HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	西ドイツ民法判例　－１９６８年度－
Author(s)	川井, 健; 小林, 資郎; 三浦, 潤; 林, 竣
Citation	北大法学論集, 22(2), 225-166
Issue Date	1971-09-08
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16124
Type	bulletin (article)
File Information	22(2)_p225-166.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

資　料

西ドイツ民法判例—1968年度

川井　健
小林資郎
三浦　潤
林　竫

私たちは，ドイツ連邦裁判所民事部の判決を対象に，西ドイツの判例を研究した。判例は，BGHZに登載された民法に関するものに限った。日本法との対比という観点で検討したため，事実の紹介と判決要旨の訳出に重点をおいたが，あわせて判決のもつドイツ法上の意義および日本法との関係につき簡単なコメントを付した。判例の比較研究のためには事実の紹介が重要と考えられるので，判例集から抽出しうるかぎり，比較的くわしく事実を要約したが，判例集の記載が簡単なため詳細が不明のものもある。判決の配列は，日本民法の編別に従い，便宜上，判決に通し番号を付した。

それぞれの判決は重要な問題点を含んでいるが，個別的に突込んだ研究は今後にまたなければならない。本稿がそのための足がかりを提供するならば幸いである。

本研究は，川井と三浦が，昭和44年秋より大学院の講義として開始したものであるが，後，小林と林が加わり，四者の共同研究として全部につき討議をかわした。共同研究ではあるが，各判決毎に紹介責任者の氏名を付することにした。

（川井　健）

略　称

BGH＝Bundesgerichtshof

BGHZ＝Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen

RG＝Reichsgericht

OLG＝Oberlandesgericht

KG＝Kammergericht

LG＝Landgericht

AG＝Amtsgericht

JZ＝Juristenzeitung

Palandt＝Bürgerliches Gesetzbuch, 29 Aufl., 1970.

なお便宜上，原告をX，被告をYとした。

I　総　　則

(1) 信 義 則

① BGH1968年5月20日第7民事部判決（BGHZ50，191）

参照条文　BGB242条，ZPO274条2項3号・1025条：日民1条2項，日民訴786条

1　事　　実

1959年および1960年にXYは運送契約を締結した。その内容は350000tの鉱石を船でMarumgoから欧州へ運ぶというものであった。それらの契約には仲裁裁判所約款が含まれていた。1961年1月16日付でYは契約を破棄しそれは即刻効力を生じた。1962年4月，Xはハンブルグの仲裁裁判所に4686000DMの空荷運賃および利息の支払を求める訴を提起した。Yは主に次の様に主張した。「仲裁裁判所は管轄権を有しない。何となれば仲裁協定はもはや存在しないし，また当事者の紛争の対象は不法行為であって，それには仲裁協定は及んでいない」。

1963年12月9日，仲裁裁判所はXに対して67220DMの費用前払を要求した。Xはせいぜい10000DMしか払えない旨を表明した。1965年3月4日，仲裁裁判所は「一部前払の後で仲裁手続を行なえ」というXの要請にはそいかねる旨を当事者に伝えた。それ以来仲裁手続は利用されていない。1965年6月23日，Xはまず一部額たる500000DMおよび利息の支払を求める訴を提起し，同時にArmenrechtの承認を求めた。これに対しYは仲裁契約の抗弁を申し立てた。LGはXにArmenrechtを認めなかったので，Xは請求を100000DMおよび利息の請求に減縮した。LGは中間判決によって仲裁契約の抗弁を棄却した。OLGは抗弁を理由ありと認め，訴を不適法として却下した。Xの上告の結果LGの中間判決が回復。

2　判 決 要 旨

被告が仲裁裁判所において仲裁裁判所ではなくて通常裁判所に管轄権がある旨主張

し，後に被告が通常裁判所の手続において仲裁契約の抗弁を申し立てることは，特段の事由がないかぎり信義則に反する。

3　本判決の意義

新判例である。ＲＧ時代には本件と類似した事案に関する判例がいくつかあった。ただしそれは，はじめに通常裁判手続において仲裁契約の抗弁を提出し，ついで仲裁裁判所手続において仲裁裁判所に管轄権なしとの抗弁を提出したものであって，これを信義則違反であるとした。本件は従来のＲＧの事案とは逆の事案に信義則違反を適用したところに意義がある。

4　日本法との関係

近時わが国においても民事訴訟法における信義則の妥当性とその限界が論じられているが（福永有利・続学説展望・130頁参照），本件は信義則の具体的適用の問題について興味深い素材を提供するものとして参考になる。なお最近最高裁は，「死者Ｙに対する訴訟を相続人が受継し異議を述べないでおいて，上告審で当事者が死者たるＹであったとして，みずからの訴訟行為の無効を主張することは信義則のうえから許されない」と判示している（最判昭和41・７・14　民集20-６-1173）。

（三　浦）

（2）法　　人

②　ＢＧＨ1968年３月14日第２民事部判決（ＢＧＨＺ49，396）

参照条文　ＢＧＢ25条：日民37条

1　事　　実

Ｙは保養制度の振興ならびに保養施設の建設と運営を目的として設立された社団である。Ｘと市は主にＹの財政をになう社員である。この社団の定款によれば，機関の一つとして運営委員会がある。これは，社団の財産管理，予算，会計および理事の業務執行の監督を目的とし，その時々の市長およびＸ，その他のメンバーから成っている（市長が議長をつとめる）。市長は数年来，この運営委員会の会議に市行政当局の構成員を加えて関与させてきた。そこでＸは訴を提起して，市長がこのような市行政当局の職員をこの委員会の会議に加えることは許されない旨の確認を求めた。ＬＧ，ＯＬＧともにＸの訴を却下。Ｘの上告は棄却。

2　判決要旨

社団の機関における意思形成が定款に従ってなされているかどうかに関する二名の社団機関構成員間の争いは社団における内部組織の問題であって，社員総会がそれに

ついて議決を行なわない限り，社団に対する確認訴訟の対象にされ得ない。

3　本判決の意義

本判決は，社団の社員が社団法上ないし定款上の権利が侵害された場合に社団を相手として裁判所に出訴できる場合があることを前提として，出訴できる場合と社団の内部事項として社団の自治に委ねられるべき場合との区別を明らかにしたものである。民法上の社団関係におけ法的救済の問題に関して，日本法上も参考になろう。

4　日本法との関係

日本民法上この種の事案が問題とされたことはないが，問題となるならばこの判決要旨がそのまま妥当するであろう。

（三　浦）

（3）法律行為

③　BGH1968年2月5日第2民事部判決（BGHZ49，364）

参照条文　BGB125条，HGB105条：日民91条

1　事　　実

XとYは合名会社の組合契約を締結したが，1965年1月1日XはYに対して，当該合名会社から脱退する旨の口頭の意思表示をなし，Yはそれを承諾した。Xは契約において，契約変更に関して書式が協定されていることを理由に口頭による合意は無効であると主張して，自分がなお，社員であることの確認を求めた。LG，OLGはこれを認めた。Y上告の結果，破棄差戻。

2　判決要旨

合名会社の組合契約において，契約の変更は書式を必要とする旨が規定されている場合でも，この方式の欠缺は特段の事由のない限り契約変更の無効をきたさない。

3　本判決の意義

BGB125条は方式の欠缺につき法律行為を無効とするが，これは契約解釈の基準として，きびしいものである。本判決は，本件契約に書式を必要とするのは単にKlarstellungsfunktion しかないという観点からこれを修正した事例である。

4　日本法との関係

直接参考にはならない。形式的瑕疵の存在する場合に行為の実質的効力がどうなるかについて解釈上参考となろう。

（三　浦）

（4） 公序良俗

公序良俗については，和解と良俗違反に関する⑤をも参照

④　ＢＧＨ1968年11月11日第８民事部判決（ＢＧＨＺ51，55）

参照条文　ＢＧＢ138条・139条，一般取引約款：日民90条

1　事　　実

ＹはＸが作成した契約書に署名し，それによってＹは，自分が賃借しているホテルにＸの自動販売機を据えつける義務を負った。Ｙが契約の履行を拒絶したので，Ｘは違約金ならびに当事者間の契約が法的な効果をもつことの確認を求めた。Ｙはとりわけ，契約が公序良俗に反するがゆえに無効であると主張した。

ＬＧ：一部認容　ＯＬＧ：棄却　Ｘの上告は棄却。

2　判決要旨

書式契約あるいはその重要な内容が一般取引約款によって定められている契約においてその条件の多くが公序良俗に反して無効である場合には，契約全体が無効となる。それは特に次のような場合である。つまり，契約相手方にとって不利益であり容易には理解しえぬ条件が契約書に不分明に記載されているために，契約相手方が署名する時点で個々の条件の法的な意味を十分に理解しえぬような場合である。

3　本判決の意義

本件で契約全体が無効とされた理由は二つあり，一つは，この契約がＹの営業活動の自由を著しく阻害するものであるということ，他の一つは，契約内容の記載がＹの十分なる理解に達するようなしかたではなかったということである。後者は例文的と解して妨げないであろう。

ＢＧＢ139条において法律行為の一部が無効である場合，無効な部分がなくともその行為をしたことが認められない限り，契約全体が無効となる旨が規定されている。本件では本質的部分が無効であるとして全体が無効とされたものであろう。ＢＧＢ139条適用の一事例として意味のある判決である。

4　日本法との関係

わが国において営業活動の自由の制限という視点で無効そのものが争われるという態様は現われていない。この視点との関係で，自動販売機をめぐる問題を考えさせる機縁を与えるものとして興味深い。

わが民法上，ＢＧＢ139条のような規定はないが，学説において，表示の有する客観的合理的な意義を重視する立場から，「まず，無効な部分を法律の規定・慣習・条

理などによって補充して合理的な内容に改造し，しかる後に，この合理的な内容を強制することが当事者の目的に明らかに反する場合にだけ，全部を無効とすべきである」（我妻 新訂民法総則258頁，同旨柚木 判例民法総論下巻286頁）との主張がなされている。これは一般論であって，たとえば一般取引約款にも妥当するか否かという問題は残る。

一部無効については，注釈民法(4)223頁以下が詳しい。

（小　林）

（5）代　　理

ＢＧＢ162条２項については⑲をも参照

⑤　ＢＧＨ1968年10月24日第２民事部判決（ＢＧＨ251，141）

参照条文　ＢＧＢ123条・138条・166条２項：日民90条，101条

1　事　　実

Ｘはある公益団体であり，Ｙはその理事団の一員で財産管理者である。1961年12月の会計検査の結果，ＸはＹがかなりの金額を横領したとの結論を下した。ＹはＸに60000DMを支払ったが，横領を否認した。Ｘは訴を提起して第一審でさらに一部額として47413,70DMを賠償として請求したところ，ＬＧはこれを認容した。Ｙ（その間拘留）控訴。ＸはＹによって弁償される残額を240000DMと算定した。他方検察官はＹを総計300000DMを横領したかどで起訴した。控訴期間満了前ＸＹはＫＧの面前で訴訟上の和解をした。その結果ＹはＸに対して，この訴訟で主張された額をも含めてなお125000を支払う義務を負うことになった。

ところが，ＸＹは今度は訴訟上の和解が有効か否か，訴訟がそれによって解決されたか否かを争った。Ｙは主位主張として良俗違反による無効，副位主張として詐欺による取消を主張した。ＯＬＧは和解の有効性を肯定し，訴訟が和解によって解決された旨を確認した。Ｙ上告の結果破棄差戻。

なお，Ｙはこの和解を弁護士によって締結したが和解期日にはＹ本人が出頭したという事実が確定されている。

2　判決要旨

(1)　一般に，訴訟上の和解が良俗に違反するか否かの判断については，和解に入る前の真実の状態と一方当事者が和解の締結によって負うに至った給付との間の客観的な不均衡にかかるのではない。しかしながら，利益を受ける当事者がはじめからその不均衡を知っており，かつ，該当事者の全態度からみて彼が相手方をＢＧＢ138条によ

り非難すべき方法でだましたとみるべき諸事情がある場合には，その不均衡は意義を有する。

(2) 当事者自ら訴訟上の和解行為に関与する場合は，その訴訟代理人は事情によっては和解締結の際該当事者の指図により行為するものというべきである。

和解の取消については，ＢＧＢ166条２項が準用される本件においては，当事者が訴訟の相手方によって欺罔され，かつ，和解締結のための指図を与えることがそれによって決定されたかどうかにかかる。

3　本判決の意義

(1)について　訴訟上の和解に入る前の真実の状態と訴訟上の和解によって創出された状態との間の不均衡は当該和解の良俗違反を惹起せしめるか？

本判決は従来の判例を踏襲してこれを否定した。しかしながらこの判決は，この様な不均衡が一定の要件の下で，詐欺の要件の一つであるところの違法性を基礎づけることを明らかにしたところに新らしさがある。和解の方法に着目して救う余地を認めたものと思われる。

(2)について　代理人によって和解を行ったが和解期日に本人が出席し，本人自身が相手方から詐欺を受けた場合に，本人はこの和解を取り消すことができるか？

ＢＧＢ166条１項によれば，もっぱら代理人についての意思状態が問題とされ本件の様な本人は保護されない。そこで本判決は，本人の出席をＢＧＢ166条２項の「指図」があることと同視し，本人の代理人への指図が相手方の詐欺によって影響を受けた場合は，本人が取り消し得ることを認めた。新判例である。この判決は，いわば意思の欠欲瑕疵は意思決定者の意思状態において判断されるという，自明のことを認めたものである。けだし本人が和解の指図をしたのなら，和解の瑕疵の有無が本人の指図行為について判断されるべきことは当然であろう。その意味では，本判決の重要さはむしろ，本人の出席を本人の指図と同視したところにあるのではなかろうか。いずれにせよ条文の空白をうめる重要判例である。また本件は詐欺の事案であるので，錯誤とは違ってストレートに取消を認めたのであろうか。

4　日本法との関係

日民101条はＢＧＢ166条とほぼ同様の規定であり，日本においても同様の問題が生ずる余地があるので解釈上参考になろう。その場合，わが国の通説も，「本人の指図」とは，本人の指図をうけるという特別の事実を必要とするわけではないとするので，全く同様の解決方法がとられてよいと思われる。ただ日本では，本件の様な場合本人

が代理権授与行為を取り消すことができるか，という観点でしか論ぜられていない様に思われる。そして例えば，代理行為の相手方の詐欺によって本人が代理権授与行為をなしたときには，たとえ代理人がそのような詐欺を知らないときにも，本人は代理権授与行為を取り消すことができるという（浜上・注釈民法・38頁）。

また特に和解と詐欺の問題としても大変参考になる。

（三　浦）

⑥　ＢＧＨ1968年３月25日第２民事部判決（ＢＧＨＺ50，112）

参照条文　ＢＧＢ164条・242条・254条，ＨＧＢ50条，ＺＰＯ597条；日民99条・93条但・１条２項３項・418条・722条２項，日商38条３項

１　事　　実

ベルリンの銀行家であるＸは手形訴訟を提起して，$Y_{1\sim5}$に対して22通の手形の合計金額1650,000DMの支払を訴求した。Ｘは手形の正当な所持人，Y_2は手形振出人，Y_5は引受人，Y_1，Y_3，Y_4は裏書人である。$Y_{1\sim5}$は請求棄却を申し立て，Y_1は次の様に主張した。すなわち── Y_1のベルリン支店金融係の業務代理人で，かつ支配人たるＧと共同署名権限を有する使用人とが，手形記載を行う際に権限を濫用し，Ｘは悪意をもってこれに共同加功し，あるいはいづれにせよ過失により濫用に気づかなかった ──というのである。

ＬＧは手形訴訟上の請求を認容した（$Y_{1\sim5}$に通常手続における権判の実行を留保）。ＫＧはY_1の控訴を棄却。Y_1の上告により，訴はこの手形訴訟においては不適法であるとして却下された。

２　判決要旨

(a)　業務代理人が意識的に営業主に不利益なる行為をなし，かつ，第三者がこの事情を取引において必要な注意をすれば，認識し得た場合には，第三者は，業務代理権の範囲が無制限であると主張することはできない。

(b)　代理権の濫用の抗弁があるとき，第三者は，本人が代理人に対してなすべき監督上の処置をしなかったために代理権の濫用が生じたと主張することができる。

(c)　その行為の不利益な結果はかような場合，おのおのの側に存する有責の割合に応じて本人と第三者に分配されなければならない。(d)省略

３　本判決の意義

(a)(b)は従来の確立された判例，とりわけ1966年２月28日第７民事部判決を踏襲したものである。また(c)は履行の段階に過失相殺を導入した注目すべき判決である。

なお本判決につき Heckelmann, Mitverschulden des Vertretenen bei Mißbrauch der Vertretungsmacht, J Z 70, 62参照。

4　日本法との関係

(1)　取引の相手方との関係で代理権限の濫用から本人を救う方法としては，信義則の活用と民法93条但書の活用が可能であろう。判例上は93条但書が使われている（大判大10・1・21 民録27・100 最判昭38・9・5 民集17・8・909等）が，これについては権利濫用もしくは信義則で解決すべきであるとする見解も有力に主張されている。この点ドイツ法では，信義則・権利濫用で処理されていることが注目される。

(2)　本判決の示した履行の段階での過失相殺の導入は，日本法においても極めて示唆にとむものと思われる。

（三　浦）

（6）時　効

⑦　BGH1968年1月18日第7民事部判決（BGHZ 49, 258）

参照条文　BGB196条1項1号，2項：日民170条2号・173条2号

1　事　実

XはY市との1958年2月25日の契約に基づいて，飲料水供給のための給水管および屋内分配管を据えつけた。この費用は129481,85DMであったが，Y市は71200DMしか払わなかった。Xは前訴において残債権の一部を訴求し，後に1962年12月31日申立の支払命令により更に利息とともに51359,47DMを要求した。Y市は時効の抗弁を提出した。LGで，Xは全面敗訴。OLGは一部請求42746,49DMについてX敗訴。Xの上告は棄却された。

2　判決要旨

自営として営なまれている小都市の上水道施設は，BGB196条の意義における営業とはみなされ得ない。

3　本判決の意義

XのY市に対する債権は，BGB196条1項1号の製造業者あるいは手工業者が物品の供給，労務の執行および他人の業務の処理につき有する請求権として，原則として2年の消滅時効にかかる（日民170条2号—3年に相当）。しかしBGB196条1項但書によれば給付が債務者の営業のためになされた時は2年の消滅時効にかからず，196条2項によって4年の消滅時効にかかる。そこで本件ではXのY市への給付が市の営業のためになされたものかどうか，換言すれば上水道施設が市の営業にあたるかどうかが問題となる。本判決は，196条1項但書の要件として「継続的な利益獲得の

意図によって支配されていること」を要求し，本件上水道施設に関してこの意図が認められないとして196条2項の適用を否定したところに意義がある。

4　日本法との関係

日本民法の時効期間についての一つの参考になる事案である。しかしドイツの規定が異なるので直接の参考にならないであろうが，短期消滅事効の意味を考える上で参考に値する。

（三　浦）

Ⅱ　物　　権

（1）仮　登　記

⑧　ＢＧＨ1968年1月19日第5民事部判決（ＢＧＨＺ49，263）

参照条文　ＢＧＢ284条以下・883条・888条；日民415条，不動産登記法2条・7条・105条・146条1項

1　事　　実

Xは所有権譲渡の仮登記を受けた。その権利実現のための本登記をするにあたり，Yに対してＢＧＢ888条による同意請求をしたところ，Yがこれに応じないので履行遅滞を理由に損害賠償を訴求した。

2　判決要旨

仮登記があるにもかかわらず登記をうけた不動産取得者が仮登記所有権者の本登記に同意すべき義務には，遅滞に関する諸規定は適用の余地がない。

3　本判決の意義

ＢＧＢ888条によれば，所有権譲渡の仮登記後所有権を第三者に譲渡するとその処分は無効になるが，登記法上の形式的合意の原則のために，本登記をなすには第三取得者の同意を必要とする。かかる場合に債権者（仮登記権利者）を救済するために，ＢＧＢ888条は第三取得者に対する同意請求権を与えた。この同意請求権は仮登記から生ずる物権的請求権であるとされている。従ってこの様な物権的請求権に債権法上の履行遅滞の規定が適用になるか否かが問題となる。本判決は，ＢＧＢ888条の同意請求権にＢＧＢ284条以下の適用の余地のないことを明らかにしたところに意義がある。債権法上の一般規定の要件がそなわった場合は，保全された請求権自体の債務不履行で債務者（仮登記義務者）の責任を追及できるという理由にポイントがあるように思われる。

4　日本法との関係

(1)　不動産登記法によれば，本登記の際に第三取得者の同意を必要とし，同意によって，第三者の登記は当然に職権により抹消される。従ってＢＧＢとほぼ同じ扱いである。

(2)　①第三取得者が不当に承諾を拒んだ場合，弁護士費用の請求はできるであろうか？　第三者とは契約的な関係にない。従って債務不履行ではいきにくい。不法行為ではどうか。本来起さなくてもよい訴訟を起さざるを得ないという構成ができれば，弁護士費用を請求できる可能性がでてくる。それは結局違法性の有無が決め手になる。本件のような場合には，不動産登記法２条２号との関係では――第三者が権利を知りかつ不当に同意を拒んだものとして，２条１号との関係では――手続上の要件をみたしたことを知りかつ不当に同意を拒んだものとして，違法性を認めてよいであろう。②債務者（仮登記義務者）については，仮登記をしながら不当に第三者に処分したのであれば，第三者が同意を拒むことによって被った損害につき，債務者自身の契約上の責任を問える可能性がある。

以上から，債務者と第三取得者の共同不法行為的構成（一方は契約責任，他方は不法行為責任）が可能である。

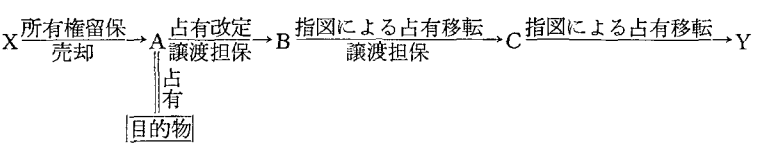
（三　浦）

（2）即時取得

⑨　ＢＧＨ1968年３月27日第８民事部判決（ＢＧＨＺ50，45）

参照条文　ＢＧＢ929条・930条・931条・933条・934条；日民182条・183条・184条・192条

1　事　　実



Ｘは訴外Ａにフライス盤を売却した。その所有権はＸに留保されていた。Ａは目的物の引渡を受け，それを使用しているが，代金はまだ完済されていない。その後Ａは訴外Ｂに対する債務の担保として目的物をＢに対し譲渡担保に供した（目的物はＡの占有下にある）。ついでＢは自己の訴外Ｃに対する債務を担保するために，ＢのＡとの譲渡担保契約に基づく権利をＣに譲渡し，目的物を指図による占有移転により譲渡

担保に供した。さらにCはBとの契約に基づく権利をYに譲渡した。Xが目的物の返還を訴求。

LGは請求棄却。OLGも控訴棄却。Xは上告したが上告棄却。

2　判決要旨

(a)　所有権を留保された買主が供給者の所有権留保中に，担保のためにその売買目的物をBGB929条・930条により善意の第三者に譲渡した場合には，その第三者は間接占有者となる。

(b)　その間接占有者がその後当該売買物をBGB929条・931条により善意の第四者に譲渡した場合は，その第四者は，間接占有の取得と同時に所有権者となる。（BGB934条前段)。

3　本判決の意義

本判決は，無権利者がその占有物を第三者のために譲渡担保に供し，さらに該第三者が第四者に指図による占有移転により譲渡担保を行なった事案で，「譲渡担保と即時取得」および「指図による占有移転と即時取得」についての興味ある判決である。なお，判決要旨(a)は，判決要旨(b)を誘導するための前提となっているが，これはBGB933条・934条からみて当然のことと思われる。

4　日本法との関係

指図による占有移転により即時取得の効果が生ずるか否かについては，従来わが国で必らずしも十分に論議されないまま，多数説はこれを肯定してきた（未川，物権法235頁など)。裁判例は肯定例（大阪地判昭和29年8月10日下尾5巻8号1303頁）と否定例（大判昭和12年9月16日新聞4181号14頁，大阪地判昭和34年12月17日下民10巻12号2621頁）とに分れている。これに対し，近時，類型的検討の必要性が指摘されていること（好美，注民(7)121頁以下）は注目されるべきであり，本件事案はその検討のための一つの素材となりうる。本件は日民の場合，好美，前掲122頁の第1類型に属し，Yの即時取得を否定するのが妥当といえようか。

（三　浦）

（3）留　置　権

⑩　BGH1968年12月18日第8民事部判決（BGHZ51，250）

参照条文　BGB994条・1000条；日民196条1項・295条

1　事　　実

Xは運送業者Sに貨物車購入のための資金を貸し付け，Sは割賦手形を振り出した。

譲渡担保設定契約でＳはＸに車の所有権を譲渡し，他方でＳは車を適切に手入れする義務を負った。1962，4から1963，9にかけて，Ｓは数度Ｙに車の検査修理をさせている。1963，11からＳはＸに対する手形金支払を怠り，またＹに対しては多額の修理代金債務を負っていた。Ｙは1963，12にＳから車を取り戻し，その後車の修理をしていない。

ＸはＹに対し，担保権に基づき車を引渡すよう訴求した。Ｙは，Ｓに対する債権に基づく留置権を主張した。

ＬＧ，Ｘ勝訴，ＯＬＧはＹがＳに対して有する修理代金債権3702,06DMの支払と引換えに車の引渡を命じた。Ｘが上告した結果，ＬＧ判決が回復された。

2　判決要旨

修理業者が注文者の用命により，第三者に担保のため譲渡されている車を修理し，支払を受けずに車を注文者に引渡した場合において，彼が後にあらためて車についての占有権を主張したときには，修理費用を理由として所有権者に対しＢＧＢ1000条による留置権を有しない。

3　本判決の意義

本判決は修理業者の有する修理費用請求権を根拠として，修理依頼者の所有でない物について所有権者からの引渡請求に留置権をもって対抗しうるかという問題を消極に解したものである。車が割賦金融で売買される事例は多数あり，それについて問題はあるが，ＢＧＨＺ34，122は修理業者に留置権が帰属するとした。これは依頼者の所有に属さない物を修理した者は，費用償還の見地から留置権を有すると述べたものである。

本件で問題となったのは，一旦占有を喪失しながらその後占有を回復した場合に，占有喪失以前の債権をもって留置権の主張をなしうるかということであり，この問題が否定された。そしてその立論においては本件の事実関係上ＢＧＢ1002条を根拠としている。その意味で本判決は新判例といえるが，ＢＧＨＺ34，122と矛盾するものではない。

4　日本法との関係

わが国においても，自動車が所有権留保，譲渡担保等により，その所有権者と利用権者を異にする場合が日常的になってくることが予想される。その場合に，修理業者のその車についての修理代金債権をめぐる問題が生ずるが，本判決はその解決にあたって，一つの指標となるであろう。

占有を喪失すると留置権は消滅する（民法302条本文）が，わが国では本判決のような事例を扱かった判例はない。また一般的に，所有権者と異なる占有権者が第三者に対してその物に関し債務を負担した後，所有権者からその第三者に対して物の返還請求がなされた場合に留置権を主張しうるかという問題も判例上現われていない。しかし留置権が物権的性格を有するとすれば，誰に対しても主張しうるものである。したがってこのような場合には占有の喪失が重要な意味をもつことになろう。

（小　林）

（4）所有権留保

⑪　BGH1968年11月28日第7民事部判決（BGHZ51，113）

参照条文　BGB138条・399条

1　事　　実

X，YともにH（Bauunternehmer）と取引関係にあり，HはWと取引関係にある。1962年11月16日，WはHに左官工事，鉄筋コンクリート工事の一部を委託し，その際該契約に基づくHのWに対する債権の譲渡禁止の特約をした。Hはそれにかかわらず1962年12月20日，Wに対する報酬債権をY金庫へ譲渡し，Hは該債権を他へ移転しないこと，および該債権は延長された所有権留保によっても供給者に移転され得ないことを保証した。Wは1963年5月14日，Hの債権譲渡を追認して，その債権の大部分をYに弁済した。他方，Xは1963年HにWの建築のための材料を供給し，それによってHは29709,33DMの債務を負うこととなり，その際延長された所有権留保が行なわれた。XはWに，Xの供給条件に含まれた債権移転を追認するよう求めたが断られた。XはHのWに対する報酬債権は29709,33DMの限度でXに帰属し，その限りでYが取り立てたのは不当であると考えた。その理由は「建築契約において協定された報酬債権譲渡禁止は，延長された所有権留保による建築材料供給者への移転には妥当しない。」というのである。そこでXは一部額たる15,100DMをYに訴求した。訴は全審級において棄却された。

2　判決要旨

建築契約において建築請負人の報酬請求権の譲渡が排斥される旨協定することは，原則として良俗に違反しない。

3　本判決の意義

本件においては，結局W—H間の報酬債権譲渡の禁止がHの材料供給者の延長された所有権留保にも及ぶかどうかという問題に帰着する。本判決は，従来の学説判例に

従って，この様な譲渡禁止も良俗違反とはならず有効と認め，延長された所有権留保にも及ぶとしたのである。商品供給者に担保を与えることよりも，報酬債権移転の禁止制限による清算関係の明白化単純化という建築主の利益を保護したといえる。延長された所有権留保は，ドイツ特有の金融・担保制度上の問題である（米倉・流通過程における所有権留保・法協81巻5号，82巻1号，82巻2号参照）。本件は，債権譲渡禁止の特約があっても現実に譲渡されて追認されてしまうと所有権留保の機能に限界があることを示した新しいケースといえよう。

4　日本法との関係

本件は延長された所有権留保という制度を認め，債権譲渡について何らの対抗要件を規定しないドイツ民法特有の問題と思われる。直接参考にはならないのではなかろうか。

（三　浦）

Ⅲ　債　　権

（1）弁済充当

⑫　BGH1968年12月2日第2民事部判決（BGHZ51，157）

参照条文　GmbHG5条・55条，BGB366条；日有限会社法7条2・3項・10条条・51条・52条1項，日民488条・489条

1　事　　実

XはH造船（有限会社，1962年7月1日破産宣告）の破産管財人。

Y_1合名会社は，当時H造船の社員の1員であり，Y_1合名会社の社員は，Y_2とY_2の父（訴訟係属中に死亡）であった。

Y_2とY_2の父は，ほかにR合名会社とR有限会社にも参加していたところ，この2つの会社が船舶を共同所有することとなり，R合名会社は船舶共有体を構成する前に発動機船Bの建造をH造船に依頼し，それに基づくH造船の債権はXの主張によれば1,000,000DMになるO

他方Y_1はH造船にたいし消費貸借にもとづく債権125,000DMを有していたが，H造船が基本出資を引き上げることとなり，Y_1はその中の125,000DMを引き受けた。

その後，H造船はR合名会社から1960年10月31日に2通の小切手（合計160,000DM）を受け取り造船にもとづく債務の弁済に充当した。

ところが，1960年11月1日にY_1はH造船にたいし書面を送り，R合名会社が支払

った小切手によりY_1がH造船に負っている出資義務に充当すると通知し，Y_1の主張によればR合名会社もまた同趣旨を通知したとのことであった。

XはY_1合名会社の負っている出資義務125,000DMの支払をY_1合名会社とその社員であるY_2に求めた。

LG，OLGともにXの請求を認め，Y_1 Y_2の上告も棄却された。

2　判決要旨

数個の債務の中のいずれにたいし給付が算入されるものとするかを指定することが，当事者の合意または慣行によって給付者に留保されているような支払が，出資義務にもとづく金銭債務の充当として考慮されるのは債務者（あるいは債務者にかわって給付する者）が〔支払に〕応じた目的を指定し〔さらに〕出資額がこの時点においてもなお費消されないで(unverbraucht)，会社の自由になるという前提がみたされるばあいにかぎる。

3　本判決の意義

ドイツ法では，原則として弁済の充当の指定は給付のときに債務者においてなされるべきであるが，債務者の指定がなく，また後で指定する旨留保されていないときには，BGB366条2項（法定充当の規定）が適用されることになる(Palandt, S 331)。

しかし本件では慣行または留保があるとされているので，BGB366条2項の適用が排除される結果債務者が指定しなかったなら，いわば給付が浮動(しかし非債弁済・消費貸借と異なり返還請求はできない）の状態になる。

またドイツ法では，日民488条2項に該当する規定がなく債権者は指定権を持たないのであるから指定が債務者の意に任される結果債権者の不利益を生ずる可能性があり，本判決も，債務者の後の指定の不当さを排除するについて，種々の考慮を加えて①弁済の指定の効力が当事者に限られること，②濫用の危険がないこと，この2つの基準を立てている（判決理由162頁参照)。

4　日本法との関係

日本法では指定が当時者の合意で留保されている場合は別として，債務者が指定しないときには日民488条2項により債権者が指定できるのであるから，給付の後の指定という事例の現われる可能性は少ないであろう。

しかし弁済指定の撤回可能性につき，債権者の利益保護は当然認められるべきであるから（注釈民法(12)債権(3)§§474～520，213頁山下執筆)，本件と類似の事案では，日本法においても同様の考慮を払って，濫用の危険，債権者保護，第三者保護等の観点

から判断されるべきであろう。

（林）

（2） 同時履行の抗弁

⑬ ＢＧＨ1968年５月16日第７民事部判決（ＢＧＨＺ50，175）

参照条文　ＢＧＢ720条・631条・640条・642条・643・645条；日民533条・536条２項・413条

１　事　　実

1963年７月13日ＹとＸの間で計算機施設（Abrechnungsanlage）についてその請負契約が締結され，Ｘが製作義務を負いＹが製作上のデータを集めて与える義務を負った。当該装置は殆んど完成したがＹのデータ未提出の為に仕事は完成しなかった。ＸはＹに対して1964年１月６日まで期限を猶予したが，Ｘはそれにもかかわらずデータを提出しなかった。そこでＸはＹに対して訴を提起。主位申立として59,240DMの売買代価を訴求し，副位申立としてそれを機械と引換えに遅滞なく履行するよう訴求。ＬＧは主位申立を損害賠償という法的観点から認容。ＯＬＧは請求棄却。Ｘの上告の結果ＬＧの判決が回復。

２　判決要旨

(1)　注文者が契約の履行を理由なく決定的に拒絶する場合は，請負人は仕事の完成前に報酬の前払を請求することができる 。

(2)　注文者が自分の負担する共働義務を決定的に拒絶する場合，請負人の有する権利はＢＧＢ642条，643条，645条による権利に限定されない。請負人はこの場合もまた，前払による報酬債務の履行を請求することができる。

３　本判決の意義

判旨(1)は，注文者が自分の履行を理由なく拒みそれによって請負人が仕事を完成できない場合は，請負人の前払請求に対して信義則上注文者は未履行の抗弁を援用できないことを明らかにした。

判旨(2)は請負契約に於る債権者たる注文者の義務の不履行の効果についての判断である。注文者が共働義務の履行を拒絶した場合は，ドイツ民法上損害賠償義務（ＢＧＢ642条）および解約権（ＢＧＢ643条）が認められているがこれに尽きるのであろうか。本判決は，この共働義務を債務関係に基づく義務に属するものとして，この違反に一般の債務不履行の効果を付与しＢＧＢ642条以下が請負において付加的なものであることを明らかにした。

4　日本法との関係

一般的には，同時履行の抗弁が信義則上制限される場合としてみると面白い。日本民法では次の様な構成が可能であろう。①536条2項がそのまま該当する。②債権者遅滞という構成。③BGB642条的構成――信義則を活用。その際報酬を考慮に入れる。いずれにせよ同時履行の抗弁とかかわっており，しかも先履行の義務がなくなる事例である。

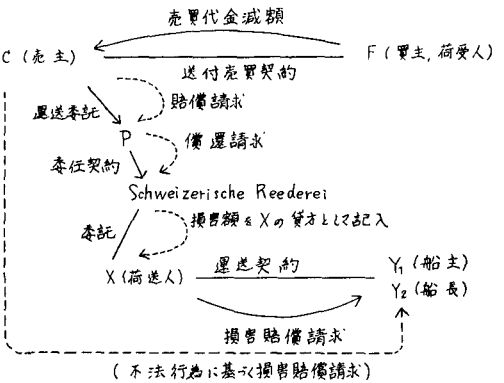
（三　浦）

（3）危険負担

⑭　BGH1968年1月29日第2民事部判決（BGHZ49，356）

参照条文　BGB254条2項・447条・823条，BschG8条，一般取引約款；日民415条・422条・534条

1　事　　実



C（売主）とF（買主，荷受人）の間で送付売買契約が締結され，その売買物たる自動車用金属板（Partie Autobleche）がバーゼルからライン川を下ってケルンへ送付された。この運送はX（荷送人）――Y_1（運送人，Reinschiff〈A〉の船主）Y_2（船長）間の運送契約（本件は傭船契約らしい）に基づいて行なわれた。この運送契約において，約款により堪貨能力が保証されていた。ところでこの運送契約が締結されるまで次の様なプロセスがあった。すなわち

1°，CはPに運送を委託。

2°，PはSchweizerische Reederei（以下SRとする）にこれを委託（この委託においては，スイス運送業協会の一般取引約款が基礎とされ，さらにはSR船荷証券を発

行して船の堪貨能力担保義務の免責約款を付した)。

3°，さらにＳＲは本件運送をＸに委託した（なおＰとＸはＳＲのコンツエルン下にある)。ところがこの売買物の運送中，船長が甲板の昇降口のふたを水でみがかせたので，売買物は湿気とサビによる損害を被った。そこで買主たるＦは，損害を被った金属板をより分けてそれを他へ売却し，その売上の減額分に応じてＣの請求書からその分を差し引いた。ＣはＰに対して賠償を請求。ＰはＳＲから償還請求。ＳＲはこれをＸの貸方に記入したので，ＸがＹ$_1$Ｙ$_2$に対して損害賠償を訴求するに至った。本件訴訟においてＸは，Ｙ$_2$が堪貨能力がないのに航行を拒否しなかった点および甲板の昇降口のふたの水洗に不注意があった点で過失ありと主張し，このＹ$_2$の態度につきＹ$_1$も常に責を負うべきであると主張した。これに対してＹ$_1$Ｙ$_2$は，「本件では約款により Reederei と Schiffer の責任は排除されているからＸは責に任ずる必要がなく，かえってＸは免責を主張する義務があるのに自分から責に任じたのであるからＹ$_1$Ｙ$_2$の知ったことではない」と主張した。ＬＧは請求棄却。ＯＬＧはＸの控訴を認めた。Ｙの上告は棄却。

2　判決要旨

(1)　送付売買において売買目的物が運送中に不法行為によって損害を受け，売主が売買目的物の損害によって買主に生じた損害を賠償した場合は，危険が移転しなければ売主に生じたであろう損害を限度として，売主は加害者に対して損害償賠を請求し得る。

(2)　船の堪航能力および堪貨能力に対する船主と船長の責任は，一般取引約款においても免除されない。このことは内陸水運法による責任に関しても，不法行為による責任に関してもあてはまる。

3　本判決の意義

ドイツ民法上，Ｙ$_1$Ｙ$_2$の不法行為当時売買物の所有権はまだＣにあるからＹ$_1$Ｙ$_2$に対してそもそも不法行為に基づく損害賠償請求権をもつのは売主たるＣである。Ｃが買主Ｆに対して負った負担をＰに帰せしめれば，Ｐは賠償者代位によってＹ$_1$Ｙ$_2$に対する不法行為に基づく損害賠償請求権を取得する。従ってＣのＹ$_1$Ｙ$_2$に対する不法行為債権のきすうが本件の根本的問題である。ところでドイツ民法上送付売買において，前述したように運送中は売主が売買物の所有者であり，他方危険負担は買主が負う。本件売買物について生じた損害は，売主買主双方の責に帰すべき事由に基づいてはいない。従って原則からすれば買主が危険を負担し，買主Ｆは売主Ｃから代金を

差し引くことはできないはずである。しかもドイツ民法上買主は Y_1 Y_2 の不法行為時には売買物の所有者ではないのであるから，Y_1 Y_2 に対して不法行為責任を追及できない。以上の様な形式論理を貫ぬけば，Cには損害の生ずる余地がなく，Fは Y_1 Y_2 に損害賠償を請求できないという不当な結果となる。この様な事情の下で，CがFの代金減額に同意するという形で損害の移転を生ぜしめ Y_1 Y_2 に損害賠償を求めた場合，Y_1 Y_2 はBGB254条2項の損害減少義務の違反を主張しうるであろうか？本判決はこれを否定した。けだしC—F間の法律関係すなわち損害の移転は何ら Y_1 Y_2 とは関係がないからである。実質的妥当性を考慮した判決といえよう。なお本判決は船主船長の堪航堪貨能力の担保義務についての免責を内容とする約款の効力を否定した。裁判所による約款のコントロールの一例として重要な意義を有する。

4　日本法との関係

日本法では，本件の様な場合売買物の所有権は買主にあるから，買主は被告に直接不法行為による損害賠償を請求できるであろう。他方送付売買においては発送とともに特定が生じ，民法534条によって危険負担は買主が負う。従って売主には責任がないことになる。この場合，売主が買主の代金減額に同意すれば，民法422条の準用により，買主の被告に対する損害賠償請求権を取得すると構成できないであろうか。

（三　　浦）

⑮　BGH1968年3月27日第8民事部判決（BGHZ50，32）

参照条文　BGB278条・447条；日民534条1，2項

1　事　　実

イタリアのCesenaの果物卸し商であるXは，1962年6月11日オランダイチゴとサクランボを貨車により送付した。運送状によれば受取人はベルギーのブリュッセルのある商会であった。Xは貨車がまだイタリア国内を走っている間に，この商品をYに売却した。Xから依頼を受けた運送取扱人はスイス国有鉄道に対して送付の指令の変更を伝達したが，商品はそのままブリュッセルへ送られてしまった。その後でXからYに給付があった。Xが代金を請求したところ，Yは不履行による損害賠償債権による相殺を主張した。OLGはこの相殺を認容した。X上告の結果，破棄。

2　判決要旨

(a)　発送者がCIM国間の国境を越える取引で，すでに貨車で運ばれている商品を送付の受取人とは別の者に売却した場合に，運送取扱人が指図により貨車を買主に移送するにつき過失あるときは，売主はBGB278条によって責に任ずる。

(b) 鉄道が誤つて与えられた指図に注意を払わなかった場合，鉄道は売主の履行補助者にはならない。

3 本判決の意義

(1) 本判決は送付売買における運送従事者の過失による損害をどちらの負担に帰せしめるべきかを，その運送従事者の行為が売主の危険負担領域において行なわれたか，買主のそれにおいて行なわれたかによって決定すべきことを明らかにしたところに意義がある。すなわち，ＢＧＢ447条によれば，通常の送付売買では運送取扱人に品物を引き渡せば，この時から危険負担は買主に移転する。ところが，本件においては，売主の付随義務の完了時，すなわち，運送取扱人をして鉄道に目的地変更の指令を伝達させることを完了した時から，危険が買主に移転することを認め，運送取扱人が売主の履行補助者であることをも肯定した。新判例であろう。

(2) 鉄道が売主の履行補助者か否かについては，信義則により否定した。売主の責任範囲を妥当な範囲に限定したものといえよう。

4 日本法との関係

(a)について—わが国の学説では，種類物の送付債務は発送によって特定を生じ，この時から危険は買主に移転する（534条2項）が，本事例においては，日本法でも特定の時期が指図変更の伝達完了の時点までずれるであろう。従って，それまでは，危険は売主にあり，運送取扱人のミスによる負担は，売主に帰せしめられるであろう。送付債務につき規定のない日本法にとって，それをうめるために参考になる事例である。

(b)について—履行補助者に該当しない一事例として参考になる。

（三　浦）

（4） 契約の解除

⑯ ＢＧＨ1968年7月10日 第8民事部判決（ＢＧＨＺ50，312）

参照条文 ＢＧＢ242条・326条・553条・554条；日民1条2項・541条

1 事　　実

賃貸人Ｘと賃借人Ｙは建物の賃貸借契約を締結した。合意の内容は「一階は飲食店営業二階は居住のために使用する。期間は1960年から10年間。賃料は月1100DM」である。さらにＹが自己の費用で一階と二階の改修を行なう義務を負う旨の特約があった。二階についてＹのなすべき改修の程度が争われ，ＸはＹに対し，期間を定めて約定通りに改修することを要求し，これに応じない場合には賃貸借契約解除するとの催

告を発した。Yが応じなかったのでXは明渡を請求した。事実からは明らかではないがYは留置権の抗弁を提出したようである。

三審を通じてXが勝訴した。

2　判決要旨

賃貸人が，賃借物を引渡した後，重大な事由により即時の解約告知をなしうる場合には，〔通常の手続をふんだ〕解除をする余地はない。

3　本判決の意義

ドイツ法上，賃貸人が無債告解除をなしうるのは，契約に反する使用がなされた場合（BGB553条），賃料不払が一定期間続いた場合（BGB554条）であるが，判例はこれらとともに，一般理論から，一方当事者にその契約関係を継続することを期待しえないような重大な事由の存するときにも無催告解除を認めている。したがって本判決の結論は，賃貸人の解除を有効と認めたけれども，判決要旨の書き方はYが主張した留置権の抗弁を認めるか否かについて答えるべくなされたものとみることができよう。すなわちBGB556条2項は「土地の賃借人は，賃貸人に対して有する請求権に基づく留置権を有しない」と規定しており，この条文は催告による告知の場合に適用があるとされている。本件のように無催告解除が可能な場合には判断するまでもなく留置権を有しないということであろう。

4　日本法との関連

わが国では，本件のような場合に解除の適用条文をめぐって争いがある。つまり民法541条を適用するか否かという問題であり，判例は541条適用説をとっているが，学説は肯定否定両説が共に有力に主張されている。ただ実益のない議論という指摘もなされている。

（小　　林）

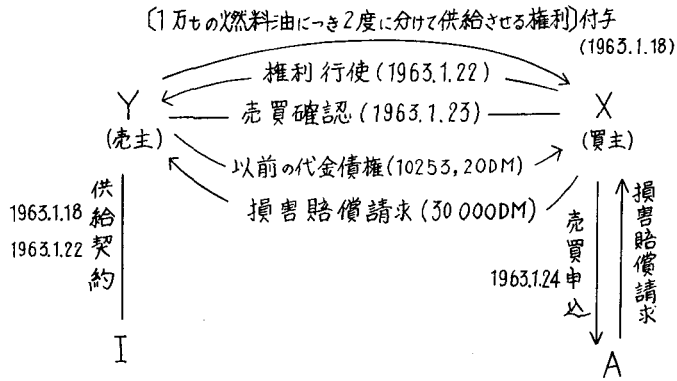
（5）売買約款

⑰　BGH1968年3月6日第8民事部判決（BGHZ49，388）

参照条文　BGB157条，HGB346条

1　事　　実

1963年1月18日かねてY（売主）と取り引き関係にあるX（買主）は，Yから1万tの燃料油をYより2回に分けて供給させる権利を得た上で，1963年1月22日にそれを行使した。YがXに送付した売買確認書には普通売買＝供給約款が含まれ，その中には次の様な条項があった。「前供給者が売主に供給しないか，あるいは不十分な供給



をした場合は，売主は全部又は一部につき供給義務を免れる。この場合，買主の要求があれば，売主は前供給者に対する請求権を買主に移転しなければならない」。1963年1月24日Xはロッテルダムの Aにその燃料油の売買の申込をなした。ところがYは売買された燃料油をXに供給しなかった。というのは，Yは1963年1月18日，22日にIと供給契約を締結したが，このIが履行しなかったからである。XはAから損害賠償の請求を受けた。そこでXはYに30000DMの逸失利益の賠償を求め，その賠償債権でYがXに対して有する10253,20DMの債権との相殺を主張して19746,80DMおよび利息を訴求した。さらにXは，YがXをしてXのAに対する333349,33DMの賠償義務を免れさせるべきことを要求し，予備的にYのIに対する請求権をXに移転するよう要求した。これに対してYはXによって相殺された10253,20DMおよび利息の支払を求める反訴を提起した。LGはXの請求棄却，Yの反訴認容。OLGはXの主位請求棄却予備的請求認容。Yの反訴認容。Xの上告棄却。

2　判決要旨

売買契約が自動的供給条項（Selbstbelieferungsklausel）の含まれた一般取引約款に基づく場合において，この売買にみあった供給を約した供給者が売主に給付をしなかったときは，売主は原則として自己の供給義務を免れる。このことは，種類のみによって指定された商品についての売買契約にもあてはまる。

3　本判決の意義

〝Selbstbelieferungsklausel〟の効力が裁判所によって全面的に認められた事として重要である。

4　日本法との関係

約款の研究にとって意義があると思われる。今後の問題であろう。

（三　浦）

（6）瑕疵担保

⑱　ＢＧＨ1968年５月29日第８民事部判決（ＢＧＨＺ50，200）

参照条文　ＢＧＢ242条・463条・480条２項；日民415条・416条・570条・１条２項

１　事　　実

ＸとＹは取引関係にあり，Ｘは主に絶縁材を販売し，Ｙは室内装飾業を営んでいる。Ｙは請負った工事のためにＸから〝St〟－覆い板を購入して使用した。その際Ｘは，〝M-Contact〟が〝St〟－覆い板を接着せしむるに十分な能力を有する旨の品質保証をした。ところがＸの保証に反して，〝M-Contact〟によって接着された〝St〟－覆い板ははがれて落ちてしまった。Ｙは注文者のためにあとで修理しなければならないはめになり，5000DM以上の損害を被った。本件接着剤取引には，保証した品質を欠くときは代りの給付に任ずるのみで，品物を消費した上での損害賠償請求は排除される旨の一般取引約款が存していた。Ｙはこの損害賠償債権を主張して，これを以てＸのＹに対する金額請求と相殺する旨主張した（この点は不明確である）。ＬＧでＸ敗訴。ＯＬＧでＸ勝訴。Ｙ上告の結果差戻。

２　判決要旨

(1)　保証された品質を欠く場合の不履行を理由とする買主の損害賠償請求は，その品質保証が買主に対して瑕疵から生じた損害（Mangelfolgeschäden）を保証することを目的としているのであれば，その損害の賠償をも包含する。

(2)　売主が契約により売買物が一定の目的に適することを保証したところ，その物が性質上予見された使用目的にとって不適当な場合は，一般取引約款に売買物の消費による損害賠償の排除が存しても，売主はそれを援用することはできない。

３　本判決の意義

(1)はＢＧＢ463条，480条の「不履行に基づく損害賠償」がいかなる範囲の損害をカバーするかという従来争いのあった点につき，品質保証の客観的意思解釈によりMangelfolgeschädenをカバーすることを明らかにした点に意義があると思われる。(2)は不合理な（代りの〝M-Contact〟を給付されても，そもそも〝M-Contact〟では用をなさない）約款を信義則により排除したもので，裁判所による約款のコントロールの一事例として参考になろう。

４　日本法との関係

(1)について，日本民法は品質保証につきなんら規定を置かないが，品質保証における品質の欠歓と瑕疵担保責任とは区別する理由がなく，かつ瑕疵担保責任も一種の債務不履行責任であるとする学説が有力に主張されている。従ってこの説によれば本件事例についても民法570条および416条が適用される余地がある。不履行による損害賠償については履行利益説が有力であり，それによれば本件の如き Mangelfolgeschäden もカバーされると解すべきである。その意味で，「履行利益の賠償」の問題につきそれがどこまで及ぶかについても参考になる事例であろう。

なお不完全履行という構成により同じ結果に到達することもできよう。

(2)について，日本法でも同様に処理されるべきであろう。

（三　浦）

（7） 売主の瑕疵担保責任

⑲ ＢＧＨ1968年６月21日第５民事部判決（ＢＧＨＺ50，364）

参照条文　ＢＧＢ166条２項・464条；日民101条・570条

１　事　　実

Ｘは宅地をＹに売却することとなり，それに必要な手続は代理人(公証人と弁護士)が行ない，Ｘ，Ｙは代理人に手続に要する代理権を授与し，さらに双方代理の制限を取除いておいた。

代金支払の後に1959年10月20日代理人は両当事者の名前で所有権移転の合意のあった旨の公正証書を作成し，1959年11月11日にＹは宅地の所有者として登記された。

その後Ｘは遅延利息の支払をＹにもとめた。しかしＹの主張によれば，その宅地に付属している建物はＹの計画した建物に有用であるとして売買代金が定められたのであるが，実際には土地に付属している建物は使い物にならなかった。
さらにＹの主張によれば，この事実を知ったのはＹがＫで療養していて電話による連絡をうけた1959年10月13日であった。

そしてＹはＸ主張の債権を争い，予備的にＹの有する損害賠償請求権の一部と相殺し，さらに減額請求による債権と相殺し，反訴として損害賠償請求権の他の部分を主張した。

ＬＧはＸの請求を認容し，Ｙの反訴を棄却し，ＯＬＧはＹの控訴を棄却したが，上告審は原判決を破棄差戻した。

２　判決要旨

(a)　土地（Grundstück）の買主が「引き渡し」の後になってはじめて，しかし「所有

権移転の合意」の前に土地に付着する瑕疵を知ったばあい，担保給付請求権（ＢＧＢ462条，463条）を買主が持つのは，「所有権移転の合意」にさいし自己の権利を留保する旨表示したときにかぎる。

(b)　しかし買主が関与しないで，また授権された，ＢＧＢ166条２項の意味での買主の特定の指図に従って行為した第三者が，瑕疵のあることを知らないで，「所有権移転の合意」をなしたばあい，買主が瑕疵の存在を知った当時，なお「所有権移転の合意」がさし迫っていることを明確に（positiv）知っていたときにかぎり，(a)の原則は適用がある。

(c)　ＢＧＢ166条２項は，授権者が代理権授与の後になってはじめて，帰責〔事由〕である認識を持ち，買主〔授権者〕が関与できたのに関与しないで結局被授権者が，その法律行為（Rechtsakt）をしたときにもまた適用がある。

3　本判決の意義

ＢＧＢ464条の定める「受領」は，ＢＧＢ363条の意味での履行としての受領と解され（Larenz, Schuldrecht Ⅱ, 1968, S. 41），土地売買では「引き渡し」も「所有権移転の合意」も「受領」とされる（Palandt, S. 402；Esser, Schuldrecht Ⅱ, 1968, S. 351）が，本件では「受領」はあったが，まだ「所有権移転の合意」がなかった時点で瑕疵の存在を知らなかったのであるから，ＢＧＢ464条がそのまま適用されるか判例上不明確であった。

本判決は，この点を明らかにした判決である。

判決要旨(b)は，ＢＧＢ166条２項適用の前提である，「本人の知りたること」の態様・程度に関するもので，これも従来判例が扱ったことがない事例である。

判決要旨(c)は，ＢＧＢ166条２項の意味での「指図」があったとされる場合に関するもので，従来，判例は，本人が取引の詳細を知っているとか，関与が可能であるのに放置した時と，指図があった時と同じに扱われる（Palandt, S. 128）としているから，本判決も同じ趣旨を示すものであろう。

4　日本法との関係

日本法では，ＢＧＢ464条に該当する規定もなく，判例も本件と同じ事案を扱かったものがなく，学説では，わずかに柚木・「売主瑕疵担保責任の研究」364頁が触れる程度で，柚木・前掲も本件と同じ事案についてまで言及していない。

(b)について，日本法でもあまり論議されていない。

(c)につき，日民101条２項の適用があるためには，問題の部分が本人の意思によっ

て決定されると言うだけで足り，特別の指図を要しない（我妻・新訂民法総則350頁）とされており，「指図」はかなり広く解釈されていることから，日本法でも同様の解決が可能であろう。

（林）

（8）農地売買

⑳ BGH1968年2月20日第5民事部決定（BGHZ49，302）

参照条文　農地取引法（GrdstVG）2条・3条・6条・18条・22条；農地法3条

1　事　　実

本件申立人は農地を売却したが，その農地は2つの許可官庁の管轄に属していた。公証人はこの農地売却の許可を求めるために，契約書類の謄本を1966年9月21日K州事務局（Landratsamt K）へ，1966年10月3日W農政局（Landwirtschaftsamt W）へそれぞれ送付した。K州事務局は1966年9月30日中間処分（Zwischenverfügung，Grdst VG 6条1項2号）を行ない，W農政局は，1966年10月28日条件付で許可した。ところが1966年11月10日，K州事務局は，管轄権がないのに受理したとの理由により，先に行なった中間処分を取り消す決定を行なった。この決定に対して，売主は裁判所による裁判を求める申立を行ない，売買契約が GrdstVG 6条によって許可されたものと見なされる旨の確認を求めた。農業裁判所（Landwirtschaftsgericht）はこの申立を棄却。OLGも申立人の即時抗告を棄却。申立人の再抗告は認容された。

2　決定要旨

(a) Grdst VG 3条に規定された許可申立は本案の申立ではなく，手続の申立である。それによって，取引書類に述べられた許可を必要としかつ有効に許可され得る譲渡につき，すべて裁決が求められるのである。

(b) 土地管轄のない許可官庁は，許可申立のあった日から1カ月を徒過した後では，もはや当該事案から手を引くことはできない。その許可官庁は，この時点を以って管轄ある許可官庁となったのである。

(c) 許可官庁が中間時において，期間延長決定を延長された期間内に裁定を送達しなかった時は，許可が与えられたものと見なされる。

(d) 管轄のない許可官庁に申立がなされた場合の外，土地管轄ある官庁に許可申立がなされた場合にも，これらの許可官庁の決定に対して申し立てられかつなお係属している裁判所の手続において，上記の擬制効果は顧慮されるべきである。

3　本判決の意義

GrdstVG の手続上の申立を扱った問題で瑕疵が治癒された事例である。

4　日本法との関係

農地法3条が Grdst VG 3条1項に相当する。しかし本件は GrdstVG の詳細に規定された手続規定を前提としている点で，ドイツ法上の特有な問題といえる。直接に日本法の参考とはならなろ。

（三　浦）

（9）先 買 権

㉑　BGH1968年7月9日第5民事部判決（BGHZ50，307）

参照条文　BGB1098条3項・1059a条1項1号

1　事　　実

XとNはW合名会社の社員であり，この合名会社はYの3三つの土地に物権的先買権を有している。XとNとの組合契約（Gesellschaft 契約）12条に，1人が脱退した場合は残った社員が該企業を全資産負債とともに引き受ける旨規定されていたが，後になって争いが生じ1955年10月28日訴訟上の和解が行なわれた。Nは1955年9月30日同合名会社より脱退すること，その時点より該企業は全資産負債ともにXによって引き受けられXがそれを続行する権利を有すること，がその内容である。1955年10月1日以降，当該企業は和解以前の会社の下でのみXによって継続されてきた。1964年2月3日，Yは本件先買権の設定された土地を他へ売却した。Xは会社の名において先買権行使の意思表示を行ない，本件訴訟を提起して3つの土地の所有権譲渡を請求した。結局全審級を通じてX勝訴であった。

2　判 決 要 旨

合名会社の1人の社員が脱退した場合に他の一方の社員が営業を引き受ける時は，当該合名会社のために設定された物権的先買権もまたその社員へ移転する。

3　本判決の意義

合名会社の1人の社員が脱退して，他の一方の社員が営業を引き受けた場合，合名会社に帰属していた物権的先買権の帰属はどうなるか。BGB1098条3項，その準用する1095a条1項は法人の先買権について，「法人の財産が包括承継によって他者へ移転する場合は，物権的先買権もその承継人に移転する」と規定するが，合名会社の先買権については規定がない。本判決は，まず従来の学説判例に従って，合名会社の社員が行なった営業引き受けの協定にHGB142条を準用し，それによって従来の社員による合有は，引き受けたXの単独所有になるという構成をとって，これに法人の先

買権の規定を類推適用し，本件物権的先買権のXへの帰属を認められたものである。

4　日本法との関係

(1)組合が解消した場合，特約がなければ組合財産は従来のメンバーの共有となろう。(2)民法上の買戻権の性質について先買権が参考となろう。(3)解釈上はあまり参考にならないが，契約的に先買権の利用は可能である。

（三　浦）

(10)　賃貸借契約の書式

㉒　BGH1968年3月27日第8民事判決（BGHZ50，39）

参照条文　BGB565条・566条

1　事　　実

Xは不動産の所有者である。1951年8月1日書面による契約をもってXY間に用益賃貸借契約が成立した。それは1951年9月1日より25年間の約定であった。そこにYは60のガレージおよびガソリンスタンドを造った。1957年9月20日の書面上の合意によって，更に該契約は29年延長された。この書面は最初の契約の原文にしっかりと結合されていなかったらしい。1963年12月23日の書状によってXは用益賃貸借契約を1964年3月31日付で告知した。ついで当該不動産の明渡返還を訴求した。

LGは訴を棄却。OLGにおいて，Xは1977年7月31日付で告知し予備的に1977年7月31日で終了する旨の確認を求めた。OLGは主位申立を認容。Yの上告の結果破棄。

2　判決要旨

一定の期間を定め方式を具備して締結された使用ないし用益賃貸借契約の単なる延長を目的とする合意が書式の要件にかなっていない場合，そのことから一般に最初の契約もまた同様に定められた書式を欠くという結果にはならない。

3　本判決の意義

賃貸借契約についてのドイツ法特有の一事例である。BGB 566条によれば土地についての1年以上の賃貸借は書式を必要とし，書式を備えない場合はBGB566条により期間を定めないものとみなされ，BGB565条によって毎四分の一暦年の終に対して告知がなされ得る。従来の判例の線からすれば最初の契約も書式なしとみなされ得るところを事情によって救い得るとしたものである。意思によるという点では従来の線を尊重しながらも，当事者の意思からして全契約のために wesentlich なものか否かを基準としたところに新しさがある。

4　日本法との関係

意思によりながら合理的解釈をしている。法律行為の解釈技術の例として参考になろう。

（三　浦）

(11)　賃貸人の瑕疵担保責任

㉓　BGH1968年1月22日第8民事部判決（BGHZ49，350）

参照条文　BGB328条・538条1項・571条1項；日民415条・559条・570条

1　事　実

Yの家屋が火災にあった。その原因は，作業場を通り抜けている煙突の中の，屋根から約30cm下にある古くてふさがっていない煙管の割れ目にあった。Yの家屋のうち・店舗・作業場・1つの住居をK女が賃借していたために，店舗，作業場の施設及び在庫品に損害を受けた。本件不動産（火災にあった家屋を含む地所）の所有権は，YがH・Sから相続したU・Sから1960年に，譲渡を受けたものである。Kは1947年7月20日に，H・Sとの間で，賃貸借契約を締結し，それが現在所有者たるYとの間にまで継続されてきたのである。Kは，1959年4月1日以来，レコード商を営んでおり，その商売はX名義で，Xの資本によって行なわれた。Xの資金で仕入れた在庫品は，Xに所有権があった。Xは動産については，10000DMの火災保険によって塡補を受けた。1962年5月24日，Kは火災によって，彼女に帰属する一切の法律上の原因に基く損害賠償請求権を，Xに譲渡した。Xはこの請求権及び，保険金を受けとっても，なお彼に存在する損害を請求した。LGは原因に関して，正当と認めた。控訴審上告審ともX勝訴。

2　判決要旨

(1)　賃借人が所有権譲渡人との賃貸借契約の際すでに存した賃借物の瑕疵により，所有権変動後に損害を被った場合は，不動産取得者もまた過失がなくとも責に任ずる。

(2)　営業所の賃借人が権限により自己の営業の目的のために商品を，賃借した部屋に保管している場合は，商品の所有者は，それについての損害を理由に，賃貸人に対して独自の賃借権上の損害賠償請求権を有する。

3　本判決の意義

(1)について―本判決はまず，本件の煙管の割れ目が，BGB537条の意義における瑕疵に該当することを肯定し，ついで契約締結当時瑕疵が存在し，この瑕疵に基づく損害が契約締結後の所有権変動後に生じた場合にも，BGB538条1項，591条が適用されるべきことを認めた。(2)について―本判決は第三者たるXに，第三者のためにす

る契約の趣旨を準用して，Xの所有物が当該賃貸借契約の保護領域内にあるとして，Xに独自の契約上の損害賠償請求権を認めた。契約外の第三者に契約上の利益を帰せしめるためのテクニックとして参考になる事例と思われる。

4　日本法との関係

(1)　本件の煙管の割れ目は，過失を含んだ瑕疵で不可抗力と過失の中間に位置する。この様な瑕疵に基づく損害賠償については次の2つの構成が可能である。

(i)　民法559条により570条を準用する法定責任構成。この場合は信頼利益説も存在する。(ii)　瑕疵のないものを給付する義務を怠ったとして，不完全履行的に把握し，民法415条を適用する。この立場からは当然履行利益説になる。最後に，不動産取得者に責を負わせる根拠が問題になる。従来の賃貸借は新たな所有者に対しても移っていく。そこにおける地位の承継に着目する場合は，それに付随して法定責任も付随するととらえれば(i)の構成と結合するであろうし，瑕疵のない物を給付するという注意義務がついてまわるととらえれば(ii)の構成と結合するであろう。

(2)　商売を営むために賃貸借を締結する場合は，商品所有者のために，保管の利益が存する。その限りで，商品所有者は信義則上賃借人と同一の地位にあるものと思われる。

（三　浦）

(12)　賃貸借・使用貸借―― 賃貸土地の譲渡人の地位

㉔　BGH1968年12月18日第8民事部判決（BGHZ251，273）

参照条文　BGB571条2項；建物保護法1条

1　事　　実

Xおよびその夫はYから土地を用益賃借し，契約に従ってその土地上に建物等を建てた。Yが将来当該契約を告知する場合に備えて，Yはその建物につき補償金を支払うということになっていた。Yはその土地をTに売却した。Tは当該用益賃貸借を告知し，かっ建物の補償を拒絶した。そこでXは自己および夫から承継した権利に基づいて，建物の補償金の支払を求める訴を提起した。LG，OLGともにYに一部額の支払を命じた。X上告の結果，BGHはYに全額の支払を命じた。

2　判決要旨

賃貸土地の取得者が賃貸借契約の内容上賃借人に金銭給付の義務を負いながらその義務を履行しないときは，BGB571条2項1文により賃貸人が履行について責を負わなければならない。

3　本判決の意義

ドイツ民法では，ひろく契約の目的物の護渡に伴って地位が移転するという理論がとられている。本件においてもTは，ＢＧＢ571条１項によりＸおよびその夫に対して契約上の義務すなわち建物の補償義務を負う。ところで本件のように，取得者がこのような契約上の義務を果さないときは，賃貸人はＢＧＢ581条２項の準用するＢＧＢ571条２項１文〔取得者が義務を履行しないいときは，賃貸人が取得者の賠償すべき損害について保証人と同一の責任を負う旨の規定〕により責に任じなければならないか。本判決は，契約の相手方に新しい相手を押しつけたことによる保証人的地位という立法趣旨から，ＢＧＢ571条２項１文の規定する賃貸人の責任の内容を，損害賠償に限らず義務の履行の保証を含まれるとし，しかもその義務は法律上であると契約上であるとを問わないことを明らかにした。ＢＧＢ571条２項１文の拡張的事例としての意義をもつ。なお，本判決につき，ＪＺ69，634（Söllner）を参照。

4　日本法との関係

(i) 日本法の下では，まず本件の如き解約は許されない。(ii) 本件は建物の買取の特約である。ドイツ法の下でも，もし土地の譲渡価格に家屋の補償金の負担が考慮されているならば，取得者が本来補償金を負担すべきものである。そうであれば，Ｔ，Ｙが連帯し，譲渡人たるＹの負担分はゼロと構成できる。そしてこの理は，日本法の下でも，目的物が譲渡された場合の敷金の返還について応用できる。

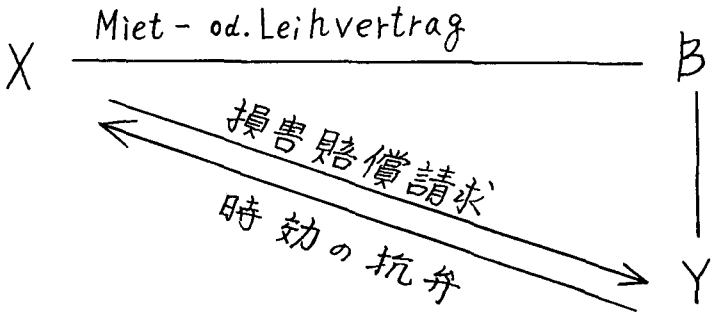
（三　　浦）

(13)　賃貸借・使用貸借 ── 損害賠償請求権

㉕　ＢＧＨ1968年２月７日第８民事部判決（ＢＧＨＺ49，278）

参照条文　ＢＧＢ328条・548条・558条・606条；日民594条・600条・616条・622条

1　事　　実



Xは自己の小型バスをB（バス企業）へ引き渡した（貸与した）。Bは，しばしばBのために運行しているYに，そのバスを使ってバス乗務員をむかえに行くように依頼した。Yはそのバスを運転中，道路からそれて不慮の事故にあった。Yは負傷しバスも損壊して修理しても無駄であった。Xはそのバスの残骸の返還を受けて2年後に訴を提起し，損害賠償を請求した。

LGでX勝訴。OLGでX敗訴。Xの上告は棄却。

2　判決要旨

賃借人又は使用借主の補助者も，賃貸借ないし使用貸借契約の保護領域（Schutsbereich）に属するときは，時効の抗弁権を有する。

3　本判決の意義

第三者も契約の保護領域へと編入されるべき旨を明言したBGH1963年10月6日第8民事部判決に一事例を加えたものとして，意義を有する。

4　日本法との関係

本件は日民600条の問題である。600条は返還を受けた時より1年間の除斥期間を定めたものとされている。従って返還後2年たった場合は，Xはそもそも賠償請求権を行使できなくなるから，この様な問題は生ずる余地がない。

（三　浦）

(14) 請　負

㉖　BGH1968年3月14日第7民事部判決（BGHZ50, 21）

参照条文　BGB390条・639条・479条　478条；日民634条2項・637条

1　事　実

Yは1945年から1955年にかけて，Xに事務所および倉庫を建てさせた。その仕事は1955年9月に完成し，この時点でYはそれを引き取った。すでに1955年の終り頃に事務所の建物にひび割れがあったので，Yは遅くとも1955年12月にXに対してその旨抗議を申し入れていた。Xは残りの労賃として20199,26DMを利息と共に訴求したので，Yは損害賠償請求権で相殺を主張した。その理由は1961年倉庫能力が損われたことによって賃貸を取り止め，更に35156DMの移転費用がかかったというのである。予備的にその瑕疵を理由にBGB639条，478条による減額の抗弁権を援用した。Yは反訴を提起してXはYに対してその他のすべての損害を賠償する義務がある旨の確認を求めた。XはYの損害賠償請求権および減額請求権を争い時効の抗弁を提出。LG，OLGでX勝訴。Y上告の結果差戻。

2　判決要旨

損害賠償請求権が一体として時効にかかる限り，損害を受けた注文者は時効完成前に請負人に瑕疵を通告していれば，時効期間徒過後に発生した損害の拡大に関しても相殺の権利を有する。

3　本判決の意義

本判決は，仕事の引き取後ＢＧＢ638条に定められた期間をかなり経過した後に請負契約上の仕事の瑕疵から生じた損害の賠償請求を主張して，これを相殺に供することができるかという問題を扱っている。すなわちＢＧＢ478条によれば，時効にかかる前に瑕疵を通知すれば，ＢＧＢ479条によって時効完成後でも相殺に供することができる。そしてその時効期間はＢＧＢ638条によれば，仕事の引き取後６ケ月である。ところでこれらの規定は本来時効期間満了前に既に損害が発生していることを前提としている。従って本件の様な瑕疵を原因とする損害の拡大のごときそもそも時効完成後にはじめて生じた損害は，これらの規定によって救われない。そこで本判決は時効完成前に生じる損害と時効完成後にはじめて生ずる損害を一体化して，いわば一つの事件から生ずる損害賠償請求権とてとして処理することによって，ＢＧＢ479条の拡張を認めた。法律構成の技術にとって参考になる事例である。

4　日本法との関係

この解決が日本民法にどれだけ参考になるかは疑問である。日本民法はＢＧＢ639条，478条，479条のごとき規定がなく，しかも民法634条２項の損害賠償請求権は民法638条によって引渡後５年の除斥期間にかかるからである。

（三　浦）

㉗　ＢＧＨ1968年12月５日第７民事部判決（ＢＧＨＺ51，190）

参照条文　ＢＧＢ249条・648条

1　事　　実

Ｘは1963.6.15の建築契約により，Ｙの家屋の再築に建築家（Architekt）として活動することになった。1964.8.14にＹはこの契約を解約し，その後の労務を他の建築家に委ねた。

ＸはＹに対し，Ｘが負担した費用の支払とそのための保全抵当の許与を求めた。

ＬＧ，ＫＧは請求を認容。Ｙの上告も棄却

2　判決要旨

1．設計から現場での監督まで，全建築の給付をなした建築家は，これについて彼に

帰属する報酬請求権を根拠として，ＢＧＢ648条に基づき建築地に保全抵当の許与を求めることができる。

2．建築家が注文者の契約違反により契約の定めにしたがい，建築契約を期間を定めずに解約することを余儀なくされた場合，注文者は損害賠償の方法により，建築家が全労務を完遂したと同じ地位に建築家をおかねばならない。その場合に建築家は，もはや必要としない履行について契約に予定した費用を ―免れた支出を差し引いて― 請求しうるのみならず，全債権につき建築地に保全抵当の許与を求めることもできる。

3　本判決の意義

建築家にこのような権利が認められているのは，土地に建物を建築することにより，その土地の価値を高めることに基づく。そして肉体的労働給付よりも，設計，監督等の精神的労働給付が建築にとって重要であるということが一般化しており（判決理由参照），このことが建築物の瑕疵につき建築家が責任を負うという判例の根拠であった。

学説上，ＢＧＢ648条の請求権について，建築家がこの権利を有するのは建築の完成について全責任を負うときであり，単に Vorarbeiten をなしたにすぎない場合にはこれを有しないということが主張されている。Vorarbeiten とは設計，見積もりに止まるときであろう。現場監督に関与した場合には，全責任を負うとされている。しかしこの点で判例と学説に若干のニュアンスの相違がみられる。

4　日本法との関係

建築の依頼を受けた者が注文者に対して有するに至った建築代金債権の確保の手段としては，まず建築物の所有権移転の時期の定め方がある。但し，この点に関しては，これ以外の確保手段としての留置権，先取特権との比較から争いがある。

一方，建築家については民法327条の適用が考えられる。

なお，建築家については，次の㉘判例を参照。

（小　林）

㉘　ＢＧＨ　1968年12月19日第７民事部判決（ＢＧＨＺ51，275）

参照条文　ＢＧＢ426条１項・633条・634条・635条，ＶＯＢ(B)４条７号；日民444条・634条・635条

1　事　　実

Ｙは建築家としてＳの家屋の新築に従事していた。請負人ＸはＳから，屋根に一定の材料を用いるよう依頼された。その材料を用いた屋根は，屋根の傾斜が原因で隙間

のある不十分なものであったのでSはXに請負代金を支払わなかった。

XS間で代金支払請求訟訴が行なわれ，Xが敗訴した。その事案においては，AG，LGともに，Sが請負契約を有効に解除したことを認めている。その後，SはXに屋根を別の材料でおおわせた。以前に用いられた材料は，Xによって取り除かれた。

本訴訟において，XはYに対し，最初の屋根ふきにつき代金を受領できなかったことによって蒙った不足額の補償を求めた。

LGは半分の補償義務を認めたが，OLGはXの請求を全部認容。Yの上告は棄却された。

2　判決要旨

(a)　注文者が建築請負人に対し，VOB(B)4条7号に基づく請求または解除の請求をなした場合にも，請負の給付が建築家にとって彼の損害義務の履行に益するものである限り，建築家と請負人の間には，求償に移行すべき連帯債務関係が成立する。

(b)　設計の瑕疵により損害発生の原因をもたらした建築家は全額を補償する義務がある。

3　本判決の意義

建築に瑕疵があった場合に注文者に対する責任に関して，建築家と請負人の間に連帯債務関係が成立するか否かについて，BGHは肯定否定をくり返したが，BGHZ 43，227の民事大部判決で「建築家と請負人の間には通常は契約関係がないが，注文者は，建築家と請負人との間に一っの契約を結び，それは結果として，計画に適った瑕疵のない建築の達成をめざしているのであり，この目的のため建築家と請負人は緊密に共同労働を行なうのである。したがって，彼らの間には緊密な決して偶然ではない法的な目的共同性がある」とし，連帯債務関係を肯定した。本判決はこの判決を確認するとともに，負担部分については，瑕疵の決定的な要因は設計のミスにあったということにより，全てを建築家に負担させたものである。

なお，VOB（Verdingungsordnung für Bauleistungen）は，ドイツ政府の公共工事用約款であるが，今日では民間請負契約の大部分の基礎となっているとのことである（高橋 瑕疵担保 注(24) 法律時報42巻9号38頁以下)。

4　日本法との関係

わが国では，建築をめぐって建築家と請負人の間で争いが生ずる例は少ないと思われる。これは，建築家と請負人が注文者に対してはそれぞれ独立の関係にあるというよりもむしろ，それらが一体となって（親方―小方)，注文者に相対することが多い

ことによる。建築家と請負人の分化に伴ない，紛争がひんぱんに生ずる余地は十分にあり，将来的な問題の素材として本判決は参考になろう。

（小　林）

(15)　雇傭・委任

㉙　ＢＧＨ1968年９月23日第２民事部判決（ＢＧＨＺ50，378）

参照条文　ＢＧＢ611条；日民623条

１　事　　実

本件はＸのＹ会社に対する年金支払請求である。Ｘは1929年からＹ会社の取締役となっていたが，1945年から３年以上にわたり，ソビエト守備軍の捕虜となり拘置されていた。終戦後においてＹはその営業を休止しておりＸはＹの下では活動していない。1949年10月にＸはＨ銀行に就職し，1955年３月31日に退職した。

Ｘは，「ＹはＸとの雇傭契約で，Ｘが65才に達した後は最終年収の75％を年金として支給することを約した」と主張した。Ｙはこれを争うともに，予備的に，Ｙは当該年金関係を解約したと述べ，その理由を，ＸがＹ及びＨに対し，様々な不正をなしたことに求めた。

ＬＧ，棄却。ＫＧ，認容。ＢＧＨ，ＫＧ判決を破棄差戻。

２　判決要旨

1.　取締役の年金請求権が一定の要件（労働不適性，年令制限等）に結びついている場合，特段の意思表示なき限り，請求権者が要件発生の際になお雇傭下にあったときにのみ雇傭主は義務を負う。

2.　すでに退職した取締役が他の雇傭関係において年金受給資格を得た場合には，「請求権のための契約上の要件がまたみたされていなくとも，特別の事情があれば，信義則，老後の生活保障義務の観点から，年金請求権が導かれる」との原則（ＢＧＨＺ22，375，381）は通常適用されない。

3.　年金受給者が第三者に対して義務違反，不正行為をなした場合でも，雇傭主は原則として年金関係を解約することはできない。

３　本判決の意義

判旨の第一点は別段問題はない。これに反する何らかの事実（たとえば，65才になることだけが要件であるという事実）の主張立証責任はＸにあるということも当然といえる。第二点は，年金の性格を老後の生活保障と考え，他の契約上の老後生活保障を得る機会を有しているときには認められないとしたのであるが，この点はＢＧＨＺ

22，375，381に対する例外とみることができるのであろう（本件ではXはHに対する年金請求権を取得している）。いずれにしても，このような事例は乏しいものと思われ，今後，同種の事案解決の導標としての意義は大きいものといえる。

4　日本法との関係

年金について，厚生年金，国民年金，共済関係における年金受給資格発生要件を考えさせる機縁として興味深い。

わが国においては，取締役と会社間の関係は，商法254条3項，280条等により，委任の規定が補充的に適用せられるから，雇傭というよりもむしろ委任と解して妨げないであろう。そうすると，委任関係における報酬契約についての問題ということになろう。

（小　林）

(16) 組　　合

㉚　BGH1968年7月11日第2民事部判決（BGHZ50，316）

参照条文　BGB723条，HGB388条；日民678条，日商542条

1　事　　実

XはXの父親（Y合名会社の社員）の相続人の1人（相続分⅜）として，Y会社の定款に定める相続条項によりY会社の社員となった。

その後Y会社はXの他，共同相続人にも相続分に応じて利益配当をしてきたが，1964年6月にXとの法律関係を年末までに終了させる旨告知した。

そこでXは，X等相続人がY会社の有限責任社員となるとするXの父親の遺言にもとづき，この告知が無効であることの確認をもとめた。

LG，OLGともにXの請求を認め，Xがさらに申立ていた会社の持分の財産状態の報告，持分の出納の管理の報告につきOLGはXの請求を認めた。

Y会社の上告にたいし，上告審は確認の訴につき破棄差戻，解説請求の訴（Auskunftsklage）について一部請求棄却，一部上告を棄却する旨の判決をした。

2　判決要旨

(1)　主たる組合の存続する間，締結された組合法上の組合持分にたいする内部参加（Unterbeteiligung）は，特定の期間合意された内部参加と同様に主たる組合の存続期間が時間的にも明確にされていず，目的によっても限定されていないし，またそれ故不確定である時には告知される。

(2)　内部参加者が，主たる組合員から貸借対照表と主たる組合のその他の書類の解説

をもとめることができるのは，主たる組合があらかじめ自己の組合員に解説することも認めており，内部参加契約によって内部参加者が解説をもとめる権利を有しているときにかぎる。

3　本判決の意義

内部参加は内部組合（Innengesellschaft）であるとされている（Larenz, Schuldrecht Ⅱ, 1968, S. 304)。

それ故内部参加には組合の規定が当然適用されることになる。

すなわち内部参加の存続期間は主たる組合の存続期間によることとなり，主たる組合の存続期間が不明確であるかぎりＢＧＢ723条により告知される。

本件では内部参加が被相続人の遺言の無効（すななわちその内容は相続人を合名会社の有限責任社員とするものであった）を転換することによって生じたとしても，原則によりＢＧＢ723条により告知可能であること明らかにしたのが本判決である（Palandt, S. 606)。また内部参加者が主たる組合にたいして持っている解説請求権（Auskunftsrecht）の内容及び範囲に関し，内部参加者の法律関係は組合でなく組合員にたいし存続するとされ（Palandt, S. 594)，また内部参加者は主たる組合の組合員でない（Larenz, a. a. O., S. 304）とされることから何等かの限定があることになるが，本判決は主たる組合の持分の状況と収益の解説についてＨＧＢ366条１項(匿名組合の規定）を類推適用し，主たる組合の貸借対照表の提示について，判決要旨にある限定を加えて認められるとしている（Palandt, a. a. O., S. 594)。

4　日本法との関係

判決要旨第一点について，学説（我妻・債権各論中巻 (2)・767頁）によれば内部組合の内部関係に組合の規定が全面的に適用されるのであるから，日本法でも同様の解決がなされるであろう。

第２点につき，日本法では業務執行者について組合契約をもって代表者を定めた時の他の組合員の持つ権限の範囲に関する問題であるが，本来その権限は組合契約そのものによって定まることになる。

しかし学説（我妻・前掲・783頁）によれば，業務執行者は正当の事由のないときに他の組合員が帳簿を閲覧し財産の調査を行なうことを拒否すれば解任事由となるとしているが，その具体的内容は明らかでない。

また商法上の匿名組合の規定を適用するとの説も見当らない。

とにかくドイツ法上の組合の内容を知るうえで参考となる判決であろう。

（林）

(17) 不当利得

㉛ BGH1968年5月30日第7民事部判決（BGHZ50, 227）

参照条文　BGB812条；日民703条

1　事　　実

訴外Pと建築請負人Yは建築請負契約を結んだ。請負代金につき金融会社XはPに4000DMDMの貸付を約した。YはXに対し，その貸金の返還につきPと共同責任を負った。Pは代金をW市のC-Bankの振替口座に支払うことをYに申し入れた。その翌々日にXは1％の手数料を差し引き，3960DMをK貯蓄銀行のYの口座に払込んだ。Xは，Pに払うところ誤ってYに支払ってしまったということを理由にYにその額の返還を求めたが拒否されたので，不当利得を根拠に本訴を提起した。

LG，OLGでX敗訴。上告審でX勝訴。

2　判示事項

建築請負代金の金融のために認められた貸金を，借主の指示に反して，借主にではなく，貸金の返還につき共同責任を引き受けた建築請負人に払渡してしまった金融会社の，建築請負人に対する不当利得返還請求権について（認容）。

3　本判決の意義

一般に，三当事者が存在し，ある者が指図（Anweisung）をなし，残りの二者間で現実の給付の授受が行なわれるときに，不当利得が成立するか否かは，どの当事者間での法的根拠に瑕疵があるかに関係するといわれている。本件において，P-XはDeckungsverhältnisにあり，P-YはValutaverhältnisにあるわけであるが，従来の判例では，前者に瑕疵がある場合にはXはPから，後者に瑕疵がある場合にはPがYから返還を受くるべきであり，XがYに対して返還を請求しうるのは，前者・後者ともに瑕疵を有する場合に限るとされていた。本件の控訴審ではこの考え方に立ってXの請求が斥けられたのに対し，本判決は，当事者の目的が達せられたかどうかという観点に立ち，Xの請求を認めたものである。

4　日本法との関係

わが国において，不当利得の成否につき本件のような事例として特に論ぜられてはいない。しかし今後，様々な分野において銀行ローン等が活発化するにつれて同じような問題が生ずる余地は多分にあるといわなければならない。

（小　　林）

(18) 不法行為 ― 製造者責任・過失の立証責任

⑫ ＢＧＨ1968年11月26日第６民事部判決（ＢＧＨＺ51，91）

参照条文　ＢＧＢ823条・249条；日民709条

1　事　　実

養鶏場を経営しているＸは，1963年11月19日に獣医のＨに依頼して，その所有する鶏にペストの予防接種をしてもらったところ，数日してペストが発生し4,000羽以上の鶏が死亡し100羽以上を屠殺したなければならなくなった。予防接種をしたＨは，Ｙ会社の製造したワクチンを使用していた。また同じワクチンを使用した他の養鶏業者でもペストが発生した。

このＹ会社製造のワクチンは国立研究所で検査を受け，この時には合格していたがペスト発生の後の検査によるといくつかのワクチンからニュー・カツスル病のバクテリアが検出された。

Ｘの請求にたいし，Ｙは鶏のペストの発生が，Ｙの製造したワクチンによるものではないし，殺菌の不充分さによるものでもないと主張した。

ＬＧ，ＯＬＧともにＸの請求を認容し，Ｙの上告も棄却された。

2　判決要旨

(a)　ある製品を用途に従って使用して，その結果人または物が，その製品の製造に瑕疵があるため損害を受けたとき，製造者は瑕疵について過失がないことを証明しなければならない。

(b)　製造者がこの証明をしていないときには，製造者は不法行為の原則にしたがって責任を負う。

中間の取得者は，第三者に生じた損害を契約法にしたがっては賠償を請求することができない。

3　本判決の意義

製造者責任についての諸説を詳細に検討し，また挙証責任の転換によって被害者の救済を図った点に意義のある判決である。

ＲＧの判決に，鉱泉塩事件（Brunnensalz-Fall）と呼ばれる事件があり，被害者が医師の指図にしたがって，薬局から買った鉱泉塩の中にガラスの破片が入っていて，このため負傷するにいたった事案で，被害者が製造者に賠償をもとめたが，ＲＧは契約責任を否定したが不法行為責任を肯定した（ＲＧＺ87，１）。

従来，判例もこの先例で採られた見解に従い，また製品によって損害を受けた買主

が，契約責任を追求することが少ないのは，売買代金を減額したり，払戻しを受けるのは比較的容易であるが，損害賠償請求が可能なのは，ＢＧＢ463条によれば売主の過失を買主が証明できた場合，また買主が商品の特性を保証した場合に限られていることによる。

結局，本件のような場合，従来判例は瑕疵ある製品を製品し，市場にもたらした者に Verkehrsicherungspflicht を肯定して，不法行為責任（使用者責任）を認めてきたが，これには２つの問題点があった。

① ＢＧＢ831条は被用者の監督選任に過失がないときに，使用者の免責を認める可能性を残している。

製造者責任を問題としたときに，使用者がこの事を比較的容易に立証する可能性がある（例えば製造工程での「バラつき」などの場合）。

② 不法行為責任では，被害者が加害者の過失を証明しなければならない。

この証明は，被害者が損害の原因がある企業の内部に立ち入ることができないことを考慮すれば，非常に困難となる。

本判決は，この②について挙証責任を転換することによって，事実上無過失責任に近い理論を採ったことになる。

以上の通り，本判決はＢＧＢ823条１項による救済を与えているが，外にＢＧＢ823条２項（保護法規違反―本件では薬品法違反）によっても，また危険領域説によっても保護可能である旨示唆しており，本件では挙証責任の転換は過失証明にかぎられ，欠陥証明の困難を被害者が引き受けることになるが，検討の対象とされている危険領域説によれば，この点もカヴァーする可能性があろう（五十嵐・「西ドイツにおける製造者責任法の現状」ジュリスト446号78頁以下）。

しかし，なお①の問題点は残されたままであるが，本件のような場合に使用者責任の法理の適用を認めたときに，使用者は被用者の選任監督に過失のないことを証明すれば，免責される可能性があるが，契約責任説によれば製造者の被用者は履行補助者となり，故意過失がなくても責任を負うことになり，使用者責任説に比較して，使用者の免責のチャンスが少くなくなることになる。この点が，契約責任説，さらに製造者責任説の利点と言えよう。それでも，本判決のように挙証責任の転換を認めれば，結論として，それ程の差は生じないであろうか。

しかし，本判決の理論によっても，製造者の責任を認める根拠が全くない場合，例えば製品の「バラつき」，当時の技術によっても予見不可能な瑕疵等によって損害が

発生し，製造者がこの点の証明に成功した場合に，この損害を誰が負担すべきかという問題は，まだ解決されてはいない。

なお本判決につきＪＺ69，391（Deutsch）参照。

4　日本法との関係

判例学説ともに，本任のような製造者責任について論じているものは少なく，まだ検討の段階にあり，将来の問題として残されている。

日本法でも，不法行為責任，債務不履行責任（不完全履行），担保責任，さらに独自に製造者責任を肯定することも可能であろう（これ等の理論の適用の問題について，椿・「商品製造者の賠償責任」法学セミナー170号2頁以下）が，最近欠陥車問題とともに，製造者責任が注目されている点から，本判決は我が国での解釈にとっても参考になる判決であろう。

（林）

(19)　不法行為――水先人の責任

㉝　ＢＧＨ1968年６月29日第２民事部判決（ＢＧＨＺ50，250）

参照条文　ＧＧ34条，ＢＧＢ839条，ＨＧＢ481条・485条；日憲17条，日民709条・715条，日商690条

1　事　　実

Ｙの汽船〈Ｍ〉は，1963年10月29日ハンブルグ商港で３隻の引き船の補助の下にハンザ商港船から他の停泊所まで船を引いた。この運航のためＸ（ハンブルグ市）所属の水先人が乗り組んで，彼が機械の操作を命令し他の補助の引き船に指図を与えた。その船が係船柱（Dalbe）に衝突してＸに損害を与えた。そこでＸは訴を提起して，Ｘに対して損害賠償と船への強制執行の受忍を請求した。争点は，水先人の職務が公務執行とみなされるか，それとも一般の乗組員の職務行為と同様にみなされるか，ということであった。

ＬＧは請求棄却。ＯＬＧは請求認容。Ｙの上告は棄却。

2　判決要旨

(1)　ハンブルグ市に雇われた水先人が船の誘導の助言をしている場合，それは公的な職務の執行において活動しているのではない。水先人の責任によって商港の施設が損害を被った場合，水先人はＢＧＢ823条により，ハンブルグ市に対して責を負う。

(2)　水先人は，ＨＧＢ485条の意義における船舶乗組員とかわるところはない。

3　本判決の意義

本判決は，水先人をＨＧＢ485条に含ませるべきかどうかにつき，責任法上の見地からこれを肯定したところに意義がある（従来否定）。水先人はドイツでは市の職員であり，本件の損害が水先人の職務中に発生したため，水先人の当該行為の性質が争われた。本判決は。原告が水先人の当該行為について支配可能性を有しないことを理由に公務執行とはみなさない旨を判示した。

4　日本法との関係

本判決はドイツにおける水先人の特殊な地位に起因している。日本では事情を異にする（日本では，水先人とは水先人としての免状をうけたもので，臨時に船主などに使用されて報酬を得る。その報酬を水先料という）ので，どれだけ参考になるか疑問であろう。日本法においても，水先人は船員ではないがその使用中は船員の行為に準ずべきであるから，船主は水先人の故意過失による第三者の損害について責に任ずべきものとされている（通説）。

（三　浦）

(20)　裁判活動による国の責任

㉔　ＢＧＨ1968年３月11日第３民事部判決（ＢＧＨＺ50，14）

参照条文　ＢＧＨ839条２項，Preuß. ALR. Einl. 75条；国家賠償法１条

1　事　　実

Ｘは賭博場の営業許可の申請をした。1955年夏にバイエルンの内務大臣たるＧはこれを許可した。しかしこの許可はＸの人物調査の終了前になされたものであった。1956年７月末に，Ｇ内務大臣は連邦刑事局から７月17日付でＸの受けたドイツ内外での有罪判決のリストを受け取っていた。にもかかわらずＧは州議会の調査委員会で，許可当時Ｘに不利な情報は入手していなかった旨を誓約した。そのためＧは告発されその裁判が行なわれることとなった。この裁判にＸは関与していなかったが，裁判において，地方裁判所長たるDr. Ｗが1956年７月17日付の連邦刑事局の通知を朗読させたので，新聞がこれを詳細に報道したためにＸは健康状態を害されかつ経済上の損害を受けた。そこでＸはDr. Ｗの職務義務違反および「犠牲(Aufopferung)」を根拠として，バイエルンを相手に訴を提起したが結局失敗に終った。

2　判決要旨

(1)　争訟事件の判決それ自体のみならず，判決の基礎たる資料を蒐集するための処置もまたＢＧＢ839条２項の意味での「争訟事件における判決にあたっての裁判官の活動範囲」に含まれる。

(2) ＢＧＢ839条2項の意味での「争訟事件における判決にあたっての」裁判官の処置からは，「犠牲請求権（Aufopferungsanspruch)」は導かれ得ない。

3　本判決の意義

判決要旨(1)は，ＢＧＢ839条2項に規定された司法官吏の損害賠償責任の要件たる「争訟事件における判決にあたって」の解釈に関して，裁判官の訴訟資料蒐集活動と判決そのものとの不可分性という観点から判断したものである。判決要旨(2)は，裁判官が訴訟資料を蒐集するための処置によって特別の犠牲を強いられたとして，私人がその補償を求めることができるかという問題で，これを裁判官の独立性という観点から否定したものである。なお，本判決につき，ＪＺ68，465 (Leipold) を参照。

4　日本法との関係

判決要旨(1)は，この様な規定をもたない日本法にとっては直接参考にならない。判決要旨(2)の理由づけは，わが国においても，裁判官の活動とそれによって名誉等を害される者との間で紛争が生じた場合の解決のための有益な手がかりを与えるものと思われる。わが国においてもＢＧＢ839条2項の規定する様に，司法官吏の職務義務違反が刑法上犯罪となる様な場合に損害賠償義務を認めるのが妥当ではなかろうか。

（三　浦）

(21) 不法行為—— 道交法上の責任限度額

㉟ ＢＧＨ1968年6月27日第3民事部判決（ＢＧＨＺ50，271）

参照条文　ＢＧＢ839条，独道路交通法12条；日民709条

1　事　　実

Ｘ（車両保険者）は自己と保険契約を結んでいる訴外Ａの車が，フランス軍の勤務についていた自動車の運転手の過失により，被害を受けたので訴外Ａにたいし保険金12378,50DMを支払った。

他方Ｙ（国）もまた，運転手の任用者として訴外ＡにたいしＸにより塡保されない費用（e. g. 弁護士費用，傭車料 etc）である5309,20DMを支払った。

そこでＸは代位にもとづき自己に移転した損害賠償請求権（その限度額10000DM，道路交通法12条参照）を主張したところ，Ｙはすでに訴外Ａに支払った5309,20DMを限度額である10000DMから控除した4609,80DMのみしか払わなかったので，ＸはＢＧＢ839条に定める職務違背にもとづく請求権を主張して，残額5309,20DMの支払をＹにもとめた。

ＬＧ，ＯＬＧともにＸの請求を全部認容したが，Ｙ上告の結果1部認容の判決とな

った。

2　判決要旨

公法人が車両に損害を加えた結果，職務責任と保有者責任にもとづいて賠償義務を負っている場合，被害者の車両保険者が公法人にたいし自己に移転した請求権を主張できる範囲は，かりに公法人が保有者責任によってのみ損害賠償の責に任じたなら，（道路交通法12条1項の定める）責任〔限度〕額が，〔Y（車両保険者）と訴外A（被害者）に〕どのようにして配分されるべきかとの観点にしたがって定められ，これは民事部の判例（BGHZ47，196）である。

3　本判決の意義

本判決は，BGB839条1項2号にある「他ノ方法ヲ以テ賠償ヲ得ルコト」の解釈に関する判決であり，判決要旨に引用されている，BGHZ47，196の判決（同判決も，本判決と同じ第3民事部が下している）の判例理論に従ったものであり，判例の見解によれば，BGB839条と道交路通法7条，12条にもとづく公法人にたいする請求権が重なりあうかぎりで，これらは真正の請求権競合を生じるが，車両保険者が被害者に給付したものは，BGB839条1項号の意味での「他ノ賠償」であり，それ故保険契約法67条によって，保険者に職務責任にもとづく請求権が移転することはなく，公法人が保有者としてのみ負うかのように責任限度額が配分される（Palandt, S. 774)。

本判決では，具体的な算定方法が不明である（算定の基礎となる全損害で弁護士費用は考慮されない筈であるが，本判決では全損害に弁護士費用が加算されており，しかも，その額も不明である）が，判決要旨引用のBGHZ47，196がこの点明らかにしているので参照されたい。

4　日本法との関係

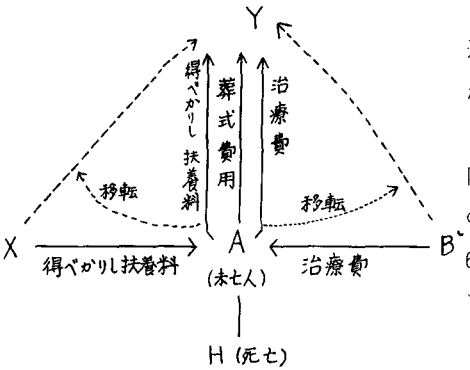
自動車事故による損害賠償請求に関し，およそ日本法では，ドイツと異なり最高限度額が定められていないので，未だ本判決は直接参考とならないが，将来の立法によって最高限度額が定められたなら，同種の問題が生ずるのではなかろうか。

（林）

㊱　BGH1968年12月16日第三民事部判決（BGHZ51，226）

参照条文　独道路交通法（StVG）12条2項2文

1　事　　実



ドイツ連邦軍の兵士が軍用トラックを勤務で運転中，不注意により交通事故を起してHを死亡させた。Hが死亡したのは1963年10月1日のことである。XはHの未亡人に社会保険の給付（未亡人年金，健康保険への分担金）を与え，その支払額は1965年7月以来月額270,30DMである。Y（Bundesrepublik）は未亡人に対し2600,40DMの葬式費用を支払い，健康保険に49DMを支払った。この49DMとは，健康保険が治療の費用のために未亡人にすでに支払った額である。Yはさらに未亡人に対して，現在，彼女の得べかりし扶養請求に関して月額140DMの定期金を支払っている。

この様な事情の下で，YはXに対し，Xが1966年9月30日まで提供した給与のうち3184,78DMを支払ったがそれ以上の支払を拒絶している。これに対してXは次の様に主張する。即ちXは，「RVO(Reichsversicherungsordnung)によりXに移転された未亡人の独道路交通法上の諸請求権を主張しているのである。当時適用されていた独道路交通法12条によれば最高責任額は50000DMの一時金あるいはその6％の定期金(年額3000DM,月額250DM)である。Xはそれから治療費49DMは差引くが葬儀費用は差引くすじあいではない。その結果一時金なら49951DM，定期金なら月額249,75DMを支払うべきである。」と。LGでX勝訴，Yの控訴棄却。Yの上告の結果破棄差戻。

2　判決要旨

「同一の事故に基いて数人に給付されなければならない補償は，その合計額が法定の最高額を越える場合は比例によって減縮されなければならない」との規定は，請求権が数人の異なる債権者に帰属する場合には，1人の死亡および負傷にも準用されうる。

3　本判決の意義

本件では，死亡者はひとりであり，その未亡人には独道路交通法上　①未亡人の得べかりし扶養料　②治療費　③葬式費用の3つの請求権が帰属する。このうち①と②は夫々保険代位により別個の保険機関に移転するから，①②③の請求権が別個の三者

に帰属することになる。ところで本件原告の請求たる①の請求額に②③の請求額を加えると，その総額は独道路交通法12条に定める最高責任限度額50,000DM（月250DM）を越えてしまう。最高責任限度額は①②③全部をカバーしているのであるから，最高額も夫々に分配しなければならない。この分配の仕方が本件の問題点である。ところで独道路交通法12条2項2文は，同一の事件によって数人が死亡又は負傷した場合には，夫々賠償請求権は，その総額が最高責任限度額になるように按分比例により減縮されるものと規定する。

本判決は，独道路交通法12条2項2文の規定の基本的発想を，夫々の賠償されるべき損害金額を公平に減縮することにあるとみて，結局同様の利益状態にある本事案にこの法理を準用した。新判例と思われる。

4　日本法との関係

本件は最高責任限度額を規定するドイツ法上特有の問題とも思われるが，最近日本においても原子力災害等につき最高限度額が規定されるに至ったので，一つの処理方法として参考になる事例である。

（三　　浦）

(21)　不法行為――妻の死傷による夫の逸失利益

㉑　BGH1968年7月9日大法廷決定（BGHZ50，304）

参照条文　BGB845条；日民709条・752条

1　事　　実

判例集には事実が登載されていないが，判決理由によれば夫が結婚前妻に加えられた傷害によって結婚後に現実化した損失を，BGB 845条により自己個有の損失として加害者に請求したものであろう。

LG，OLGの判決の内容も不明である。

2　定決要旨

男女同権法の効力発生ののちには，負傷を受けた妻に家事を行なうのに障害があることにより，BGB845条にもとづき有責の加害者から損害賠償を求める権利を夫はもはや有しない。

3　本決定の意義

RGの判例によれば，事故による妻の労働能力の侵害あるばあいに，妻の家事処理および労働義務の範囲で夫が被害者であり，夫はBGB845条を理由として損害賠償請求権を取得するとされていた（外国法典双書・独逸民法・「親族法」82頁参照）。し

かし，ＢＧＨＺ38，55の判決は，本件と同様の事案で妻の請求した部分のみ認め，夫の請求をしりぞけ，その判決要旨は「不法行為によって身体を傷害された妻は家事を行なうについて障害あることにもとづき，自己個有の損害賠償請求権を持つ。加害が結婚前でもまた同じ。」という内容であった，

結局，本決定はこのＢＧＨＺ38，55に続き妻が負傷したばあいの夫の損害賠償請求についてＢＧＢ845条の適用がない（効力を失なった）ことを明らかにした決定である（Palandt, S. 1156)。

4　日本法との関係

本判決では全く問題とされていないが不法行為にもとづく損害賠償請求権の時効の点が考慮されるべきであろう（時効期間はドイツ法でも３年で，ＢＧＨＺ38，55の判決の事案は負傷したのが1946年，結婚が1955年であった)。

日本では不法行為による損害賠償請求権の時効の問題として本件に類似した事案が争われた例は見当らない。

なお，負傷した妻の夫または子は後出のＢＧＨＺ51，109の判決によれば，ＢＧＢ849条２項により請求可能であるとされているから従来との差は少ないであろう。

結局男女同権法の認める理念が，どの程度判例の従来から採ってきた解釈に変更を加えたかという点を考えるのに参考となる決定であろう。

（林）

(22)　不法行為—— 妻の死亡による夫の逸失利益

㊳　ＢＧＨ1968年11月26日第６民事部判決（ＢＧＨＺ51，109）

参照条文　ＢＧＢ844条２項・845条，独道路交通法10条２項；日民709条

1　事　　実

Ｘの妻（事故当時61才）は，自転車に乗ってＲｈのＳ街の路をＭ街の方へ向かっていて，横切るために車道へ寄ろうとしたとき彼女と同方向に進んでいたY_2の車が彼女をY_1の車とはさんでしまい結局Ｘの妻は死亡した。

そこでＸはY_1 Y_2にたいし連帯して彼の妻の家事労働を行なう上でのＸへの勤務（Dienst）について月250ＤＭの定期金を支払うことを求めた。

ＬＧ，ＯＬＧともにＸの請求を認めたがY_1 Y_2の主張した過失相殺を認めＸの請求を減額した。

Y_1 Y_2の上告も棄却された。

2　判決要旨

a．妻の死亡にさいしての家事労働についての損失による夫の損害賠償請求権は，夫の失なった勤務の観点でなく，扶養権の侵害の観点から判断されるべきである。

b．そのような請求権は危険責任の特別法の領域（本件の場合道路交通法10条2項）においても認められる。

3　本判決の意義

本判決によれば，妻が傷害または死亡の場合，夫が損害賠償を請求するには特別の規定が必要であり，この場合ＢＧＢ845条でなくＢＧＢ833条2項（扶養の侵害）により請求が可能とされる。

この点，妻が負傷または死亡した時の損害賠償請求についてＢＧＢ845条が失効したことをＢＧＨＺ38,55・ＢＧＨＺ50，304の2つの判決とともに確認している(Palandt, S. 1156)。

結局妻が負傷または死亡した時に夫または子はＢＧＢ844条2項（扶養の侵害）によって加害者にたいし損害賠償を請求することになる（Palandt, S. 759)。

4　日本法との関係

本件のような場合は，主婦の逸失利益の問題として論ぜられることになる。

下級審では，主婦の逸失利益を否定する判決（大阪地判昭和42.4.19判時484号34頁等）とこれを肯定する判決（大阪地判昭和41.5.31判タ196号137頁等）とに分かれ，最高裁はいまだこの問題について判断していない。

逸失利益を肯定したとしても，その算定方法に関しても一致した見解はまだないようである。

しかし日本では，生命侵害の場合逸失利益を相続するという見解を採っている点，ドイツと事情を異にしているが，本判決は妻が家事労働において扶養義務を果たしているのであり，夫は妻が死亡したことによって扶養請求権を失い，その扶養義務の範囲で損害を負っているとしており，具体的な算定方法方法は明らかにされていないが個別的に損害の範囲を定め逸失利益の相続という理論を採らないという点，日本法の参考になろう。

（林）

Ⅳ 親　　族

(1) 離　　婚

㊴ BGH1968年6月21日第4民事部判決（BGHZ50, 261）

参照条文　EheG 44条・41条・45条，ZPO511条；日民770条1項，日民訴360条

1　事　　実

X，Yは1960年5月31日ミュンヘンで結婚した。婚姻締結前すでに一度ミュンヘンの精神病院に入院したことのあるYは，婚姻中も何度もニーダーザクセンの州立Wunstorf 精神病院に入院した。1965年Xは離婚の訴を提起して，EheG（婚姻法）44条による離婚を，予備的に EheG 45条による離婚を請求した。XはYの入院中のWなる患者との不貞関係等を主張し，Yはそれを争って，仮にYに落度があるにしてもそれは精神障害に帰因し，Yに責を負わすべきでない旨主張した。LGが求めた医学鑑定は，「Yは1959年以来精神分裂病にかかっており，夫との間の精神的生活共同体が破壊されており，その生活共同体の回復がもはや期待され得ない程度に達していた」と結論づけた。LGはこの鑑定に基づいて，EheG 45条により離婚を認めた。即ちLGは〝客観的に重大な婚姻上の過誤〟が証明されたとみなさず，EheG 44条による離婚の申立を容れなかったのである。

Xは控訴して，まず婚姻を EheG 18条により無効宣告すること，さらに予備的にEheG44条により離婚を求めた。OLGは判決により，控訴を不適法として棄却した。Xの上告棄却。

2　判決要旨

裁判所が EheG 44条による主位申立に基づかず，EheG 45条による副位申立に基づいて離婚を認めても，原告たる夫は苦痛を受けたことにはならない。EheG 44条と45条の離婚原因は同等の価値を有する。

3　本判決の意義

主位の離婚原因によらないで副位の離婚原因により離婚が認められた場合，離婚請求者の上訴の要件たる苦痛（Beschwer）が認められるか。本判決はこの点について，問題解決のメルクマールを両離婚原因間における法律効果上の差異の有無に求め，原告たる夫が複数の同じ価値を有する離婚原因を主張して裁判所がこれらの原因が一つを認容した場合は，たとえ副位請求認容でも「苦痛」は存しないとした。おそらく新判例と思われる。

4　日本法との関係

民法については，民法770条1項各号の離婚原因の法的効果の差異について参考となる事例と思われる。

（三　浦）

（2）離婚後の子との交渉権

㊵　BGH1968年12月13日第14民事部決定（BGHZ51，219）

参照条文　BGB　1634条；日民766条

1　事　　実

離婚した両親M夫婦には未成年の子が2人いた（離婚は専ら父親の有責に帰国する）。1967年2月9日のAGの決定により次の様に決定された。即ち

1°—この2人の未成年子の親権者を母親とする。

2°—父親と子との交渉を次の様に規定する。

・定期には月に1回
・復活祭の翌日
・聖霊降臨祭の月曜日
・12月26日

} 10時から18時までの間

この決定に対して母親は，当分の間父親から交渉権を奪うよう申し立てた。その理由とするところは，子の訪問の際父親の後妻を関与させているというのである（M夫婦の婚姻中すでに父親はこの後妻となった女性と〝ehewidrig〟な関係にあった）。

1967年10月23日AGは次の様に決定した。即ち——父親の交渉権を以下の様に制限

・定期には3カ月に1回
・上述の3祝祭日

} 14時から18時までの間

・但し，夏の月は後妻の不在の時に限る

この決定に対して両者とも抗告し，1968年2月14日LGは原決定を後妻の不在の時に限る，と改めた。父親が再抗告。OLGはFGG（非訟事件手続法）によって，事件をBGHへ移送した。

2　決定要旨　後見裁判所がBGB1634条2項によって子との人的交渉の規制（この場合は父の後妻が居合わせること）について裁判する際は，監護権限を有する親の決定に拘束されない。

3　本決定の意義

本決定はさきの1964年10月21日の決定（BGHZ42，346）を変更したものである。

ドイツ親族法上交渉権（Verkehrsrecht）は可及的に担保されなければならず，その

結果心身監護権（Personensorgerecht）を制限すべきものとされている。そしてＢＧＢ1634条は後見裁判所がこの Verkehrsrecht をコントロールできる旨を定めている。そこで後見裁判所のコントロールの及ぶ範囲が問題となる。ＢＧＨＺ42，364はこの問題について，Verkehrsrecht の行使の一般的抽象的な大枠は後見裁判所がきめ，個別的具体的な細目は子の心身監護者が決定するものとした。しかしこの考え方は，Verkehrsrecht がいつ保証されるか，そもそも保証されるのかを監護権者の恣意に委ねることになる。本決定はこの不都合を考慮して後見裁判所の大幅なコントロールを認めた。それによれば，Verkehrsrecht の実現方法について両当事者間に不一致があれば裁判所がそれを決定し，その決定のための指導的観点は「子の幸福」であるという。そして本件の後妻についての取り扱いも後見裁判所の決定事項であると判示している。

4　日本法との関係

民法766条の「その他監護について必要な事項」および家事審判法9条乙類4号の「その他子の監護に必要な処分」に本件の様な子との人的交渉の問題が含まれるのであろうか。今後の問題を考える上での参考事例である。

（三　浦）

（3）準　　正

⑪　ＢＧＨ1968年9月17日第4民事部決定（ＢＧＨＺ50，370）

参照条文　独民施行法（ＥＧＢＧＢ）22条1項・30条ＢＧＢ1719条；法例30条，日民789条

1　事　　実

本件Ｄ夫婦を夫Ｘ，妻Ｙとする。Ｘはイタリア人，Ｙは永年ドイツに住んでいるドイツ人でありＸとの婚姻によってイタリア国籍をも有する。ＸＹはドイツ国内に住んでいる。ＹはＸと婚姻する以前Ｚと離婚している。Ｄ夫婦の子ＡおよびＭは，ＹがＺとの婚姻上にＸとの間に生まれた姦通子である。さらにＹにはＺとの婚姻により2人の未成年の嫡出子がいる。

Ｄ夫婦が後見裁判所に対して，自分の子ＡおよびＭの準正確認の申立を行ったのが本件である。

2　決定要旨

解消された前婚の下で未成年嫡出子がいる限り両親の後婚の締結による姦通子の準正は許されないという外国の法規は，ＥＧＢＧＢ30条の留保条項により内国に住む家

族には適用されない。

3　本決定の意義

ＥＧＢＧＢ22条１項によれば，準正は準正の生ずる時点の本国法によるものとされる。父親の本国法たるイタリア法によれば，離婚された婚姻からなお未成年嫡出子が生まれている場合には姦通子の準正は不可能とされる。イタリア国際私法上準正は父親の本国法によるものとされるから，反致は生じない。従ってイタリア法によらなければならない限り，本件M，Aは準正され得ない。ところでＢＧＢ1719条は，すべての婚姻前の子について区別することなく準正を認める。そこでＥＧＢＧＢ30条の留保条項がこのイタリア法の適用を排斥するか否かが問題となる。

本判決は，「ドイツ国際私法上外国法適用の禁止は，その適用の結果が特に重大な態様においてドイツ法の規定の目的・意味と抵触する場合にのみ許される」との立場に立っている。そして本件事案にイタリア法を適用する結果は，準正の領域においてある子供のグループを準正という法律上の恩典から排斥することによって非嫡出子の間に差別をもうけることになり，それはドイツ法の目的意味に反するとしてイタリア法の適用を排斥した。

なお，本決定につきＪＺ69，300（Heldrich）を参照。

4　日本法との関係

Ｘがイタリア人，ＹとＺが日本人ならばどの様に処理されるか？

日本法においては，Ａ，ＭはＺとの関係で一応嫡出の推定を受けるからＺとの間で親子関係不存在確認の訴を起すことが先であろう。準正の法例上の問題は次の様になる。すなわち，両親の婚姻による準正について，有効な婚姻の成立当時の父の本国法従ってイタリア法によるものとされる。イタリア法適用の結果は，非嫡子の準正に差別をもうけない日本の私法的社会秩序を破壊することになるから法例30条の適用があり，イタリア法の適用が排斥されて日本民法によることになる。

（三　浦）

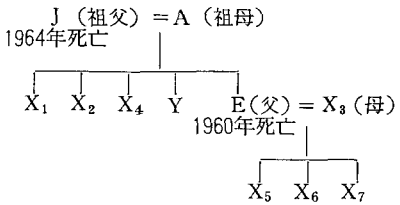
（4）利益相反行為

㊷　ＢＧＨ1968年２月23日第５民事部判決（ＢＧＨＺ50，８）

参照条文　ＢＧＢ181条・1629条２項・1795条；日民108条・826条

1　事　　実

1961年３日15月本件訴訟当事者間で３つの遺産に関して部分的な遺産分割を行い，公証人によって公証されている。その際，当時未成年であった X_6 および X_7 のため



に親権者たる X_3（母親）が許される限度で法定代理し，許されない事項につき監護人が代理した。作成された書面は次の様になっていた。

E項―X_6 X_7 は父Eからの遺産に関する相続分をYおよび X_4 に譲渡する旨の契約（以下の契約が発効することを猶予条件として）

F項―全当事者間における遺産分割契約

ここにおいて，Jが遺した家屋土地および納屋土地が X_6 X_7 が補償債権と引き換えにYおよび X_4 に与えられる。

この契約の際，X_6 X_7 の代理人は後見裁判所の同意を申立てた。Yおよび X_4 への不動産移転はまだ行なわていない。後見裁判所の同意は監護人と母に与えられた。監護人の同意を他の契約当事者に伝えたが，母はそれを拒んだ。以上の事情を背景に，当事者は1961年3月15日の協定が発効し今も有効かどうかを争った。Yの家屋土地の移転を求める反訴はLG・OLGで棄却。Y上告の結果破棄差戻。

2　判決要旨

関係者の意思が，一個の包括的な法律行為を構成する多数の行為がともに存立し，ともに無に帰すべきであるということにある場合，この包括的な法律行為の一部分においてのみ代理から排斥される者は，その全部においても法定代理から排斥される。

3　本判決の意義

本判決は，数個の意思表示からなる一個の包括的法律行為に関してBGB181条（自己契約・双方代理禁止の規定）の向けられている対象が個々の意思表示ではなくて，その総体としての法律行為であることを示したものである。

4　日本法との関係

日本民法の108条826条の適用対象の解釈にとって参考になると思われるが，民法上遺産分割において相続人たる母親が相続人たる子を代理することは，民法108条ではなくて端的に親権者と子の利益相反行為となろう。

（三　浦）

(5) 扶　　養

㊸　BGH1968年6月26日第4民事部判決（BGHZ50, 266）

参照条文　BGB683条・812条・1360b条・旧1371条・旧1429条・1606条・1607条；日民702条1項・703条・877条

1　事　　実

X妻とY夫は1942年に婚姻。Yはその後軍役に召集されたがロシア軍の捕虜となり，1949年に連邦共和国に釈放された。Xと娘はポーランドの支配下にあるオッペルンの近くに住んでいた。

Yの訴で，§48 EheGにより1964.5.25の判決で当事者間の離婚が決定した。

1966年にXは1950.1.1から1957.3.31までの子の養育料の求償について Armenrecht（訴訟法上の救助）を申し立てていたが，1964年8月にそれが認められたので1965年1月に，月額600DM，計4620DMの支払を求めて訴を提起した。

三審ともにXが敗訴した。

2　判定要旨

自由な管理処分に委ねられた財産をもって子の養育費を負担してきた妻は，彼女が支出をなした時点でその求償をする意図を有していた場合にのみ夫に対し求償をなしうる。

3　本判決の意義

夫が不在のときに子の養育をしてきた妻はその費用を夫に請求しうるが，その請求についてはBGB1360b条による制限が加えられており，出費の時点で求償をする意図を有することが要求されている。そしてこのような制限はその請求の根拠が婚姻とは直接関係のない事務管理，不当利得であっても，婚姻の本質から導びかれる。この意図は，夫婦の別居が一方の責に帰せられるべき事由に基づくのであれば推認され易いであろう。本件では，捕虜となったという止むを得ざる事由であったために，求償の意図が認定されなかったものであろう。

4　日本法との関係

わが国では，扶養料は過去のものであっても原則として請求し得るし，請求の意図は問題となる余地はない。本件のような場合には婚姻費用で処理するであろう。離婚の場合には財産分与として処理され，不足分は不当利得ということで解決されるだろう。

（小　　林）

V 相　　続

(1) 遺言執行者の権限

(11) BGH1968年12月2/3日第3民事部判決（BGHZ51，125）

参照条文　BGB2206条・2213条1項3文；日民1012条・1015条

1　事　　実

当事者はA（1960.4.22死亡）とその妻K（1961.12.22死亡）の子X及び$Y_{1\sim3}$である。XはAの遺産についての遺留分を$Y_{1\sim3}$に請求した。

Aは1958年10月に公証人作成の遺言書によりXの遺留分を剥奪していた。それにも拘らずXは1962年7月5日の書面で，遺言によっておかれた遺言執行者Wに対し，遺留分債権を主張した。後の遺言執行者Eは，1962年9月9日の書面で，遺留分剥奪の理由が明白ではないからXの遺留分債権は認められるだろうと答えている。同年12月には遺留分を4222DMと計算していた。

1965年にXはまず現在の遺言執行者Sに対して訴を提起し，ついで当事者変更の方法で$Y_{1\sim3}$に遺留分として4222DMを請求した。

LGは請求を認容したが，OLGは，遺留分債権は消滅時効にかかったとして請求を棄却した。Xの上告も棄却された。

2　判決要旨

遺言執行者は，遺産相続人の意思によらずして遺留分債権を承認することはできない。

3　本判決の意義

遺留分債権と遺言執行者の職務との関係については，Planck の考え方，すなわち遺留分債権から遺産を護ることは遺言執行者の職務の外部にあり，遺留分の性格からその請求の相手方は相続人であらねばならず，訟訴の外部においても遺言執行者は争いある遺留分債権について最終的な結論を下すべき者ではありえないとの考え方がある。他方には Staudinger のように，遺言執行者は相続人の同意がなくとも遺留分請求に対しその履行をなしうるとの考え方がある。本判決は前説をとったわけであり，今後の方向性を示唆しているものといえる。

4　日本法との関係

わが国では遺言執行者の地位について争いがあり，日民1015条では相続人の代理人であると明記されているにも拘らず，遺言者の代理人であるとする説，ドイツの有力説である任務説があり，これらの説は，1015条を主として財産上の行為の辻褄をあわ

せるためのものにすぎないとか，あるいは全く無意味であるとしている。しかしやはり相続人の代理人とする説が有力であり，代理の本質から，遺言執行の効果が誰に帰属するのかを最も重要な視点としてとらえ，少なくとも財産の管理処分に関する限り遺言執行の効果は相続人に帰属するのだから相続人の代理人と解するほかはないとする。

判例にはこの問題を扱かったものはない。

本判決は学説上争いある1015条について，その理論構成上解釈の参考に値するものといえる。

（小　　林）

㊺　BGH1968年12月9日第2民事部判決（BGHZ51，209）

参照条文　GmbHG 46条5号・47条，BGB 181条・2205条；日民108条・1012条，日有限会社法32条（日商257条1項）・38条の2

1　事　　実

X_1 X_2 は，Y会社（有限会社）の社員の1人であったA・Mの相続人であり，Y会社には X_1 X_2 の他に P. Ma と A. T 夫人，さらに K. T の相続人（J. T と K. T の相続人の一人であるH夫人の2人の娘）が参加しており，Y会社の定款によれば，すべての社員は社員総会で1個の議決権を持ち，本件では社員の相続人（X_1 X_2 と K. T の相続人）は，共同して1個の議決権を持っており，相続人等は自ら定めた投票人によって統一して行使することが許されていた。

1965年11月4日に会社の業務執行者の出席の下で，社員総会が開かれ，Dr. L は K.T の相続人全員の代理人として出席したが，Dr. L は K. T の共同相続人の1人であるH夫人の遺言執行者 Dr. B と意見が一致しないまま，Dr. B をY会社の業務執行者とするとの内容の提案がなされ，その決議で P. Ma と A. T 夫人の代理人が賛成し，X_1 X_2 の代理人は反対し，Dr. L は K. T の全相続人に代わって反対したが，議長は Dr. B が賛成2票反対1票により業務執行者に選任されるとする決議が成立したとし，Dr. B と雇用契約（Anstellungsvertrag）を結ぶについての投票でも同様の経過をたどった。

X_1 X_2 は，この決議が法律上の効果をもたない（rechtsunwirksam）ものであり，予備的に無効（nichtig）であることの確認を求めた。

LG，OLGともに X_1 X_2 の請求を棄却したが，上告の結果破棄差戻となった。

2　判決要旨

①　有限会社で，社員が定款変更を目的としない決議をなしたところ，その決議が法

定の多数をみたしていない時には，総会の議長が決議の成立したことを議事録に確定しても，決議は存在しない；それは取消の訴によって明らかとされるべきでなく，ＺＰＯ256条にしたがって確認の訴によって主張されうる。

② 有限会社にたいするそのような持分権を管理する遺言執行者は，自己を業務執行者とする選挙において，直接あるいは間接（共同の投票人を選任することにより）に，被相続人あるいは相続人がこれを認めた場合にかぎり，共同〔して投票に参加〕することが許される。

3 本判決の意義

判決要旨①は，社員の正当な代理人でない者が参加してなされた定款変更を目的としない決議の効力に関するもので，議長が主宰し，議事録に確認しても通常の決議（この決議に裁判所は関与しない）で法定の多数が達成されていない時には，定款変更についての決議（裁判所が関与する —— GmbHG 53 条 2 項参照）とは異なって，その決議が無効となることを明らかにしている。

学説（Baumbach-Hueck, GmbH-Gesetz, 13. Aufl, S. 245）によれば，決議の内容に違法がないが，その成立について瑕疵がある時は，取消しうるだけであり，社員を詐欺した結果による決議も同様に取消しうるだけとされているのであるから，判例の見解と異なっている。

判決要旨②は，以上のような原則を前提として，遺言執行者の権限の範囲の問題としてDr. Bが選挙に参加することが許されるか（許されないなら，決議が多数によって承認されないこととなり，判決要旨第1点により無効となる）との問題について，H夫人の遺言解釈の問題であるとし，またＢＧＢ181条（双方代理・自己契約禁止の条項）の適用ありとして，「特ニ許サレタル場合」であるかについて原審は判断すべきであるとして破棄差戻した。

学説（Palandt, S. 1668）は，遺言執行者は相続人を排除して，自己の権利にもとづき遺産に属する会社の持分を管理するとし，またＢＧＢ181条は原則として遺言執行者に準用されるが，遺言執行者には，より広い範囲で Insichgeschäft が被相続人によって許されていると解しており，ＢＧＢ181条がそのまま適用されるとはしていない。

結局，遺言執行者の権限は，原則として遺言解釈によって定められるが，有限会社の持分権を管理する遺言執行者が，有限会社の業務執行者として任用するについて共同して決定する場合には，ＢＧＢ181条の法思想（Rechtsgedanke）が準用され，その

結果遺言執行者の権限の範囲に限定が加えられることになる（Palandt, S. 1669)。

4　日本法との関係

株主総会の決議方法違反の問題としたとき，本件のような例を通説・判例は取消原因と解し，さらには結果的に議決権の数が決議を左右するに足りない時には，取消原因にもならないとする説もあり，この点有限会社の社員総会でも同じとされており，本判決の見解と異なっている。

遺言執行者の権限と日民108条との関係について，従来言及するものがなく，遺言執行者は誰の代理人かという問題が論じられてきたにすぎない。

日民1012条に「代理人」とあるところから，当然日民108条が適用されるとしていたのであろうか。

遺言執行者の権限の範囲について参考となる判決である。

（林）