Title	損害賠償訴訟と立証責任(5) - 西ドイツにおける危険領域論の展開 -
Author(s)	池田, 粂男
Citation	北大法学論集, 25(3), 130-115
Issue Date	1974-12-18
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16179
Туре	bulletin (article)
File Information	25(3)_p130-115.pdf



損害賠償訴訟と立証責任

--- 西ドイツにおける危険領域論の展開 (5) ----

池 田 粂 男

序章

第1章 判例理論の史的探索

第一節 初期(以上23卷2号)

第二節 爾後のRG判決

第三節 BGHによるRG判決の承継(以上23巻3号)

第四節 理論的深化と試行錯誤(以上23巻4・5号)

第五節 理論の固定化(以上24巻4号,本巻号)

第 Ⅱ章 危険領域論の西ドイツにおける評価

第Ⅲ章 危険領域論とわが法体系

第1章 判例理論の史的探索

第五節 理論の固定化(継承)

⑫ <1963年5月24日 OLG Karlsruhe MDR 63, 759>

建築技師契約 Architektenvertrag に関する前出⑨事件に類似した事案であるが、結論は危険領域による立証責任の分配をみなかった点において、⑨事件と異なっている。

「(1)
事案の概要はつぎのとおりである。

建築技師は建築主から、当該建造物 Bauwerk の建築設計 Bauplanung、最高指揮 Oberleitung、現場監督 örtliche Bauaufsecht などをその仕事 Werk として引き受けた。ところで、完成した建物は囲壁 Umfassungsmauer や地下室の下床などに対する 防湿が不充分なうえ、排水設備が欠如し、地下水などを防ぐその他の手段が何も講じられていなかった。建築主はこのため建物を賃貸できなかったことにより生じた損害として、逸失した賃貸料を建築技師に賠償請求した。

摘示された判決要旨によると, 第一点では, 本件の建築技師契約は請負契約であり,

その責任の範囲は、具体的物体 körperliche Sache としての建造物には及ばず、その専門とする設計 Planung と、職人の信頼おける配置および、設計の実施を綿密に注意深く監督することである旨、示された。ところが第二点で、その湿気・浸水などに防除策を講じていないことは、建造物に直接に付着する dem Bauwerk unmittelbar anhaften 瑕疵であるから、BGB § 635の要件を充たすものであり、また積極的契約侵害などではないことが述べられている。つまり第一点では、建築技師の担保責任の範囲を限定した如くに思われたが、第二点でこれを拡大している。これは、法律的には建築技師を「仕事 eines Werks」の請負人とし、そして事実的には「建造物の des "Bauwerks"」請負人として扱うBGHの立場に従ったものである。これに関連して、第三点では更に、建造物の瑕疵ある建設によって建築主が逸した賃貸料も、BGB § 635 に基づいて賠償されるべき損害であるとされた。これを受けて、BGB § 635 の枠内においては立証責任を転換するBGB § 282 の準用ということは問題にならないとするのが第四点である。摘示された以上の各要旨の脈絡から推して、判決の結論は請求認容など、建築主にとって有利に落ち着いたと思われる。

立証責任の分配を論ずる第四点と、これに関連して第二点とが本稿の焦点である。 OLGは、履行不能の場合に帰責事由の不存在の立証責任を債務者に分配するBGB § 282 は本件に準用できないと言う。その理由は、本件が積極的契約侵害の事件では ないからであり、まさしく§ 635 に基づく請負人の不履行責任として損害賠償を請求 する場合として法律構成を考えたためであろう。ところで、事案がBGB§ 635 に属 すとする評価の是非は別論としても、この§ 635 の場合と積極的契約侵害とで立証問 顕を別異に取り扱うことの根拠は、どこに存在するのかが問題である。

評釈者 Dr. Schmalzl はこの点について次のように叙述している。

「積極的契約侵害に基づく損害賠償請求においては、損害原因が請負人の危険領域に在る場合には立証責任が転換する (……)。 積極的契約侵害に反し、BGB § 635 は抽象的に begrifflich, 損害原因が請負人の危険領域から生ずることを前提としている。それにも拘らず、この場合に立法者が立証責任の転換を規定しなかった場合は、請求者は請負人の責に任ずべきことにつき証明義務が有る、という法則に留まる。その場合、事実状況の許すかぎり、請求者は表見証明の原則を利用することができる。」

判決理由中に、上掲引用文に相当するものの全部または一部が包含するか否かは明きらかでない。しかし、仮に、概ねこれが判決の趣旨に沿うものであるとするならば、この立場は二点について留意すべきものがある。その第一は、はたしてBGB § 635 北法25(3・129)295

に基づいて損害賠償請求をする事案は、つねに損害の原因が請負人の危険領域から生じたケースであるということである。本件においては、請負人として評価された建築技師が建造物の「設計」「監督」にあたっており、しかも当該建造物に存在した瑕疵によって注文者に損害が生じたのであるから、この損害の原因は建造物の瑕疵である。従ってこの瑕疵の発生に至る事実経過は、専ら建築技師の支配し、かつ関知し得べきものである。と同時に、これについては注文者が関与すべきなにものもない。このような事情の下では、なるほど上述の命題が妥当している。第二は、これを肯定した場合には、\$635において請負人に「帰責事由が無い」ことの立証責任を課していないことをもって、この立証責任の分配を否定すべきかどうかである。とりわけこの点は、危険領域による立証責任の分配に関する法理論の核心に触れる問題として、願慮さるべきものであるう。

本件と⑨事件とが結論を異にした決定的な要因は、本件OLGが事案を「積極的契約侵害」の事例として法的評価をしなかったことにある。両事案を比較してみると、建築技師が委託された仕事は建築設計・建築作業の監督であり、その他に特筆すべき差異がない。また、発生した損害の内容は、⑨事件が、建物の瑕疵である「湿気」を防ぐために要した修理費用であり、本件は、防湿・排水設備の欠飲という瑕疵のために、建造物を賃貸できなかったことによる逸失利益である。いずれの瑕疵も、建造物に直接に付着する点で共通であり、更にこの瓜疵とそこから生じた損害との距離を測るならば、前者が瑕疵それ自体の除去に向けられた損害であるのに対し、本件は瑕疵から二次的に発生した損害であるから、この意味で、本件の損害は瑕疵との間がより遠く、従って建築技師の契約責任との間もより遠いという差異を、強いて挙げることができる。以上の次第で、本件の事案はむしろBGHに従って、積極的契約侵害のケースとして立証責任問題を処理すべきであったのである。強いて挙げた本件の特質は、性質上は却って積極的契約侵害の要件にこそ近づける作用を有することになろう。結局、本件を前者と異別に取り扱うべき事情がどこにあったかは甚だ疑問であるが、ほかに判決文ならびに事案の説明がないので、言及の限りでない。

- (1) 判決文の掲載はなく、以下は、弁護士 Dr. Schmalzl、Stuttgart の本件評釈 によって紹介された事実による。
- (2) 評釈者は,建築技師契約の法的性質に対するBGHの考え方について,請負 契約理論よりは,結論的に建築技師の「仕事の提供 Werkleistung」を「建造物

資 料

北法25(3•127)293

Bauwerk」と同一視する、という方向に向かっていると分析する。

- (3) 以上に指摘された以外に、判決の内容については紹介されていない。従って以下の叙述は評釈を基礎として進めるものであることをお断りする。
- (4) 前出⑥, ⑧, ⑨事件を引用。
- (5) このような評価は、後出事件1967年10月12日WZR判決によって正当である ことが裏づけられよう。
- ⑪ <1963年10月16日 ⅧZR28/62 VersR 64, 72=NJW 64, 33=JZ 65, 26>

Yは貸ビルの所有者で、四階に自宅がある。一階は敷物業者Xが事務所を構え、二階はK教師が商業学校を営むため、夫々に賃貸していた。Kとの契約に際してYは、二階の廊下にある二個のトイレを二階の賃借人が共同使用できる旨、特別の合意を取り付け、現在そこはYが限科医の医療室として、自ら使用していた。Yが夜勤をした夜中のこと、二階の共同トイレの下に位置するXの一階事務所に、上から天井を通じて多量の水が落ち、そこに在った徴敝などに被害をもたらした。XのYに対する損害賠償請求は、地方裁判所によって棄却されたが、控訴審で認容され、Yによる上告も成功しなかった。

原審によって確定されたところによると、損害原因は、共同トイレの水栓がしっかりとねじられていなかったことに求められ得たが、開け放しにしたのは、果して商業学校生なのかYの患者なのか、不明である。Y自身も、夜間に患者の治療をした可能性ならびに、その患者等が締め忘れたということを、断じて否定することはできなかった。このような事実に基づくYの責任について原審は、Yには賃借人と同様の義務が有って、Xとしては二階がKと別の賃借人とで共同利用されている場合と同様の保護をYに要求できるが、ところでこの場合、多数の賃借人はその一つの保管業務Obhutspflicht 違反から生じた損害について、賃貸人に対すると同様Xに対しても連帯債務者として責任があり、従って賃借人らは他人の責に帰すべき事由について各人が責任を有すべきであるという点でBGB \$ 425の原則には反し、かつ〔自己〕免責の可能性もないと判断し、結論としてYの賠償責任を肯定した。これに対するYの上告は、この賃貸借契約が共同賃借人のため保護的効力のある契約だとする控訴裁判所の考え方は疑問である、という趣旨である。BGHは、この限りでは上告理由を是認した。BGHは従来、契約の保護的効力 Schutzwirkungen の享有を主張する人的範囲を限定しており、つまり契約の意味・目的、および信義誠実の原則などに則って、債務者が

契約上の注意・保管義務を有するのは、通常、債権者を通じて契約の相手方の給付に 関わることとなった人々に対してであり、また、債務者が自分の側でその人々に対し − 例えば,父が家族構成員に対し,あるいは雇用主が被用者に対するような── 保 護・注意をする義務があるために、その安否が Ergehen 債権者自身に関わっている ような人々に対してである。以上のような理由で控訴裁判所の判断を疑問としながら も,本件BGHは別の理由で原判決を維持した。

その理由の前段は、Yの責任の範囲に関する。それによると、Y自身が栓を締めな かったとすればYはXに対し、トイレの(共同)利用者としての責任だけでなく、更 に賃貸借契約に基づく賃貸人としても責任がある。何故ならYには、賃借人のため賃 借物を利用に供すべき主たる義務と並んで、賃借人の利用を害し又は正に損害を与え かねない影響 Einwirkungen は阻止するという注意義務も有するからである。つまり 賃貸家屋中の部屋を自ら利用する賃貸人の注意義務は、その諸室において賃借人が被 害を受けないようにすることまで及ぶ。またYは,自分の身内ないし患者のうち一人が 水道栓を締めなかったために損害が生じた場合にも責任がある。Yの為すべき注意義 務を果たすに際し、あるときはこれらの人々は、Yの意思によって行動することとな る者に属し、つまりBGB § 278 の履行補助者に相当する。また、その限りでYには固 有の帰責事由があるかも知れない――Yがトイレを患者の用に供する場合,診察終了 後に、トイレは通常の状態かどうかをYは検査する義務がある、というものである。 判決理由の後段は、上述の事実と責任論の法律構成とを前提として立証責任問題に

言及した。

「この〔Yの〕注意義務は客観的に怠られた」。つまり、Xの商品に損害を与えたこ とは、Yの義務において回避すべきであった事柄が生じてしまったことを意味する。 そこで、「水道栓を締めるのを怠ったのは、はたして患者なのか、Yの被用者なのか」、 「むしろ、商業学校の訪問者がこの過ちを犯したことも考えられる」。「このような場 合に,こうして貸室に生じた危険をYが気付き得て,且つ── たまたまYは商業学校 の講義終了後もなお診療を行なっていたのであるとしても――有責的に schuldhaft 「危険を」除去しなかったのかどうかは、確定されていない。が、このことは(上告 理由の見解に反し)Xの負担するところでない」。

ここでBGHは、判例・学説が主として請負・雇用・旅宿契約について 述べてき た BGB § 282、 § 285の意味に基づく原則を引用する。「その性質上当然に、損害が 義務者の危険領域 Gefahrenkreis から権利者に生ずることがあり得るような契約の場 合に、損害事件において権利者の危険領域 Gefahrenbereich および通常はその専門知識 Sachkenntnis からも遠ざけられている事柄 Dinge について証明するのは、権利者に要求されるべきでない――この場合、むしろ自らを免責するのは義務者の問題であるとするのが当然である」。

しかし、この原則が本件のような資食情契約にまで適用可能か否かは決定するまでもなく、本件には以下に述べる特良の事情が認められるので wegen der besonderen Sachlage、この原則の適用を見る、とした。この特段の事情は、まさに上述の契約責任に対して引用された原則中の、実質的な根拠を言い代えたものといえよう。

「Yと商業教師Kは、いずれも自己の営業上から、管理し難い無限定の人的範囲にトイレを利用させている。このため、利用者の不注意によって、Xの賃借室およびそこへ持ち込だ物が損害を受けるという危険を高めた。この危険はXの影響可能性および洞察 Einwirkungsmöglichkeit und dem Einblick から遠ざかった領域 Bereich から来ている。Yがトイレを商業学校教師Kと共同で使用しているために、なお一層、責任 Verantwortlichkeit の証明を困難にした。有責者は他人の領域 Kreis から生じている旨,互いが〔即ち、XとKが互いに〕他人を非難している本件のような場合に、Xは、誰が有責的にその注意義務を怠って損害を惹起したかの証明は殆んどできず、また控訴裁判所が正に言うように、不当な証明困難 Beweisschwierigkeit に陥ることとなる。これに反してYに対しては、自分はXの賃借室の危険を避けるためどんな措置を講じ、それゆえ自分への非難は当たらない旨の開陳と証明を求め得るのである。これは、立証責任の分配に関する上述の原則の基礎となっているものの具体化 Gestaltung である。1

結論として、Yがこれに則って為すべき証明をしなかったのであるから、請求を正 当とした控訴裁判所の判断に法律違背はないとして、BGHは上告を楽却した。

本件は賃貸借契約である。原審の説くように、Y自身をもXやKらと同等の賃借人と評価して、賃借人相互間の責任関係を論ずることも可能であった。が、判決理由の前段に見られるように、BGHは賃貸人たるYの賃借人たるXに対する賠償責任を肯定した。従って本件は、賃貸借契約の事件に危険領域理論を適用しており、その意味において最初の事案である。

ところでBGHは、危険領域理論の適用する理由として、立場を同じくする判例・ 学説に根拠を求めながらも、引用判例のどれよりも契約類型に拘泥していない。本件 第WII民事部は、契約について、単に「義務者の危険領域から損害が生じ得るという性 北法25(3・125)291 質を有する」契約であることを要求しているにすぎない。この限りで、危険領域理論の適用範囲を、契約一般にまで拡張した事例として位置づけることができる。と同時に、その範囲を契約上の責任のみに限定したという点で、従来のBGHの域を出ていないのである。

さらに、第四民事部が危険領域理論を適用した根拠は、むしろ本件の具体的「特段 の事情」の方に重心が在った。つまり原則論として、「性質上、義務者の危険領域から 損害が生ずることのあり得る契約」が存在することを、その要件としているかの如く 説きながらも、果して本件の「賃貸借契約」がそれに該当するかについて、なんらの 検証を行なっていない。これに反し、次の事情こそは、BGHが原則論として重要な 要件,「権利者の危険領域から遠ざけられている事柄」 についての検証で あ ろ う。 即 ち、Yは自己の営業上で、トイレを使用することによって損害発生の危険を創設し、 しかも使用者の範囲が不特定で管理・統制に困難が伴なうため危険を一層高めたので ある。従って、この危険に関してXは何の影響力も洞察も及ぼし得ない。このような 事情の下で、Yの帰責事由について証明の難易を考慮すると、一方、Xにとっては証 明が殆んど困難に陥っている。他方,Yは危険防止のため怠りなく注意を払ったこと を具体的に証明する立場にある,と判断したのである。つまりBGHがYに要求して いることは,先ずY自身ならびにその身内や患者の過失ある行為によって生じた事故 ではないこと,更に特定の他人の行為による場合であってもYの立場において責めら れるべき何ものもないこと,等を示す事実の証明であろう。とりわけ前者の事実をX において証明することの至難であることは、判示を俟つまでもなく、それは又、行為 者と目されるYとKの間ですら争われていることからも頷ける―― 被害者Xが訴えて いる本件においては、YとKが、対Xとの訴訟技術上から、形式的に一応これを争っ ておくという虞れもある。

このような事態に直面したとき、なおもXに帰責事由の立証責任を分配して、事実の真偽不明を理由に請求を棄却することは妥当でない。もちろん、一気に帰責事由ありとして請求を認容するのは根拠に乏しい。裁判所としては、なお事実解明のため、より適切な当事者Yに立証を行なわせるべきである。これを法的に実効あらしめるために、そこで立証責任をYに分配することになる。本件民事部の判断は、この限りにおいて妥当なものである。しかし、Yにおいて果してこの立証責任の分配を認識しそのうえで証明活動を行なったか否かは基だ疑問である。仮にそうでなければ、事件を原審に差し戻して、今一度事実審理によってYに証明の機会を与えるべきであった。

本件に危険領域理論の原則を適用したことから、BGHは、「損害がYの危険領域から遠ざけられている事柄」であると、認めたことを意味しよう。そこで、何をもって危険領域がXにではなく、Yに帰属すると判断したのか。ポイントとなった事実は、損害発生の危険について、Xには Einwirkung ――つまり、トイレの使用・管理方法に関与するなど――の余地が無く、Einblick ――つまり、どのような状況でトイレが使用されていたかを察知すること ――からも程遠い立場に在ったことである。ここに至って、BGHが念頭に置く「危険領域」の概観が現われて来たように思われる。即ち、それはYの注意義務が及ぶ領域であり、本件はそのような領域か否かの判定基準として、上述の Einwirkung および Einblick が示されていると評価できる。

最後に、XがYに対してではなく、仮にKを相手に同様の訴えを提起していたとするなら、その場合も同理論は適用をみたであろうか。換言するならば、「損害はKの危険領域から生じた」と言い切れるかの問題である。損害発生の危険についてXの置かれている事実的状況は、Yに対する場合とKに対する関係においてとで変わることはない。従って「危険領域」の判定について上述の基準を機械的にあてはめるならば、問題について肯定することとなる可能性は充分ある。しかし、本件解説の冒頭で検討したように、第個民事部は本件を契約責任として法律構成し、賃貸人Yの賃借人Xに対する責任を論ずるが故に同理論を適用した、という背景が存在する。基準となる事実情況からは、契約関係にない当事者間の賠償事件に対して同理論の適用の余地を残しながらも、契約責任を前提とする本件の判例の立場からは直截的に結論を導き出せない。仮にBGHがYに対しては同理論を適用し、Kには認めないという立場に在るとする場合、取り扱いを異別にする本質は、両者のXに対して有する責任の密度の大小に拠ることとなろう。

- (1) 前出⑥, ⑧, ⑨, 偽事件。Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts 6. Aufl. 1. Bd. § 23 I b S. 274 ff.; Raape Acp 147, 217, 222, 225。
- (2) 原文はつぎのとおりである。Der Nachweis der Verantwortlichkeit hat der Bekl. dadurch weiter ershwert, daß er die Toilettenräume…. 冒頭の Der Nachweis は Den Nachweis の誤植であろうか。

寄託物の被害は倉庫営業者に責がある旨の立証責任は寄託者にある、と規定するドイツ家具運送一般倉庫寄託約款 der Allgemeinen Lagerbedingungen des deutschen Möbeltransports § 1・ | が、取引上の信義誠実と相容れず、無効であるとされた事北法25(3・123)289

例である。その理由づけは紛れもない危険領域理論を基底としているのであるが、これを示す語 Gefahrenbereich はついに使用されなかった。理論の正当性を、事実関係の実質的側面から明きらかにする、重要な判例の一つである。

主婦Yは二人の子の母で、未亡人である。YはXに転居先へ家財道具類を輸送してもらったところ、その住宅へは引越せなかったため、Xに倉庫寄託をする必要があった。以前これを寄託したことのあるR商会では、月額25DMの寄託料金であったが、Xの倉庫証券によると、保管料63DMのほか火災と破損・盗難の各保険料もあり、これらの月額合計 75.50 DMを支払うことになっている。25カ月間に結局Yが支払った額は1400DMである。そこでXは、それまでの不足料金と、その後の三カ月分の寄託料金とを訴求した(本訴)。これに対してYは反訴を提起し、三つの請求をした。第一・二審とも、結果はXの請求認容、Yの反訴請求棄却であったが、Yの上告が容れられ、破棄差戻となった。BGHの破棄判決は、軸をYの反訴請求に置いて、具体的に理由を展開している。

Yの反訴請求の第一は、倉庫寄託契約がBGB § 138の良俗違反で無効であるとして過払寄託料金の返還を求めるものである。控訴裁判所はこれを認めなかったが、本件BGHはこれを容れた。BGB § 138 違反の内容として、先ず、保管料の相当額ならびに地域的慣習は25DMなのにこの三倍に及ぶ額をXが要求している場合は、およそ給付と反対給付との間に著しい不均衡があり、このことはYの寄託時における窮迫を何らかの意味で利用した旨の推論を妥当なものにする。次にXがYに対して代位的に要求できる保険料は、Xが実際に破損・火災の両保険に費した金額だけに限られるのに、これを大幅にうわまわっていたことからも、同様のことが言える。こうして、倉庫寄託契約が無効であれば、Xにある寄託料はHGB § 354 [約定なき場合の法定報酬請求権] によるものだけである、と判示された。

第二の反訴請求は、寄託料の弁済の有無に関係なく無条件での寄託物引渡を求めるというものである。この点についてもBGHは原審に反し、Yの主張を認容した。即ち、寄託後24~25カ月を経て、YがXに契約の解約告知をした際、留置権をたてに引渡を拒絶された。しかし留置権は不存在であったと考えられる――蓋し、Xは家財道具をYに無断で利用し、或いは代理人の部屋に据えたりしており、その限りでXは倉庫寄託契約を履行していなかったのであるから。Xは従って自己の反対給付請求権を失っており、この場合、解約告知の時点でXは受寄物を引き渡すべきであったばかりでなく、その後の保管料請求権もすべて消滅していると判断される、というものである。

反訴請求の第三は、Xの賠償義務を確認する請求であり、これが本稿の議論に直接 的関わりを示すものである。本件BGH判決の紹介するところによると、控訴裁判所 は請求権が具体的にされなかったとして、これを棄却した。つまり、倉庫寄託約款に よると,財産に受けたどんな損害にもXは責任を負うというのではないのであり,X は広範囲において自分の責任を免れているのである。ところがYは,の先ず個々の財 産にどのような損害が生じ、さらに反訴で求めた3000DMという額をいかにして算出 したのか開陳しなかった。回次に又、いかにして損害が生じ得たのか―― なかんず く,損害は倉庫寄託契約の有責的違反に基づき,この損害については当該合意により Xに責任がある旨――の説明を怠った。例えば、高価な戸だながどうやって、且つ誰 の指図で強行に解体されたかということは、寄託契約上の責任が限定されているので 不可欠である。②さらに、契約によるとYには原状回復請求権が在るだけであるのに、 なぜ金銭賠償を請求することができるのかについてもYは明きらかにしなかった。こ のような原審の判断に対し、BGHの評価は、先ずのは全く正当であり、Yとしては 検査に行った際、家財類に近づいて損害を確認できるように出して見せるべくXに要 求できるのである。しかしYの主張するように、戸だなや机の暴力的な解体による損 害,敷ふとんの取り替え,椅子・ベットの化粧張その他マットレスなどの着服等の場 合は、控訴裁判所はこれに耳を貸して、ZPO \$ 287 [損害の存否および損害の額に 争いある場合の裁判官の自由心証〕に拠って損害を評価すべきであったと言う。そし てのについては、はたして原審におけるYの答弁書中の言いぶりから、Xは原状回復 を拒絶したことが明きらかでないのか否かが検討されるべきであったとして、差戻理 由を述べている。

残る回についてBGHは、この事実の開陳 Darlegung をYに要求した原審の見解は 誤りであると指摘する。以下、理由が長文に亘るので、本文を引用しつつ要約する。

まず結論を示して、約款の無効を述べる。「つまり、倉庫寄託約款Lagerbedingungen § $1 \cdot 1$ によると、倉庫営業者が責任を負うのは自己またはその受任者に過失ある場合のみである。これによって、HGB§417 $\cdot 1$, § $390 \cdot 1$ の法律による規制とは異なり、またADSP § $51 \cdot a$ の規制とも異なって、物品が寄託中に紛失し又は損害を受けたというあらゆる場合に、立証責任は倉庫寄託者に課せられる。一般取引約款においてこのような規制をするのは、信義誠実(BGB§242)に合致しない。

つぎに、この結論を導いた考察の過程が示されている。その前半において、法律規定は合目的的考慮に基づいているので、約款はこれに異なる規制をすべきでないとし 北法25(3・121)287

た。即ち、約款によれば寄託者が毀損につき倉庫営業者の帰責事由を証明し、従って 又,損害に至った事実関係をも解明しなければならないのに対し、法律の規制では、 倉庫営業者が自らを免責することになっている。ところで,或る法律効果を主張する 者は法律が法律効果を結びつける要件事実を証明すべし、という一般的法則を、法律 の規制は意図的に転じているのであるが、これは、契約違反あるとき債務者は自己に 責なきことを証明すべし、という法原則の一適用例であり、履行不能に関してはBG B § 282, 履行遅滞について同 § 285などのほか、積極的債務侵害のケースについても 本件で問題となるHGB§ 390・1, § 417・1などに, この法原則が現われている。 そして、なるほどこれらの規定は任意法規であるために、当事者間の合意に影響を及 ぼされ易いのであるが、果して一方の当事者によって契約の基礎に置かれ、他方当事 者はこれに従うこととなる一般取引約款の中で,任意法規と異なる立証責任を形成す る場合は,個別的な協定が在ったと考えるべきでない。「一般取引約款の法 的 効 力 は (実存しない) 私的自治によってではなく契約の相手方の受諾から導かれ得るにすぎ ないものであるから、一般的取引約款によって不特定数の事件の一つ一つのために形 成された規制が信義誠実の原則と一致しない限りで、一般取引約款は是認されるべき ではない。」

さらに後半の考察は、当該任意規定は、事の本質上から明きらかな公正の要請Gerechtigkeitsgebot に基づいていることを強調した。従って、一般取引約款でこれと異なる規制をする場合には、規制される事件について任意法規では公正の要請がおぼつかなくなり、且つ、この特異な規制が正当かつ公平 Recht und Billigkeit に合致するという根拠が必要である。ところで本件の場合についてはどうであろうか。

「しかし、一般取引約款の中で法律と異なる規制の立証責任の分配がなされている場合において、約款を作成した契約当事者の責任領域 Verantwortungsbereich に在る事情についての立証責任が、約款に服すべき契約の相手方に課されるのであれば、もはや相当とは思われない。倉庫寄託者が無傷の物品を預け入れた旨を証明した後に、更に、彼は保管されていた物品の被害が因って生じたところの事情を証明せねばならず(これを解明することは帰責事由の証明可能性の前提である)、なお他に、この場合に倉庫営業者の帰責事由が存在した旨証明しなければならないというように、訴訟上ほとんど判明せず真偽不明に至るような重要なものにおいては、損害を被った倉庫寄託者は、実際上しばしば権利が存在しないこととなろう。…もしも一般取引約款、の受諾によって、倉庫寄託者の勢力範囲 Einflußsphäre から遠く、且つ倉庫営業者の

責任領域に在るような事情について倉庫寄託者に立証責任が課されるとするならば、それは彼に期待できないことである。…BGHは [この] 正当な立証責任の分配と密接に関連している証拠提出 Beweisführung の期待可能性の問題に、繰り返し言及してきた (……)。倉庫寄託約款 \$1S. 2 は、この規定によると寄託物の被害、またはその喪失に対する倉庫営業者の帰責事由について、倉庫寄託者に立証責任があるのであるから、従ってその限りで無効である。HGB $\$390 \cdot 1$, $\$417 \cdot 1$ の法律の規定がそれに代わる。]

判決理由は以上のとおりである。「危険領域」の指辞を含まない本件をもって、本稿の理論を説くものとして挙げることの妥当性が問題となる。本件においては、「責任領域」がその措辞に代えて用いられている。この措辞は、既に前出④⑧②事件に現われており、就中②の判決では理由中にこれのみが用いられている点において本件と共通し、さらに当該問題についての解説は本件にも妥当する。注(4)において引用された四例の判決は、すべて危険領域理論を扱っている。ちなみに、本件BGHはそれらを「証拠提出 Beweisführung の期待可能性」の問題に言及する事例として引用しているが、その趣旨は一般論的に、証明活動が立証責任と密接に関連する旨を説明する判例という点にあるのではない。まさに、その諸判例で論じられた立証責任論、即ち危険領域による立証責任の分配理論は、本件BGHが説くところと同じ意味で、立証責任ある者に証拠提出を要求できる事案に関するものであったし、その場合に適用されたこと、並びに本件にこれを適用することが正当なこと等を、先例を借りて示したものである。

既成の規制として存在する約款において、契約の承諾権のみ有する者に立証責任がある旨の規定は、法律の規制に反しているので無効であると述べたBGHは、上述のような立場を基礎としたのである。従って、本件は危険領域理論を適用して約款を無効と解した貴重な判例と評価できる。

責任領域とされたXの守備範囲の実体は何か。本件においては、戸棚に生じた損害がXの保管中であったため、Yにとっては誰の如何なる行為に因るものか、従ってXに帰責事由が存在するか否かも、殆んど知り得ない状況にあった。BGHは、これを「Yの勢力範囲 Einflußsphäre から遠い事情」と表現している。つまり、反対にXの立場こそは、そのような事情が由来した勢力範囲であり、従ってXの責任領域であると言うことができる。結局、Xの責任領域の実体は保管行為であり、このように言い得るのは、保管行為が専らXの勢力範囲であることに因る。この場合、「責任領域」の北法25(3・119)285

措辞は、前出^②事件の本文後部の解説を参借すると、「危険領域」概念を構成する一表現形態である。

本件判決理由は、立証責任の分配の基準、即ち本稿の理論の根拠を広く諸々の実体法規に求めて、それらの基底にある法原則であると明言している。しかし、たとい約款が無効であるとしても、本件が偶々 HGB § 390・I に該当する事案であったのであるから、これを適用する旨指摘するのみで足りたはずである。この意味において、本件BGHは、危険領域理論の一般化を試みて、その理論件を前准させたものである。

(1) HGB § 417・1によると、倉庫営業者の物品の保存その他に関する権利義務に対して、問屋 Kommissionär の規定である § 388~ § 390が適用をみることとなる。

このうち、同法 § 390・1は、「問屋 Kommissionär はその保管中の物品の喪失および被害につき責任がある。但し、喪失または被害が通常の商人の注意により避けられ得ざるときはこの限りでない。」と規定する。両規定によって、倉庫営業者の保管中に物品の損害が生じた場合、倉庫営業者が注意義務を怠らなかった旨を主張し(これが争われる場合、さらに証明し)なければならないこととなる。従って、倉庫営業者に免責義務が存在すること、即ちこの場合、帰責事由の立証責任は倉庫業者たる X に課されることを意味する。

- (2) ドイツー般運送取扱業者約款(ADSp) §51・a「運送取扱業者はそのあらゆる業務を行なうに際し、原則として自己に帰責事由ある限りにおいてのみ責に任ずる。免責義務は運送取扱業者にある。なお、物品に対する損害が外見上認識できなかったか、又はその他の理由から、事実情況により損害原因の解明が運送取扱業者に公正に要求され得ない場合は、運送業者に損害の責任がある旨を委託者が証明すべきである。」
- (3) BGHZ3・162 [174]。これにつき⑥注(3)事件を参照。なお、当該事件は危険領域の用語を用いなかった点で、本件と共通する。しかし本件が危険領域理論の実質を論ずるものであることは、以下の本文に示されるとおり明きらかである。前者に比べて、理論に対する実質的な把え方において深化し、事態ははるかに越えている。
- (4) 前出(多⑥) ① 事件が引用されている。前三者は Gefahren und Organisationsbereich の措辞を用いて、危険領域を論ずる。
- (5) 従って②事件の解説冒頭の段落において、唯一性を指摘したがここに訂正する。判決理由を検索する際の脱漏によるものである。
- ② <1964年2月27日 MZR 207/62 VersR 64,632> 家屋の所有者Xは、その灯油暖房設備に10000ℓを給油するようF会社に注文した。

FはYを通じて給油させた。Yの運転手が給油を始めて間もなく、各2000 ℓ 容量の 6 個のタンクのうち、4 個が内圧過剰で破裂した。また、流出した油は家の土台や地下室の上の地面に浸み込んだ。Xはこれにより生じた損害として 9166.58 DMと利息の支払をYに訴求している。前二審とも、請求が認容され、Yが上告した。

請求権の根拠は、F会社がYに対して有する契約上の損害賠償請求権をXがFから 譲り受けたので、その請求権の範囲は第三者の利益の損害の凊算 Schadenliquidation des Drittinteresse という観点からXに生じた損害に及ぶことと、さらに道路交通法 § 7 とに基づいている。BGHも原審OLG Hamburg の見解と同様、前者の契約責任に 基づく請求権の存在を認めた。つまりYのXに対する積極的契約侵害を肯定した。

原審ならびに本審における主たる争点は、Yの帰責事由の存否である。このタンクには過剰給油のときの安全装置がなく、給油の際Yの運転手は、油面計によれば10000 l は給油できることをXの家屋管理人Hから聞いている。しかし原審は、油面計が正確でないことは多々経験することで、運転手にこの点の専門知識が欠如していたことは、およそYが運転手に教示すべきこと、並びに予防措置を、充分に教えていなかったという意味でYに帰責事由があり、反面、灯油暖房のことでは技術上の素人である X およびHには何の非難も向け得ないから、Y は免責されないと判示した。

BGHは上告理由に対して以下の諸点でOLG Hamburg の判断の適法性を説いた。その第一点は、Xに給油過剰の安全装置取付義務違反があるとの批判に答えて、『オイルタンク標準』なる文書によれば本件タンクが設置された当時のものには安全装置を取り付ける義務はなかったことを確認している。

Yは、第二点でも上掲文書の第12、31節に規定された、『タンクに給排油する際は燃料油が地下および排水施設に至らないようにすること』に対する違反を指摘し、このことから、「損害はYの危険領域 Gefahrenkreis にではなく暖房設備の所有者たるXのそれに属する」と結論づけた。これに対しBGHは、引用規定は灯油暖房設備に給油する業者の契約上の注意義務の範囲について iiber den Umfang der vertraglichen Sorgfaltspflichten なんら意味をもたないから、この点の上告理由は的はずれの議論であるとして一蹴している。

その第三点は次のとおりである。

「本件において、損害がオイルタンクに給油すること Füllung と関連して生じたことには争いがないのであるから、少なくとも損害はYの危険領域および責任領域に in Gefahrenbereich und Verantwortungskreis にあり、それゆえYは自らを免責しな 北法25(3・117)283 (2) ければならない (……)。控訴裁判所が、この免責証明は行なわれなかったと見てい (3) ることに、法的瑕疵はない。」

本件における損害の具体的内容は必ずしも明きらかでないが、タンクの破損とオイルによる建物等の汚損であると思われる。これら損害の発生原因が給油の過剰であることは、当事者間に争いがない。残る過剰給油に対する「Yの帰責事由」の存否について、原審は、従業員に対し業務内容についてYの指導・教示が徹底していなかったという理由で、「Yに帰責事由あり」と明示した。その際、原審が「Yによって免責証明が行なわれなかった」ことにも言及したことが、上掲第三点からうかがえる。これによると「帰責事由不存在」の立証責任がYに存在することとなり、契約責任の一般とは異なる点を上告理由は不服としているのであるう。

BGHがこれに答えたのが第三点である。そこでは、Yが自ら免責証明すべきこととなる「理由」として、「危険領域」論が機能していることが分る。もちろん判決理由中にBGBの条文は明示されていないが、民法典中に既に規定された立証責任の分配を、危険領域論によって裏付けた作業を読みとることが可能である。

さらに、損害がYの危険領域にあるとされたのは、Yの運転手の「給油」行為に関連して損害が発生したからである。就中、その行為が専門技術的な要素を有することに、決定的要因が在ったと思われる。この論拠は、注(2)に引用された⑨事件と同一線に位置するものであろう。即ち、Yの給付は客観的に瑕疵があり、客観的契約侵害があった以上、Yが帰責事由(主観的義務違背)について自らを免責すべきだとする、ラーペの所説に倣うものと言える。

この免責証明をYに課すことの正当性如何について、判決文は一切を明きらかにしていない。これも一応、前出⑥、⑨事件など引用判例の「理由」に説明を委ねたものと言えよう。しかしBGHは、このような立証責任の分配が正しく本件の事案に妥当するか否かを熟慮のうえで結論を導いたのではない。むしろ、注(3)に示された事実が証明されたとしても、既にY側の帰責事由は存在するものとして動かないという確信を形成していた。このような前提に立つならば、少なくとも事実認定について立証責任を論ずる必要性は無かった。にも拘らずBGHがこれを論じた背景には、Yが上告理由で、又は既に原審の段階において危険領域論を持ち出し、しかも立証責任の分配を自己に有利に導こうとした過程を推測できるのであり、裁判所もこれにひきずられたものと思われる。従って、殊更に危険領域論の適用に切実な事情はみることができない事案であった。

- (1) Yのタンクローリー車の運転手は、運転中の車両のエンジンを用いたポンプ によって給油した。道路交通法 Straßenverkehrsgesetz § 7 [車両所持者の賠 償義務] はつぎのように規定する。
 - 目動車の運行に際して、人が死亡し、人の身体または健康を害し、あるいは物が損害を受けた場合、車両の所持者は被害者に対し、これにより生じた損害を賠償する義務がある。
 - 事故が不可避的結果に因るものであって、車両の性質に瑕疵があり、または その作動の故障に因るものでない場合、賠償義務は排除される。 な かん ず く、その結果が被害者または運行に関わりのない第三者あるいは動物の行為 に基づき、かつ車両の所持者も運行者も事の事情に応じて要するいかなる注 意もはらったという場合には、不可避なものとする。
 - Ⅲ 或る者が車両所持者の知らない間に車両を利用した場合,その者は所持者に代わって損害賠償の義務を負う。所持者の帰責事由によって車両の利用が可能となった場合は、その者と並んで所持者に賠償の義務がある。第一文は、利用者が車両運行のため車両所持者によって雇われている場合、または車両が所持者から彼に引き渡されていた場合において、適用をみない。この規定によると、本件において運転者の帰責事由に関する立証責任はY側に在ることとなる。Xは立証について有利な立場にあるこの規定をも引用したのであったが、裁判所はこれを適用しなかった。
- (2) 前出⑥, ⑨事件のほか, BGH LMNr. 6 zu § 377 HGBを引用。
- (3) 実際には、原審においてYは人証を申し出たが、裁判所はこれを調べるに至らなかった模様である。Yがこれによって証明しようとした事実は、仏Yの連転手は給油開始前に10000ℓもの多量の注文量がタンクに入るのか否かをHに尋ねたところ、@Hは油面計の位置から、これを肯定した。②そのあと、運転手はもうどの程度入ったかを、給油の間にHから継続的に報告してもらい、⑤9000ℓを給油の後、運転手はポンプを極めてゆっくりと作動させた、⑥9500ℓを給油したところで、Hはあとまだ1000ℓがタンクに入ると説明した、等の事情である。

しかしBGHは、たとい上述の事実を基礎としても、免責証明を行なわなかったという結論は違法でないと判断した。「蓋し、控訴裁判所の確定したところによれば、運転手もHも油面計の表示を頼り……しかもそのような装置は経験上しばしば正確でないことがあるのであって、運転手はHの報告を信頼することが許されないからである。」

(4) Raape, AcP 147, 218.