展開)。

4. 賃借物を約定期間を過ぎて利用している賃借人に対して、実際にもたらされた使用利益の返還を不当利得を理由としてする賃貸人の請求について (BGH, NJW 1989, 2133 [unter III 3]; NJW-RR 2000, 382 = NZM 2000, 183 [unter 4]; BGHZ 204, 83 = NJW 2015, 1109 = NZM 2015, 337 Rn. 84)。

¹⁵ Boemke も、実務上の意義として、契約書作成の際には慎重さがとりわけ求められるとしている。

¹⁶ 「賃借人が賃借物を賃貸借関係終了後も返還しない場合、賃貸人は、その不返還 (Vorenthaltung) の期間について保証として合意された賃料又は同様の物について場所的慣行性のある賃料を請求することができる。」

5. 賃貸人の不当利得法上の利益賠償請求は、BGB546 条 a によっても、BGB987 条以下によっても排除されない (Senat, BGHZ 44, 241 [242 ff.] = NJW 1966, 248 [zu § 557 BGB aF]; NJW 1968, 197 [unter 3, zu § 597 BGB aF]; LM § 557 BGB Nr. 6 = BeckRS 1973, 31125480 [zu § 557 BGB aF]; NJW 1989, 2133 [unter III 3 a, zu § 597 BGB aF] の確認と展開)。

【事案の概要】

Y は、2005 年に X から本件居室を賃借し、2010 年に退去した。その際、X は、当時の妻で、その時点では同居していた F に本件居室をすべてのカギともども引き渡した。Y は、F を扶養の義務はなく、2010 年以来本件居室のカギをもはや所持していなかったにもかかわらず、2014 年 6 月まで X に対して賃料の支払いを行ってきた。Y は、2014 年 5 月 25 日の書面で同年 8 月 31 日をもって賃貸借契約を通常解約する意思表示を行なった。しかし、これに対して X は、F の協力のない一方的な解約は無効であると通知した¹⁷。その後、X は、Y に幾度か書面にて、7 月、8 月及び 9 月分の賃料を支払うように求めた。Y は、9 月 15 日に、自分の見解としては賃貸借関係は確定的に終了していると、反論した。Y は、なぜ自分が賃料全部を負担すべきか理解できないとして、上記 3 か月分の半額を X に振り込み、10 月から 12 月までの賃料の半額を支払ったが、その後は一切の支払いをしていない。X は、これまでの賃料の残額と 2015 年 1 月からの将来の賃料の支払いを求めて、訴えを提起した。

【判旨】 破棄差戻

1. まず、Y による解約告知によって本件賃貸借契約が終了していることを確認したうえで¹⁸、X が Y に対して、BGB546 条 a 第 1 項に基づい

¹⁷ F も賃借人であるということなら、賃貸借契約は、Y と F で共同で解除しなければならない。

¹⁸ BGB545 条によれば、賃借人が契約終了後も賃借物の使用を継続し、契約当事者が 2 週間以内に賃貸借契約の継続に異議を申し立てない場合、賃貸借契約が推断的に継続されることになる。本件では、2014 年 9 月 15 日の Y の書面 (Fax) がこの期間になされたといえるかが問題となったが、期間の開始が 545 条 2 文 1 号により同月 1 日であり、188 条 2 項前段により、同月 15 日の経過をもって終了しているため、期間内に異議を申し立てられたとして、契約は、継続していない。

て賃料相当額の使用利益補償を請求できるかを検討する。問題は、Yが本件居室を明け渡していないことが同項にいう「不返還（Vorenthaltung）」に当たるのかである。

「不返還」の前提は、賃借人が賃借物を返還しないことが賃貸人の意思に反していることである。つまり、賃貸人の再取得意思があることが要件である。この再取得意思が欠けるのが、「たとえば、賃貸人が賃貸借関係の継続を前提としているため、賃貸人の意思が賃借物の再取得に向けられていない場合である。というのも、賃貸人が賃貸借契約を終了したものと見ていない限りで、明渡しを請求していないし、それ故、賃借物の取戻しを欲していないからである。」（Rn. 20）「いかなる理由で賃貸人が賃貸借契約を終了したものと見ていないのか、とりわけ、賃借人によって表明された解約が無効であるのかは、一上告理由が適切に論じている通り一取戻意思が欠けているかの推認にとって意味はない。というのも、それは単に、賃貸借契約を継続しているものと扱っていることに基づく賃貸人の意思決定の動機に過ぎないからである。ただ決定的なのは、賃貸人が賃貸借関係の存続を前提としていることであって、なぜそうなのかではない。これを背景として、当民事事は、実際また一賃貸人の見解によれば存在する無効原因を認めないときには一、賃貸人が一本件でもそうであるように一賃借人の解約が無効であると主張し、住居の返還を請求していない場合、BGB546条aに基づく請求権は、排除される、と判決してきたのである。」（Rn. 21）

また、賃貸人の再取得意思及び賃借人による返還がないことという同条の要件が満たされる場合、賃借人が返還することができる状態になく、その主観的不能を自ら惹起した場合であっても、賃借物の不返還が認められうる。しかし、そのような賃借人の責めに帰すべき主観的不能がある場合でも、上記の要件の充足が必要である。つまり、これらの要件は、重疊的なものであって、選択的なものではない。「不返還の要件にとって賃貸人の意思の方向が決定的な視点であるならば、賃借人が返還できる状態にあるかどうかのみに着目することはできない。というのも、賃貸人が返還を望まず、解約の有効性に異論を挟んで、むしろ賃借人を一本件でもそうだが一契約に止めようとしている場合、いずれにせよ、不返還概念の本質的メルクマールが欠けているからである。」

以上のことから、Xは、546条aに基づいてYに使用利益相当額の支払いを請求することはできない。

2. 次に、不当利得に基づく請求（BGB812条1項1文1肢、2文1肢¹⁹）については、Yの利得が存在しないとして、これを認めなかった。まず、BGB546条aが一般不当利得返還請求権（や物権的返還請求権）を排除しているかについては、これを否定する（Rn.29）²⁰。ただ、Yの利得については、Yがすでに占有者ではなく、現実の使用利益を得ているか、またFの扶養義務があるかは、認定されていない。さらには、賃料を得ているわけでもないため、問題となり得るのは、賃借物を使用する抽象的な可能性をもってYの利得とすることができるかである。

これについて、「住居を単に（直接又は間接に）使用することは、そのような利得返還請求権にとって充分でない。不当利得返還請求権の〔成否〕にとって決定的に重要なのは、現実にもたらされた利益〔の存在〕である。不当利得法の目的は—BGB 818条4項、819条の例外を除いて—現実にもたらされた法律上の原因のない利得を取り上げて、それをそれが法秩序に従って割り当てられている者に引き渡すことである。」

よって、Yが転借料を得ているなどの現実的な利得をしているかどうかを判断すべく、原判決を破棄し、原審に差し戻す。

【コメント】

判旨は、多岐にわたるがいずれも従来の判例を基本的に確認しているものである。

まず、BGB546条a（当初は557条）の「不返還」の意義については、その結論を、もともとは文法的分析により導き出していたところ（BGH, NJW 1960, 909）、後には規範目的（それによって、賃借人に返還を促すこと）に基づいた解釈を採用し、賃貸人の意思に反して賃借物が返還されていないことと理解するようになっている（BGH, NJW 1989, 1739）。また、同条が不当利得法や物権的返還請求権を排除しないという立場も、制定史料に見られる規範目的（賃貸人を請求額の証明から解放すること）に基づいて、正当化されてきた（BGH, NJW 1966, 248）。

¹⁹ 「他人の給付により……〔中略〕……他人の費用をもって法律上の原因なくして利得をなした者は、これをその他人に返還する義務を負う。法律上の原因が後に消滅……〔中略〕……した場合においても、この義務は、存在する。」

²⁰ 同条は、専ら賃貸人に有利な規定であり、その権利を制限するものではないからである。

不当利得における使用可能性については、無効なデジタル回線（DSL）契約について問題となったBGH, NJW 2013, 2021の立場を占有移転を伴う使用可能性の創出の事案に適用している。

なお、Riehmは、不当利得に関する判決の論拠について「解釈論的に首尾一貫していない」とする。評釈の多くは、不当利得法に関する部分については、批判的である。

5. 不適法な請求後の債権者に対する保証人の不当利得請求（JuS 2018, 172 – Prof. Dr. Martin Schwab）

BGH, Urt. v. 24.10.2017 – XI ZR 362/15, BeckRS 2017, 134133

【要旨】

担保合意が無効であるためBGB768条1項1文²¹により保証人に債権者に対する永続的抗弁が認められる場合、その保証人は、それにもかかわらず保証人によってされたものについてBGB813条1項1文²²に基づいて債権者に対して返還請求することができる。

【事実の概要】

Y郡は、プールを建設し、H社にタイル・目張り・舗装工事を依頼した。Yによる普通取引約款によれば、Yは、仕事の検査の後に27,480ユーロの限度で将来生じうる瑕疵担保請求権を担保するために支払いを留保することができる、とされていた。Hは、保証人を立てることによってこの支払留保を解消することができる、とされていたが、そのためには保証人がBGB770条2項²³及び771条²⁴の抗弁を放棄することが必要と

²¹ 「保証人は、主債務者に認められる抗弁を主張することができる。」

²² 「債務の履行を目的に給付されたものは、その請求権に、それによって請求権の主張が永続的に排除される抗弁が障害となっている場合であっても、返還請求することができる。」

²³ 「債権者が主債務者の弁済期が到来した債権に対する相殺によって満足を得る限りで、同様の権限を保証人は有する。」

²⁴ 「保証人は、債権者が主債務者に対する強制執行を試みて、不首尾に終わらない限り、債権者の満足を拒絶することができる（検索の抗弁）。保証人が検索の抗弁を主張した場合、債権者の保証人に対する請求権の時効は、債権者が主債務者に対

されていた（本件担保合意）。Hは、B社を保証人に立て、Yの要求する抗弁の放棄もなされた。Hが仕事を終えた後、破産した。Yは、Hの仕事には瑕疵があると指摘し、Bは、Yの要求に基づいて、保証金 27,480ユーロを振り込んだ。Xは、BのHに対する求償権を再保証した者であり、XがBに対して保証債務を履行した際に、BがYに対して有する不当利得返還請求権を譲り受けている。Xは、Yに、Bが支払った金員の返還を求めて訴えを提起した。

【判旨】 破棄自判

1. 「広く受け入れられている見解は、保証人に債権者に対して、彼がBGB768条1項1文、821条に基づく永続的抗弁が存在しているにもかかわらず保証に基づいて履行した場合に、BGB813条1項1文に基づく不当利得返還請求権を認めているが、これは、正当である。」保証債務は、主債務とは独立した固有の債務であるが、主債務が存在しない等の場合、保証人は、法律上の原因なく給付をしており、BGB812条1項1文1肢の要件を満たしている。同様に、保証債権に対して永続的抗弁が付着している場合も、813条1項1文に基づいて給付利得返還請求をすることができる。「それ故、また、この請求権は、彼が債権者に対して主債務者の永続的（peremotorische）抗弁をBGB768条を通じて対抗しえたにもかかわらず、自らの保証債務の履行のために債権者に対して給付をした保証人に与えられる。規範の文言も、BGB813条又は768条における法律上の体系も、保証人の永続的抗弁が自身の権利から導かれるのか、BGB768条を通じて主債務者の権利から導かれるのかで、異なる扱いをする契機を提供していない。」これに対して、Stephan Lorenzの見解は、説得力がない。この場合、保証人は、主債務者に対して求償権を有する一方で、債権者にも利得返還請求権を有するが、これは、「保証人を不当に優遇することにもならないし、債権者を不当に害することにもならない。」

債権者との主債務者との間の担保合意が無効であるのに、保証人が立てられた場合、主債務者には、BGB812条1項1文によりその返還請求が生じ、BGB768条1項1文により、保証人もこれを債権者に対抗することができる。つまり、保証人は、債権者の履行請求に対して永続的に

して強制執行を試みて、不首尾に終わるまで、完成しない。」

保証合意の無効を、したがって、債権者は保証人への請求を控えなければならぬという主債務者の抗弁を対抗することができる。

2. では、本件担保合意は、無効なのか。本件担保合意は、BGB307条1項1文によれば、主債務者である請負人を信義則に反して不相当に害するものであり、無効である。

本件担保合意により排除されている BGB770 条 2 項は、一般的な附従性原則の表れであり、それによれば、保証人は、原則として、債権者が主債務者への請求、あるいは相殺によって満足を得られない場合にはじめて、請求を受けるべきものとなっている。保証人の抗弁を約款で排除することは、BGB309 条 3 号によって禁止されている規定、すなわち約款使用者の相手方から争いがなく法的に確定した主債務者の請求権をもって相殺する権限を取り上げる規定と同視できる。これにより、本件約款は、保証人を不相当に害するものとなる。

そして、保証人に対して不適法な内容で保証人を立てる義務を主債務者に負わせることは、請負人を不相当に害するものとなる。瑕疵担保責任担保のための支払留保を解消するための担保条項が許されるのは、彼が工賃を直ちに受け取れず、価値担保責任存続期間の注文者の負う信用リスクを引き受けなければならず、彼に工賃の利息が支払われないことについての公正な補償が規定されている場合である。保証人が相殺の抗弁を無制限に放棄することを含む担保合意は、そのような補償には当たらない。

【コメント】

建築請負契約においては、瑕疵担保責任の履行を担保するために代金の支払留保条項が入ることがある。本来、請負代金は、仕事の検査をもって弁済期到来となる。しかし、仕事の瑕疵が判明するのは、検査の後であることが普通で、請負人の追完のインセンティブを与えるうえでも、瑕疵担保責任が時効消滅するまで、代金の支払いを留保することが注文者の便宜に適う。ただ、普通取引約款でこのような支払留保が認められるのは、請負人に相当な補償 (ein angemessener Ausgleich) が与えられていなければならない。この場合の相当の補償というのは、請負人に支払留保に代えて保証人を立てることをもって担保する権利を与えることである。ただし、本件では、そこでの保証人が主債務の相殺の抗弁を採用することを予め放棄させている点で、そのような保証人条項が請負人

と注文主の間で無効であり、それに基づく請負人の抗弁を保証人が援用できるとしている。

なお、本件では、保証会社である保証人による既払いの保証金の返還請求権が再保証人であるXに譲渡され、これに基づいて訴えが提起されている。このような事情が判決の射程に影響を及ぼすのかが気になるところである。しかし、評釈も、この点は有意味ではないとし、JuSにおける事案紹介も、この点を簡略化している。

6. 遺言執行者の解任を巡る紛争に関する遺言上の仲裁条項 (JuS 2018, 174 – Prof. Dr. Marina Wellenhofer)

BGH, Beschl. v. 17.5.2017 - IV ZB 25/16, NJW 2017, 2112

【要旨】

遺言執行者の解任を巡る紛争は、終意処分において被相続人によって一方的に国家裁判権を排除して仲裁裁判所に割り当てられ得ない。

【事案の概要】

被相続人及びその夫(2010年死亡)は、共同遺言(2006年6月5日作成)において、「第二の死亡」(最終相続原因)について遺言執行者を置くこととし、Aを遺言執行者に指定した。この遺言には、相続から生じる紛争について国家裁判権を排除して社団法人である相続紛争のための仲裁裁判所(DSE)に服せしめることを、当事者に義務付けていた。被相続人は、2014年7月26日、死亡し、その後、Aが遺言執行者となった。その間、最終相続における相続人であるBら3名は、Aの遺言執行者の就職について異議を申し立てていたが、遺産裁判所も、上級地方裁判所も、これを退けた。Bらは、2015年1月23日の書面をもって、遺言執行者の解任を申し立てた。この際、Bらがその理由としているのは、就職以来ほぼ1年が経っているにもかかわらず、遺産目録を呈示していないこと、十分な説明がなされていないこと、度重なる要求にもかかわらず計算書作成がなされていないこと、遺産及び相続共有財産を意図的に毀損したこと、である。Aは、自らの義務違反を争うとともに、当該申立てについての国家裁判所の管轄に対して仲裁の抗弁を主張した。

遺産裁判所(キルヒハイム・ウンター・テック公証役場)は、解任の

申立てを退け、原審（シュトゥットガルト上級地方裁判所）は、Bらの抗告を容れ、Aの解任を認めた。

【判旨】

「この仲裁条項がBGB2227条による遺言執行者の解任の申立てについての手続をも対象としているのかという問題については、その判断はさまざまである。」学説上、肯定説も主張されているが、ライヒ裁判所及び下級審の判例、多くの学説では、否定説が唱えられている。そして、「最後に挙げた解釈が妥当である。BGB2227条に基づく遺言執行者の解任を巡る紛争は、ZPO1066条による終意処分において被相続人によって一方的に国家裁判権を排除して仲裁裁判所に割り当てられ得ない。」

ZPO1066は、法律上許された仕方では終意処分によって指図されている仲裁裁判所は、仲裁手続に関するZPO第10編の規定が準用される、と規定する。ただ、同条は、純粹に手続的な規定であり、いかなる実体法的要件の下で仲裁裁判権の指図が可能なのかについては、定めていない。仲裁裁判所が法律上許された仕方では設置されるのは、その点について被相続人に固有の処分権限が及ぶ場合のみである。「被相続人の実体法的処分権限は、その限界をとりわけ2220条に見出される。それによれば、被相続人は、遺言執行者に対しその者にBGB2215条、2216条、2218条及び2219条によって課せられている義務を免除する権利を有してはいない。そこで問題となっているのは、遺産目録の提出（BGB2215条）、遺産の適切な管理（BGB2216条）、説明並びに計算書類作成（BGB2218条）及び責任（BGB2219条）についての遺言執行者の基本的な義務である。」

遺言執行者の解任については、この2220条には挙げられていないが、類推適用される。それは、「被相続人は、相続人の両手を縛って遺言執行者の拡張された権限領域に置くことは許されない」、という立法者意思に基づく。「BGB2227条の解任可能性がなければ、BGB2215条、2216条、2218条、2219条に基づく遺言執行者に対する相続人の無条件の権利が全く貫徹され得ないか、非常に制限された範囲でしか貫徹され得ないだろう。その点で、BGB2227条は、遺言執行者の解任の可能性によって彼に課されている実体法的義務を強行的に手続的に補完しているのである。BGB2220条、2227条の規律は、法律上、その他の点では強い遺言執行者の地位についてGG14条1項による相続人の権利に鑑みて調整し

たものとして、形作られたものである。」遺言執行者を解任する権利は、遺言執行者についての手続に影響を及ぼす唯一の効率的な手段を提供しているのである。

【コメント】

ドイツでは配偶者間の共同遺言を認めており、配偶者の一方が死亡した後の遺産の行方だけでなく、他方配偶者の死亡後の処分を定めておくことができる。本件でも、共同遺言によって、第一相続においては、相互を唯一の相続人としていた。ただし、このような制度上の特殊性は、本件の判断とは直接関係しない。

本決定は、肯定説と否定説が分かれている問題について、BGHの立場を示したものとして、意義を有する。BGHは、遺留分請求を巡る紛争についても同様の判断をしている²⁵。ここで出てきているDSEは、1998年に設立された社団法人で、ドイツ全土の弁護士や公証人が参加している仲裁機関である²⁶。

なお、本決定では、BGB2227条による遺言執行者解任の重大な事由が存在しないというAが抗告理由について、抗告審の抗告許可決定の内容には含まれていない、として、これも、退けている。

7. 民法上の組合の消費者該当性 (JuS 2018, 287 – Prof. Dr. Martin Schwab)

BGH, Urt. V. 30.3.2017 – VII ZR 269/15 (OLG Köln), NZG 2017, 696

【要旨】

外的組合 (Außenengesellschaft) として権利能力を有する民法上の組合で、その組合員が自然人及び法人であるものは、それが単に私的目的で活動しており、営業上又は独立した事業として活動しているかに関わりなく、2014年6月13日まで適用されている文言のBGB13条の意味における消費者ではない。

²⁵ BGH, NJW 2017, 2115.

²⁶ 同団体ウェブサイトより (<https://dse-erbrecht.de/>)。

【事案の概要】

自営業者であるAとその夫は、2002年、家族と居住し、そこで事業活動を行う離れ付きの立派な大家族用住宅を建設することを企図し、そのためにAと財産管理会社であるBを社員とする権利能力のある民法上の組合Xを設立した。Xは、2002年11月29日から12月9日にかけて、Y₅～Y₇が組合員となっている設計事務所Y₄との間で本件建築家契約を締結し、そこでは、「Y₄の担保責任は、法律に拠る。その責任は、根拠と額に関してその責任保険の限度に制限される」との条項が存在していた（本件免責条項）。この契約書は、Y₄から提示されたものである。

本件建物にはガラスと金属でできたファサードが取り付けられることになっていたところ、その工事は、Y₁に委託された。その建設の段階ですでに、Y₁によって取り付けられた曲げられたガラス板に、2004年から2006年までに、さらに別の3枚のガラス板に亀裂が生じた。そして、2015年の初めにも別のガラス板が割れた。

Xは、2004年～2006年に亀裂が生じたガラス板の瑕疵除去費用45,000ユーロ余の支払い等を求めて、Y₁並びにその業務執行者であるY₂及びY₃に対して訴訟を提起した。その後、2007年3月19日、Y₁が解散したが、資産不足により破産手続きは開始されなかった。Xは、2007年11月7日、Y₄～Y₇に訴えを拡大した。ラント裁判所は、Y₂及びY₃に対する訴えを棄却したが、Y₄らに対する請求については、設計の瑕疵によって生じる損害について賠償する義務があることの確認についてのみ認容した。これに対して、ケルン上級ラント裁判所は、Y₂及びY₃への45,000ユーロ余の請求、Y₄らに対する45,000ユーロ余の請求及び生じる瑕疵について損害賠償の義務を負うことについての確認を認容した。

本件では、BGB309条7号bによって、本件免責条項が無効とされるのか、が問題となっている。本件免責条項が普通取引約款に当たるならば（つまり多数の契約のために予め用意されたものであったなら）、同条により無効となるが、本件契約のためだけに用意されたものであれば、消費者契約である場合に限り、BGB309条の内容規制が適用されることになる（310条3項2号）。原審は、Xは、消費者であるとして、本件免責条項が普通取引約款に当たるかどうかを判断することなく、無効としている。これに対して、Yらの控訴。

【判旨】 破棄差戻

「いずれにせよ、外的組合として権利能力を有する民法上の組合で、その組合員が自然人と法人であるものは、それが単に私的目的のために活動しており、営業上又は独立した事業として活動しているかに関わりなく、BGB13条の意味における消費者ではない。自然人と並んで法人も組合員の一人である場合、その民法上の組合の行為は、もはや自然人の共同的な行為とは看做され得ない。」

その理由として、(a) BGB13条の文言が挙げられる。すなわち、同条における消費者の概念は、自然人に限定されている。さらに、同条は、多くのEU指令を国内法化したものであるが、その指令の文言やヨーロッパ裁判所の判例も、消費者が自然人であることを前提としている。次に、(b) BGB13条及び14条の体系を挙げる。すなわち、14条は、自らの営業又は独立した事業として活動している権利能力を有する人的組合については、事業者であるとしているが、そのような目的を有せず活動している権利能力を有する人的組合を消費者とみなす規定は、存在しない。第三に、(c) BGB310条3項の制定史も、この結論の根拠となる。同条は、1993年の濫用条項指令を国内法化したものであるが、指令もその判例も、消費者保護規定を自然人にのみ適用しているのであるから、これを、法人も組合員となっている権利能力を有する人的組合にまで拡大することは、立法理由から見て取れる立法者の目標設定からは要請されない。さらに、BGB310条3項2号の目的も、消費者に有利な内容規制を本件のような組合に適用することを求めるものではない。住居所有者共同体を消費者と同視する判例については²⁷、本件に当てはまるものではない。というのも、そこでは、自然人が住居所有権を取得し、それによって強制的に住居所有権者の団体に加入したからと言って、その消費者性が失われることの内容しなければならないからである。これに対して、民法上の組合は、当事者の組合契約によるのであり、組合契約を締結するかどうか、誰と締結するかについて自由に決めることができる。その点で、住居所有権者と同様の要保護性があるというわけではない。

²⁷ 日本でいう区分所有権における管理組合に当たる。判決は、BGHZ 204, 325.

【コメント】

本判決は、事件を差し戻している。これは、本件契約条項が多数の契約に用いられるために作成されたものなのか（普通取引約款に当たるのか）、それとも本件契約のためのみに作成されたものなのか（消費者契約でなければ約款規制の対象とならない）について、原判決が検討していないので、その点についてさらに審理を尽くさせるためであろう。

さて、本判決も指摘している通り、組合員が全員自然人である場合には、外的組合として権利能力を有する民法上の組合も、消費者と同視される場合がある、とするBGHの判例が存在している（BGHZ 149, 80 = NJW 2002, 368）。本判決も、そのこと自体は前提として、法人が組合員の一部をなしている場合には、その組合の目的に関係なく消費者とみることはできない、としたわけである。

もっとも、Dimitorios Linardatos/Christian Nordholzによる評釈²⁸は、本判決について、従来のBGHの立場と比較したうえで、批判的な立場を採っている。たとえば、たった一人の法人組合員が存在することによって、他のすべての自然人の組合員が事業者となってしまうことになるのは、妥当ではないと指摘する。また、住居所有権者共同体についての判例との比較についても、民法上の組合において事実上自然人が加入を強制される場合がありうるし、組合員に法人がいることが分からない場合もある、として批判する。EU指令との関係についても、指令は、消費者保護の最低限を示しているにすぎず、国内法は、これを超える消費者保護の水準を規定することは、妨げられていないことを指摘する。さらには、消費者保護法規の脱法手段として、これが用いられる可能性が懸念されている。

このLinardatos/Nordholzの指摘にはもっともなところがあるが、だからと言って、営業又は独立した事業目的で活動していない民事組合をすべて消費者とみることは、過剰であろうし（たとえ、社員全員が法人であるものを除いたとしても）、彼らの意図することろでもない。そこで、消費者法的保護を解除することに適した実態を有しているかどうかについて²⁹、個別的な判断が必要だということになる。彼らも民事組

²⁸ Anmerkung von Dimitorios Linardatos/Christian Nordholz, in NZG 2017, 699f.

²⁹ この点については、内山敏和「消費者保護法規による意思表示法の実質化（2）」—

合については、中間領域的な表現をしている。

我が国においても、一定の団体の消費者性を肯定すべき場合があるのではないか、という主張が消費者契約法制定時からみられるところである。本判決を巡る議論も、そのような視点から意義あるものといえる。

8. 唯一の支払い方法としての「即時振込」の約款法上の不当性 (JuS 2018, 289 – Prof. Dr. Gerald Mäsch)

BGH, Urteil vom 18.7.2017 – KZR 39/16, NJW 2017, 3289

【要旨】

1. BGB312条 a 第4項 1号の規定は、BGB308条の意味における評価可能性を伴う条項禁止として、消費者法指令に関わりなく、適用可能である。

2. 大抵の顧客に契約違反の行為を要求する支払システムは、BGB312条 a 第4項 1号の意味における唯一の無償の支払可能性としては、無理のないもの (zumutbar) ではない。

3. 顧客は、通常、銀行によってオンラインバンキングの安全規則として設定された普通取引約款がカルテル法違反によって無効かどうかについて、自ら調査する誘因もなければ、義務もない。

【事案の概要】

Xは、差止請求権法 (UKlaG) 4条により適格機関として登録された消費者団体であるドイツ消費者センター総連盟である。Yは、消費者に対しインターネット上で他社の航空券を販売している業者である。予約した航空券の支払には、12.90ユーロの手数料でクレジットカードによる方法と手数料のない「即時振込」による方法が採られていた。「即時振込」を利用する場合には、G社のシステムを利用することになっている

クーリング・オフを素材として— 本誌 45 卷 3 号 (2009 年) 540 頁以下で紹介した Claus-Wilhelm Canaris の見解を参照。そこでは、消費者をヨリ保護するという視点ではなく、事業者がヨリ保護されないのはなぜかという視点を採るべきことを主張している。その意味でいうと、ここでも、民法上の組合が事業者同様に低い保護に甘んじることを正当化する要素とは何か、という実質的な検討が必要であろう。

が、その際、消費者は、自らの口座の個人識別番号（PIN）とトランザクション認証番号（TAN）をGに通知することになっている。しかし、このような行為は、銀行の業界団体の取決めにより、ドイツの大抵の銀行の普通取引約款において禁止されていた（本件銀行約款）。そこで、Xは、このような支払方法は、一般に行なわれていない、あるいは無理のある支払方法であり、BGB312条a第4項1号に違反していると主張し、その条項の使用の差止を求めた。

フランクフルト・アム・マイン地方裁判所は、訴えを認容し、Yに当該条項につきその使用の差止を命じた。ところが、控訴手続き中に、連邦カルテル庁（BKartA）は、上記の業界団体によるPIN及びTANの取扱いに関する議決を違法と決定した（ただし、未確定）。これを受けた同上級地方裁判所は、訴えを棄却した。BGHは、Xによる上告を認容した。

【判旨】

まず、本件支払方法が「一般的に行なわれている」といえるか、については、すでにそれが1億件以上行なわれていることから、これと満たしているとして、「無理のない」ものであるかどうか、検討されている。「消費者に生じる超過経費、消費者に生じる遅延及び契約目的あるいは安全面からのその重要性といった、特別な事情に基づいて、無理のないものとは言えないとされることがある。」そして、「大抵の顧客は、S社の支払決済サービスを彼が口座開設している銀行と合意している普通取引約款に違反することによってのみ利用できるため、このような特別な、無理のないものでないことを基礎づける事情が本件では存在している。」

本件銀行約款がカルテル法に違反しているBKartAの決定が、この判断に影響を与えることはない。このような約款が使用されている限り、「G社の支払決済サービスを利用しようとする、法に忠実な顧客は、それがカルテル法に反しているかを自ら調べなければならず、疑わしい場合にはあくまで実行しなければならない。しかしながら、顧客は、通常、銀行によってオンラインバンキングの安全規則として設定された普通取引約款がカルテル法違反によって無効かどうかについて、自ら調査する誘因もなければ、義務もない。」「BGB312条a第4項1号によれば、販売業者は、顧客に対し、無理がなく、無償の支払手段を提供しなければならず、その際、とりわけ顧客に生じる超過経費が無理ながないものではないことをもたらしうる。支払いサービスを利用することが契約上許

されているのかについての前提としての銀行によって提示された普通取引約款の法的調査は、そのような超過経費に当たる。」

【コメント】

BGB312 条 a は、2013 年の改正により挿入された規定で、その 4 項は、消費者が支払手段を利用する際にそのための対価を支払うことを義務づける条項を、次の 2 つの場合において、無効としている。すなわち、「1. 消費者にとって一般に行われており、無理のない無償の支払可能性が存在していない、あるいは、2. 合意された対価がその支払手段の利用によって事業者に生じる費用を上回る」場合である³⁰。

本判決の意義は、なにより、この BGB312 条 a についての最初の判例だということである。たとえば、Jauernig の最新版では、すでに本判決が支払手段が無理のないものであることについての判例として紹介されている。また、支払手段が無理のないものであることの判断について一定の準則を提示した点でも、その先例的価値は、高いと言えよう。もっとも、本判決の直接の射程は、それほど広くないように見える。

本判決は、さらに、2018 年 1 月 13 日までに国内法化されなければならない EU の支払サービス指令との関係でも、この結論は、変わらないとしている (Rn. 34ff.)。同指令は、支払決済機関は、銀行の認証手続きを利用できるものとされているが、その際、銀行は、顧客が支払決済機関の利用することを妨げるような約款を作成してはならない、とされている。加盟国は、国内法化前でも、同指令の目的を深刻に危殆化する立法や解釈を行なってはならないとされている。ただ、この判決は、本件の決済手段を用いてはならないとしているのではなく、唯一の無償決済手段としてはならないとしているにすぎない。そこで、来る EU 指令の目的を深刻に危殆化するものとはいえない、というのである。同指令の国内法への転換後は、BGB270 条 a により、本件決済手段を唯一の無償の決済手段とすることはできないという (Rn. 37 d)

翻って、我が国の状況を考えると、消費者契約における支払費用につ

³⁰ 要旨第 1 に関係するが、同項第 1 号は、EU 指令に対応したものではない点が問題となったが、判決は、同号が普通取引約款についての判例法を立法化したものであり、同指令が普通取引約款については言及していないことから、問題ないとしている。

いての契約条項を不当条項であると主張する事案は、裁判例及び消費者団体の差止事例³¹は共に、存在しないようである。

9. 追完のための輸送費用についての売主の前払義務 (JuS 2018, 291 – Prof. Dr. Thomas Riehm)

BGH, Urteil vom 19.7.2017 – VIII ZR 278/16, NJW 2017, 2758

【要旨】

1. 買主の追完請求がそれに適したものであるためには、売買目的物を適法な場所、すなわち追完の履行場所に提供することが前提となる。その決定のためには、売買法においては、BGB269条1項、2項³²の一般規定が基準となる（BGHZ 189, 196 = NJW 2011, 2278 Rn. 29 ff. mwN; NJW 2013, 1074 Rn. 24の確認）。

2. BGB439条2項の費用負担規定は、追完が売買目的物を遠隔地にある追完場所に運搬することが必要としており、そのため買主にその場所までの運搬のための輸送費用が生じる場合、消費動産売買においては、売主に対する立替金返還請求（Erstattungsanspruch）を基礎付けるだけではない；買主は、消費動産売買指令3条3項1文、4項によって要請されている追完請求の無償性の保護目的に基づいて、むしろ原則としてそもそもあらかじめこの費用をカバーするための（差引可能な）前払いを、主張されている瑕疵の存在がなお不明瞭な場合であっても、請求することができる。したがって、売買目的物を追完の場所に運搬することの準備がなされないのが、売主による前払いがされないだけのためである場合、適切な買主による追完請求が存在する（BGHZ 189, 196 = NJW 2011, 2278 Rn. 37の展開）。

³¹ やや古いが平成26年3月に消費者庁が公表した「消費者団体訴訟制度差止請求事例集」にも、類似の事案は、紹介されていない。

³² 「給付をなすべき場所につき定めなく、且つ諸事情、とりわけ債務関係の性質から推断することができないは、債務者が債務関係発生の際にその住所を有した場所において給付をなさなければならない。

債務が債務者の営業上生じた場合、債務者が他の場所に営業所を有するときは、営業所の所在地をもって住所に代える。」

【事案の概要】

シュレーシュヴィヒ・ホルシュタイン在住のXは、2015年4月14日に、ベルリンで自動車販売業を営んでいるYから2,700ユーロで中古自動車を購入した。Yが用意した契約書面には「特約事項：販売業、瑕疵担保責任を排除！……履行場所：売主にて」とされていた。もっとも、Xは、事業者として本件契約を締結したわけではない。Xは、本件自動車を2015年4月に受取りに行った。本件自動車は、同年5月10日、シュレースヴィヒ・ホルシュタインでエンジン故障が発生した。Xは、同日、Yに問い合わせを行なった。これに反応がなかったため、Xは、同月19日、同月末日までに追完するよう求めた。Yは、ベルリンでの瑕疵除去を提案した。Xは、5月21日付書面で（走行不能となっている）本件自動車をベルリンまで輸送するための費用の前払い金を振り込むよう求めた。Yは、これに応じなかった。そこで、Xは、同年6月17日、カッセルにある修理業者に本件自動車の修理を依頼した。

Xは、この修理・輸送費用（2,300ユーロ余）の支払いを求めて、訴えを提起した。ベルリン・パンコウ／ヴァイセンゼー区裁判所とベルリン地方裁判所は、訴えを棄却した。Xの申告。

【判旨】 破棄差戻

1. まず、特約事項における瑕疵担保責任の排除は、無効である。Xは、客観的に見て、消費者であるため、Xが会社であるとの記載等があったとしても、BGB475条1項2文の同項1文の規定の脱法禁止により、437条、439条以下の瑕疵担保法からの逸脱が認められないからである。

2. 次に、XがYに対して期限を設定して追完を求めた際に、その前提として、本件自動車を追完の履行地であるベルリンまで自らの費用で輸送しなければならなかったか、が問題となる。具体的には、Xは、Yに対してベルリンまでの自動車の輸送費用の前払いを要求することができたかが、問題である。

輸送費用等の追完費用の売主負担を定めるBGB438条2項は、「消費動産売買指令3条3項1文、同4項によって求められている追完の無償性を保障するものである。……〔中略〕……むしろ、買主は、無償性原則の保護目的によれば、原則としてそもそも前もってこの費用をカバーするために（差引計算可能な）前払いを請求することができる。という

のも、売買目的物を契約に適合した状態を無償で回復するという、売主に課せられた義務は、—欧州裁判所が2008年4月17日判決において強調したように—消費者を切迫した金銭的な負担から保護しなければならない。このような負担は、そのような保護がなければ、消費者がそのような請求権を主張することを妨げることになる。このような妨げの原因は、消費者が発生する輸送費用を立て替えなければならないということからも生じる。」

原審がXのYに対する輸送費用の償還に係るリスクが通常の契約リスクに過ぎないとしている点については、指令の要求する追完請求の無償原則に抵触するだけでなく、買主による追完請求を妨げるような負担・不都合となっているとし、そのようなリスクは、通常の契約リスクではない。

以上から、XのYに対する追完のための期間設定は有効であり、それを徒過した以上、Xは、自ら瑕疵修補を行ない、そのための費用を履行に代わる損害賠償として請求することができる。

【コメント】

ドイツ法においては、買主が売主に対して解除権行使、減額請求及び損害賠償請求といった第二次的な瑕疵担保責任を追及しようとする場合、売主に追完の機会が与えられなければならない。履行に代わる損害賠償を目的とする買主の請求の可否は、買主によって追完のための有効な期間設定がなされ、且つその期間が不首尾に満了したといえるかに関わってくる。ここでは、そのような期間設定の前提として、自己の費用で目的物を追完の履行地まで輸送しなければならなかったかが、問題となり、判決は、これを否定した。つまり、Xの期間設定は、有効であり、その期間内での追完がないために、Xは、Yに対して第二次的な瑕疵担保責任である履行に代わる損害賠償を請求することができる、と判断されたのである。

もっとも、追完の履行地がXの住所であれば、輸送費用の問題とは関係なく、Xの期間設定は、有効だったはずである。上告理由が主張するのも、その点である。しかし、本判決は、そのようには考えていない(Rn. 20-27)。すなわち、追完の履行地は、BGB269条1項及び2項が基準となり、まず合意があればそれにより、なければ、債務関係の性質といったその時々事情が基準となって、それでも決まらない場合には、債務

者が債務関係発生時に有していた住所又は営業所地が履行地となる。本件では、最後の基準により、売主の営業所地であるベルリンが追完の履行地となる。これに対して、上告理由は、このような定めは、消費者の瑕疵担保責任追及にとって著しい不都合をもたらすとして、EU指令を考慮すれば、目的物の所在地をもって履行地とすべきと論じている。これには、「ドイツの国内立法者は、消費動産売買指令3条3項に含まれる基準を、買主がBGB440条1文3肢により追完請求をすることが期待できない場合には直ちに二次的諸権利（解除、減額請求及び損害賠償）を請求でき、それによって、買主にとって一著しい不都合をもたらすために一期待可能性のない望まない形での追完に煩わされる必要がないようにすることによって、転換している」とする判例（BGHZ 189, 196 = NJW 2011, 2278³³）を引いて、これを排斥している。また、欧州裁判所も、この点に関連して、必ずしも追完履行地を買主の住所又は目的物の所在地とする必要はない、としている。

このように、ドイツ法は、消費者たる買主による遠隔にいる売主に対する追完請求に関して、指令の規定する無償原則をどのように実現するかという課題を、原則として追完の債務者である売主の住所地等として、そこまでの輸送費用を売主に前払いさせるという形で、解決している。

なお、本件では、本件自動車の瑕疵の存在については、問題になっておらず、その存在を前提として判断がなされているが、理屈上は、次のような形で瑕疵の存在が推定されることになる。まず、BGB477条（2017年12月31日までは、旧476条）により、消費動産売買では、瑕疵が危険移転から6か月以内に現れた場合、目的物は、危険移転時にすでに瑕疵があったものと推定される。もっとも、この推定は、本件自動車が引渡時に以前走行可能であったことが明らかであるため、この推定は、覆される。しかし、BGHZ 212, 224（= NJW 2017, 1093）は、欧州裁判所の判例を転換して、この規定から新たな推定を導き出している。すなわち、BGB477条の6か月の期間内に現れた結果瑕疵は、危険移転の際に存在していた原因瑕疵に基づく、と。そして、この推定を覆す主張は、Yからは行なわれていない（Riehm, JuS 2018, 291, 292f.）

本判決の射程に関しては、自動車が走行可能であった場合、売主の営業所が輸送費用が通常は問題にならない程度の距離であった場合、費用

³³ NJWでは、これをBGH, NJW 2017, 153として引用しているが、これは、誤り。

ドイツ民法最新判例紹介（1）

及びそのリスクが、通常自動車を持ち込みむことを妨げない程度に収まっている場合には、直接は及ばないものと考えられる（Rn. 33）³⁴。

³⁴ 判決が参考として引用している *BGH, NJW 2011, 2278 Rn. 55* は、追完履行地が売主の住所とされたうえで、買主の住所とさほど離れていないとして、「原告は、トレーラーを追完のためにその地まで運んでこなければならなかった」としている。