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（3）
著者	内山，敏和；UCHIYAMA，Toshikazu
引用	北海学園大学法学研究，55(3)：154-132
発行日	2019-12-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

資　　料

ドイツ民法最新判例紹介（3）

内　山　敏　和

1．自らへの〔事故鑑定〕報酬の一部が〔保険によって〕補填されないリスクについての説明義務
2．製造業者からの直接購入における売買法 ── 排ガススキャンダル事件
3．元連邦大統領についての写真報道
4．契約終了後の競業禁止
5．定型書式における総称男性名詞
6．物的瑕疵としてのレントゲン所見 ── 高額競走馬の売買契約

（はじめに）

今回は、JuS 2018 年 5 号から 6 号までに紹介されている、合計 6 件を取り上げる。

1．自らへの〔事故鑑定〕報酬の一部が〔保険によって〕補填されないリスクについての説明義務（JuS 2018, 482 ── Prof. Dr. Martin Schwab）

BGH, Urt. v 1.6.2017-VII ZR 95/16, NJW 2017, 2403 mAnm Vula

【要旨】

鑑定人が交通事故の被害者に対し、その地域で通常な報酬を明らかに越える報酬を対価として損害の鑑定を提出することを申し出ている場合、その鑑定人は、被害者に対し相手方の自動車保険会社がその報酬を全額について補填しないことのリスクを説明しなければならない（BGHZ 168, 168=NJW 2006, 2618; BGH NJW-RR 2008, 470; NJW-RR 2009, 1101 に倣って）。

【事案の概要】

Aは、Bが惹き起こした事故によって自動車に損害が生じた。Aは、この損害の評価のために鑑定人Yに鑑定を依頼し、その対価として1044.11ユーロを支払うことを約した。Aは、その代金をYに振り込み、同額についてBが契約している自動車保険会社であるXから補填を受けた。しかし、Xは、この鑑定報酬が当地の一般的な鑑定報酬と比べて明らかに高いとして、AからYに対する、既払い報酬と当地の通常の報酬との差額についての不当利得返還請求権を譲り受けて、Yに対して、その支払を求めた。

フランクフルト・アム・マイン区裁判所は、341.95ユーロの限度で訴えを認容したが、控訴審の同地方裁判所は、訴えを全面的に棄却した。

【判旨】破棄差戻

1．BGHは、まず、BGB 812条1項1肢に基づく不当利得返還請求権については、AとYの間の請負契約が無効ではないとして、これを認めなかった原審の判断を認容している。というのも、当該契約は、BGB 138条2項の暴利行為にも当たらず、同条1項の暴利行為類似行為の要件も満たしていないからである。

2．これに対して、BGHは、Yによる説明義務違反を認めた。まず、契約交渉過程における説明義務について、次のように述べる：

「BGB 311条2項、241条2項によれば、契約関係の準備の際に、明らかに相手方当事者の意思形成に決定的な意義を有し、且つその告知が期待可能である（zumutbar）か、信義則上期待され得る事情に関して一方当事者の説明義務が存在する。その説明義務の存在及び範囲は、個別事案の諸事情、とりわけ相手方当事者の人格及び取引経験又は取引未経験に基づく。もっとも、一方当事者には、相手方当事者から契約リスクを除去する義務はない。原則として、市場経済においては、契約を締結しようとする者は、それが自らにとって得となるかどうかを、自ら調べ決定しなければならない。これが意味するのは、契約当事者らの利益は、一方で情報の必要性と他方で期待可能性を考慮して衡量されなければならないということである。」（Rn. 18）

そして、本件のような事案においては、一方では、事故の被害者である鑑定書依頼者には、次のような事情が存在している：平均的な事故被

害者は、交通事故によって、突然且つ通常は初めて、自動車の損害鑑定書を手に入れるべき状況に置かれる。その際、彼は、鑑定報酬が、事故相手の保険会社によって補填されることを前提としている。しかし、合意された報酬が明らかにその地域で通常な額を超える場合には、その費用が ── 客観的に評価して ── BGB 249 条 2 項の意味における回復に必要な支出を超えているために、保険会社が、部分的に補填を拒むというリスクが存在している。通常、被害者は、このようなリスクについて知らない（Rn. 21）。他方で、鑑定人は、このようなリスクを知っているのに対して、被害者がこのことを知らず、さらに、報酬が保険会社によって全額補填されることを期待していることについても、知っている。このように、契約当事者には情報格差が存在しており、このような場合、信義則上、その地域で通常でない報酬で鑑定書を提供しようという鑑定人は、被害者に説明をすることが要請される（Rn. 22）。この説明義務は、保険会社が合意された報酬を全額補填しないかもしれないというリスクを被害者に指摘することを内容とする（Rn. 24）。

この場合、被害者が説明を受けた場合、どのような行動をするのかが問題となるが、その際、「説明により方向づけられた」行動の推定が働く。したがって、この点が不明な場合、説明を受けていれば、被害者は、その地域で通常な報酬で鑑定書を手に入れたものとされることになる（Rn. 27）。これにより、原則として、被害者は、合意されたヨリ高い報酬とその地域で通常な報酬の差額を損害として主張することができる。そして、この損害は、高額でリスクのある報酬請求権が成立する時点、すなわち契約締結の時点で発生する（Rn. 28）。「被害者には、まず、それがBGB632 条 2 項によりその地域で通常な報酬を超える範囲で、鑑定人に対する報酬支払義務の免除請求権が与えられる。被害者が報酬をすでに全額鑑定人に支払った場合、被害者には損害賠償として超過金額についての返還請求権が与えられる。」（Rn. 29）

3．最後に、A が X から損害分について補填を受けていることから、損益相殺により損害賠償請求権が消滅しているのではないか、が問題となる。確かに、被害者に補填されるかどうかは、主体関連的に考慮されて、広く解されているが、これは、被害者保護のためだけのものであり、高額な報酬を請求した鑑定人の責任を免ずるためのものではない。したがって、評価的に考慮した場合、損益相殺は、認められない。

このように、損益相殺は、否定され、かえって、当該補填によって A

の損害賠償請求権は、X に譲渡され、X は、これを行使することができる。

【コメント】

交通事故の被害者は、事故がなければ置かれていたであろう状態に置かれるように、その損害の賠償を受けることができる。その際、自動車の損害鑑定を受け、これを事故相手の保険会社に提出することになるが、その鑑定のための費用も、損害として賠償対象となり、具体的には後日保険会社から補填を受けることができる。ただ、このような費用については、客観的に必要な支出に限られるのであり、通常の報酬額よりも明らかに高額の報酬の場合、その限りで補填を受けられないことになる。

本件では、説明義務により報酬条項への介入がなされていると評価できる点が注目に値する。本来であれば、価格条項は、有償契約の本質的部分であり、これに対する介入には慎重であるべきである。しかし、この事例では、A による意思形成に瑕疵があるといえ、その効果として代金減額が認められているとみることができる。とりわけ、ここでの説明義務というのは、実質的には、鑑定人に対して保険でカバーされない恐れのある報酬での契約締結を控えるよう義務付けているといえる。その意味で、ここでは典型的な説明義務違反が問題なのではなく、いわゆる「状況の濫用」が問題となった事案だと評価すべきである。ここでの鑑定人の勧誘態様の不当性を基礎づけるにあたっては、情報格差が当事者間に存在していることに加えて、〈事故という時間的に切迫した場面における専門家との契約締結である〉点が重要な点であろう[(1)]。本来、A からすれば比較的緩やかな基準で保険会社から補填を受けることができるので、Y に支払う報酬には然程興味はないはずであり、むしろ関心があるのは、X のほうである。このような状況において、A への説明をすべき義務を認め、その損害賠償請求権が X に譲渡されるという構成は、やや不自然ともいえる。Schwab も、この点を指摘しつつ、結論には賛成している。

本判決では、BGHZ 168, 168 から始まる一連の判決が先例として機能

(1) いわゆる時間的圧迫の事例であるということもできる。これについては、内山敏和「消費者取引における時間的圧迫からの不法行為法的救済」早研 123 号（2007 年）45 頁以下。

している。そこでは、レンタカー業者が通常の価格よりも高額の料金表で事故の被害者にレンタカーを提供し、その費用を加害者の保険会社が填補している事案である。当時、この種の事案においては、レンタカー業者の説明義務は、認められていなかったが、上記判決により認められるようになったものである。

2．製造業者からの直接購入における売買法 ── 排ガススキャンダル事件

（JuS 2018, 485 ── Prof. Dr. Sebastian Omlor）

LG Braunschweig, Urt. v. 29.11.2017-3 O 331/17, BeckRS 2017, 133716

【要旨】

1．連邦自動車庁（KBA）の 2015 年 10 月 15 日の確定力のあるリコール決定及びこれに関連した許可決定における KBA の拘束力ある事実認定から、私法上の評価に関して、当該自動車に使用され、除去されるべき、（EU）規則 715／2007 第 5 条 2 項の意味における不正なディフィートデバイスは、BGB 434 条 1 項 2 号の意味における物的瑕疵に当たること及び KBA によって認可されたソフトウェア・アップデートによる技術的改作がこの瑕疵を BGB 439 条 1 項 1 肢によって除去するのに適したものであり、それ故、追完が可能であることが明らかになる。

2．直接自動車製造業者と締結された自動車売買契約は、不正なディフィートデバイスについての悪意の沈黙を理由として取り消され得ない。なぜなら、その限りで、売主には説明義務がないからである。

3．いわゆる排ガススキャンダルを理由とした自動車売買契約の解除は、自動車製造業者からの直接購入の場合であっても、後者にまず BGB 323 条 1 項に基づいて追完のための相当な期間を設定し、これが不首尾に終わったことを前提とする。追完のための期間設定は、本件においては、BGB 326 条 5 項、275 条 1 項に基づいても、323 条 2 項 3 号又は 440 条 1 項 3 肢に基づいても、不要なものとはされない。

4．自動車製造業者から直接購入され、いわゆる排ガススキャンダルに関係する乗用車の買主には、自動車製造業者に対して故意の良俗違反による加害を理由とした損害賠償請求権は与えられない（BGB 826 条）。

【事案の概要】

Xは、2011年春、自動車メーカーであるYから本件乗用車を約28,000ユーロで購入した。KBAは、2015年10月、確定力のある決定によって、本件自動車の車種に搭載されている、検査時にのみ窒素酸化物の発生を抑制するプログラムがEU規則715／2007第5条2項の意味における不正なディフィートデバイス（Abschalteinrichtung）に当たると認定し、さらに、これを修正するために、2016年6月、ディフィートデバイスを除去するためのソフトウェアをアップデートすることで必要な法的要請が満たされ、それによって当該車種の規定適合性も回復される、という趣旨の決定を行なった。Xは、Yに対して、不正なプログラムによるすべての瑕疵と結果損害についての保証契約を締結するよう求めたが、拒絶された。ただ、Yは、2017年12月31日まで時効の抗弁を放棄した。

Xは、主位的には、詐欺を理由とする売買契約の取り消しを主張して、代金の返還求め、予備的に、売買契約の解除を理由とする代金返還、故意の良俗違反に基づく不法行為を理由とする損害賠償の支払いを求めて、ブラウンシュヴァイク地方裁判所（以下、単に「LG」）に提訴した。

【コメント】

1．本件は、ドイツの大手自動車メーカーであるフォルクスワーゲンによるディーゼル車の排ガス測定結果の改ざんといういわゆる排ガススキャンダルに伴いなされた、自動車購入者による責任追及の訴訟のひとつである[(2)]。特徴は、購入者が自動車をメーカーから直接購入しているという点である。そのため、メーカーであるYに対して売買契約に基づく責任追及がなされている[(3)]。

---

(2) すでに二審段階でも多くの判決が出されており、結論は、分かれているようである。2019年2月19日のブラウンシュヴァイク上級地方裁判所がフォルクスワーゲン社への訴えを退ける判決（7U 134/17）を下しているが（争点からすると、本件の告訴審ではなさそうであるが）、同時に、BGHへの上告を許可しており、舞台は、BGHに移ることとなる。Dazu beck-aktuell Nachrichtung vom 19. 2. 2019（https://rsw.beck.de/aktuell/meldung/dieselskandal-olg-braunschweig-weist-schadensersatzklage-eines-vw-kunden-ab）.

(3) ドイツでもディーラーを通じた販売が一般的だと思われる。その際の法律問題

2．まず、連邦自動車庁の確定力のある決定が私法上どのような帰結をもたらすのか。判決は、次の2点であるとする：①本件自動車に使用され、除去されるべき不正なディフィートデバイスは、BGB 434条1項2号の意味における物的瑕疵に当たる、②KBAによって認可されたソフトウェア・アップデートによる技術的改作がBGB 439条1項1肢によってこの瑕疵を除去するのに適したものであり、それ故、追完が可能である。

3．次に、本件売買契約の詐欺による取消しができるか。まず、本件では、積極的欺罔行為に当たる行為が認められないとして、説明義務違反による不作為の欺罔行為の存否が問題となった。LGは、Yに説明義務が認められるのは、不正なプログラムによって当該車種のEU型式認可が取り消される恐れがある場合[(4)]であるとし、本件は、プログラムのアップデートで十分とされていること等を理由に、これには当たらない、と判示した。さらに、Xが本件自動車の環境性能を重視していたのだとしても、そのことが明らかとなっていたわけでもないので、その点からも説明義務は、基礎づけられないという。

ただ、後者の説明義務の場合も、Yは、当該自動車の環境性能や燃費の良さ、走行能力をセールスポイントにして広告等を展開していたのだろうから、このような国内屈指の大手企業による言説は、説明義務を基礎づけるにあたって考慮すべき点だったはずである。どのような宣伝広告がなされたかは、不明だが、そのいかんによっては、Xが環境性能等を重視していなかったことについてYに証明の負担を負わせるべきだとも考えられる。

4．さらに、XがYに対して瑕疵担保責任を追及し得るかが問題となる。Xは、Yに対して、追完のための期間設定をなし、その徒過を経て本件売買契約の解除をすることになる。しかし、Xは、そのような期間設定を行なっておらず、ここでは、期間設定が不要とされる場合に該当するかが問題となった。まず、追完が不能であるといえるか（BGB 326条5項）が問題となった。LGによれば、追完が可能であることは、

については、Carl-Heinz Witt, Die Dieselskandal und seine kauf- und deliktsrechtlichen Folgen, NJW 2017, 3681等。

(4)　この場合、自動車として公道を走行できなくなるため、自動車の売買契約の契約目的が達成できなくなる。

2で示した通りである。次に、即時の解除を正当化する特別な事情が存在するのか（BGB 323条2項3号）。BGHの判例によれば、売主が瑕疵の存在を悪意で黙秘していた場合、原則として期間設定なくして解除することができる。これは、そのような事情があれば、追完に必要な信頼根拠が害されるのが通例だからである。しかし、LGは、「Yによって提示されている追完がKBA、すなわちこの件を所管し、独立した連邦機関に従っており、その故国による監視の下でなされる限りにおいて」、Yが新たな詐欺をする恐れがないため、特例に当たるという。また、拡大瑕疵の恐れがあることについては、BGB 440条2文で考慮されており、これによって即時の解除は正当化されないとし、Yが保証を拒絶したことも、同様とした。型式認可の存続について懸念が生じたという点は、これ自体を否定している。さらに、BGB 440条1文3肢の「追完方法が買主にとって無理のないものでない場合」に当たるかについては、同条がどのような観点でここで関連しているのかについて明らかでないとして、否定的に解している。以上のように、期間設定を不要とする事情は、いずれの観点から言っても存在しておらず、Xによる期間設定のない解除は、無効であると判断した。

5．最後に、不法行為責任については、BGB 826条の故意の良俗違反を理由とする不法行為の場合にも、違反された法規の保護領域に含まれる損害のみが賠償対象となるというBGHの判例[(5)]を引きつつ、本件EU規則が個人の財産的利益の保護のためのものではないとして、これを否定している。また、不正なプログラムについて黙秘による詐欺を理由とする良俗違反の主張も、上述の通り、Yに説明義務が認められないので、これにも理由はないとされた。

6．以上のように、被告企業の本社（ヴォルフスブルク）のほぼ隣町であるブラウンシュヴァイクの地方裁判所は、訴えを全面的に棄却したわけである。これは、修正プログラムのダウンロードで瑕疵が十分に除去されるという前提に立ったものである、といえる。しかし、このソフトは、運転の安全性には影響を与えないものの、燃費の悪化や部品寿命の短縮が見込まれるという[(6)]。このような不利益が現に生じていること

(5) BGHZ 96, 231.

(6) ただ、判決は、部品寿命について売買契約において何の約束もされていないとして、期間設定の要否の場面で、これを考慮していない（Rn. 33）。

から少なくとも減額的処理は必要であるといえる[7]。

また、本件のような不正の場合には、不特定多数の消費者に定型的な被害が生じる性格のものであり、我が国では、消費者裁判手続特例法（平成25年法律96号）の適用対象となる。ドイツでも、2018年、本不正を念頭に置いた集団訴訟制度（準備的確認訴訟：Musterfeststellungsklage）が導入された。

3．元連邦大統領についての写真報道（JuS 2018, 487 ── Prof. Dr. Sebastian Omlor）

BGH, Urt. v. 6.2.2018-VI ZR 76/17, BeckRS 2018, 1728; NJW 2018, 1820

【要旨】

1．大量の買い物の後のスーパーマーケットの駐車場で元国家元首を撮影した写真の無断での公表の可否

2．元連邦大統領の公的領域に関係し、且つ日常（買い物）を写している同人についての報道は、元連邦大統領の高度に政治的人格に存する公衆の情報的利益によって正当化される。（編集部要旨）

【事案の概要】

出版社Yが発行する写真週刊誌2誌（People、Neue Post）で2015年5月、元連邦大統領Christian Wulff[8]（以下、X）が2013年に離婚した夫人と復縁したことが取り上げられ、その中で、スーパーマーケットの駐車場で大量の買い物をしてカートを押している姿などが撮影された本件写真が掲載された。

Xは、Yに対して、本件写真の公表の差止を求めて訴えを提起した。第1審（ケルン地方裁判所）及び原審（ケルン上級地方裁判所）は、いずれもXの訴えを認容した。Yによる上告。

---

(7)　ただし、本件では、代金減額請求はなされていないようである。

(8)　2010年～2012年にかけて、連邦大統領を務めた。2011年の来日時の外務省が発表した略歴によると、1959年生まれで、大統領就任前まではニーダーザクセン州首相（キリスト教民主同盟所属）であった。

【判旨】破棄差戻

肖像権については、美術著作権法（KUG）22条及び23条による段階的保護により、その侵害の違法性が判断される。同法22条1文は、原則として被写体の同意があることを要求するが、23条がその例外を定めている。23条1項に掲げる事由に当たり、同2項により、それが被写体の正当な利益を害さない場合には、同意のない撮影が正当化される。これらの条文の解釈に当たっては、被写体と報道機関の利益の衡量が必要である。

本件では、Xの同意がないことは、明らかであり、KUG 23条1項1号の「現代史の分野の肖像」に当たるかが問題となる。

まず、ここにいう現代史の概念は、狭く解されてはならない。「公衆の情報への需要に鑑みると、現代史という概念は、歴史的・政治的意義を持つ事象を含むだけでなく、まったく一般的にその時代の出来事、すなわち一般的・社会的利益のあるすべての問題を含む。それ故、それは、公衆の利益によって決定される。」そして、メディアは、原則として、何が公衆の利益にとって価値があるのかを独自の基準により決定することができ、それが報道・意見表明の自由の核をなす。そのことは、記事や報道機関の種類や水準によって左右されることはない。さらに、著名人は、公衆に対し生活設計の方向付けの可能性を提供し、指導像的・対照的機能を果たすこともあり得る。その点で、著名人の私生活が公衆の利益に関わる問題についての意見形成に資することがある。そして、メディアは、許された報道の枠内で、記事を写真によって図解化する（illustrieren）する自由がある。

「しかしながら、情報提供の利益は、無制約ではなく、むしろ、被写体の個人的領域への侵入は、比例原則によって限界づけられる。人々が気晴らし、好奇心そしてセンセーショナルなものを求める気持ちから興味を持っていることのすべてが、それが広くメディアに公開される際に視覚的に表現されることを正当化するものではない。現実の報道にあって公衆への情報提供の利益が正当化される限界をどこに引くのかは、個別事案のそれぞれの事情を考慮することなしには、決められない。」そこで、メディアの利益が被写体の一般的人格権と可能な限り寛大な調整がなされなければならない。この利益衡量において重要な意味を持つのが、「メディアが具体的な事案において公衆の利益に関する事項を真剣かつ事柄

に即して（ernsthaft und sachbezogen）論じており、それによって読者（Publikum）の情報への要望を満たしており、且つ公的意見の形成に寄与しているのか、それとも、単に読者（Leser）の著名人の私的事項への好奇心を満たしているだけなのか」、つまり報道の情報価値である。そして、報道の情報内容については、記事＝文章報道を含めた、その全体的な文脈が探求されるべきであり、報道のきっかけ、被写体の置かれている状況や表現のされ方が考慮される。「報道が公的意見形成に寄与することの有無及び程度、それによりどのような情報価値がその報道に認められるのか、という問題を判断する際に、重大な意味を持つのは、どのような役割が公衆においてその被写体に存するのか、である。」欧州人権裁判所（EGMR）は、その際、政治家、公的人物と私的人物を区別し、後者と前二者については段階的な限界づけを図っている。民主主義的透明性・統制の観点から、このような区別は、正当である。また、一般的人格権への侵害の強度も、衡量において有意である。

以上の点から、まずXが連邦大統領、つまり国家元首であり特に高い政治的地位にいた点、さらに現在でも前大統領として特権を有しており、且つそれを前提とした活動をしていることから、政治的人物として公衆の関心が原則として正当化されるとする。また、本件写真は、本件記事に付されたものであるが、この記事の主題である前夫人との復縁は、情報価値があり、現代史上の出来事であった。そして、その記事は、真剣かつ事柄に即している。本件写真も、この記事を図解するものとして、同様の扱いを受ける。また、Xは、かつて繰り返し自らの結婚・家族生活を公にしており、今回の復縁についても記者会見を行なっている。さらに、本件報道は、Xの社会的領域に関わるものである。それは、本件写真がスーパーマーケットの駐車場という開かれた場所で撮影されたということだけでなく、事柄自体も、寛いだ状況やほっておかれる状況ではないからである。

最後に、KUG 23条2項の要件を充足しているかが問題となるが、まず、本件写真自体は、固有の侵害内容を有するものではない。すなわち、これらは、Xをおとしめるものではなく、何気ない日常を映したものである。買物カートの写真では、Xが何を買ったのかが分かるが、その内容からは、問題が生じるものではない。写真につけられている説明文が或る民謡を思い起こさせ、悪意あるほのめかしがあるが、文章報道についてXが苦情を申し立てているわけではないので、これも上述の結論

を変えるものではない。また、本件撮影がいわゆるパパラッチによってなされたものであることは、結論を左右しない。なぜなら、撮影自体は、秘密に行なわれたわけでもなく、撮影自体がX夫妻に負担になる態様でなされたわけではないからである。

よって、本件撮影は、KUG 23条によって正当化されるため、BGB 1006条の類推によって、当該写真の雑誌への掲載の差止は、認められない。

【コメント】

事案そのものも興味深いが、Xの請求を認めた原審までの判断とは異なる結論をBGHが下した点も、注目に値する。肖像権の侵害に基づく差止請求の可否がKUG 22条及び23条に依拠してなされることは、確定した判例法理であるが、その際には、被写体と報道機関の利益衡量を必要とする。そこで、本件のように判断が分かれる。本件は、ドイツにおいても、判断の境界線上の事案であったということができよう。本判決自身が指摘するように、判断の分かれ目は、元連邦大統領というXの極めて目立つ地位、本件写真報道の文脈及びXが過去行なっていた自己開示である。とりわけ、連邦大統領は、退任後も公職に準じた扱いを受けるようであり、退任した公職者一般に同様のことが当てはまるわけではない。また、退任後何年も経っていて、もはや公的活動をしていない場合も、判断は、微妙であろう。

日本でもいわゆる肖像権が法的保護の対象となることについては、異論はないものと思われるが、どのような場合にその侵害が違法性を帯びるのかについては、制定法がないだけに不明確な部分が大きい[(9)]。ドイツ法では、報道の自由との関係で、とりわけKUG 23条1項1号の「現代史の領域の肖像」が広く解されていることが分かるが、日本では、著名人であるからといって、そこまで広く違法性が阻却されるとは考えられてはいないようであるし、それが妥当であろう。

---

(9) 現状の概観は、五十嵐清『人格権法概説』（有斐閣、2003年）163頁以下。

4．契約終了後の競業禁止
（JuS 2018, 489 ── Prof. Dr. Burkhard Boemke）

BAG, Urt. v. 22.3.2017-10 AZR 448/15, NJW 2017, 2363

【要旨】

HGB 74 条 2 項に反して避止補償金（Karenzentschädigung）を含まない契約終了後の競業禁止は、法律上無効である。救済条項は、この帰結を排除し、又は治癒するものではない。

【事案の概要】

X は、2008 年 5 月 26 日から Y に事務職として雇用されており、最終的に税込月報酬は、約 1200 ユーロであった。当該労働関係は、X による通常解約告知により 2013 年 12 月 31 日をもって終了した。本件労働契約には、労働関係終了後 2 年間、Y に対する競業行為をしない旨の競業禁止条項が置かれる一方で、それに対する避止補償金については、規定されていなかった。もっとも、本契約には、いわゆる救済条項が規定されており、無効な条項に替わって、当事者が契約締結の際に規定の無効について考慮していた限りで、法的に可能な枠内で当事者の推断的意思に対応する相当な規律がなされるものとされている。X は、退職後競業行為を行なっていない。

X が退職後 2 年分の避止補償金（月額 600 ユーロ）の支払いを求めて、訴えた。ライネ労働裁判所及びハム地方労働裁判所は、訴えを認めたが、連邦労働裁判所は、Y の上告を容れ、訴えを棄却した。

【判旨】破棄自判

「労働関係の終了後、かつての使用者と競争関係に立ち、あるいは競争相手の企業で働くことは、被用者にとって原則として自由である。この GG 12 条 1 項によって保護されている、自らの職業上の歩みについて決定する被用者の利益を、法律は、競業による不利益から保護されるべき使用者の経済的利益よりも優越するものとしている。」ただし、営業令（GewO）110 条 1 文によると、使用者と被用者は、合意によって被用者が競業に従事することを制限することができる。この合意による競業禁止が有効となるためには商法（HGB）に規定されている要件を満たしていなければな

らない。そこでは、直近の月額給与の少なくとも半額にあたる避止補償金の支払いが規定されていなければならない。この補償金は、競業を控えることに対して対価関係に立つことになる。補償金の取決めがされていない競業禁止条項は、無効であり（nichtig）、被用者は、競業を営むか、これを控えて補償金を受け取るかについての選択の余地はない。これに対して、補償金の取決めはあるが、それが法の規定から被用者に不利に逸脱している（たとえば、合意された補償金の額が最低額に達しない）場合には、競業禁止条項は、拘束力がなく（unverbindlich）、被用者には、競業を営むか、これを控えて合意された内容の補償金を受け取るかを選択することができる。

本件では、救済条項が存在しているが、それによって上述の結論が変わることはない。このような救済条項は、通常、不当条項として無効となるが、そのことは、この点には影響しない。なぜなら、約款使用者は、自らの約款の無効を自己に有利に主張することができないからである。とはいえ、この条項の存在によって、HGB 74 条 2 項による請求を基礎づけることはできない。HGB 74 条以下の規定が目的としているのは、被用者を契約の効力についての見通しの困難さから保護することである。つまり、被用者が新たな職場を探す際に、自分が有効な競業禁止に服しているかどうかについて不明確なままになっていることによって、不利益が生じることがあってはならない。それ故、補償金の支払義務は、書面による競業避止条項でその内容となっており、被用者から見て補償金請求権について合理的な疑問が存在するままにならないように、一義的且つ明確に草されていなければならない。この点からすると、救済条項による治癒には問題がある。なぜなら、当該条項は、補償金についての一義的な約束が含まれていないからである。当該条項から、補償金合意を読み取るためには、当事者が、競業避止合意が無効であると知っていたならば、補償金条項を含めた有効や競業禁止条項を締結したかどうか、そしてそれがどのような内容かについて、評価的に判断しなければならない。そうして初めて、競合禁止条項が有効なのか、拘束力がない、あるいは無効なのか、そして、労働関係の終了後にどのように行動することができ、またはすべきなのかが、被用者にとって確定することになってしまう。このことは、HGB 74 条 2 項の要請に合致しない。

【コメント】

HGB 74 条 2 項 1 文によると、「協業の禁止は、営業主が禁止期間につき補償金を支払う義務を負う場合に限り、効力を有する」[10]。HGB では、このほかにも 75 条 d までの規定において、比較的詳細に競業禁止条項の有効要件等を定めている。X が月々 600 ユーロの支払いを求めているのは、74 条 2 項 2 文が「補償金は、当該営業使用人が受領していた最終契約上の給付の少なくとも 2 分の 1 に相当する額を、禁止期間中毎年支払わなければならない」としているからである。

本判決は、いわゆる救済条項の存在が従来の判例法理の適用に影響を与えないことを明らかにした点に意義がある。競業禁止条項の効力についての判断が救済条項の存在に左右されないようにすることによって、その判断の一義性を確保し、被用者にその効力の判断を可能にすることを重視している。従来の判例では、補償金合意があるもののその額が最低限額に満たない場合には、被用者には競業禁止条項の効力について選択権が与えられる。ただ、この場合に受け取ることができる補償金は、当初合意された額に止まる。このような判例法理を前提とした場合、そもそも補償金条項が存在しない場合に、最低限額での補償金を受け取ることができるというのは、均衡に欠けるようにも思われる。

もっとも、具体的な労働者が無効な競業禁止条項により競業を控えた場合に、元使用者が一切補償金を支払わなくてもよいというのが、公平に適うといえるかは、疑問がある。評釈は、この点について、「フリーランチというものは、存在しない。」という命題を持ち出している。もちろん、このような場合に元使用者に一定の金銭を支払わせるとして、その法律構成をどうするのかは、難しい問題である[11]。評釈に拠ると、学説上は、そもそも、最低限額に満たない補償金合意についての判例自体に批判的な見解が有力なようである。そのような学説からすると、本判決は、不当であるということになろう。

---

(10)　『ドイツ商法典（第 1 編～第 4 編）』（法務資料第 465 号）32 頁に拠る。

(11)　どのような要件の下で、そのような支払いを肯定するのかも検討が必要だろう。競業禁止期間に競業をしていなければ支払いを認めるのか、それとも、具体的に当該条項により協業を断念したことが示されなければならないのか。

5．定型書式における総称男性名詞
（JuS 2018, 575 ── Prof. Dr. Sebastian Omlor）

BGH, Urt. v. 13.3.2018-VI ZR 143/17, BeckRS 2018, 3839= NJW 2018, 1671

【要旨】

文法上の性別が自己の自然的性別と一致しない人的表記によって書式に表記されないこと求める法的請求権は、存在しない。一般に慣用的な言語使用及び言語理解によれば、文法上の男性による人的表記の意味内容は、すべての自然的性別を含み得る（「総称男性名詞」）。

【事案の概要】

X 女は、ザールラント州法に基づいて設立された貯蓄金庫 Y の顧客である。Y が取引において使用している書式は、顧客という用語を男性名詞のみで表記し（Kontoinhaber）、女性形（Kontoinhaberin）が用いられていなかった。ただし、X 個人を示す場合には、「Frau X」と呼んでいた。X は、顧客という用語について男性形と並んで女性形でも表記するよう求めて、訴えを提起した。

ザールブリュッケン区裁判所は、X の請求を棄却し、同地方裁判所も、X の控訴を棄却した。

【判旨】上告棄却

X の請求は、複数の根拠に基づいているが、いずれも理由がない。

1．まず、ザールラント州平等取扱法（SaalLGG）28 条 1 文[12] による差止請求の可否については、Y が同法のいう「役所」に当たるかが問題となる。ザールラント州貯蓄金庫法によれば、Y は、民間銀行とは異なる法的地位をもたらす公法上の機関である。では、LGG に基づいて私人に請求権が認められるのか。これについては、いわゆる保護規範説が妥当し、同規定が保護規範に当たるのかが問題となるが、これは、否定さ

---

(12) それによると、役所は、書式を作成する際には、女性形と男性形を使用して、性別中立的な表記を選択することによって、男女平等の原則を考慮しなければならない、とされている。

れる。まず、同規定の文言は、役所に義務付けをするのみであり、第三者の対応する請求権を規定していない。また、LGG は、14 条、17 条 5 項及び 23 条にフルタイムへの請求権といった法的地位や実効化についての明示の規定を有しているが、その反対推論から、そのような規定がなければ、同法は、役所に義務付けをするのみであると解される。さらに、28 条 1 文からは、保護される人的圏域の確定可能性が明らかではない。

2．同様に、BGB 823 条、1004 条による差止請求も、認められない。ここでの差止請求の前提は、LGG 28 条 1 文が BGB 823 条の意味における保護法規に当たることである。しかし、これは、前述の通り否定されるから、その要件は、満たされない。

3．また、連邦法である一般的平等取扱法（AGG）21 条 1 項による請求も、理由がない。同法による請求が認められるためには、性別を理由とした不当な不利益がなければならない（同法 19 条 1 項、3 条 1 項）。そこでは、合理的第三者の客観的視点が基準となり、具体的には、慣用的ドイツ語の言語使用といえるかが問題となる。そして、「文法上の男性による人的表記は、一般的な言語使用及び言語理解によれば、その自然的性別が男性ではない人物をも含みうる。」現に、法律や基本法でさえ、そのような表記をしており、銀行取引関連の放棄もその例外ではない（支払口座法 21 条等の「口座保有者」、BGB 13 条の「消費者」等）。

4．さらに、基本権に基づく請求も、退けられる。ここで特に問題となるのは、総称男性名詞の使用が X の一般的人格権を侵害するかである。Y は、公法上の機関として基本権の直接適用を受けるところ、「一般的人格権は、Y に対し、X を書式において文法上の女性として人的表記するように一般的に義務づけるものではない。」一般的人格権は、通常自己の人格の構成的側面である性別的同一性を保護しており、性別帰属は、人がどのように呼ばれるかを決定するものである。それ故、何人も国家機関に対し、この領域での配慮を求めることができる。その場合に基準となるは、一般的なドイツ語の言語使用である。本件では、X は、Frau X と呼びかけられており、この点の侵害はない。また、慣用的な言語使用及び言語理解に鑑みれば、Y は、X を男性とは不平等に取り扱い（GG 3 条 1 項、2 項 1 文）、あるいは性別を理由として不利益を与えたものでもない（同 3 条 3 項 1 文）。

5．契約に基づく請求も、認められない。X は、BGB 241 条 2 項に基づいて、Y には、X に対する配慮義務が生じ、それに違反している、と

主張する。しかし、基本権保護や法規から明らかとなった以上の配慮義務が認められる事情は、ここでは存在しない。同様に、国際人権法規に基づく請求も、理由がない。

【コメント】

「人の性別が明確できないとき、性別の明示が重要でないとき、両性の人々を表すときや、一般を表す発言をするときに男性形の名詞や代名詞が使用されること」を総称男性名詞（Generisches Maskulinum）の使用という[(13)]。ドイツ語の場合、人を表す名詞の多くで男性形と女性形が異なっているが（たとえば、原告：Kläger、Klägerin）、通常は、中立的な表記をすることが多い（たとえば、Kläger/-in という形で）。その意味で、総称男性名詞の使用は、（とりわけ、公法上の法人である貯蓄銀行においては、）推奨されるものではない。とはいえ、だからといって、それが不法行為を構成するとまではいえない、というのが BGH の判断である。日本では、類似の事案として最判昭和 63 年 2 月 16 日民集 42 巻 2 号 27 頁（いわゆる「NHK 日本語読み訴訟」）が想起される。

名詞の性別が比較的厳格に区別されるドイツ語における特殊な事情が前提となっており、判決自体が指摘するように、法規も総称男性名詞を使用しており、これをすべて改めるとなると規定としてかなり煩瑣な印象を与えることにはなるだろう。

なお、本判決は、その前提として、X の訴えが適法かが問題となっており、この点については、適法であると認めている。というのも、X の請求は、解釈を要するものであり、特定性を満たしているのかが問題となるからである。

(13) 坂賀翠・小川暁夫「人を表す名詞の表現形式 ── 場面レベルと個体レベル ──」宮下博幸［編］『ドイツ語の場面レベルと個体レベルの表現タイプ』（http://www.jgg.jp/pdf/updata/SrJGG-131.pdf）14 頁。

6．物的瑕疵としてのレントゲン所見 ── 高額競走馬の売買契約
（JuS 2018, 577 ── Prof. Dr. Martin Gutzeit）

BGH, Urt. v. 18.10.2017-VIII ZR 32/16, NJW 2018, 150 mAnm

Wolf Müller

【要旨】

1．高額の競走馬の場合においても、「レントゲン所見」の存在は、売買契約当事者が別段の性質合意を結んでいない限り、それ自体では原則としてなお BGB 434 条 1 項 2 文に基づく物的瑕疵を基礎づけることはない（BGH, NJW 2007, 1351; BGHZ 167, 40=NJW 2006, 2250 の確認及び展開）。その際には、この種のレントゲン所見がどれほど頻繁になされるのかは、決定的に重要ではない（その点で、BGH, NJW 2007, 1351 の明確化）。

2．このような競走馬の売主は、─乗用馬の場合のように wie auch sonst─売買契約当事者の別段の性質合意がなければ、その動物が危険移転の際に病気でなく、且つそれによって既に確実にあるいは少なくとも高い蓋然性をもって、すぐに病気になり、それによってあるいはそのほかの原因により、契約によって前提とされた、または通常の使用にもはや供し得なくなる（同様に契約に違反する）状態にないことについてのみ責任を負う（BGHZ 167, 40=NJW 2006, 2250; BGH, NJW 2007, 1351 の確認及び展開）。

3．売主─本件では馬の取引の分野では活動していない独立した騎手で馬の飼育者─によって専ら私的な目的のために利用されていた馬の譲渡は、通常、事業者による行為と性質決定されない（BGH, NJW 2013, 2107; NJW 2018, 146 に倣って）。

【事案の概要】

X は、2010 年末ごろ、独立した騎手で飼育者である Y から本件馬を 500,000 ユーロで購入した。本件馬は、Y が私的目的で取得し、競走馬として調教した騙馬（去勢した牡馬）で、同年 11 月 30 日に X の求めによりなされた検査では、これといった所見は見られなかった。そこで、本件馬は、2011 年 1 月 3 日、X に引き渡された。しかし、同年 6 月 15

日に行なわれた獣医による検査によって、第4頸椎と第5頸椎の間の右椎間関節にレントゲン所見が確認された。その後のさらなる検査で、第4頸椎の関節突起に変形が見られることが分かった。Xは、このレントゲン所見は、この馬が引渡後に発現した騎乗上の問題の原因であるとの見解に立っている。この馬は、麻痺が生じ、明らかな痛みを有しており、騎乗に反抗している。Xは、追完のための期間を設定し、これが徒過した後に、本件売買契約の解除の意思表示を行なった。

原々審（ミュンヒェン第2地方裁判所）及び原審（ミュンヒェン上級地方裁判所）ともに請求が認容されたので、Yが上告した。

【判旨】破棄差戻

本件で解除が認められるかは、本件馬に危険移転時にBGB 434条の意味における物的瑕疵があったのかどうかによる。

1．まず、本件レントゲン所見の存在が本件馬の瑕疵に当たるか。

(1)　原審は、当事者間に本件馬にレントゲン所見が存在しないことについての黙示的な性質合意がなされていると認定している。しかし、これは、妥当でない。

「確定した当部の判例によれば、BGB 434条1項1文の意味における性質合意は、売主が契約により拘束力のある仕方で売買目的物の或る性質の存在についての危険を引き受け、それよって、この性質の不存在の帰結全てについて責任を負う用意があることを認めることが前提となっている。そのような合意は、明示的にあるいは―本件ではこれだけが考慮されるが―推断的行為によってなされ得る。もっとも、BGB 434条1項1文の意味における性質合意の存在については、厳格な要求が課せられている。新債務法が適用される場合には、性質合意は、疑わしい場合に考慮されるものではなく、明確な場合にのみ考慮される。」このような性質合意の存否は、個別的な契約解釈の問題であり、原則として事実審裁判官のなすべきことであるが、原審の認定は、上告審によって審査されるべき法的瑕疵がある。「BGB 434条1項1文の意味における性質合意の締結についても、BGB 145条以下に基づいた二つの互いに関連づけられ、合致した意思表示（申込みと承諾）が必要である。確かに、これらが黙示的に―つまり推断的行為によって―なされ得るのは、もちろんである。しかし、本件では、当事者の一方だけでも、売買契約締結の際に対応する合意の締結に向けられた意思を形成し得たこと、―いわんや、

そのような意思が何らかの形で表現されたことは、明らかではない。」

(2)　次に、本件レントゲン所見が BGB 434 条 1 項 2 文に基づいて物的瑕疵があるといえるか（Rn. 23 ff.）。

「臨床的に目立った問題のない馬の契約上前提とされている乗用馬としての使用についての適性は、『物理的標準』から逸脱していることに基づいて、その動物が将来乗用馬としての利用に支障がある臨床的症状を発症するという（単に）僅かな蓋然性が存在するということで、害されることはない。同様に、あらゆる点で生物学的又は物理的な『理想的標準（Idealnorm）』に合致することは、ある動物の通常の性質には当たらない。これらの評価が考慮している事情は、動物は生き物であり、絶えず成長しており、―物とは異なって―個別的な素質が備わっており、これに対応してそこから生じる様々なリスクを伴っているということである。／したがって、馬の買主は、特別な（性質）合意がなくても或る動物が『理想的』素質を有していることを誠実に期待することはできないのであり、むしろ通常は、自らが取得する動物は、それが生き物として異例なことではないが、あれこれの点で理想的状態からの物理的逸脱があることを顧慮しなければならない。このことと結びついた、この動物のその後の発育についてのリスクも、生き物に典型なものであり、それ自体ではまだ契約に反する状態ではないのである。なぜなら、動物の売主は、危険移転時に存在する健康状態が持続することに責任は負わないからである。」

このことは競走馬にも当てはまるので、臨床的に影響のないレントゲン所見は、BGB 434 条 1 項 2 文の意味における物的瑕疵には当たらない。「Y は、―別段の性質合意が締結されていない故―動物が危険移転時に病気ではなく、且つそれによって既に確実にあるいは少なくとも高い蓋然性をもって、すぐに病気になり、それによってあるいはそのほかの原因により、契約によって前提とされた、または通常の使用にもはや供し得なくなる（同様に契約に違反する）状態にないことについてのみ責任を負う。」そのいずれも本件では認められない。

2．次に、本件馬の騎乗上の問題が瑕疵に当たるかであるが、問題は、これが危険移転時に存在していたのかである。原審は、BGB 旧 476 条（現 477 条）の推定規定を適用して、これを認めた。ただ、この推定のためには、本件売買契約が消費動産売買でなければならない。しかし、Y は、事業者ではなく、したがって、本件売買契約も、消費動産売買には

当たらない（Rn. 29 ff.）。

ある者が事業者なのかどうかについては、個別事例における諸事情、とりわけ契約締結の際の当事者の行動が決定的に重視される。この基準からすると、Y が本件売買契約締結の際に営業上の又は独立した職業上の活動の行使で行為したことが明らかではない。Y は、それまで馬の販売については従事していない。この場合、重要な意味を持つのは、売却された目的物がいかなる目的でそれまで使用されていたのか、どのようなきっかけでそれが売られることになったのか、である。売主によって私的に使用されていた馬の売却は、通常、事業者の行為とは性質決定されない。Y は、本件馬の自己の目的のために使用しており、本件売買は、X からのアプローチによって成立したものである。

Y が調教師・飼育者として独立した職業的活動をしていたことは、この結論を変えない。事業者が行なったすべての法律行為は、疑わしい場合には彼の取引上の領域に含まれるといった推定は、存在しない。形式商人である有限会社については、動産を消費者に売却する行為は、疑わしい場合には、その営業行為（Betrieb ihres Handelsgewerbes）に当たり（HGB 344 条 1 項[14]）、分野外の付随的行為であっても、消費動産売買とされる。同条から一般的にそのような推定が導かれるのではない。消費者保護を目的とする BGB13 条、14 条は、公示や信頼保護に向けられた HGB 344 条 1 項とは規律目的が異なっているからである。馬の販売は、その調教・飼育の行使には含まれない。

【コメント】

BGB では、売買目的物が当事者が合意した性質を欠いている場合に物的瑕疵の存在を認めており、これは、契約の解釈を通じて、黙示的に認めることができる。本判決は、黙示の合意についても、性質合意の申込みと承諾が推断されることが前提となることを明らかにしたものである。（売買法を管轄している）民事 8 部の判例は、従来から「疑わしい場合ではなく、明確な場合にのみ考慮される」としており、その延長上の態度だということになる。

本判決の注目すべき点は、瑕疵概念を論じる際に目的が動物であるこ

---

(14) 「商人の行う法律行為は疑わしいときは商業の経営に属するものとみなす。」訳は、前掲注（10）に拠る。

とを考慮していることである。これは、本判決が引用する BGH, NJW 2007, 1351 等でも展開されている理論であるが、本判決は、その射程が乗用馬だけでなく、高額な競走馬にも及ぶことを明らかにしている。動物が物と異なって生き物であることが強調されているが、それは、命ある実体としての動物の特殊性というよりは、商品的個性が様々であるという商品としての特性が重視されているようにも見える(15)。

なお、本件とは逸れるが、動物の売買における契約不適合責任については、次のような問題も生じ得る。すなわち、ペットとしての動物の売買の場合に、その動物に契約不適合があるとして、返品を前提とする解除や代物給付といった救済が可能なのか。当事者の意思だけを考慮すれば、通常の物と別に扱う必要はない。しかし、対象が命のある動物である以上、代金減額や損害賠償という形での救済のみが認められるというべきではないか(16)。

(15)　なお、イングランド法においても馬の売買について黙示の性質合意が認められるのは、ごく稀であったようである。この点については、ポール・ミッチェル［著］沢田祐治［訳］「動産売買における品質保証債務の歴史的展開」山形大学紀要（社会科学）43 巻 2 号（2013 年）219 頁以下。

(16)　このほかに、治療や訓練・調教という形で修補は、考えられるだろう。