

タイトル	ドイツ民法最新判例紹介（５）
著者	内山，敏和；UCHIYAMA, Toshikazu
引用	北海学園大学法学研究，56(1)：25-54
発行日	2020-06-30

資 料

ドイツ民法最新判例紹介（５）

内 山 敏 和

1. 瑕疵担保保証のための請負契約上の担保条項の約款規制
2. マットレス売買における撤回権
3. 不衡平な指示が労働者を一時的にでも拘束するか
4. 契約相続人の侵害
5. 遺言による贈与申込みの撤回
6. 労働契約における３年の告知期間の無効
7. 賃貸借の普通取引約款における無効な時効期間延長
8. 契約交渉の破棄を理由とした損害賠償

（はじめに）

今回は、JuS 2018 年 6 号から 9 号までに紹介されている、合計 8 件を取り上げる¹。

1. 瑕疵担保保証のための請負契約上の担保条項の約款規制
(JuS 2018, 710 m.Anm. Prof. Dr. Sebastian Omlor)
BGH, Urt. v. 24.10.2017-XI ZR 600/16, NJW 2018, 857 mAnm
Vogel = BGHZ 216, 288

【要旨】

建築給付についての契約において約款上合意されている保証合意が、

¹ JuS 2018, 907 については、永岩慧子「請負の瑕疵担保責任における給付に代わる損害賠償額の算定——ドイツ連邦通常裁判所 2018 年 2 月 18 日判決の検討を中心に——」名城法学 44 号（2020 年）69 頁以下にて、JuS 2018, 910 については、山下祐貴子「ドイツ親子法における社会的家族的関係の意義」同志社法学 70 巻 5 号（2019 年）1717 頁以下にて、詳細に検討されているので、ここでは採り上げない。

受任者に対して、瑕疵担保留保を解消するために、保証人にとって不当な規律内容（本件では、争われておらず、又は法的に確定した主債務者の請求権をも含む相殺の抗弁を約款によって排除すること）で保証人を立てることを課している場合、それは、受任者を信義則に反して不当に害しており、BGB 307 条 1 項 1 文により無効である。

【事案の概要】

X は、2007 年 2 月 13 日・22 日、A 社に、空調設備の納入及び X 所有の建物への設置を依頼した。両者の契約においては、A が負担する瑕疵担保責任を担保するために、X が最終請求書額の 5 % の支払について瑕疵担保責任を負担する期間（同責任が時効消滅するする時点まで）留保する旨が規定されており、その留保は、A が主債務者と連帯した期限の定めのない銀行保証を立てる場合には、解消することができた。ただ、この保証においては、BGB 770 条、772 条及び 776 条に基づく権利が放棄されていなければならなかった。同年 11 月 30 日に仕事の引渡しがなされ、2008 年 10 月 10 日に 240,623.67 ユーロの最終請求書が交付された。その後、Y は、A を介して、X に留保額である 12,021.18 ユーロについての保証証書を交付した。そこでは、相殺の抗弁の放棄は、争いのない、又は法的に確定した主債務者の反対債権には適用しないものとされていた。X は、2011 年 8 月 23 日付で、A に瑕疵の提示をしたうえで、その期間内の除去を求めたが、A は、これを拒絶した。X は、第三者にその除去を依頼し、3940.50 ユーロの費用が生じ、別に 5997.90 ユーロの鑑定費用が掛かった。A に対する訴訟中に A について破産手続が開始したため、X は、Y に対し、保証契約に基づいて A に請求していた 9938.72 ユーロについて請求した。

ケルン地方裁判所及びケルン上級地方裁判所は、いずれも X の請求を棄却したため、X が上告した。

【判旨】上告棄却

Y は、自らが引き受けた瑕疵担保保証に基づく請求に対して BGB 768 条 1 項 1 文、821 条に基づく抗弁を永続的に提出することができる。よって、X は、Y に対して上記請求をなすことはできない。

1. 保証人には、BGB 768 条 1 項 1 文によれば、債務者が持つ債権者との担保合意に基づく抗弁が与えられる。BGH の確立した判例によれ

ば、保証人が、主債務者と債権者との間の担保合意が無効にもかかわらず、保証をなす場合、その保証人は、債権者による履行請求に対して、永続的に担保合意の無効と債権者が保証人の請求をなすことが許されないという抗弁を主張することができる。というのも、担保合意が無効となり、それ故、主債務者の瑕疵担保保証を付ける義務が無効となる場合、主債務者は、債権者が保証人を立てるよう要求してくるのに対して、BGB 821 条に基づく永続的抗弁が与えられる。そして、主債務者は、BGB 812 条 1 項 1 文に基づいて債権者に対して保証証書の返還請求権を有することになる。保証人も同様に、債権者により保証債務の履行を求められた場合、BGB 768 条 1 項 1 文により、債権者の請求に法律上の原因がないことを主張することができる。

２．そして、本件担保合意は、BGB 307 条 1 項 1 文により無効である。

まず、確立した判例によれば、約款により BGB 770 条 2 項による相殺の抗弁を排除することは、同規定の重大な基本的考え方と相容れないものであり、それによって争いがなく、又は法的に確定した主債務者の債権も含まれる場合には、信義則に反して保証人を不相当に害するものである。同条は、保証責任の補充性に基づく規定であり、これによれば、本件条項は、保証人を不相当に害している。

そして、瑕疵担保責任を担保するための支払留保を解消するために保証人に対して不当な内容を伴う保証を付けることを請負人に課す担保合意は、その請負人を信義則に反して不相当に害し、BGB 307 条 1 項 1 文により無効である。判例によれば、建築契約において合意される支払留保が請負人を不相当に害するものとならないのは、〈請負報酬が即座に支払われず、注文者の支払能力リスクを瑕疵担保期間中負担せねばならず、請負報酬の利息を受けられないこと〉について公正な調整がなされる場合である。そのような調整としては、期間の定めのない、主債務者と連帯した保証を付けることで支払留保を解消する権利が請負人に認められていれば十分である。そして、〈BGB 770 条 2 項に基づく相殺の抗弁を無条件に放棄することを含まなければならない、約款による保証によって支払留保を解消できる〉とするのは、相当な調整とはならない。というのも、この場合、そのような保証人にとって不当な内容であるために請負人が有効につけることができない保証による解消を注文者が要求しているからである。

また、実際に Y によってなされた保証では争いのない、又は法的に確

定した主債務者の反対債権による相殺の抗弁の放棄がなされていないかつたとしても、そのことは、意味を持たない。なぜなら、内容規制では契約締結時の事情が考慮されるからである。

3. さらに、支払留保条項を、主債務者にBGB 770条2項に基づく抗弁の放棄を含まない瑕疵担保保証をつけることを許すことによって維持するということもできない。

まず、本条項の分割可能性が問題となる。この場合に問題となるのは、当該担保合意が構想上一体のものであり、そのため、契約当事者の経済的利益を考慮して規律構造を全体的に評価しなければならないかどうかである。そして、確立した判例によれば、瑕疵担保保証による解消可能性を伴う瑕疵担保請求権の担保のための合意は、一体のもので分離不可能である。

また、相殺の抗弁の包括的な放棄を含まない保証によって支払留保を解消することができるという補充的契約解釈も考えられない。任意法規の優先が回避されないために、約款上の条項の無効によって生じた欠缺を補充するための補充的契約解釈は、そのための任意法規が存在しないこと及び当該条項を補充なしで削除した場合に相当で、定型的利益を考慮した解決がもたらされないことが前提となる。Xは、自らが提示した形での保証による支払留保の解消に特別な価値を置いていたのであり、請負人には選択の余地はなかった。つまり、両当事者は、当該条項の無効を知っていたならば、両者の定型的な利益を合理的に考慮して合意したものが何であるのかについて手掛りが存在しないのである。

【コメント】

[1-5]で紹介したBGH, NJW 2018, 458 m. Anm. Rohe = BGHZ 216, 274²と同じ民事部で同日に言い渡された判決であり、問題となっている論点も同一である。ただし、事案に多少の相違が存在する。[1-5]では、機関保証における再保証人が保証人の有する不当利得返還請求権を譲り受けて（再保証人が保証人に対してその求償権についての保証債務を履行したため）、注文者に対して訴えを提起したものである。これに対して、本件では、保証人たる銀行が当事者となって、同様の結論が示されている。[1-5]【コメント】では、法人たる保証人が当事者の場合にも判決の

² 本誌55巻1号（2019年）243頁以下。

射程が及ぶのか疑問を呈しつつ、ドイツでの受け止めは、当然に及ぶというものであることを紹介した。本判決では、この点がより明確になっている。やや釈然としないところが残るが、保証債務の性質と約款法の構造上、仕方ないというべきだろうか。

日本法との比較でいうと、保証人に各種の抗弁権を放棄させる内容の保証契約及びそのような保証契約を締結する保証人を立てるように主債務者に義務付ける契約条項が無効となるのか、なるとして、当事者が消費者であることを要するか否かが問題となる。そもそも、このような内容の債務の引受は、主債務に付従する保証概念を超えるものであり、明確な合意がなければ認められるべきものではないだろう。その点で、約款法的に無効というべきであり、とりわけ消費者にそのような負担を求めることは、当該条項の個別的合理性が存在しない限り認められない³。また、そのような約定が定型約款によってなされる場合も、定型取引においては、当該約款の交渉がほとんど期待できないことから、同様の結論になるべきである。

なお、日本ではそもそも請負における瑕疵担保責任に基づく請求権を担保するために報酬の一部の支払を留保するということは、一般的には行われていないようである⁴。

2. マットレス売買における撤回権 (JuS 2018, 712 m.Anm. Prof. Dr. Sebastian Omlor) BGH, Beschl. V. 15.11.2017–VIII ZR 194/16, NJW 2018, 453

【質問事項】

1. 消費者権利指令⁵ 16 条 e 号は、次のように解釈され得るか。すな

³ 問題は、無効の範囲が当該抗弁権放棄条項に限定されるのか、それとも、当該保証契約全体の無効をもたらすのか、である。上述のように本判決は、両者の分割可能性を否定している。

⁴ やや古いが、「瑕疵保証のあり方に関する研究会報告書」（国土交通省、2005 年 8 月）では、フランスの制度として支払留保が紹介されているが、日本では、保険ないしは類いの制度が設けられることが多いようである。住宅に関しては、いわゆる品確法がある。

⁵ （訳注）2011/83/EU。

わち、同号所掲の健康保護のため又は衛生上の理由により返品に適さない商品に（マットレスのような）確かに規定通り使用すれば人の身体に直接触れ得るものであるが、事業者による適切な（クリーニング）措置によって再び流通に置くことができるようになる商品も含まれる、と。

2. 仮に質問事項1が肯定される場合、

a) 商品の包装がいかなる要件を満たさなければならないか。すなわち、いかなる要件の下で消費者権利指令16条e号の意味における密封があるかというのか。

そして

b) 消費者権利指令6条1項k号により契約拘束力が生じる前に事業者がなすべき適示（Hinweis）は、消費者に売買目的物（本件ではマットレス）及び然るべき包装を具体的に引き合いに出すことで、封印を外した場合撤回権を失うことを適示する仕方になされ得るか。

【事案の概要】

Xは、2014年11月、Yのオンラインショップで約1100ユーロでマットレスを注文した。Yの撤回権教示において、健康保護のため又は衛生上の理由により返品に適さない、密封された商品を引き渡す契約の場合、引渡後にその密封が外された場合、撤回権が消滅するものとされていた。本件マットレスは、保護フィルムに包装されて引き渡され、引渡後に、Xは、これを外していた。Xは、メールにてYに撤回の意思表示をしたが、Yは、本件マットレスの返品を拒絶した。

Xによる代金返還及び送料1190.11ユーロ並びに利息等の支払いの請求は、マインツ区裁判所及び同地方裁判所により認容された。原審の許可を得てYが上告した。

【コメント】

1. 消費者権利指令（以下、本指令）9条1項には、通信販売取引等における消費者の撤回権が規定されている。そして、同16条e号では、「健康保護のため又は衛生上の理由により返品に適さない商品が包装して引き渡され、その包装が引渡後に外された場合には」、撤回権が認められないとしており、BGB 312条g第2項1文3号も、ほぼ同文の例外規定を設けている。法的拘束力のない欧州委員会司法総局の手引き（2014年7月）によれば、口紅のような化粧品や敷布団がこの例外的商品に当

たるといふ。ドイツの学説では、この例外的商品を、規定通りに使用した場合に身体に触れる全ての商品に括げている。原審は、ともに X の代金返還請求を認めたが、BGH は、マットレスにつき本指令の例外的の適用を受けるのかを欧州連合の機能に関する条約（AEUV）267 条 1 項 b 号の先決判決手続により欧州裁判所（EuGH）に質問した。その際、マットレスは、狭い意味での衛生商品とは異なって、開封後に消費者によって送り返されたからといって、流通可能性がまったく失われるわけではない、と指摘している。つまり、ホテルのベッドで使用したり、中古品として売ったりすることも排除されない。事業者は、返品率を計算し、場合によっては、価格決定の際に考慮することができるのだから、開封されることによって生じる価値の減少は、原則として、通信販売を営む事業者に負わせても無理のないものである。

さらに、上記の点が肯定的に解される場合に問題となるのが、例外規定の要件となる「密封」の意義と撤回権喪失についての適示の要件である。後者については、事業者は、消費者に対して、どのような事情があれば、原則的に認められている撤回権が失われるのかについて、明確かつ分かりやすい形で情報提供しなければならない（本指令 6 条 1 項 k 号、民法施行法 246a 第 1 条 3 項 2 号）。その方法として、事業者が消費者に対して本指令 16 条 e 号の文言を知らせればよいとも考えられるが、同号が解釈が必要であり、素人にとって容易に理解しがたい内容であることから、売買目的物と密封の状況及び方法を具体的に示したうえで、開封することで撤回権が失われることを示す必要があるとも考えられる。そこで、この点についても、本指令 6 条 1 項 k 号の解釈が明らかにされる必要がある。

2. 本件については、EuGH が 2019 年 3 月 27 日に判決をもって回答し（EuGH, NJW 2019, 1507-ECLI:EU:C:2019:255）、BGH が同年 7 月 3 日にこれを受けた判決を下している（BGH, NJW 2019, 2842）。

まず、EuGH は、質問事項 1 について、否定的に回答した。したがって、質問事項 2 のそれぞれについては、回答していない。すなわち、通信販売取引において消費者に撤回権が認められている趣旨は、契約締結の特別な状況において、消費者には契約締結前に製品を見、あるいは役務の性質を知る具体的な可能性が存在せず、撤回権の付与によって、消費者は、商品を検査し試す機会を得る点にある。そうすると、例外規定は狭く解されなければならない。そして、この例外規定は、商品の開封

によってその性質上事業者がこれを再び流通に乗せることができない、あるいは著しく困難である場合にのみ適用される。したがって、本件のマットレスのような商品は、その例外要件に当たらない。

これを受けたBGHは、本件売買は、本指令に基づいたBGB 312条g第2項1文3号の例外規定の適用がないとし、保護フィルムを外した場合であっても、同条1項に基づいて契約に向けられた意思表示を撤回することができる、と判示した。その結果、Yの上告は、棄却された。

このようにして、マットレスのような商品の売買契約についても、通信販売取引を理由として撤回権を行使できることが明らかになった。ただ、残された問題としては、撤回権が行使された場合における価値賠償の問題がある。EuGH判決の評釈も示している通り、どの範囲まで、消費者がコストを負担することなく、目的物を試すことができるのかが明らかになっていない。消費者が目的物をかなり使用した段階でも撤回権を行使することができる代わりに、その価値の減少分について賠償をするというのは、両者の利害調整としては穏当なものである。そのような調整がなされる場合がどのような場合であるのかについては、残された課題となっている。

3. 不衡平な指示が労働者を一時的にでも拘束するか (JuS 2018, 714 m.Anm. Prof. Dr. Burkhard Boemke)

BAG, Urt. v. 18.10.2017-10 AZR 330/16, NZA 2017, 1452 =
BAGE 160, 296

【要旨】

労働者は、営業令 106 条 1 文⁶、BGB 315 条⁷ に基づいて —— 一時的で

⁶ (訳注)「使用者は、労務提供の内容、場所及び時間について、これらの労働条件が労働契約、事業所協定 (Betriebsvereinbarung) 若しくは適用可能な労働協約の規定、又は法規により確定されていない場合、衡平な裁量によってその詳細を決定することができる。」

⁷ (訳注)「給付が契約当事者の一方によって決定されるものとされている場合、その決定は、疑わしいときは、衡平な裁量によってなされるものとする。

この決定は、相手方に対する意思表示によってなされる。

この決定が衡平な裁量によってなされるべきものとされている場合、なされた決

あっても—— 衡平な範囲を超える使用者の指示（不衡平な指示）に拘束されることはない。

【事案の概要】

X は、2001 年 2 月 2 日、Y との間で労働契約を締結しており、当初は、ミュンスターを就労地としていたが、2010 年 11 月 25 日、変更契約を結んで、就労地がドルトムントとなった。Y は、2013 年 4 月 24 日、X の勤務時間改ざんを理由に解雇を言い渡した。これに対する解雇異議の訴えが認容され（ハム地方労働裁判所 2014 年 7 月 3 日判決）、一審判決勝訴後、X は、職場復帰していた。しかし、2014 年 3 月 18 日に X の「チーム」が彼と働くことを拒絶した。Y は、2015 年 2 月、最大 24 か月間二重に家を持つことについての補償しつつ、X にベルリンへの配転を命じた。X がこれを拒絶したことから、Y は、X に解雇の前提となる警告（Abmahnung）⁸を発した。

X がこの配転及び警告の無効の確認を求めて訴えを提起したところ、労働裁判所は、訴えを認容し、地方労働裁判所も、控訴を棄却した。Y が許可を得て上告した。

【判旨】上告棄却

1. まず、普通取引約款である契約上の規定に触れられている配転の指示の有効性は、その条項の解釈に拠る。そして、これによれば、「契約による Y の指示権には、営業令 106 条の基準に従って従来とは異なる勤務地を X に指示する権限が含まれる」（Rn. 24ff.）。

次に、配転の前に労働契約及び労働協約に定められている聴聞がなされなかったとしても、本件措置が無効になるわけではない。聴聞の不実施について契約上も協約上も規定がないため、不実施の効果の有無及び内容については、規定の趣旨から判断されるところ、これと類似の法規（BAT 12 条 1 項 2 文）の趣旨は、労働者が予定されている配転の不利益を正しく評価し、その利害得失を考えることができるようにする点であ

定は、それが衡平に適う場合にのみ、相手方を拘束する。これが衡平に適わない場合、決定は、判決によってなされる。決定が遅滞している場合も、同様とする。」

⁸ 藤原稔弘「ドイツにおける労働者の行動を理由とする解雇と事前警告の法理」関法 56 巻 5・6 号（2007 年）1255 頁以下。

る。労働者に不利益となる配転決定され得るのは、それが衡平な裁量を遵守している場合のみである。「配転の司法審査の枠内において決定権者によってなされた衡量が問題となっているのではなく、当該決定の結果が契約上、協約上又は法律上の要件を満たしているかが問題となっているのであるから、聴聞権の目的は、使用者が前もってその利益を自らもたらさなかったというだけで、措置を無効とすることにあるのではない。」

2. そこで問題となるのは、当該指示が衡平な裁量に基づくといえるか、である (Rn. 44ff.)。ただ、GewO 106 条、BGB 315 条 1 項における公平な裁量は、いわゆる不確定的法概念であり、上告審における審査は、限定的なものである。上告審が事実審の判断の可否を審査できるのは、原審がその法概念自体を誤解しているかどうか、事実関係を法規範に適用する際に思考法則又は経験則に反しているかどうか、重要な事情がすべて考慮されているかどうか及び判決に矛盾がないかどうか、のみである。そして、原審が当該指示が公平な裁量に基づくものではないと判断していることについては、これを覆す事情はない。

3. そのうえで、X は、不衡平な指示に — 一時的にでも — 従う必要はない (Rn. 58ff.)。Y は、X がこの指示に従わなくとも、これに対して制裁することはできない。

(1) まず、GewO106 条が制定される以前においても、指示権は、あらゆる労働関係の本質的内容であることが認められていたが、この一方的な給付内容決定権は、常に衡平な裁量に従うことによってのみ行使することができ、その行使は、全き司法上の規制に服していた。よって、不衡平な指示は、無効であり、被用者は、これに従う義務はなく、警告や解雇といった制裁も、このような指示に基づいてなし得るものではなかった。2003 年に施行された改正 GewO106 条も、これを変更する趣旨のものではない (Rn. 60ff.)。

(2) そして、GewO106 条 1 文及び BGB 315 条によれば、被用者がその不衡平性にもかかわらずこれを受け入れない限りは、被用者は、不衡平な指示には — 一次的であっても — 拘束されない。第一に、GewO106 条は、文言上、特に効果について言及しておらず、原則として、衡平な裁量に反する指示は、拘束力を持たない、と解することができる。

第二に、規定の体系性及び全体連関も、不衡平な指示に一時的効力を与えることと相容れない。まず、指示の拘束力が労働関係の特徴づける

としても、そこから一時的効力が導かれるものではない。これは、一時的執行可能な行政行為ではないし、労働関係は、服従関係（Subordinationsverhältnis）ではない。立法者が特定の被用者集団にこれを超える義務を課す必要があれば、その旨の規定を設けている。

また、変更解約告知がなされた状況との比較も理由にならない。変更解約告知は、契約締結であるが、不衡平な指示は、契約から生じる労働義務の具体化であり、同列に論じられない。

BGB 275 条 3 項⁹を反対推論しても、被用者が不衡平な指示に拘束される（つまり、期待可能性がないと言えない限り、被用者は、労務の給付を拒絶できない）という解釈は導かれない。むしろ、GewO106 条は、BGB 275 条 3 項とは異なる基準を規定しており、そうでなければ、後に制定された前者は後者を参照し、基準を不衡平ではなく、期待可能性を用いていたであろう。もちろん、GewO106 条とは別に BGB 275 条 3 項の要件が満たされれば、被用者は、そのような指示に基づく給付を拒絶できる。

さらに、GewO 106 条の適用に当たっては、BGB 313 条 3 項 2 文の（類推）適用はされない。確かに、313 条の 1 項乃至 3 項 1 文については、指示にも適用される。しかし、給付内容の決定が衡平に反する場合、これを裁判所が決めるとする 2 文は、裁判所が決定しなければ、内容が決められない給付、たとえばボーナスの額を念頭に置いたもので、その反対給付である労務提供には妥当しない。裁判所が、労働義務の内容、場所又は時間を決定するというのは、使用者の組織編制高権への不当な侵害となる。

第三に、指示権の趣旨からも、不衡平な指示の一次的な拘束力には否定的な結論になる。すなわち、指示権の行使は、上下関係の中でなされるべきものでなく、むしろ労働関係の協力的相互関係の中で（in einem “eher partnerschaftliche [n] Miteinander” im Arbeitsverhältnis）なされるべきものであるが、被用者が制裁の下で不衡平な指示に拘束されるとするのは、これとは相容れない。また、実際上の根拠も存在しない。というのも、このように解すると、指示が不衡平と判断されることのリ

⁹ 「さらに、債務者は、給付を自ら行なわなければならない、且つ自らの給付に生じている障害と債権者の給付利益を衡量してその給付が期待され得ない場合には、給付を拒絶することができる。」

クを使用者が負わないことになるからである。

第四に、制定史からも同様に解される。旧規定（GewO 121 条）は、別に解する余地を有していたが、判例は、そのような見解を採っていないかつ、立法者も、これを取り上げた上で、そのような理解を採用していない。

【コメント】

営業令 106 条 1 文は、原則として、使用者が労務内容等について衡平な裁量によって決定することができるとしている。使用者による指示が労働関係の内容に含まれず、ヨリ上位の法令に反する場合には、無効であり、労働者は、これに従う必要はない。では、不衡平な指示とは何か、また、不衡平な指示も、その不公平性が裁判によって確定するまでは、BGB 315 条 3 項 1 文に反して拘束力を有するののか。本判決は、この点について判断されたものである。

これについて、かつて BAG 第 5 部が、被用者は、指示権が不当に行使された場合でも、これを無視することはできず、BGB 315 条 3 項 2 文に準じて裁判所に申し立てなければならない、との判断をしていた（BAGE 141, 34）。すなわち、労働関係を特徴づけている指示の拘束性のために、被用者は、指示権の行使によって具体化される労務提供の内容に確定判決によって給付内容の決定に拘束力がないことが確定するまでは、とりあえず拘束されるというのである。この判決に対しては、賛成する裁判例や学説のあるものの、大方は批判的であるという。そして、本判決は、このような否定説を採用することを明らかにしたものである。

このように部間に法解釈の対立がある場合には、聯合部でこれを統一することが考えられるが、本件ではそのような必要はないという。というのも、第 10 部は、判決に先立ち問合せ決定を行ない、第 5 部は、これに対応して、上記判例にはもはや固執しない旨の決定を行なっているからである（Rn. 81）。つまり、判例は、統一的に変更されたことになる¹⁰。

¹⁰ 周知に属する話であるが、ドイツの裁判所では、部間で法解釈が対立する場合はしばしば生じる。その際の対応の仕方は、様々であるが、本件は、その 1 例をなすといえる。聯合部による統一以外の方法で興味深い事例については、内山敏和「消費者保護法規による意思表示法の実質化(3)」本誌 46 巻 1 号（2010 年）58 頁以下が紹介している。

4. 契約相続人の侵害

(JuS 2018, 716 m.Anm. Prof. Dr. Marina Wellenhofer)

OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.4.2017-I- 7 U 12/16, ZEV 2017, 645

【要旨】

1. 自らの相続権を害する終意処分に対する契約相続人の私署証書による同意は、有効なものとならない (BGHZ 108, 252 = NJW 1989, 2618)。

2. 自らの相続権を害する遺贈について私署証書による意思表示によって同意し、且つ、請求権の根拠について異議を述べずに、遺贈による終身定期金を永年支払ってきた契約相続人は、BGB 242 条により、遺贈の無効を主張することが妨げられ得る。

【事案の概要】

被相続人 A は、運送業を営み、B がその前妻である。夫妻は、1968 年に公正証書による相続契約をなし（以下、「1968 年契約」という。）、そこで、両者の息子である Y を A の単独相続人とし、Y が A の事業を引き継ぐものとされた。B が 1974 年に死亡し、A は、1977 年、X と婚姻した。AX 夫妻は、同年 11 月 11 日、新たな相続契約をなし（以下、「1977 年契約」という。）、1968 年契約を取り消し、Y を単独相続人、X を被贈者とした。X に対する遺贈として、終身定期金が定められ、X は、A についての遺留分請求権を放棄した。Y は、1978 年に私署証書によって、1977 年契約の写しを受け取り、その内容について同意する旨の意思表示をした。1998 年 4 月 2 日には、A 夫妻は、1977 年契約を補充し、X がスペインにある A の財産の遺贈を受けることとされ（以下、「1998 年遺贈」という。）、さらに、Y が遺留分請求権を放棄し、1998 年遺贈に同意し、A のスペインの財産についての将来の遺留分を放棄する意思表示がされた。

A は、1998 年 7 月 6 日、死亡し、Y は、以来 2014 年に至るまで、X に対して遺贈に基づく終身定期金を支払ってきた。2005 年には、Y が X に対して支払額の減額を申し入れたが、これは拒絶されている。2013 年にも終身定期金の額について話し合いがもたれ、一定の妥協がなされたが、Y は、2014 年 12 月 23 日、本件遺贈が無効であることを理由に、今後遺贈に基づく終身定期金の支払をしないと通知し、以降の支払を停止

している。X は、Y に対してその支払を求めて訴えを提起した。

地方裁判所が X の請求の一部を認容したため、Y が控訴し、X も、付帯控訴した。

【コメント】

Y は、X からの終身定期金の請求に対して、その根拠となっている 1977 年の相続契約が 1968 年にされたそれと矛盾しており、それを踏まえて 1978 年に Y が行なった同意が無効であるので¹¹、X の終身定期金の請求には、理由がないと主張している。自らの相続権を害する終意処分に対する契約相続人の同意について法は、直接規定をしていないため、法律上の方式規定が存在するわけではない。2290 条 4 項は、相続契約又はその個別規定の解消が相続契約の当事者によってされる場合、当該相続契約と同様の方式に服するとする。そして、BGB 2276 条 1 項により、公証人の書記がなされなければならない。BGH は、自らの相続権を害する終意処分に対する同意も、公正証書によってされる必要があるとしている。つまり、このような同意は、相続放棄に近似しており、その方式 (BGB 2348 条) によることになる。本件では、X の同意は、私署証書によっており、無効である。

しかしながら、デュッセルドルフ上級地方裁判所は、Y がこのように主張することに対して X が悪意抗弁を提出できるとする。すなわち、Y の主張は、信義族に反しているというのである。確かに、「法律行為の方式違反が不当な権利行使を理由に顧慮されないのは、極めて例外的な場合のみである。なぜなら、さもなくば、民法の方式規定が空洞化することになるからである。」しかし、契約から長い間利益を得ていながら、今更になって自分の義務から方式の瑕疵を主張して逃れようとする当事者の行動は、信義に反するものといえる。判決は、その例として、主債務者の経営者が保証人となり、その信用供与から間接的に利益を得、交渉を通じて契約が有効性であると債権者が正当に信頼するよう基礎付けた事例を挙げている (BGHZ 26, 142)。

ここでは、矛盾行為の禁止が問題となっている。矛盾行為が濫用的であるのは、相手方のために信頼要件が生じた場合であり、一方が自らの

¹¹ B が死亡した時点で、A は、1968 年遺言と矛盾する終意処分が原則としてできなくなっている (BGB 2290 条 1 項 2 文)。

行ないによって信頼要件を作り出し、相手方がそれに関して特定の処分をした場合であるという。本件では、Y が 1978 年に同意をした時点で X は、終身定期金の支払を信頼していたといえるし、1989 年の判例でこの同意が無効であることが明らかになった後も、Y は、一貫してこの同意が有効であることを前提に行動している。そして、Y は、事業を引き継ぐと同時に、X の面倒を見る義務を負うという認識でいたこと、さらに、X は、高齢であり、別の扶養給付を調達するなどの可能性がないことから、X の信頼は、保護に値するものである、とした。

以上に基づいて、Y の控訴は棄却され、X の付帯控訴は認容された。なお、Y による上告は、許可されなかった。

Y の同意の有効性という問題自体は、BGH の判例もあり、上級地方裁判所も、これに従っている。法律行為の方式違反による無効という硬直的な結論を導きがちな問題に対して、悪意抗弁によって柔軟かつ妥当な結論を導いたものと評価してよいだろう。日本法と比較した場合、前提となる法制度が異なるが、事案は、負担付遺贈と類似する。

5. 遺言による贈与申込みの撤回

(JuS 2018, 809 m.Anm. Prof. Dr. Marina Wellenhofer)

BGH, Urt. v. 30.1.2018-X ZR 119/15, NJW-PR 2018, 518

【要旨】

1. 被相続人が以前になされたそれと矛盾する法律行為に向けられた或る意思表示について生前からすでにいつでも一方的に解消することができたときにはいずれにせよ、被相続人が遺言において自らの財産につき包括的な処分をしている場合、そのことは、その意思表示の推断的撤回と解され得る。

2. 遺言において財産の分配を包括的に規律するという意識は、それによって万一矛盾する以前の処分が撤回されるという意識を導き出す。それを越えて、特定の意思表示の撤回に向けられた個別の表示意識は、必要ない。

3. 公に保管されている遺言における意思表示は、その遺言において遺贈を受けていない場合であっても、それに関係するすべての者に対して発信されたものとみなされる。

【事案の概要】

被相続人 A は、2009 年に死亡したが、B 銀行との間で 1976 年 9 月 13 日に次のような書面上の合意を行なった。すなわち、A が B の有価証券保管金庫に寄託している有価証券の所有権が A の死亡時にまず B に移転し、A の従姉妹の夫である Y が A の死亡後自らに当該有価証券を引き渡すよう B に請求する権利を取得するものとされた。その際、Y は、B によって伝達される A の贈与の申込みをその受領をもって黙示的に承諾し得るものとされている。また、A は、この B との合意を一方的に書面による意思表示で破棄することができる権利を留保していた。そして、相続人には、A の死後 Y による贈与の申込みへの承諾がされるまで、この撤回権が与えられるものとされている。A の生前、Y は、このような合意については知らなかった。

A は、2007 年 4 月 19 日の遺言により X を相続人兼遺言執行者に指名し、さらに、B に預けてあるすべての金融資産をその半分は H 家の構成員に、もう半分を W 家の構成員に均等に分けるべきこととした。この遺言では、Y についての言及はない。B は、2011 年 5 月 27 日になって Y に A との合意について知らせ、保管金庫の中身を Y に引き渡した。X は、同年 7 月 11 日に Y のための処分を撤回した。

X が当該有価証券の返還を求めて訴えを提起したが、ケルン地方裁判所は、訴えを棄却した。同上級地方裁判所は、X の控訴を容れ、原審に差し戻した。これを受けて、同地方裁判所は、訴えを認容し、同上級地方裁判所も、控訴を棄却した。これに対して、Y が上告した。

【判旨】 上告棄却

AB 間の合意は、第三者のためにする契約であり、処分者と諾約者との間の補償関係と処分者と受益者との間の対価関係に分けられる。後者は、受益者が処分者の相続人との関係で割当を保持することが許されるかどうかを決めるものである。この対価関係は、BGB 516 条による贈与に基づいている。1976 年の合意によれば、贈与契約は、A の贈与申込みが使用者としての B によって Y に伝達され、これが Y によって——黙示的に——承諾されることによって成立するものとされていた。

「有効な贈与は、処分者の死亡後であっても成立し得ることは、表意者の死亡が意思表示の有効性に影響を及ぼさないとする BGB 130 条 2 項

及び、申込者が当該申込みに対する承諾の前に死亡しても契約の成立が妨げられないとする BGB 153 条により明らかである。方式の瑕疵は、本件では、BGB 518 条 2 項に基づき給付がされたことによって治癒されている。」しかし、贈与の申込みが Y に到達する前に有効に撤回されたため、AY 間の贈与契約は、成立していない。まず、AB 間の合意が書面によって撤回可能であるとされていた点は、無関係である。なぜなら、この規定は、A 又はその相続人と B との間の補償関係にのみ関わるからである。ここでは、受益者 Y に対する対価関係における贈与申込みが、2007 年遺言によって撤回されたかどうかが問題となる。

A による遺言上の処分は、本件有価証券保管金庫の中身にも関連しており、B に預けている「全金融資産」について分配している。そこから、A は、本件有価証券保管金庫も分配対象の財産に含めていたと認められる。また、不動産、金融資産及びその他の財産を分けている遺言の構成からして、A の全財産を包括的に規律するものであったといえる。A がこれと異なる規律をするつもりであれば、そのことに特に触れていたであろうといえる。「被相続人が遺言において自らの財産につき包括的な処分をしている場合、そのことは、その被相続人が以前になされたそれと矛盾する法律行為に向けられた或る意思表示について生前からすでにいつでも一方的に解消することができたときにはいずれにせよ、その意思表示の推断的撤回と解され得る。」

さらに、A が遺言の時点で B との合意を念頭に置いていなかったとしても、遺言による処分を贈与申込みの撤回とみなすことを排除しない。「遺言において財産の分配を包括的に規律するという意識は、通常、それによって万一矛盾する以前の意思表示で、受遺者に対してまだ拘束力を持っていない意思表示が撤回されるという意識を導き出す。それを越えて、特定の、遺言上の処分と一致しない意思表示の撤回——本件では贈与申込みの撤回——に向けられた個別の表示意識は、必要ない。」

では、この撤回は、Y による承諾前になされたといえるか。Y は、2011 年に B から当該贈与申込みについて知らされた時点で、推断的にこれを承諾している。しかし、Y は、自分が遺贈の対象となっていない 2007 年遺言を 2009 年 5 月には知っている。したがって、Y は、B からの知らせによって 2007 年遺言を 1976 年の合意の撤回として理解すべきであった。

また、2007 年遺言は、公の保管がされており（BGB 2248 条）、死因処

分の発見と関係者への周知を保証する保管方法が選択されている。そのような遺言によってなされた意思表示は、万人に対してなされたものとみなされる。したがって、その遺言によって遺贈を受けていない場合でも、被相続人との関係上利害関係になり得る圏域に属する者も、公に保管されている遺言によってされた意思表示の名宛人である。

以上の通り、贈与契約が有効に成立していないため、Y は、不当利得により本件有価証券を返還する義務を負う。

【コメント】

X は、不当利得返還請求権を行使しているわけだが、Wellenhofer は、判決では、それが給付利得なのかそうでないのかが明らかになっていないと、指摘している。ただ、いずれにせよ、Y にとっての法律上の原因は、AY 間の贈与契約の成否にある。その点では、2007 年遺言を申込みの撤回を含むものとして解釈できるのかが問題となっている。つまり、「昔から知られている」論点を特殊な事例に当てはめているに過ぎない、という。

もっとも、比較法的には、AB 間の合意が気になるところであろう。銀行との間の取引なので、ドイツではこのような財産管理サービスが行なわれていることが推測できる。構成としては、遺言代用信託のようなものである。わが国の信託法 90 条 1 項も、委託者の受益者変更権を留保している。

また、本件は、遺言においてなされた意思表示の発信時について判断している。ここでは、遺言が「公に保管されている (in amtliche Verwahrung genommenen)」という事情に基づいて万人に対して表示されているものと解されている。

6. 労働契約における 3 年の告知期間の無効 (JuS 2018, 811 m.Anm. Prof. Dr. Burkhard Boemke) BAG, Urt. v. 27.10.2017- 6 AZR 158/16, NJW 2018, 891

【要旨】

被用者のための法律上の告知期間が普通取引約款又はいわゆる使い捨て条項において著しく延長されている場合、使用者のための告知期間が

同様に延長されている場合であっても、その点でBGB 307 条 1 項 1 文の意味における信義誠実の原則に反する不相当な不利益が存在する。

【事案の概要】

X は、ドイツ全土で運送業を営んでおり、2006／2007 年に L 市に支店を設けている。Y は、2009 年 1 月 12 日から X の従業員として働いており、L 支店には Y を含めて 7 人の被用者が配属されていた。X と Y は、2012 年 6 月 14 日、これまでの労働契約に付随合意を行なった。この付随合意は、X が草したものである。そこで、賃金が月額 1400 ユーロから 2400 ユーロに引き上げられ、法定告知期間も、XY 双方について 4 週間後の月末から 3 年後の月末に延長された。さらに、Y が契約に違反して労働関係を終了させた場合、2 か月分の賃金、すなわち 4800 ユーロを違約罰として支払うものとされた。

2014 年 12 月 22 日、L 支店の或る被用者が業務用のパソコンに「PC-Agent」という監視ソフトがインストールされていることを発見した。これは、X が同年初めに支店のコンピューターすべてにインストールしたもので、被用者らが知らないうちにその業務を記録するものであった。Y は、同年 12 月 27 日付の書面で 2015 年 1 月 31 日をもって労働関係を解約する旨を表示した。彼のほかに、支店の被用者 5 人も労働関係の解消を申し入れた。Y は、同年 2 月 1 日から L 市の別の運送業者で働き始め、X を退職したほかの 5 人も、同じ運送業者に就職した。

X は、Y との労働関係が継続していることの確認を求めて、訴えを提起した。すなわち、告知期間が契約によって延長されており、Y は、2015 年 1 月 31 日に労働関係を解約する権限を有していない、と主張している。ライプツィヒ労働裁判所は、X の主張を認めて、労働関係の存続を確認した。これに対して、ザクセン地方労働裁判所は、訴えを棄却した。これに対して、X が上告した。

【判旨】 上告棄却

1. まず、本件解約が非常告知に当たるかどうかが問題となる。しかし、Y は、普通告知であることを明らかにして意思表示しており、解約書面でも、PC-Agent について言及していない。したがって、解約につき重大な理由があるかどうかを判断する必要はない。

2. 次に、本件解約が普通告知に当たるとして、告知期間を 3 年とし

ている契約条項が有効かが問題となる。つまり、当該条項が約款規制によって無効となるのか。その前提として、当該条項が普通取引約款であるかが問題となり得るが、仮にそうでなくとも、消費者契約における使い捨て条項に当たるといえる。すなわち、BGB 310 条 3 項 2 号によれば、事業者である使用者があらかじめ契約条項を用意しているが、一度きりの使用を前提としている場合に、消費者である労働者がその契約条項の策定に影響を及ぼしていないときには、普通取引約款同様に BGB 307 条が適用される。そして、本件条項については、その要件が充たされている (Rn. 16ff.)。

3. ところで、「主たる給付義務についての定式化された条項は、契約自由の原則に基づき BGB 307 条 3 項 1 文により通常 BGB 307 条 1 項 1 文による法定の内容規制から排除される。そのため、解消契約における終了合意は、相当性規制に服さず、労働関係の解消に被用者が同意したことに対する対価として定められた補償金も同様である。」しかし、告知期間の延長の合意は、単に労働関係の解消に関連して生じる問題を規律するにすぎず、約款規制の対象となる付随的条項である (Rn. 28ff.)。

4. 本件条項は、BGB 622 条 1 項¹²と一致していないが、だからといって、法規の基本的思想に反する場合に不相当性を認める BGB 307 条 2 項 1 文の適用はない。「むしろ、BGB 622 条 5 項 3 文¹³ 及び 6 項¹⁴ が示すように、立法者は、労働契約当事者に双方の契約当事者についてより長期の告知期間が妥当する旨の合意をする可能性を与えるつもりであった。パートタイム労働・有期労働契約法 (TzBfG) 15 条が明らかにしているのは、6 か月の告知期間を含む普通解約の可能性のない 5 年間の拘束でさえ許されているのである。」 (Rn. 31)

5. ただ、不相当性規制の原則規定である BGB 307 条 1 項 1 文により、本件条項は、無効となる。「BGB 307 条 1 項 1 文の意味における不

¹² 「労働者と使用者との間の労働関係は、4 週間経過後の暦月の 15 日又は月末をもって解約され得る。」

¹³ 5 項「個別契約によって 1 項に規定されているのよりも短い期間を合意できるのは、次の各号に掲げる場合のみである……[中略]……[3 文] 1 項から 3 項までに規定されているのよりも長い告知期間について個別契約によって合意することは、これを妨げない。」

¹⁴ 「被用者による労働関係の解約については、使用者による解約の場合よりも長期の期間を合意することはできない。」

相当な加害が認められるのは、約款使用者が契約条項の一方的な形成によって濫用的に、初めから自らの契約相手の利害を顧慮せず彼に相当な補償を与えることなく、彼の費用の下で自己の利益を図ろうとする場合である。不相当な加害が存在するのは、被用者があらかじめ準備された意思表示において何の対価もなく法定告知期間を延長することに同意する場合だけではない。この〔告知期間の延長〕条項は、告知期間の延長に相当な補償がなされない場合にも、被用者を BGB 307 条 1 項 1 文の意味で不相当に害することになる。」(Rn. 33)

この告知期間の延長条項においては、個別事情を基本法 (GG) 12 条 1 項を考慮して衡量し、延長された期間が職業選択の自由への不相当な制限とならないかを判断しなければならない。「BGB 622 条 1 項の基本的な告知期間は、GG12 条 1 項に基づいた被用者の基本権的地位と使用者のそれとの間の衡量の結果である。それは、両労働契約当事者に、労働契約の終了に適応する機会を十分に与えるものである。被用者は、突然職を失うことから保護されることになる。と同時に、可能な限り大きな柔軟性を保つことへの使用者の利益は、適切に顧慮されるものである。」これに対し、BGB 622 条 2 項は、勤続期間に応じて告知期間を延ばしているが、それは被用者の存続保護のためのものであって、使用者にとっては、被用者が示してきた企業への忠誠 (Betriebsstreue) に鑑みて甘受すべき付加的な負担に過ぎない。つまり、「立法者は、使用者の人事計画には 4 週間で充分であると考えているのである。これと同時に、立法者は、BGB 622 条 5 項 3 文及び 6 項により告知期間の双方向的延長を認めている。」が、使用者の告知期間が同じように延長される場合であっても、被用者にとっては不利益となる (Rn. 35)。この不利益は、被用者にも同様の告知期間が与えられ、労働関係の存続が長期に亘り確保されるということだけでは、埋め合わせられない。そのためには、被用者にとって不利益な規律と内的関連を持つ利益があたえられなければならない。

BGB 622 条及び TzBfG15 条全体からは、労働者を或る労働関係に拘束できるのは、最大で 5 年半だということになる。つまり、告知期間の延長は無限定ではない。「GG12 条 1 項 1 文は、職業選択の自由と並んで、職場選択の自由を保障している。従属労働の場合には、契約相手の選択も、これに含まれる。職業選択の自由は、ある職業の開始の決定に尽きるものではない。それは、さらに、職業の継続及び終了を含んでいる。職場選択の自由は、具体的な就業についての決定と並んで、その就

業を継続する、あるいは終わらせるという個人の意思からなる。」(Rn. 39) Y が本件条項の代わりに得た 2800 ユーロは、X による不当な加害を埋め合わせるのに十分ではない。

よって、本件条項は、BGB 307 条 1 項 1 文により無効であり、Y による普通解約によって XY 間の労働関係は、すでに終了している。

【コメント】

もともと、このような約定が X の雇用の柔軟性を害してまで結ばれる背景には、Y の知識を長期間確保し、競争相手のものになって失わないようにすることにある (Rn. 41)。事案の概要からも明らかなように、現に、Y らは、X の競業者に再就職している。日本法では、このような場合には、競業禁止約款が用いられることになるだろうが、ドイツの場合、競業禁止約款は、補償金の支払いを前提に初めて認められるものである。さらに、「Y の知識を確保する」という目的は、これでは達せられない。いずれにせよ、日本では、期間の定めのない労働契約において民法 627 条 1 項は、片面的強行法規と考えられており、労働者の退職の自由をこれより厳しく制限する合意は、無効とされている¹⁵。これに対し、この判決からは、告知期間を 3 年とする約定が有効となる余地があるという。判決自体、告知期間の延長は、最大 5 年であるといっていることから、明らかである。これは、事業者＝使用者がどのような補償をしているのかに掛かってくることになる (Boemke)。ただ、疑問なのは、職場選択の自由という高度に人格的な利益について専ら金銭的補償で埋め合わせが可能なのかということである。一般的に、約款規制上の相当性判断は、相手方に生じる不利益に対して使用者が相当な対価を支払っているのが問題となり、本件も、そのような判断をしている。しかし、問題となっている不利益の内容いかんによっては、経済的な対価では不十分な場合があるのではないだろうか。対価的補償基準は、明解であると同時に、多くの取引においては妥当な結論をもたらすが、過度の一般化は、経済的に補償されえないはず利益を売買の対象に替えてしまう恐れもあるように思われる。

判旨 4 については、Boemke は、説得的でないという。なぜなら、BGB 307 条 2 項 1 号は、任意法について適用されるものであり、BGB

¹⁵ 西谷敏『労働法』(日本評論社、2008 年) 73 頁、407 頁以下。

622 条 5 項 3 文や 6 項が明らかにしているのは、622 条 1 項が任意法であるということだからである。また、TzBfG15 条の引用も意味がないという。有期労働契約の場合、法律上、普通告知権が存在しないからだという。

7. 賃貸借の普通取引約款における無効な時効期間延長 (JuS 2018, 813 m.Anm. Prof. Dr. Martin Schwab)

BGH, Urt. v. 8.11.2017-VIII ZR 13/17, NJW 2017, 3707 = BGHZ 212, 1

【要旨】

賃貸人によって使用されている賃貸借契約書式に含まれる条項「賃貸物件の変更又は毀損を理由とする賃貸人の損害賠償請求権及び費用の賠償又は造作の撤去のための許可についての賃借人の請求権は、賃貸借関係の終了後 12 か月で時効に掛かる。」は、BGB 548 条 1 項 1 文及び 2 文¹⁶の基本的な考え方に反しており、そのため、賃借人を信義則に反して不当に害している。それ故、当該条項は、BGB 307 条 1 項 1 文及び 2 項 1 号により無効である。

【事案の概要】

X は、2003 年、Y に住居を賃貸し、賃貸借関係は、2015 年 2 月 28 日に終了した。賃貸借契約は、X による普通取引約款に基づいており、その中には、「賃貸物件の変更又は毀損を理由とする賃貸人の損害賠償請求権及び費用の賠償又は造作の撤去のための許可についての賃借人の請求権は、賃貸借関係の終了後 12 か月で時効に掛かる」という条項（以下、本件条項）が含まれていた。Y は、2014 年 12 月 29 日にすでに本件住居を X に明け渡していた。

X は、Y に対して、Y がシャワーを破損したと主張して、6842.50 ユーロの支払いを求めて訴えを提起した。訴状は、2015 年 6 月 25 日に裁判

¹⁶ [訳注]「賃貸物件の変更又は毀損を理由とする賃貸人の損害賠償請求権は、6 か月で時効に掛かる。この時効は、賃貸人が賃貸物件の明渡しを受けた時点から開始する。」

所に提出され、同年7月6日に費用の予納が請求され、同年9月15日に支払いがなされた。これを受けて訴状がYに送達されたのが、10月1日のことである。そこで、Yは、時効を主張した。ベルリン・ノイケルン区裁判所は、訴えを棄却し、ベルリン地方裁判所が控訴を棄却した。Xは、原裁判所の許可を得て上告した。

【判旨】上告棄却

BGBの規定通りならば、Xの請求権は、本件住居明渡しから6か月後、すなわち、2015年6月29日の満了をもって時効に掛かることになる(Rn. 18)。そこで、Yによる時効の抗弁が排斥されるかは、2つの点から検討されるべきである。すなわち、第一に、Xの提訴によって法定の時効期間内に時効が更新されているかどうか。第二に、本件条項によって時効期間及びその起算点が変更されており、その期間内に時効が更新されているかどうか。

1. まず、Xが2015年6月25日に、つまり時効期間内に訴状を裁判所に提出したことによって、時効がZPO167条と関連してBGB 204条1項1号により更新された可能性がある。この時効更新は、訴状送達が「直ちに」なされることを前提としており、これは、送達の遅れが当事者の有責性によるものでない場合に認められる。また、訴状提出から14日以上掛からなければ「直ちに」送達されたといえる。しかし、本件では、送達が2か月半も遅れており、しかもそれは、Xの訴訟費用の予納が遅れたためである。したがって、当該訴状提出によって時効更新の効力は生じない。

2. 次に、本件条項によれば、賃貸借関係終了の時から12か月後、すなわち、2016年2月28日に時効に掛かる。この場合には、Xの訴訟提起によって時効が更新されているから、Yの時効の抗弁は、認められないことになる。そこで、Xの請求権の時効期間の延長を定めた本件条項が有効かどうかが問題となる。

本件条項は、BGB 548条1項1文の時効期間及び同2文の起算点のいずれについても、変更しており、307条2項1号により相手方を不相当に害しているのではないかを検討しなければならない。そして、本件条項は、そのいずれの点からも、無効である。

(1) 「ある約款 (Formularbestimmung) が、それが逸脱している法規 (ここでは BGB 548 条) の基本的な考え方に合致しているかどうかは、

次の点から決定的に判断される。すなわち、その法規が両当事者の利益を顧慮した正義の観点からの衡量に基づいているのか、純粋な合目的からの衡量に従っているのか、である。というのも、任意法規は、その成立を事物の本性から導かれる正義の要請に負っており、そのため、〔これを〕逸脱する普通取引約款による規律は、通常、それによって規律されることになる事例について任意法が基礎に置く正義の要請に疑問が生じており、逸脱する〔普通取引約款の〕規律が法と衡平に合致するものと思われる根拠が存在しなければならないからである。」(Rn. 22) そして、時効の場合には、そもそも一般的に合目的性だけが問題となるのではなく、法的平和及び法的取引の安全、そしてそれ故公共的利益も問題となる。

そして、約款による時効期間の延長がBGHの判例上認められているのは、それが客観的に正当化されており、節度をもってなされている場合であり、使用者の恩恵が相手方の利益によって埋め合わせられている場合には、その条項は、バランスが取れていることになる。これに基づいて、下級審裁判例や賃貸借法の学説の一部では、BGB 548条の時効期間を普通取引約款によって6か月から12か月に延長することは、その延長が賃貸物件の変更及び毀損を理由とする賃借人の損害賠償請求権と同時に、費用賠償及び造作の撤去についての賃借人の請求権についても、等しく妥当する場合には、問題ない、という見解が主張されている。

しかし、この見解は、妥当でない。まず、賃借人にとって延長の必要がある（＝客観的に正当化される）かどうかは明らかでない。また、548条の時効期間は、賃借人の正当な利益に基づいている。「というのも、賃借人は、賃貸物件の賃借人への返還後はこの賃貸物件にもはやアクセスできないのであり、それ故、この時点からは通常は証拠を確保した確認がもはやできないからである。さらに、この時点で存在しており、賃借人が万一損害賠償請求する根拠となる賃貸物件の状態は、他の賃借人に時を置かずに引き渡されることが通常予期されることが賃借人自身によって利用されることに鑑みて、直ちに変わっていくというように、賃借人が考えても無理もない。返還時の賃貸物件の状態について知っていた証人がいたとしても、その記憶力も、通常時間が経つにつれ減衰することは、明らかである。いずれにせよ、時効期間が6か月から12か月に2倍に延長されることがなお節度があるといえるかに関係なく、この時効期間の延長によって、賃借人の重要な利益が著しく害されるだろう。」

さらに、BGB 548 条の目的は、賃貸人に賃貸物件の受取り後できるだけ早く損害賠償請求権があるかはっきりさせることにある。時効期間の延長する条項は、これとは合致しない。

(2) 時効期間の延長と同じく、起算点の変更も、相手方を不相当に害している。賃貸人の請求権の時効の起算点を賃貸借関係の終了と無関係に賃貸物件の返還時とすることは、理に適っている。なぜなら、この時点から、賃貸人は、賃貸物件を調べて、請求権が生じるかを明らかにすることができるからである。したがって、請求権が生じるかを出来るだけ早くはっきりさせるという立法目的からは、この時点を起算点とすることが求められる。

【コメント】

判決は、本件条項の有効性を審査する際に、被逸脱規定である BGB 548 条の趣旨の公益性を重視しているといえる。もちろん、賃借人にとって確認しようのない時点で損害賠償請求がされるという不都合が重要な役割を果たしているが、起こり得る紛争の短期での解決＝法的平和をも重視して、賃借人の請求権の時効期間も延長されていることを賃貸人のための期間延長の対価として認めていない¹⁷。これは、賃貸借契約に基づく請求権の事物の本性から同条の正義内容を導き出し、本件条項がその観点から正当化できないと判断したものである¹⁸。

8. 契約交渉の破棄を理由とした損害賠償 (JuS 2018, 905 m.Anm. Prof. Dr. Martin Schwab) BGH, Urt. v. 13.10.2017-V ZR 11/17, NZM 2018, 295

【要旨】

1. ある土地の（潜在的）売主が—— 契約を締結する用意があることを真意に基づいて表示した場合に—— 購入希望者に対し、売買価格を上げることが留保していることを開示していない場合、（潜在的）売主には

¹⁷ もっとも、賃借人の請求権を巡る紛争が減多に生じないこともその理由である。

¹⁸ 当然、当事者間で個別合意がされた場合には、約款規制は及ばないので、このような合意も可能である（Rn. 38）。

特に重い誠実義務違反は存在しない。そのため、契約交渉上の過失を理由とする責任は、排除される。

2.（潜在的）売主が、購入希望者が土地の売買契約の成立を信頼してすでに融資契約を締結していることを知っている時点で、その売買契約の締結を取り止めた場合であっても、当該（潜在的）売主は、損害賠償責任を負わない。公証の前には売却意向を持つ者はまだ法的に拘束されないため、売買契約の締結を期待してなされる財産的措置は、原則として自らのリスクでなされる。購入希望者は、差し当たり融資合意を取り付けるだけにしておくことができ、且つ、消費貸借契約を売買契約の公証の後になって締結し、あるいは消費貸借契約を初めから売買を条件として締結することができるのであるから、（潜在的）売主に責任を認めないことによって、購入希望者に期待不可能な負担を課すものではない。（要旨2文及び3文は、掲載誌編集部によるもの）

【事案の概要】

Yは、多数の不動産を所有し、これを販売しており、Xは、2013年8月、インターネットサイトを通じて、Yに対し、ネット上の広告価格である376,700ユーロで本件不動産（駐車場付きの屋根裏住居）を購入したい意向を知らせた。Xは、同年9月初めに、仲介人Aから最初の売買契約草稿を送付され、同月23日に、Xは、売買代金について取引銀行から融資を受け、10月1日までに融資契約を締結するかどうかを決めなければならないことを伝えた。そこで、Xは、そのほかに契約の妨げになるものを知らせよう求めた。Aは、9月26日に、これといった重大な障害はないと、これに回答し、さらに、新たな契約草稿等の書類をXに送付した。Xは、同月27日、取引銀行に300,000ユーロの融資を申し込んだ。Xは、同月30日、売買契約が10月半ばに公証されると知らされ、10月14日には、Aから、公証役場へは10月30日に赴くことになることと知らされた。しかし、Aは、10月22日、Xに電話で、Yがより高い価格でないと売るつもりがないこと、新しい価格は、472,400ユーロであることを伝えた。Xは、この価格に納得せず、契約を諦めた。

Xは、融資契約の解約によって発生した約9000ユーロの費用の賠償を求めて訴えを提起した。シュトゥットガルト地方裁判所は、訴えを棄却し、同上級地方裁判所も、控訴を棄却した。

【判旨】 上告棄却

「私的自治の枠内で、各当事者は、契約締結まで、見込まれている契約を断念する権利を有している。それゆえ、契約締結を期待してなされる諸支出は、原則として自らの危険の下になされる。交渉後の契約締結が両当事者の間で確実なものとされており、それによって基礎づけられた信頼により契約の実行のための諸支出がその締結の前になされた場合にのみ、交渉当事者の一方が後に重大な理由なく契約締結を拒絶したときには、この支出は、この交渉当事者によって、契約前の保護義務の違反として賠償されるべきものとなり得る。

土地の売買契約の場合には、契約前の保護義務の違反には、厳格な要件が課せられるべきである。交渉当事者の一方による公正証書の作成への協力の拒絶は、そのことについて重大な理由がない場合には、損害賠償請求権を発生させないのであり、そうなるのは、特に重い、通常は故意による誠実義務違反が存在する場合のみである。そのような義務違反が認められるのは、たとえば、実際には契約締結の用意がないのにそのように装う場合や交渉当事者の一方が当初は売るつもりであったが、交渉の過程で内部的にこの契約締結の用意をなくしたにもかかわらず、そのことを知らせなかった場合である。仮に土地の売買契約の公正証書の作成を重大な理由なく拒絶することが交渉当事者の責任を基礎づけるならば、それは、すなわち契約締結の間接的な強制を意味する。このような強制は、契約対象の客観的特徴のために方式の遵守なしに拘束力が生じることが避けられなければならないという BGB 311 条 b の方式規定の目的に反する。」(Rn. 5-6)

「契約を特定の条件で締結するつもりであるという意思表示をした後に、彼に契約締結を思いとどませ得る事情が生じるかもしれないということを交渉当事者が意識していたとしても、彼は、契約締結の用意があったということができる。決定的に重要なのは、この意思表示がそのなされた時点で真実に対応していたかどうか、すなわち、(潜在的) 売主がその時点で当該不動産を告知していた条件で譲渡する用意があったかどうか、である。しかし、この売却意思を翻すことも、自由である。公正証書の作成がなければ自らの意思表示に拘束されることはないからである。もちろん、彼は、そのような翻意を潜在的な契約相手に直ちに伝えなければならない。これに対して、それを超えて、自らの売却意思を

翻すことを留保していることを購入希望者に指摘する義務は、売主には課されていない。むしろ、購入希望者は、売却意向を持つ者が売買契約についての公正証書の作成があるまで拘束されておらず、それゆえ、後者は、自らの売却の用意を放棄し、あるいは修正することも自由であることを、よく弁えておかねばならないのである。」(Rn. 11)

「(潜在的) 売主が、購入希望者が土地の売買契約の成立を信頼してすでに融資契約を締結していることを知っている時点で、その売買契約の締結を取り止めた場合、当該(潜在的) 売主は、損害賠償責任を負わない。この点に特に重い誠実義務違反を見出し得ないのは、さもなければ、BGB 311 条 b の意味における要式契約が成立しないにもかかわらず、自らの措置によって売主を間接的に土地の売買契約を締結するように意のままに動かすことができることになるからである。このことは、方式規定の目的に反する。

このことは、購入希望者を不当に害することにはならない。公正証書の作成前には売却の意向を持つ者はまだ法的に拘束されていないのであるから、売買契約の締結を期待してなされる財産的措置は、原則として自らのリスクでなされる。購入希望者は、差し当たり融資合意を取り付けるだけにしておくことができ、且つ、消費貸借契約を売買契約の公証の後になって締結し、あるいは消費貸借契約を初めから売買を条件として締結することができるのであるから、(潜在的) 売主に責任を認めないことによって、購入希望者に期待不可能な負担を課すものではない。」(Rn. 14-15)

【コメント】

BGH は、土地の売買契約においては、交渉の不当破棄が損害賠償責任をもたらすのは、交渉当事者の一方による特に重い誠実義務違反が存在しなければならぬとし、X がその点についての立証をしたとは評価できない以上、その上告には理由がないとしたものである。一般的な不当破棄の場合には、「重大な理由なく」破棄したことで足りるとされているのに対して、ここでは、より加重された要件が課されている。それは、土地の売買契約においては、方式要件が課されており、その規定の趣旨を没却しないためである。ただ、方式を要求する趣旨を個別的に判断する必要があるようにも思われる。この場合、対象土地が確定しており、両当事者の譲渡意思が明確であれば、当事者間の要保護性も低下するだ

資 料

ろう。とりわけ、X が融資契約を進めている段階で、代金が増額される場合もあることを伝えていないのは、Y としてはかなり不誠実であるといえるのではないか。もっとも、この点は、X の属性に考慮しつつも、取引慣行も踏まえて判断されるべきである。