HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	ドイツ民法最新判例紹介（2）
著者	内山，敏和；UCHIYAMA，Toshikazu
引用	北海学園大学法学研究，55(2)：204-184
発行日	2019-09-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

資　　料

ドイツ民法最新判例紹介（2）

内　山　敏　和

1．予期せぬ財産取得がある場合の補充的遺言解釈
2．オンライン支払サービス ── Paypal ── を通じた売買代金支払いの履行の効力
3．性質保証の消滅時効は、法律上の瑕疵担保請求権の訴訟上の追行によって中断するか
4．賃貸人質権は、通常土地上に存在している賃借人の自動車に及ぶ
5．太陽光発電設備に基づく眩惑効果の除去への請求権
6．女性から男性へと性転換した者を「母」とすることができるか

（はじめに）

今回は、JuS 2018 年 1 号での紹介漏れ 1 件及び 4 号から 5 号までに紹介されている、合計 6 件を取り上げる。

1．予期せぬ財産取得がある場合の補充的遺言解釈（JuS 2018, 74 mAv Prof. Dr. Marina Wellenhofer）

BGH, Beschl. v. 12.7.2017 – IV ZB 15/16, NJW-RR 2017, 1035

1．補充的遺言解釈について。

2．被相続人が総財産（Sachgesamtheit）の終意指定によって遺産を処分し尽し、同時に受遺者を単独相続人とすることを望んでいた場合において、被相続人の規律プランに従った解釈によってなされる相続人指定がその後に生じた予期せぬ財産取得をも包含すべきかについては、個別事例において審査されなければならない。

【事案の概要】

被相続人 A は、2007 年 9 月 3 日、本件遺言を作成した。そこでは、A

の自宅土地をAの長年の生活パートナー（Lebensgefährte）Bに終身で使用させることを定め、Bは、その保持・管理等が義務付けられ、Bの死後は、Cに引き渡されるものとされている。Cは、Aの亡夫の大姪で、Aの以前の生活パートナー（すでに故人）がCの洗礼の際の代父となっている。それでもなお残っている現金や固定資産があった場合には、葬儀と墓所管理に充てられるものとされていた。Aの装飾品は、Aの兄弟であるDの妻Eに遺された。Aには、子は、いない。Aは、2015年10月11日、死亡した。しかし、その直前である同年6月4日、Aの父のかつての戦友が死亡し、彼がAを自らの単独相続人に指定し、かなりの額の財産をAに遺していた。DとCが申し立てた相続証書手続において、Aが新たに相続した財産について法定相続が生じるのか、それともCが相続人となるのかが争われた。

遺産裁判所であるラインベルク区裁判所は、Cの主張を認めた一方で、デュッセルドルフ上級地方裁判所は、これを認めず、Cの申立てを棄却した。そのため、Cがこれに対して法律抗告をし、Dも自らの主張を認める手続きを継続するよう付帯抗告を行なった。

【判旨】破棄差戻

遺言の補充的解釈を行なう場合、その終意処分に意図せざる規律の欠缺が存在していなければならない。「そのような欠缺が存在するのは、特定の、実際に生じた事件が被相続人に考慮されておらず、そのため規律がされていないが、被相続人がそれを考慮していたならば、規律がされていたであろう場合である。遺言作成後に生じた出来事がそのようなものとして問題となるのは、そのことを知っていることが後の被相続人の決定にとって意味があったであろうという場合である。被相続人の予期せぬ財産取得もこれに当たる場合がある。」ただ、その判断は、遺言作成時における全事情を総合的に考慮して行わなければならない。この場合、文言だけを基準とすることできず、解釈によってもたらされる相続人指定が被相続人の規律の構想によれば後に生じる、予想外の財産取得についても含むものであったのかを検討しなければならない。そして、この検討と、後の財産増加によって当初の相続人指定が変わるかどうかという問題とは区別されるべきである。このことは、抗告審所引の1972年判決が否定し、遺言作成時の被相続人の意思が（補充的でない）解釈にとっては決定的であると判示している。しかし、この意思は、意思に

基づき、欠缺の判定にとって規定的な被相続人の全体構想と同義ではない。本件のような場合において明らかにされなければならないのは、解釈によって究明された被相続人の終意処分がそれによって追及されている目的に鑑みて欠缺があるのかどうかである。原審は、この点の認定がない。

また、抗告審は、補充的遺言解釈に必要な遺言者の仮定的意思も認定していない。「それは、被相続人の現実の意思を推測したものではなく、被相続人が終意処分の構想に反する不完全性をその作成時において認識していたならば、有していたであろうと推測される意思である。その点で、── 抗告審がいみじくも認めている通り ── 状況に対応した被相続人の意思というものを前提にできるのは、それが特定の、終意処分の解釈によって認識可能な、被相続人の意向に帰するものとされ得る場合のみである。そのような意思が認定されえない場合、規律の欠缺が存在するとしても、従来の解釈結果に止まらなければならないのである。」これに対して、原審は、C は本件自宅土地のみを得るものとするという A の現実の意思のみを基準とし、そこから 2088 条 1 項の法律上の解釈規定を基準としているが、「これは、しかしながら、決定的に重要な仮定的な被相続人意思の探求の代わりとなり得るものではない。」

さらに、そもそも原審が C を単独相続人であるとした点に問題がある。2087 条 2 項は、個別の目的物を与えたに過ぎない場合、これを相続人の指定ではなく、遺贈と推定しているが、「相続財産がそれによって大部分使い果たされるか、その客観的価値が残余財産に対してその価値において勝っており、被相続人がそれを自らの本質的な相続財産と看做していたといっていいほどの場合、自宅土地のように、価値の高い主要な相続目的物の出捐が相手方への相続人の指定と見ることができる」のが原則となる。そのうえで、「ある者が相続人として指定されているかの決定においては、誰が被相続人の意思に基づいて相続財産を規律している（regeln）のか、誰が葬儀費用も含む相続債務を弁済すべきなのか、相手方が取得するのが相続財産に対する直接的な権利なのか、それとも他の相手方に対する請求権に過ぎないとされているのか、という点が本質的に重要である。」本件では、まず B に自宅の使用権が与えられるが、これによって B が先位相続人に指定されていると解せないかを検討する必要があるが、そのための事実認定は、十分ではない。

【コメント】

まず、ドイツ法は、日本法とは異なり、被相続人が相続人を指定することができる。さらに、ある相続財産についてまず先位相続人となる者がこれを相続した後、その死亡後に、後位相続人がこれを相続するという制度を有している。これらの点は、本決定の前提となる日独の制度上の相違である[1]。

では、本件遺言によって誰が相続人であるとされているのか。自宅を除く残余の現金や固定資産は、葬儀等に充てられるというのであるから、当初からそこまで多額になることは想定されていない。そこで、本件遺言が誰かを相続人としていると解した場合、ほぼ唯一の財産である自宅の最終帰属者であるCが相続人として指定されていると考えることができる。しかし、この相続人指定は、後の財産取得を前提としたものではない。そこで、財産取得によってこの遺言の規律に欠缺が生じたと、原審は、考えた。そして、この場合に、法定相続に関するBGB2088条1項に立ち返ったのである。本決定は、そのような補充的解釈の要件が満たされていないとして、原決定を破棄したものである。

日本でも、本件のように、生活スタイルの多様化に伴って、利害関係者が複雑化することが十分考えられ、それに従って、遺言の利用もヨリ活発化するものと思われる。ただ、日本では、この種のアレンジメントは、信託によって行なわれることも予想できる（いわゆる後継遺贈の有効性の議論に鑑みると、これ以外の方法は、困難であろう[2]）。このような信託を遺言信託によって設定したとしても、同様の事案において予期せぬ財産取得についての相続分指定・包括遺贈の趣旨を解釈によって導き出すのは、やや困難かもしれない。遺言作成後の事情の変化と遺言の解釈については、最判平成23年2月22日民集65巻2号699頁があるが、本件とはかなり様相の異なる事案である。

1　ドイツ相続法の概要としては、浦野由紀子「ドイツ法」大村敦志［監修］『各国の相続法制に関する調査研究業務報告書』（商事法務研究会、2014年）1頁以下。

2　日本では、今回の相続法改正によっていわゆる配偶者居住権の制度が導入された。しかし、本件のBのような場合、この制度を用いることはできない。

2．オンライン支払サービス（PayPal）を通じた売買代金支払いの履行の効力（JuS 2018, 379 m. Anm. Prof. Dr. Sebastian Omlor）

BGH, Urteil vom 22.11.2017 – VIII ZR 83/16, NJW 2018, 537

【要旨】

1．売買代金が合意によりオンライン支払サービス PayPal を使用して支払われる場合、義務付けられた給付が生じるのは、買主が負っている金額が売主の PayPal 口座に留保なしに記入され、後者がその支払額を最終的に自由な処分することができるようになったときである。

2．〔一度〕決済された請求権の ── 場合によって黙示的になされる ── 再設定がなされ得るのは、特定の要件の下で従来の債務の復活を合意する自由を有する当事者たちがこれに対応する意思を有する場合で、そもそも契約締結に方式が強制されていない契約の場合であり、且つ将来的にすでに支払われた債務額の返還または払戻しがなされた場合である。

3．売買契約の締結とともに付随条項としてなされた、売買代金債務の決済のために支払いサービス PayPal を利用するという合意は、BGB133 条、157 条の解釈準則と並んで、原則として PayPal によって使用されている普通取引約款、とりわけ、売買契約当事者が支払いサービスの利用前に同意した PayPal 買主保護ガイドラインの規定に従う（Senatsurteile vom 24. August 2016 – VIII ZR 100/15, BGHZ 211, 331 Rn. 19; vom 15. Februar 2017 – VIII ZR 59/16, NJW 2017, Rn. 12; jeweils mwN の展開）。

4．売買代金が約定通り支払いサービス PayPal を利用して支払われる場合、売買契約当事者は、── これと反対の根拠がない場合 ── 同時に次のように黙示に合意している。すなわち、売主の PayPal 口座が買主による申立てが受け入れられ PayPal 買主保護ガイドラインに応じた買主保護により引き落され、売買代金が買主の PayPal 口座に再び記帳される場合、決済された売買代金請求権が再び設定される、と。

【事案の概要】

X は、2014 年 8 月初め、eBay にて携帯電話を 617 ユーロ（送料別）で

売りに出した。Y_1は、店舗販売のほかにオンライン通信取引を行なっている民法上の組合であり、Y_2らはその組合員である。Y_1は、2014年8月3日に、当該機器を購入した。両者は、これを保険を掛けることなく小包で送ることとし、代金は、オンライン支払サービスであるPayPalを通じて支払うこととした。その際、彼らは、PayPalとの取引関係について、同社が使用している利用条件、とりわけPayPal買主保護ガイドラインとPayPal売主保護ガイドラインを受け入れている。

PayPalは、2014年8月4日、Xに対し、売買代金がXのPayPal口座に振り込まれたことを通知した。そこで、Xは、商品を郵送にてY_1に発送した。しかし、Y_1は、商品を受け取っていないと主張した。Xが追跡調査を行なったが、結局、商品がどこへ行ったのかは、分からないままであった。そこで、Y_1は、PayPal買主保護ガイドラインに基づいて買主保護を申請し、PayPalは、同年9月10日、Xに対して、買主に有利な決定をした旨、通知し、代金及び送料相当額をY_1のPayPal口座に記帳し、同額をXの口座から引き落とした。そこで、XがYらに対して代金の支払いを請求した。エッセン区裁判所は、Xの請求を棄却したが、同地方裁判所は、Xの控訴を容れ、Yらに対し、617ユーロ余の支払いを命じた。Yらによる上告。

【判旨】上告棄却

1．まず、PayPalによる代金の支払いの効力については、それがBGB362条1項による本来の債務の弁済なのか、BGB364条2項の履行のための給付であるのか、同条1項の履行に代わる給付（代物弁済）なのかは、重要ではない。いずれにせよ、債務額が売主のPayPal口座に留保なく入金され、その結果、売主が支払額を最終的に自由に処分することができるようになった場合、口座引落しや振込の場合と同様に、売買代金請求権が履行されたことになる。もっとも、PayPalによる支払いの場合には、買主保護による組戻しの可能性が一定期間存在する。しかし、このことによって、履行の効果がこの浮動的期間の経過後に初めて生じるというのが当事者の意思に適うという結論を正当化するものではない。このように解することは、クレジットカードや口座引落しによる支払いの場合と同様、支払がそのまま存続し続けるのが普通であり、払戻しが生じるのはごく例外的なことだという事情とそぐわない。

2．では、PayPal買主保護によってXの口座から入金額の組戻しが

なされた場合、履行の効果は、どうなるのか。原審は、解除条件の成就により遡及的に失効すると解している。しかし、PayPal が売買代金を買主保護の申請に基づいて組み戻し、買主の PayPal 口座に再び入金した場合でも、履行の効果は、遡及的に失効することはない。返還請求の留保を合意することは、履行の効力をそもそも初めから妨げることになる。というのも、履行の効力は、暫定的にのみ生じうるものではなく、むしろ通常は、給付実現の客観的な帰結として生じうるものであり、それ以上の事情は必要ないものだからである。

3．ただし、XY 間の関係については、PayPal の支払いサービスを利用するという売買契約締結時における付随条項によって、両当事者が、これと同時に黙示的に、「── 本件でもそうなったように ── X の PayPal 口座から、PayPal 買主保護ガイドラインの基準により買主保護の申請が認められ、逆引き落としされた場合、決済された売買代金請求権が再設定される」と合意している、と認められる（BGB311 条 1 項）。そもそも、私的自治の原則から、もともとの債務の復活させることは、当事者の自由である。両当事者の利害を考慮した契約解釈の基準により、本件でも、このような合意の存在が導かれる。

売買契約の際の付随的条項の表示内容は、BGB133 条、157 条に基づく解釈準則と並んで、PayPal の普通取引約款の規定、つまり PayPal 買主保護ガイドラインに依拠する。まず、ガイドライン Nr. 6.1 は、PayPal 買主保護が売主と買主の権利義務に影響を与えないと規定している。このことから、買主保護の申請の場合にも、当事者間の権利がその適用の決定に影響を受けないという合意が当事者間には存在している、といえる。また、買主保護が拒絶された場合には、買主は売主に対して訴訟を提起して代金の返還を求める途が存在していることとの均衡上、売主も、買主保護が認められた場合、代金の支払いを求めて訴訟を提起する途を残す必要がある。さらに、買主保護の判断は、売主による送り状の提出のみでなされるが、本件もそうであるように、それ以外の方法で商品の送付が証明される場合に、売主の代金請求権が失われるというのは不合理である。また、代金支払義務を再設定するとしても、買主に不当な不利益が生じるわけではない。BGB447 条 1 項は、商品の送付リスクを買主に課しており、その場合でも、285 条により、売主が保険会社や運送業者に対して有する請求権が買主に譲渡される。本件では、運送について無保険であるが、それは、当事者の合意によるものである。

最後に、給付障害について売主と買主の間で解決すべきであり、売主に PayPal と訴訟をするように指示することは妥当ではない。このことは、PayPal がガイドラインで買主保護についての自らの判断の最終性とこれについての訴訟提起を排除していることからも、明らかである。

４．Ｙは、本件携帯電話を受け取っていないが、それによって、代金債務が妨げられることはない。BGB447 条は、商品の送付リスクを買主に課しており、これを排除する合意がなされているわけでもない。また、本件売買が消費動産売買であるとの認定もされていない。

【コメント】

日本では、債権法改正によって、預金口座等に対する払込みによって支払いがなされた場合の弁済の効力について規定を設けた。そこでは、債権者が払込みに係る金額の払戻しを請求する権利を取得した時に、弁済の効力を生じる、とされている（477 条）。ドイツでも、本判決も引用する BGH 判決が類似の判断を示している[3]。これと同じような効力が振込以外の電子決済手段についても適用されるのかが、ここで問題となっている。

少数説は、PayPal 口座に入金された額が銀行口座に入金されて初めて履行の効果が生じる、とする（判決文によれば、*Pfeiffer* in *Prütting/Wegen/Weinreich,* §364 Rn. 19）。しかし、判決は、合意によって PayPal 口座に送金された額の支払受領者の銀行口座への入金は、支払者の義務の範囲には入らず、PayPal 口座に入金されれば、すでに支払受領者の給付利益の満足がもたらされること、支払受領者が銀行口座に振り込まないことにより履行の効果を恣意的に遅らせることができることを指摘して、この見解を採用していない[4]。

そして、この履行の効果は、PayPal 買主保護によって送金が組戻された場合にも、消滅しないとしている。ここでは、単一ユーロ支払圏コア自動引落スキーム（以下、SEPA スキーム）の場合との対比がされている。このスキームでは、引落しから 8 週間、顧客は、無条件に払戻しを受ける権利がある[5]。これに対して、PayPal 買主保護の場合、その発動

3　*BGH*, NJW 1996, 1207; NJW 1999, 210. Dieter *Medicus*/Stephan *Lorenz*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 18. Aufl., München 2008, Rn. 182.

4　本件評釈の Thomas *Pfeiffer*, LMK 2018, 403030 は、当然、これに反論している。

は、PayPal 側に委ねられており、顧客の意向で常に組戻しができるわけではない。SEPA スキームのような場合には、判例は、自動引落しを用いて請求権を回収する際に、本来義務付けられている（現金）支払に代える給付をなすために必要となる履行合意は、支払者の払戻請求（Erstattungsverlangen）という解除条件に服しており、その結果、履行の法的効果は、この条件が成就すると、遡及的に消滅する、としている[6]。原審は、この判例を本件にも適用しているが、BGH は、上記の支払者の払戻請求権の有無により、これを退けている。

本判決では、払戻後の売買契約当事者間の調整を、黙示の意思表示の認定によって図っている。その際、民事第 8 部は、その理由を縷々述べているが、その背景にあるのは、売買契約当事者間の商品不着のリスク配分であるというべきだろう。その点で、（事業者間取引の事案である）本判決の射程は、消費者契約には及ばない。もっとも、我が国では、そもそも BGB447 条 1 項に相当する規定は、存在しない。その意味では、問題となり得るのは、本件のような「商品未受領」（INR）ではなく、「説明と著しく異なる」（SNAD）の事例ということになる。が、それでも、この場合のリスクは、原則として、売主が負うべき類のものであろう。このように考えると、日本では、本判決のように黙示の意思表示を通じた調整が生じる余地は、実際には、限定的だといえるのではないか。

なお、Omlor は、BGH の立場には否定的で、PayPal の約款の有効性を問疑すべしとしている。つまり、買主保護を完全に PayPal の恣意に委ねることは、売主は直接的に、買主は代金総額を通じて間接的に、支払いサービスに対する対価を支払っているということに鑑みると、利用者を不相当に害するものであるという。したがって、X は、Y ではなく、PayPal を訴えるべきであったという[7]。

5　2017 年改正（2018 年 1 月 13 日施行）前の BGB675 条 x 第 2 項では、支払者と支払業者の間で、このような払戻についての合意をすることができるとされていたが、改正後の規定では、コア自動引落スキーム及び事業者自動引落スキームにおいて、支払者は、原則として、支払業者に対して払戻請求権を有する、と規定している。

6　*BGHZ* 186, 269, Rn. 23f.

7　なお、本判決については、ヨハネス・ハーガー（芦野訓和［訳］）「インターネット上での契約締結」東洋法学 62 巻 1 号（2018 年）92 頁以下で紹介されている。ハーガーは、本判決を「不必要に複雑で、ほとんど説得力がない」とし、オンライン支

３．性質保証の消滅時効は、法律上の瑕疵担保請求権の訴訟上の追行によって中断するか（JuS 2018, 381 m. Anm.Prof. Dr. Martin Schwab）

BGH, Urteil vom 27.9.2017 – VIII ZR 99/16, NJW 2018, 387

【要旨】

２つの請求権を導く生活実態が同一で、請求権の目的によって特徴づけられており、両請求権の成立にとって基礎となる場合、それらの請求権は、BGB213 条の意味における「同一の原因」に基づいている。すなわち、その請求権の根拠が「その核心において」同一でなければならない。売買に基づく瑕疵担保請求権とそれに付随して締結された（Haltbarkeits-）保証の間にはそれが欠けている（BGHZ 205, 151＝NJW 2015, 2106 の展開）。

【事案の概要】

事業者である X は、2013 年 1 月 23 日、走行距離約 150,000 km の中古自動車を代金 9,450 ユーロで Y から購入し、引渡しを受けた。両当事者は、翌日、本件自動車について保証契約（Garantievertrag）を締結し、その中で、Y は、期間内に特定の躯体の瑕疵がある場合に修理をすべく義務付けられており、その際、X は自己持出し（Selbstbehalt）として材料費の 40％を負担すべきこととされていた。さらに、保証事故に基づく請求権は、損害発生から 6 か月、遅くとも保証期間の開始から 6 か月で時効により消滅することとなっていた。

本件自動車は、同年 7 月 22 日、噴射ノズルの瑕疵により動かなくなった。Y の費用見積もりによれば、修繕費は、税抜 1698.72 ユーロであった。同年 8 月 8 日付の弁護士書面にて、X は、Y に対して期限を定めて（無償の）修繕を請求した。その後、X は、保証契約に基づいた損害事故の処理を明示的に拒絶し、同年 11 月 13 日付の書面にて、本件売買契約の解除の意思表示を行なった。2014 年 1 月 22 日に提起され、同年 2 月 10 日に送達された訴えによって、X は、本件自動車の返還と引き換えに、走行距離数に応じた使用利益補償分を減じた売買代金の返還等を求め

払サービスによる支払いは、暫定的なもので、遡及的に消滅する、と述べる。

た。Xは、まず、法律上の瑕疵担保請求権のみを主張する一方で、保証合意を援用しないと、主張した。しかし、同年12月3日付の書面にて、保証契約に基づく請求権も援用し、同月23日付の書面にて、予備的に上述の費用見積もりにおいて示されている修繕の実施を請求した。Yは、時効の抗弁を援用した。

カイザースラウテルン地方裁判所は、訴えを棄却し、ツヴァイブリュッケン上級地方裁判所は、Xの控訴を棄却した。Xによる許可上告。

【判旨】上告棄却

1．上告審において問題となっているのは、保証合意に基づく自動車の修繕請求権が時効消滅しているか、という点である。同請求権の時効期間は、噴射ノズルの瑕疵が明らかになった2013年7月22日に進行を開始し、遅くとも2014年5月13日に満了している（Xによる同請求権の援用は、同年12月3日）[8]。そこで、同年1月に提起された本訴によって、同請求権についても時効が中断したかが問題となる[9]。

2．具体的には、同請求権が、売買契約の原状回復請求をすることによりBGB213条に基づいて時効中断するか、が争点となる。この両請求権は、同条の選択的競合にも代替的競合にも当たらない。まず、選択的競合に当たるか。同条の趣旨は、債権者が複数の請求権を有しており、その一つを主張するとその他の主張が排除される状況で、その対応のミスから生じる結果から債権者を時効法の観点から保護することにある。そのため、同条の射程は広く解されており、法律が債権者に当初から複数の、確かに同一の利益に向けられているが、内容的に異なる請求権をその選択に委ねており（選択的競合）、あるいは少なくとも同一の経済的利益を追求する際に或る請求権ではなく別の請求権を選ぶことを債権者に可能とする場合に、あらゆる請求権に適用されることになる。しかし、債務者の利益も考慮するとこれを無制限に拡張するわけにはいかない。すなわち、拡張効が生じるのが、債務者が中絶（Unterbrechung）又は中

8　これは、Xが解除の意思表示を行なった時点で両当事者の交渉が終了したとして、時効進行の停止が解除されたと考えるからである（BGB203条）。

9　BGB204条1項1号により、訴訟提起により中断したかについては、原審において、訴訟物が異なるため、否定され、上告理由においても触れられていない（Rn. 16）。

断によって請求権について充分に警告を受け、その他の請求権に関する債権者の法的追求を予期できた場合に限らなければならない。

そこで、複数の請求権が選択的競合にあるといえるかについては、法律が債権者に一般的に複数の、互いに排除し合う請求権をその選択に委ねており、それらの請求権が同一の原因に基づいて存在しているか、が問題となる。しかし、売買代金の返還請求権は、法律の規定に基づいている一方で、修繕請求権は、契約的基礎を有するものであるので、このような場合に当たらない。

また、同一の原因といえるかについては、訴訟法上の概念と一致する必要はないが、両請求権の成立にとって基礎となる生活実態が同一で、請求目的によって特徴づけられており、それによって請求権が導かれる場合、すなわち、その請求権の根拠が「その核心において」同一である場合でなければならない。代金返還請求権は、法律上の瑕疵担保に基づいており、危険移転時にすでに存在している瑕疵を前提としている。他方で、修繕請求権は、特別な保証合意に基づいており、危険移転後に瑕疵が発見されたことのみを前提としている（Haltbarkeitsgarantie）。したがって、両請求権は、その核心において異なる請求権原因に基づいており、それ故、BGB213 条の意味における「同一の原因」に基づいているとは言えない。

３．さらに、代替的競合については、まず両請求権が「同一の原因」によって生じたといえないこと、さらに、「たとえば、まず物の返還請求権が主張され、その後、その代わりに不能を原因として損害賠償請求権が主張される場合のように、債権者が同一の経済的利益を追求する際に或る請求権ではなく別の請求権を選んだこと」という要件が充たされていない。本件では、一方では、自動車と引き換えに代金の返還が請求されているのに対して、他方で、（その自動車の保持を前提とした）自動車の修繕が請求されているのである。

【コメント】

BGB213 条は、時効の中断等が同一の原因に基づいて、その請求権と並んで、又はそれに代わって生じる請求権についても及ぶ旨を規定している。本判決は、同条で問題になっている選択的競合と代替的競合について検討したものである。

本条は、判決でも述べられているが、債務法現代化により新設された

ものである。ただ、その基本的な発想は、旧法における売買及び請負における瑕疵担保責任に基づく代金減額と解除の競合する請求権の時効から買主・注文者を保護する 477 条 3 項及び 639 条 1 項に遡る（Rn. 18）。

同条の典型的な適用例は、2015 年の BGHZ 205, 151 である。そこでは、瑕疵担保責任に基づく解除権と代金減額請求権が問題となっている。

X が事業者であること及び当初 X は保証に基づく請求をしない旨を述べていたことからすると、結論は、妥当であろう。

4．賃貸人質権は、通常土地上に存在している賃借人の自動車に及ぶ（JuS 2018, 383 m. Anm. Prof. Dr. Volker Emmerich）

BGH, Urteil vom 6.12.2017 – XII ZR 95/16, NZI 2018, 174

【要旨】

1．賃貸人質権は、通常賃貸土地上に駐車されている自動車にも及ぶ。

2．自動車が走行のために賃貸土地から ── たとえ一時的にせよ ── 分離される場合、質権は、消滅する。自動車が後に再びその土地に駐車される場合、質権は、新たに生じる。

【事案の概要】

A 社は、X から本件土地を賃借し、そこで内装業（ブラインド・日よけの設置）を営んでいた。X は、2013 年 3 月 18 日、書面にて、本件賃貸借関係に基づくまだ弁済されていない請求権に関して賃貸人質権を援用した。同年 4 月 10 日に A について破産手続が開始された後、その破産管財人である Y は、同年 7 月 31 日をもって本件賃貸借を解約する旨の意思表示を行なった。賃貸借関係が解消された時点で、X の債権は、13,750.57 ユーロにつきなお弁済されていなかった。Y は、本件土地上にあった A の動産を任意に処分し、これにより付加価値税を含む 13,500 ユーロの売却益を得た。その中には、2 台のトラックと 1 台のトレーラー（以下、本件自動車等を言うことがある）が含まれており、付加価値税を含む 6,500 ユーロの売却益が生じている。X は、賃貸人質権に基づいて収益からの優先的な満足を請求した。Y は、調査・処分費用及び本件土地の明け渡しのためのその他の費用を差し引いた 4,582 ユー

ロをXに支払った。その際、自動車について生じた収益は、考慮されないままであった。

Xは、Yに対してさらなる支払いを求めて訴えを提起した。地方裁判所は、Xの主張を一部容れたが、XYともにこれを不服として控訴した。上級地方裁判所は、第1審判決よりXに対する支払額を増加させたが、その際に、Aの破産手続開始の時点で本件自動車等が本件土地に存在していたかを問うことなく、本件自動車等がXの賃貸人質権の対象となる点を前提としていた。これに対して、Yが上告し、さらにXも付帯上告した。

【判旨】破棄差戻

「通常賃貸土地に停められている自動車も、原則として、賃貸人質権が及ぶ対象に当たる。というのも、〔賃貸人質権の対象には〕賃貸期間に意図的且つ意識的に賃貸居室又は賃貸土地に運び込まれた物全てが含まれるからである。ただ一時的に直ぐに再び搬出する意図でしまわれた物の場合、一時的な存置が賃貸物の定められた通りの使用に対応しているかどうかで、区別されなければならない。賃貸された土地に駐車されている自動車は、これによれば〔賃貸人質権に〕含まれる。というのも、その通常されている一時的な格納は、賃借物の定められた通りの使用に含まれているからである。事実認定によれば、本件トラック及びトレーラーは夜ごとその都度事業地に定められた通りに停められていたものである。」そして、「自動車とトレーラーが破産手続開始の時点で土地から搬出されていて、破産手続開始の後になって初めて再び搬入されたのであれば、それによって新たに成立した賃貸人質権は、破産手続開始後に存続している賃貸借関係に基づく賃借人の破産債務の保全のみをもたらすことになるだろう。すなわち、この場合、破産手続開始の前の時点からの請求権が担保されることなく、それは、破産債権に過ぎない。」

「BGB562条a第1文によれば、賃貸人の質権は、物の土地からの搬出が賃貸人の不知又はその意思に反してなされた場合を除いて、それによって消滅する。同規定の2文によれば、賃貸人は、搬出が通常の生活関係に対応する場合、または残された物が賃貸人の担保に明らかに十分である場合には、異議を申し立てることができない。自動車及びトレーラーが破産手続開始の時点で顧客訪問や配達のために使用された場合、それらは、一見すると、賃貸された土地から事実上空間的に搬出されて

いる。これに対しては賃貸人が破産手続開始までに仮破産管財人による事業の継続の下でも、自動車の目的に対応する乗り出しがその都度「通常の生活関係」に対応する限りにおいて、異議を申し立てることができないだろう。それ故、事業用賃貸借においては、物の搬出は、仮破産管財人がそれを継続する限りで、通常の事業の範囲内と考えられる。」

さらに、一時的搬出が賃貸人質権に与える影響については、「単に一時的な物の搬出であってもすべて、賃貸人質権の消滅にとって十分であり、再搬入の際の再成立を前提としている」通説が妥当である。その根拠としては、文言上「搬出」概念に制限解釈すべき契機が存在していないこと、前身の旧560条1文の審議においても搬出による一時的消滅を歴史的立法者が前提としていたこと、占有を前提としない賃貸人質権において搬出を制限的に解することには体系上の問題点が存在すること、一時的搬出と永続的搬出を区別することが困難であり、法的安定性を害すること、最後に、「自動車の修理のために乗って出された場合に、占有と結びついている請負人質権（BGB647条）が占有を持たない賃貸人質権に対抗できない」ことになり、不当な結論をもたらすこと、が挙げられる。

【コメント】

判決は、自動車のような可動性の高い動産についても、賃貸人質権の対象としたうえで、一時的搬出の場合には、その対象から外れ、再度搬入された際には、再びその対象となる、という通説に基づいた構成を採用している（質権消滅肯定説と言えようか）。判決自身が指摘するところでは、この点については、「物が初めから一時的な計画でのみ運び去られた場合、それは、賃貸人質権の消滅をもたらすのに十分ではない」という見解（質権消滅否定説と言えようか）と「一時的に搬出された物が他人の力領域に搬入されたかどうかによって、区別しよう」という見解（折衷説）が主張されている中で、縷々その根拠を述べつつ、通説を採用したものである。

BGB562条の賃貸人質権は、我が国では、動産先取特権の一種である不動産賃貸の先取特権（312条以下）に相当する。本件との対比でいえば、土地上の営業所等のために使用し、駐車されている自動車等が「その土地…に備え付けられた動産、その土地の利用に供された動産」（313条1項）となるのか、なるとして、その効力がどのように自動車等に及ぶのか、が問題となる。裁判例では、ある程度の期間継続して存置する

ために建物に持ち込まれた商品について先取特権の対象となることを認めているが、自動車のように移動が前提のものについて同様の判断がされるのかは、はっきりしない[10]。

5．太陽光発電設備に基づく眩惑効果の除去への請求権（JuS 2018, 384 m. Anm. Prof. Dr. Marina Wellenhofer）

OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.7.2017 – I-9 U 35/17, BeckRS 2017, 119227

【要旨】

1．屋根に設置されている太陽光発電設備（Photovoltaikanlage）から生じる眩燿効果は、BGB1004 条 1 項の意味における隣接地の所有権侵害に当たり得る。とりわけ、〔問題となる眩燿効果の原因は、〕単なる自然光ではない。確かに、太陽光は、反射による眩燿効果について（ともに）原因となっている。しかし、太陽光発電設備による太陽光線の反射あるいは逆行がなければ、隣接地への苦情を申し立てられているような侵害は、存在しないだろう。

2．著しい眩燿効果 ── その点では、合理的な平均人の感じ方が決定的であり、そこでは、眩燿効果の長さ、反射の強度及びそれによって生じる当該土地の利用への影響といった個別事例における具体的諸事情が着目されるべきである ── を隣人が受忍する必要はない。その際、太陽光発電設備それ自体が当該居住地域において慣行性があるかどうかが問題となるのではなく、むしろ、それに起因し、ほぼそれに匹敵する眩燿効果に慣行性があるどうかが問題となる。

【事案の概要】

Y の自宅の屋根の上には本件太陽光発電設備が設置されているところ、本件設備によって隣接する X の自宅及びテラスにその光が反射し、その眩しさ（眩燿効果）によって、X の土地の利用に深刻な影響が生じていると、X は、主張している。そして、これを理由として、X は、本件設備を適切な措置によって、眩燿効果が完全に除去され、または少な

[10] 東京地判昭和 50 年 12 月 24 日判時 821 号 132 頁。

くとも重大でない程度に削減するよう調整することを求めている。これに対して、Y は、近隣においてこの種の多くの設備が存在しており、それには場所的慣行性がある、と主張している。

【コメント】

1．本判決は、このような問題に対して、その処理のための枠組みと判断基準を明らかにする点に意義を有している。

2．判決は、屋根に設置されている太陽光発電設備から生じる眩燿効果が BGB1004 条 1 項の意味における隣接地の所有権侵害に当たり得る、とする。「確かに、太陽光は、反射による眩燿効果について（ともに）原因となっている。しかし、太陽光発電設備による太陽光線の反射あるいは逆行がなければ、隣接地への苦情を申し立てられている侵害は、存在しないだろう。」

さらに、本件では、BGB1004 条 2 項、906 条による原告の受忍義務は、存在しない、と結論付けている。なぜなら、BGB906 条 1 項 1 文の要件（侵害が存在しないか、重大でない）も BGB906 条 2 項 1 項 1 HS の要件（他人の土地の場所慣用的利用による侵害）も存在しないからである。このような判断をするにあたって、「決定的なのは、合理的な平均人の感じ方であり、そこでは、眩燿効果の長さ、反射光の強さ及びそこから生じる当該土地の利用への影響のような個別事例の具体的事情が着目されるべきである」とする。そして、「これに関して、その違反が重大な侵害を徴表する、BGB906 条 1 項 2 文の意味における、法律や命令において確定される拘束力ある基準値は、明確ではない。」X によって提出された、2012 年 9 月 13 日の公害保護のための連邦／ラント作業チームの「光公害の測定、評価及び削減についてのガイドライン（Hinweise）」も、一般的拘束力が欠けているために、侵害の重大性の排他的判断のための基礎として十分でない、とした（Rn. 15）。本件では、専門家の鑑定に基づいて、X の受忍義務が存在しないものと判断した。

EEG（再生可能エネルギー法）における太陽光発電に対する肯定的評価が影響を及ぼすのかについては、判決は、それを考慮に入れたとしても結論は、変わらないという。確かに、合理的平均人の衡量においては、私益だけでなく、環境保護といった公益も視野に入る。が、だからといって、太陽光発電施設によるあらゆる侵害を合理的平均人が受け入れるということにはならない（Rn. 19）。同様に、同法の評価は、場所的慣行性

（BGB906 条 2 項 1 文）を基礎づけるものではないという。ここでも基準となるのは、合理的平均人である。「むしろ、場所的慣行性を規定するのは、排出土地の利用の抽象的態様によるではなく、それによる近隣への侵害の具体的態様によるのである。決定的なのは、近隣の土地の多数がその対象と程度において同様の影響で利用されているかどうかである。」（Rn. 21）本件では、〈そのような太陽光発電施設が当該住宅地で場所的慣行性を有しているか〉ではなく、〈同じような眩耀効果が場所的慣行性を有しているか〉が問題となる。場所的慣行性について主張立証責任を負う Y には、その点についての主張がなされていない。

以上により、X の請求が認容された。

3．太陽光発電設備からの光の反射が眩しいという問題は、我が国でも以前から問題となっている[11]。そこでも、この眩耀効果を理由とする損害賠償請求又は差止請求は、受忍限度を基準として、その適否が判断されることになる。原発へのエネルギー依存の脱却が叫ばれる中、太陽光発電の果たしうる役割は、大きなものがあるが、同じ自然力発電である風力発電とともに、新たな害の発生も指摘されているところである。そのような中での本判決は、比較法的に見ても、参照価値があるといえよう。

6．女性から男性へと性転換した者を「母」とすることができるか

（JuS 2018, 386 m. Anm. Prof. Dr. Marina Wellenhofer）

BGH, Beschluss vom 6.9.2017 – XII ZB 660/14, NJW 2017, 3379

【要旨】

1．女性から男性に性転換した者が、性別変更についての確定した決定後に子を妊娠した場合、その者は、法的には当該子の母親である。

2．性転換者は、その子の出生登録においても、その出生登録に基づいて作成される出生証書においても ── 親についての記載が取り上げられるべき限り ──「母」として以前の女性名で記載される。

11　たとえば、請求棄却されているが東京高判平成 25 年 3 月 13 日判時 2199 号 23 頁や「再生エネ、増える住民の苦情」朝日新聞朝刊 2017 年 8 月 24 日 27 頁。

【事案の概要】

Y_1は、1982年に女性として「BD」という名前で生れた。Y_1は、2008年11月1日、ある男性と婚姻をした。Y_1は、2010年、区裁判所の決定によって男性の名前である「OG」に改名した。さらに、2011年2月18日の区裁判所の決定によってY_1の性別が男性に変更され、同年6月7日に法的効力が生じた。Y_1の婚姻は、上記区裁判所決定によってその法的効力が生じると同時に解消された。Y_1は、2013年3月28日、「GP」と名付けられた男子を出産した。この出産は、Y_1がホルモン注射を中止して、再び妊娠可能となり、精子提供を受けて、なされたものであった。戸籍役場Y_2は、当該子の出生が出生登録上どのようになされるべきかについて疑義が生じたため、上級庁Y_3を通じて区裁判所の決定を求めている。

ベルリン・シェーネベルク区裁判所（Beschl. v. 13.12.2013－71 III 254/13, BechRS 2014, 20210）は、Y_1を母として、性別変更前の「B D」の名前で登録するよう指示した。Y_1及び当該子による抗告は、ベルリン上級地方裁判所によって棄却された（NZFam 2015, 32＝FamRZ 2015, 683）。Y_1は、自らを当該子の「父」として、性別変更後の男性名で登録するよう求めている。

【判旨】

1．(1)BGB1591条によれば、母とは、その子を出産した女性である。本件では、Y_1が当該子を出産しているが、Y_1は、トランスセクシャル法（TSG）8条1項により、子が生まれた時点では既に男性となっている。ただ、同条は、これと異なる規定があれば、別に解されるものであり、同法11条1文は、そのような規定であるという。そこでは、性別変更によって変更者と実子との親子関係に影響が生じない旨を規定している。原審は、同条が変更決定後に生まれた実子についても適用されるとしており、本決定も、これを是認している。その理由として、規定の文言及び沿革、そして趣旨を挙げている。まず、文言及び沿革であるが、同条は、養子についてのみ時間的な制限を設けており、その反対解釈から、「実子の場合、その出生時点に関連してこれと同様の時間的制限は存在していない」と解することができる。そして、そのような解釈は、規定の沿革から基礎づけることができる。すなわち、TSGも旧8条1項3号

及び4号において永続的生殖不能と性別適合手術を要件としていたが、当時の技術精度では手術後もなお生殖能力がある場合が考えられ、連邦参議院は、政府に対してその点を指摘していた。現行規定は、それを踏まえたものであり、性別変更後に実子が誕生することを念頭に置いていたといえる。さらに、同条の趣旨は、生物学的な分娩や授精によって確定された母又は父の法的身分を変更できないようにすることにあり、その点は、当該子が性別変更決定の前に生まれたか後に生まれたかによって変わるものではない。なぜなら、性別変更決定後に生まれた子についても、生物学的に基礎づけられていない法的な母性又は父性の割当によって、自らの出自を確定させる可能性が取り上げられてはならないからである。

(2)次に、Y_1を母とするとして、その名前をどのように登録するのかが問題となるが、この点も、BGHは、原審の立場を是認している。とりわけ、出生登録に、女性名を備考欄に記載し、男性名を母として登録することは、認められない。このような措置は、性別変更決定前に生まれた子の親について決定前の名を記載するとしているTSG 5条3項とも一致しない。なぜなら、同条は、親の性別変更を秘匿することができる子の利益を考慮したものであり、そのような事実を推測させる事情を出生登録や出生証書に記載させるべきではないからである。

2．以上を踏まえて、BGHは、このような解釈が基本法及び国際人権条約に反するものでないことを確認している。

(1)　まず、一般的人格権としての血統権（Abstammungsrecht）を侵害するものではないとしている。現在男性であるY_1を母とすることが彼の一般的人格権を害することは確かであるが、一般的人格権は、憲法適合的秩序の制限に服しており、ここでは、親の決定に関するBGB1591条及び1592条、そしてTSG11条1文がそれに当たる。そのいずれも基本法に反するものではない。

(2)　さらに、Y_1を母とすることは、平等原則に違反するものでも、基本法6条1項（婚姻及び家族の保護）に反するものでもない、と判断されている。また、Y_1を母として性別変更前の名前で身分登録することについて、それが同人の基本権としての情報コントロール権を侵害するものではないということを、身分登録制度の趣旨から判断している。

【コメント】

我が国では、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（平成15年法律第111号）3条1項が戸籍上の性別変更の要件を規定している。その4号では、「生殖腺せんがないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること」が性別変更の要件となっている。このような制度のもとでは、本件のような事態は生じない。ただ、現在でも性別変更の要件として性別適合手術を受けていることを求めない法改正が立法論として提案されている[12]。そのような法改正がなされた場合には、本件のような事態を想定しておく必要があるだろう。

本件では、遺伝上の父親が匿名を条件としていた。が、そのような事情がない場合、Y_1の主張通りの身分登録がなされるとすると、遺伝上の「父」が複数存在することになる。その一方で、当該子の母親は、身分登録上存在しないことになる。身分登録上の父親は存在しないが、母親は存在するという事態は、一般に法も想定しているところであろう。しかし、逆の事態は、その限りでない。一方で、評釈では、同性婚法の制定・施行と相前後して出された本決定が同法の立法者の考え方と一致しているのかについて疑問が呈されている。

本決定は、以上のような意味で伝統的な親子関係観に比較的忠実な形で判断している[13]。しかし、性的多様性を前提として家族法上の諸概念を再検討しようという場合、より根本的に概念そのもの意義を問い直す必要がある。本決定の事案そのものは、日本で問題となるようなものではないが、その議論を追っていく必要性は[14]、一定程度存在しているといえる。

12　現に、ドイツでも、TSG旧8条1項3号及び4号が連邦憲法裁判所によって違憲とされている（BVerfG, NJW 2011, 909 Rn. 68ff.）。我が国で同様の憲法判断がなされる現実的な見込みは、薄いだろうが、そのような潮流が存在していることも確かである。最決平成31年1月23日裁時1716号4頁は、これを合憲としているが、鬼丸かおる、三浦守両裁判官による補足意見では、違憲の疑いが呈されている。

13　最決平成25年12月10日も、分娩者を母とし、その夫を父とするという枠組み自体を維持している点で、伝統的な親子関係観の延長上の判断である。なお、同決定については、永下泰之「判批」商学討究65巻1号（2014年）203頁以下、特に219頁以下参照。

14　本決定についても、基本法適合性についての判示は、かなり割愛しているが、それらの論点に関わる議論状況全体も、どのような親族観が存在し、その前提を含めた価値体系の批判的な検討が必要だろう。