

契約による過失責任の免責（二）

——ドイツにおける司法的内容規制の展開——

田 處 博 之

目 次

- 一 はじめに
- 二 BGBの立場
- 三 良俗違反理論による内容規制（以上、本号）
- 四 信義誠実原則による内容規制
- 五 約款規制法による内容規制
- 六 まとめ

一 はじめに

私法の指導原理のひとつである、過失なければ責任なし、との過失責任の原則は、その反面に、過失あれば責任あり、との積極面を有する。これは、近代の損害賠償法の第一次的な帰責原理である。しかし、この原理は、同じく私法の指導原理のひとつである契約自由の原則により、当事者間の契約による変更に服する。

現代社会において、われわれの日常生活における取引のほとんどは企業との間の契約によるものである。そこでは、多くの場合、約款が用いられ、それは、通常、企業によって一方的に作成されることから、そこには企業に有利な条項が置かれることが多い。その典型が、企業の損害賠償責任をあらかじめ減免するいわゆる免責条⁽¹⁾項である。これにより、過失責任の原則が与えた被害者の保護は、当事者間の合意によるかたちをとるにせよ、剥奪される。このことは、契約自由の原則により無制限に許されるのか、そうでないとすれば、その許される限界はどこにあるのか、の問題は、損害賠償法において、契約や不法行為による損害賠償責任の成立の問題やその範囲の問題とならぶ重要な問題であらう。⁽²⁾

このことについて、わが国の立法は、運送関係などについて個別規定を設けるのみで、一般規定を置かず、問題の解決を解釈に委ねている。判例および学説は、契約自由の原則から、公序良俗や信義則に違反しないかぎり、免責を有効と解し、とくに債務者の帰責性に着目して、故意についての責任からの免責は許されないとするが、債務者の重過失や補助者の故意についての責任からの免責が許されるかどうかについては立場が一定していない。また、免責を

許されないと解する場合の理論構成も、いまだ発展途上の段階にあり、満足すべき状況にあるとはいえない。⁽³⁾

対して、ドイツでは、約款による免責条項に対して直接的に内容規制をおこなう約款規制法 (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen) があり、一九七六年のその制定にいたるまで、そして、そののちも多くの判例および学説の蓄積がある。そこで、本稿は、債務者本人の故意についての責任のあらかじめの免除を禁止する二七六条二項をのぞけば、わが国と同様、この問題について一般規定を有しない一八九六年制定のドイツ民法典 (Bürgerliches Gesetzbuch = BGB) のもとで、ドイツの裁判所が、どのように免責条項に対して内容規制をおこなってきたのか、を考察する。

(1) 本稿では、損害賠償責任からあらかじめ免れること一般を免責と呼び、そのうち、損害賠償責任をあらかじめ完全に排除することを責任排除、これを一定額に制限するなど、部分的に排除することを責任制限と呼ぶ。また、免責によりあらかじめその損害賠償責任を免れる者を企業者、免責によりあらかじめその損害賠償請求権が排除ないし制限される者を顧客と呼ぶ。なお、免責条項には、各種の瑕疵担保責任を免責する条項も含まれるが、本稿では、いわゆる債務不履行による責任を免責する条項にかぎって考察する。

(2) 筆者は、以前、故意または過失により誤った情報を提供した者は、その情報を信頼して損害をこうむった者に対してどのような責任を負うか、という情報提供者の責任の問題をドイツ法を素材として検討したことがある (『ドイツ法における情報提供者の責任——銀行情報を中心として——』早稲田法学会誌三八巻 (昭和六三年) 四七頁)。そこにおいて取り上げた判決事例の多くが、免責条項の援用された事案であり、そこでは、かりに情報提供者の責任が成立したとしても、被害者が実際に損害の賠償を得るためには、免責の主張を封じることが必要であった。右拙稿では、この問題を検討することができなかった。本稿の目的のひとつには、このことを補完することがある。

(3) 奥田昌道編『注釈民法(10)債権(1)』(昭和六二年) 四四〇頁以下 (北川善太郎、河上正二「約款規制の法理」(昭和六三年) 二九五頁以下、重田晴生「約款による免責条項の効力」『神田博司追悼・取引保護の現状と課題』(昭和六四年) 三三九頁以下、山下友信「約款による取引」『現代企業法講座第四巻・企業取引』(昭和六〇年) 二五頁以下および三六頁以下、山本豊「保管型営業主の用いる免責条項に対する司法的規制について (一)——日独両法の比較を中心に——』上智法学論集二七巻二号 (昭和五九年) 五頁以下、などを参照。

二 B G B の立場

1 導 入

B G B 二七六条一項一文は、「債務者は、別段の定めがないかぎり、故意および過失について責任を負う」と規定する。この規定は、同条に定められた債務者の過失責任が、法律によってだけでなく、契約自由の原則により契約によつても変更され得ることを明らかにする。⁽¹⁾

ただし、「故意に基⁽²⁾づく責任は、債務者に対しこれをあらかじめ免除することができない」（B G B 二七六条二項⁽³⁾）。

また、債務者は、履行補助者の過⁽⁴⁾責についても B G B 二七八条の定めるところにより責任を負うが、この場合には B G B 二七六条二項は適用されず（B G B 二七八条二文）、履行補助者の故意についての責任からの免責は許される⁽⁵⁾。

このように、B G B は、過失責任の契約による変更を原則的に許容し、唯一、債務者本人の故意についての責任からの免責を例外的に許容しない。このような立場の由来を以下にみてみよう。

2 ドイツ普通法

(1) 故 意

B G B 施行前のドイツにおいて共通に妥当していたドイツ普通法（gemeines Recht）でも、過失責任の契約による変更は許されるものと解されていた⁽⁶⁾。もつとも、それがどこまで許されるか、については、争いがあった。

まず、故意についての責任からの免責が許されないことでは、一致をみていた。⁽¹⁾なにゆえ、このことは許されなかったのか。当時、ドイツ普通法においては、ローマ法文の解釈をめぐる形で議論がなされていたので、この問題について参照されたローマ法文⁽⁸⁾の述べるところをみてみよう。

D. 2, 14, 27, 4. Pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda: veluti si paciscar ne furti agam vel iniuriarum, si feceris: expedit enim timere furti vel iniuriarum poenam: sed post admissa haec pacisci possumus. (恥辱的な原因を含む合意は、守られるべきでない。たとえば、私は、汝が窃盗または名誉侵害をなす場合、それについて訴えないように、と合意する場合である。なぜなら、窃盗または名誉侵害の罰を恐れることは、有用だからである。しかし、それらが犯されたのちは、我々はこの合意をすることができぬ。……)

D. 16, 3, 1, 7. Illud non probabis, dolum non esse praestandum si conenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est. (故意について責任を負わないと合意されたとき、汝はそれを承認しないであろう。なぜなら、この合意は、信義誠実に反しそして良俗に反し、それゆえ、したがわれるべきではないからである。)

D. 23, 4, 5, 1. Ac ne illa quidem pacta servanda sunt, ne ob res donatas vel amotas ageretur, quia altero pacto ad furandum mulieres invitantur, altero ius civile impugnatur. (そして、贈与された物または窃取された物について訴えないように、との合意も、守られるべきでない、なぜなら、あるいはその合意によって婦女は盗みへと誘われるからであり、あるいは市民法がそのなされるからである。)

D. 50, 17, 23. Contractus quidam dolum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus

dedit), exceptio eo, quod Celsus putat non valere, si conenerit, ne dolus praestetur : hoc enim bonae fidei indicio contrarium est : et ita utimur. (契約のうちあるものは故意のみを受け入れ、あるものは故意についても過失についても受け入れる。……しかし、このことは、個々の契約において（より大きくまたはより小さく）明示的に合意される場合を除く。なぜなら、最初に合意されたことが守られる（なぜなら、契約が法律を与えるからである）からである。ただし、故意の責めを負わないと合意された場合——Celsusはこのことは効力をもたないと考える——を除く。なぜなら、これは誠意訴訟に反するからである。……)

これらによれば、故意についての責任からの免責は、それが良俗または信義誠実に反するがゆえに、あるいは、これを許容すると責任負担が有する違法行為抑制機能が失われるがゆえに、許されない、と解されたのである。そして、この点、当時の判例および学説によっても、同様の説明がなされていた。⁽⁹⁾

(2) 重過失

これに対して、重過失についての責任からの免責が許されるか、については、争いがあった。多数説は、重過失は故意と等しいこと⁽¹⁰⁾、重過失についての責任からの免責は良俗および信義誠実に反すること、を主張して、これを許さないものと解していた。⁽¹¹⁾ Hase は、故意についての責任が当事者の処分 (Privatdispositionen) によって変更され得ないことを確認したのち、以下のように述べる。

それ自体重大な有責 (Schuld) は、それが一般に故意と等しいのと同様、ここでも、故意と完全に等しくなければならない。なぜなら、莫大な (enorm) 程度にいい加減に (nachlässig) または怠惰に (saumselig) 振舞うことは、すくなくともこのよう

な振舞いがしばしば発生し、個々の事例が別のやり方で補償 (compensieren) されない場合には、すでに自己の事務 (Angelegenheiten) において、非良心的 (gewissenlos) (あたかも不誠実 (falta tanquam fides)) だからである。取り決めにより、他人との関係において、市民間で前代未聞の不注意を示すことは、いかにして信義誠実になうであろうか。

これに対して、人は、他人の業務を引き受けるに際して、自己の業務に用いるのと同じの注意および尽力を用いることを拒否し、意図的な (absichtlich) または重大な過誤 (Versehen) を生ぜしめないことを約束するにとどめることは許される。ここでは、悪意 (Taus) を許容する契約が存在するのではない。この取り決めは、小さい加減さ (Nachlassigkeit) が、かりにそれが自己の事柄においては生じないのが常であっても、故意には数え入れられない、ということを生ぜしめるのである。⁽¹²⁾

反対に、一部の論者は、これを許される、と解していた。⁽¹³⁾ Wachterは、

重過失についての責任からの免責が、無責任であり (unverantwortlich) 信義誠実に反するがゆえに許されない、と解するとき、なにゆえ、具体的過失についても同様に解されないのか、理解し得ない、

と述べて、Hasseの見解を批判するとともに、ローマ法文が故意としか言っていないことを指摘して、重過失についての責任からの免責を許容する。⁽¹⁴⁾

このように、ドイツ普通法では、重過失については反対に解する少数説があるものの、故意および重過失についての責任からの免責は、一般に、許されないと解されていた。そして、この立場は、一八八一年制定のスイス債務法 (Schweizerisches Obligationenrecht) にも引き継がれ、同法一一四条一項は、故意および重過失についての責任はあらかじめ排除し得ないことを規定したのである。⁽¹⁵⁾

(3) 補助者の故意ないし重過失

つぎに、債務者は、債務の履行のために用いる補助者の故意ないし重過失についての責任を免責することが許されるか、について、どのように解されていたか、をみてみよう。ここでは、債務者は補助者の過責について責任を負うか、という、いわゆる補助者責任の問題が前提となる。BGBは、二七八条一文において、「債務者は、法定代理人およびみずからの債務の履行のために用いる者の過責について、自己の過責と同一の範囲において責任を負う」ことを規定し、補助者の過責に基づく債務者の責任を承認したが、当時、過失責任の原則から、債務者は自己の過責についてのみ責任を負い、補助者の過責については、たとえば請負 (locatio conductio operis) など、個々の契約について特別の準則が定立されないかぎり、選任、監督などにつき自己の過責がある場合にのみ責任を負う、との立場が主張され、これはドイツ普通法上の多数説であった。⁽¹⁹⁾ この立場からすると、債務者は、自己の過責が存しないかぎり、そもそも補助者の過責について責任を負わず、その免責は当然許されることになる。

ライヒ上級商事裁判所一八七九年五月二日判決 (ROHG 25, 180) は、原告船舶所有会社は、運送品の紛失および毀損について、それが船長または乗組員の過失によつて惹起された場合であっても、責任を負わない、との船荷証券条項が問題となった事案（詳細は不明）である。積荷を毀損されて損害を被った被告は、契約により故意についての責任から免れることは法的に無効であり、本件において認定されるべき重過失は故意と同じに扱われなければならないので、右条項は許されないと主張した。裁判所が、補助者責任の問題をどのように解していたのかは、ROHG掲載の判決文をみるかぎり明らかでないが、裁判所は、右条項の効力につき以下のように判示する。

重過失が一般的に故意と同じに扱われるかどうかは決定を要しない。なぜなら、故意について責めを負わないとの合意は効力を有しないとの D. 50, 17, 23 の法準則は、本件にはまったく適用されないからである。引き受けた仕事の実行のために補助者による給付を利用しなければならぬ契約相手方が、その者の故意または過失の行為についての責任を拒絶することは、法律のどこにも禁じられていないし、良俗に反するものともいえない。

このことを述べる判決は少なくとも、⁽¹⁷⁾債務者が補助者の過責についての責任からみずからを免責することは、一般に、許されていたようである。⁽¹⁸⁾

これに対して、補助者の行為についての債務者の責任の根拠が、債務者が実現を約束した結果の不発生に見いだされる場合や、法律が債務者に対し、他人の過失につき自己の過失についてと同様の責任を負わせている場合には、債務者は、補助者の故意および重過失についての責任からみずからを免責することは許されなかったようである。

ミュンヘン上級控訴裁判所 (Oberappellationsgericht) 一八五六年二月二日 (SeuffArch. Bd. 16 Nr. 27) は、郵便小包の中味だけが盗まれた事案である。差出人の損害賠償請求に対し、被告は、名宛人の留保なき受領により差出人はあらゆる賠償請求権を失うとの郵便契約条項を援用した。裁判所は、以下のように判示して、右条項の効力を認めなかった。

錯誤それどころか詐欺の抗弁を排除することになる定めは、良俗に反する。郵便当局が確実な配達を保証 (Zusicherung) を通じてその者についてのみずからの責任を保証するところの人間が、荷物を欺罔的に略奪し受領をそのかした場合には、このことが妥当する。⁽¹⁹⁾

また、ライヒ裁判所一八八七年三月一九日判決（A. Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 4 Nr. 640）は、輸送の遅延により損害を被った原告が被告輸送企業に対し損害賠償を請求した事案（詳細は不明）である。被告の約款による責任制限の効力につき、裁判所は、以下のように判示する。

被告、または、その行為につき自己の行為と同様に責任を負わなければならないところの被告の従業員（Bediensteter）のけしからぬ（*treuenlich*）（悪意的な（*arglistig*）または重過失の）行為についての責任からは、商法典の諸規範との結びつきにおけるドイツ普通法、プロイセン一般ラント法およびフランス法の諸規範により、契約を通じて免れることはできない。⁽²⁰⁾

(4) 契約自由の原則

このように、ドイツ普通法では、債務者本人の故意および重過失についての責任からの免責は、重過失については反対に解する少数説があるものの、一般に、許されないと解され、また、補助者責任の問題をどう解するか、により、この免責禁止の準則が債務者本人の故意および重過失に限定される場合と、補助者の故意および重過失についてもそのまま適用される場合とがあったようである。

しかし、右の免責禁止の準則の適用を受けないところでは、過失責任を契約により変更することは、まったく当事者の自由⁽²¹⁾に委ねられていた。このことは、当時の多くの判決のなかに確認することができる。たとえば、ライヒ裁判所一八八三年六月一六日判決（RGZ 11, 100）は、原告が、被告汽船会社に対し商品の運送を委託したところ、積み込みの翌朝、まだ港に停泊中に、船が沈没した事案である。当時、船長は被告ないし被告の監督官（*Inspektor*）か

ら休暇の許可を得て、一等航海士は休暇の許可を得ずに、ともに船上にいなかった。原告は、被告には船長に休暇を与えたこと、どちらかがかならず船上にいるように指示しなかったことにおいて自己の過責がある、いずれにせよ事故は乗組員の過責に原因がある、と主張して、被告に対し損害賠償を請求した。これに対して、被告は、自己および乗組員の過責を争い、さらに、乗組員の過責については、運送品の紛失や毀損などについて、それが船長や乗組員などの過失によって惹起された場合であっても、責任を負わない、との船荷証券条項によって免責された、と主張した。裁判所は、被告の自己の過責を否定し⁽²²⁾、また、航海上のすべての過責には右条項が適用される、として原告の請求を棄却する。それに際して、裁判所は、右条項の効力について以下のように判示する。

海上輸送において基礎づけられる船舶所有者の責任の荷送人への転嫁がいかに衡平でなく正当でないとしても、そして、この転嫁が自然の (natürlich) ⁽²³⁾ の関係をいかに変更しようとも、契約自由に対する法律上の制限を欠くので、当該約定に対して効力を拒む可能性は存しない。

そして、このような契約自由の原則を尊重する傾向は、B G B の編纂作業に対しても、影響を与えずにはおかなかったのである。

3 立法過程

(1) 部分草案

B G B の基礎となる部分草案 (Teilentwurf) の編纂者の一人として債務法を担当した Franz Philipp von Kübel は、

契約による過失責任の免責 (一)

一八八二年に部分草案一三／二〇〇a条においてつぎのように規定した。

「意図的な (absichtlich) 過責についてのまたは重過失についての責任のあらかじめの排除は許されない」

その理由書のなかで、Kubel は、以下のように述べる。²⁴⁾

債務関係により義務を負う者の責任の程度を定める規定は、任意規定であり、当事者はこの責任を厳しくすることも緩くすることもできる。もともと、意図的な (absichtlich) 過責についての責任をあらかじめ放棄しあらかじめ免除することはできない。そのことを目的とする定めは、非良俗的であり無効である。これに対し、重過失についての責任をあらかじめ免除することができるかどうか、には争いがある。ドイツ普通法上の多数説は、債務関係について故意と重過失とが同じに扱われることがドイツ普通法においてしばしば強調されること、ならびに、重過失についての責任の放棄ないしその認容は、非良俗性と故意の義務違反の危険とを少なからずともなう、という理解を出発点として、重過失についての責任をあらかじめ放棄することを許さない。

この問題についてのドイツ普通法の正しい理解をめぐる論争はさておいて、この問題は、重過失の本質および今日の法および社会生活観 (Rechts- und Verkehrsanschauung) により解決することができる。すなわち、重過失とは、事実上、意図的な (absichtlich) 過責と非常に近接し、それについての責任をあらかじめ排除または免除することが許されるならば債務関係を義務負担者の非良心性 (Gewissenlosigkeit) と軽率性 (Leichtfertigkeit) とに委ねるに等しいほどの義務の不遵守であり、権利者の利益に対する無関心である。重過失についての責任をあらかじめ免除することを許すことは、債務関係の概念および本質に反せずとも、債務関係全体から生ずる諸義務を支配するところの信義誠実の原理に違反するであろう。さらに、意図的な (absichtlich) 過責が存するかどうかを調査することは、個々の事例においてしばしばきわめて困難である。実務上の理由からも、重過失についての責任の排除は、危険で、非良俗的であり、良俗および義務に対する違反をそのかすものとして許容されないと宣言することが望

まれる。

Kübel は、このように述べて、「ドイツ帝国で妥当している私法規範の総在高 (Gesamtbestand) をその合目的性、内的真実性および首尾一貫の実施にかんがみて調査する」という部分草案編纂者の任務⁽²⁵⁾に忠実に、重過失についての責任からの免責を禁止する規定を置いたのである。

なお、債務者は、補助者の故意および重過失についての責任からみずからを免責することが許されるか、については、部分草案はなにも語っていない。そもそも、部分草案は、補助者責任の問題について規定を有しなかったのである。

(2) 第一委員会

一八八二年九月二〇日の第一一八回委員会において、部分草案二三／二〇〇a 条について以下の動議が提出された。

一．すべて削除すべしとの動議

二．「または重過失についての」の語を削除すべしとの動議

三．故意または重過失に基づく責任 (Verantwortung) は、法律行為によってあらかじめ免除され得ない、との文言に変更すべしとの動議

第一の動議は多数者によって拒否され、第二動議が受け入れられた。それは、以下の考慮からであった。

債務 (Verbindlichkeit) の故意の不履行による責任を排除する法律行為上の定めが無効であることは、それについて語る必要

がないほどに自明のことではない。これに対して、重過失についての責任の排除を目的とする法律行為上の定めをも無効と宣言することは、不当に思われる。そこには、十分な実際上の必要が満たされないところの、私的自治の耐えがたき制限が存する。⁽²⁶⁾これにより、第一草案は、二二五条において、つぎのように規定する。

「債務 (Verbindlichkeit) の故意の不履行に基づく責任は、債務者に対しあらかじめこれを免除することはできない」。

こうして、ドイツ普通法では許されないと解されていた重過失についての責任からの免責は、契約自由の原則を尊重する立場から、許容されたのである。

なお、債務者は、補助者の故意についての責任からみずからを免責することが許されるか、については、第一草案は、なにも語っていない。補助者責任の問題は、一八八二年九月一八日の第一一七回委員会においてはじめて議論の対象となり、そのうち、一八八二年一〇月一日の第一二七回委員会において、債務者は、第三者の助けを給付の実現において用いるとき、自己の利益において、それゆえ自己の危険において、行為すること、債務者は、給付義務者として、債権者に対して義務を負う (obliegen) 行為に際し生じることについての責任から免れることはできないこと、ならびに、債務者の給付約束のなかには、給付に際してその共働作用 (Mitwirkung) を用いることを債務者が明示的または黙示的に許された者がきちんと (ordnungsgemäß) 行為することについての担保の引受を見いだし得ることから、当時の多数説の立場がしりぞけられ、債務者は、一般的に補助者の過責について責任を負うべきことが認められた。⁽²⁷⁾その結果、「債務者は、履行に関して、その法定代理人の過責に基づき、ならびに、給付の実現のために用いる者の過責に基づき、責任を負う」との第一草案二二四条二項の規定が生まれたが、債務者が、補助者の過責に

ついでに責任からみずからを免責することが許されるか、については、議論されなかったようである。

(3) 第二委員会

第二委員会では、第一草案二二五条の規定を置くことの必要性に対して、疑問が提起された。その削除を求める動議は、その理由として以下のように主張した。

履行が自称義務負担者の任意にまったく委ねられるときには、法的な債務 (Verbindlichkeit) ということができず、また、真摯な (ernstlich) 義務として引き受けた義務を恣意的に違反することの特許状 (Freibrief) をみずからに与えさせることは良俗に違反するので、右規定は自明のことである。そのような約定は、その無効であることを B G B において明示的に語ることが社会生活 (Verkehr) にとつて望ましいと思われるほどに頻繁に存在するわけではない。また、右規定は、補助者 (第一草案二二四条二項) の責めに帰すべき故意の不履行に基づく責任もあらかじめ拒絶することが許されず、また、債務関係の内容を制限するまたは債務者に解除権を与える約定も拘束力を奪われる、という誤解を招くおそれがある点で、懸念なしとはいえない。

これに対して、多数者は、以下のように主張して、削除への反対を表明する。

第一に、第一草案二二五条は、法定代理人、補助者等々についての責任を対象としない。第二に、良俗に違反する約定が無効であることの参照を指示すること (Verweisung) でもつては、すべての場合に十分であるとはいえない。第三に、右規定の保持は、とくに、第一草案二二五条の反対解釈 (重過失についての責任の排除の許容) をも顧慮するとき、現行法のもとでのこの問題についての論争を断ち切るために望まれる。第四に、故意と重過失とを区別して取り扱うことは、故意の存する場合にのみ債務関係の本質と矛盾するという意思方向 (Willensrichtung) の違いによつてすでに正当化される⁽²⁸⁾。

これにより、第一草案二二五条は存続することとなったが、ここでは、さらに、重過失についての責任からの免責が許されないことが再度確認され、また、補助者の故意についての責任からの債務者の免責が許容されることが明らかにされた。

第一草案二二五条は、その後、字句および条文位置の変更を経てBGB二七六条二項となる⁽²⁹⁾。債務者は、補助者の故意についての責任からみずからを免責することが許されるか、については、第二委員会の編纂委員会 (Redaktions-Kommission) による議決の段階ではなんら規定が置かれていなかったが、その後、第二草案の段階では、二三四条 (BGB二七八条に相当) 三項として、「第二草案二二三条三項 (第一草案二二五条、BGB二七六条二項に相当) の規定は適用されない」との規定が置かれ、この規定はそのままBGB二七八条二文となった⁽³⁰⁾。その間の経緯は明らかでない。

(4) まとめ

以上にみてきたように、BGBの立法者は、債務者の故意についての責任からの免責は、それが良俗に違反するがゆえに、そして、債務関係の本質と矛盾するがゆえに、許されないものと考えた。これに対して、債務者の重過失についての責任からの免責は、これを禁止することは私的自治の不当な制限であることから、そして、故意の場合となり債務関係の本質と矛盾するわけではないことから、許されると考えた。そして、補助者の故意についての責任からの債務者の免責も、その理由は明らかでないが、許されると考えたのである。

(1) 1) の点、争うはな²。Manfred Lowisch, in: Staudinger, 12. Aufl. 1979, §276 Rn. 62, Manfred Wolf, in: Soergel/Siebert, 11. Aufl. 1986, §276 Rn. 196 など。

(2) 1) での「故意」とは、契約上の義務に対する違反についての故意を意味し、損害発生につき故意の存することは要しない。責任からの免除は、債務者がその契約上の義務に故意に違反した場合、すでに、是認することができないからである。Peter Hanau, in: MünchKomm., 2. Aufl. 1985, §276 Rn. 48 und 162.

ライヒ裁判所一九二五年一月二七日判決 (RGZ 110, 69) 原告あてに美術品を急送品として鉄道便で運送することを委託された被告運送取扱人が、指示に反して、船便での運送を手配したところ、右運送品が目的地の倉庫で保管中高水により毀損された事案である。裁判所は、指示違反と損害との間の因果関係を認定したのち、被告は、許されないやり方で知りながら (wissentlich) 指示に違反したので、自己の過責がある知りながらの契約違反に基づく自己の過責については免責条項は考慮されない、このことは被告が独占地位を有するかどうかにかわりなく妥当する、と判示して、原告の損害賠償請求を認容した。

連邦通常裁判所一九五五年三月一八日判決 (MDR 1955, 542) 運送品がきちんとした (ordnungsgemäß) 送り状を欠いていたために東側当局によって押収された事案である。裁判所は、被告運送取扱人が航空便でこの原告の指示に反して陸路での運送を手配したことから、被告の故意による契約違反を認定し、BGB 二七六条二項により、ADSG 五二条、五四条および五六条の免責条項の効力を認めなかった。

反対、ハンブルク上級地方裁判所一九二三年六月五日判決 (HansRZ 1924 Nr. 90) ライターが荷送人の指示に反して郵便小包でなく混載船荷証券 (Sammelkonossement) によって運送された事案 (詳細は不明) である。一〇〇kgあたり六〇マルクへの責任制限の効力につき、原審は、故意行為の存在を理由にBGB 二七六条一項により、これを認めなかった。裁判所は、行為者の故意が損害をも対象とすることを要求し、被告運送取扱人の発送係が、実際に選択した方法が郵便と同じように確実であると考えていたことから、故意による損害惹起を否定し、右効力を認めた。

なお、一般に、過責の連結点 (Bezugspunkt) は、行為の違法性を基礎づける不法構成要件事実 (Unrechtsabstand) である。これ、債務不履行の場合、過責は義務違反を対象とし、損害の発生につき過責の存するとは要しない。とされる (Hanau, aO, §276 Rn. 41ff, Helmuth Henrichs, in: Palandt, 49. Aufl. 1990, §276 Anm. 3 a) und 4) B)c), Lowisch, aO, §276 Rn. 14 und 26a, Wolf, aO, §276 Rn. 17ff.)。

(3) 1) の点は、責任排除の場合だけでなく、責任制限の場合にも適用される。Lowisch, aO, §276 Rn. 63, Henrichs, aO, §276 Anm. 5) B), Wolf, aO, §276 Rn. 198 など。また、すでになされた故意行為についての責任を事後的に免責するとは許される。Lowisch, aO, §276 Rn. 63; Wolf, aO, §276 Rn. 198 など。

(4) Verschulden 故意および過失を総称する概念である。本稿では過責と訳する。

契約による過失責任の免責 (一)

- (5) もともと、債務者が法人の場合には、機関の行為はBGB III 条により自己の行為として法人に帰責されるので、機関の故意について責任を免責する理由は許されなご。Robert Bittes, in: Erman BGB, 8. Aufl. 1989, §276 Rn. 81; Esser-Schmidt, Schuldrecht Ein Lehrbuch begr. v. Josef Esser, Bd. 1 Allgemeiner Teil, fortgeführt v. Elke Schmidt, 6 Aufl. 1984, §27 III Anm. 1 S. 403; Wolfgang Fikentscher, Schuldrecht, 7. Aufl. 1985, §54 Anm. 19 S. 330f.; Lowisch, aO, §276 Rn. 63, Richard Alf, in: BGB-RGRK, 12. Aufl. 1976, §278 Rn. 48, ハートマン・クルト・上級地方裁判所一九〇六年十一月七日判決 (Jahrbucher der württembergischen Rechtsplege Bd. 20 Nr. 1) (登記済社団 (ein eingetragener Verein) の業務執行機関およびBGB III 〇条による定款その他の定めによる任用された代理人の事案)、ライヒ裁判所一九三三年九月九日判決 (BankArch. 33, 228)、ライヒ裁判所一九三四年七月三日判決 (BankArch. 34, 189)、ライヒ裁判所一九三七年八月二〇日判決 (BankArch. 37/38, 85)、ライヒ裁判所一九三八年三月九日判決 (RGZ 157, 228)、連邦通常裁判所一九五四年四月二八日判決 (NW 1954, 1193)、連邦通常裁判所一九五五年一月五日判決 (WM 1955, 230)、連邦通常裁判所一九五六年六月七日判決 (WM 1956, 1056)、ケルン上級地方裁判所一九六〇年五月二四日判決 (BB 1960, 964)、連邦通常裁判所一九七〇年十一月二日判決 (WM 1970, 632) (いずれも銀行信用情報(の事案))。

- (6) Ludwig Arndts, Lehrbuch des Pandekten, 9. Aufl. 1877, §250 S. 428; C. H. L. Brinckmann, Lehrbuch des Handels-Rechts, Fortgesetzt von W. Endemann, 1853-1860, §114 Anm. II S. 435 und §117 S. 451, Heinrich Dernburg, Pandekten, Bd. 2, 1 -2. Aufl. 1886, §36 Anm. 1 S. 97; ders., Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. 2, 5 Aufl. 1897, §67 Anm. 1 S. 159; ders., Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 2 Abt. 1, 1. -2. Aufl. 1899, §65 Anm. II S. 140, Franz Forster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts, Bd. 1, 3. Aufl. 1873, §104 S. 699, Christian Friedrich Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar für meine Zuhörer, Tl. 4, 1796, §324b S. 349, L. Goldschmidt, Ueber die vertragsmäßige Beschränkung der Ersatzpflicht der Eisenbahnverwaltungen, ACP 41 (1858), 406, 408 und 410, ders., Die Haftungspflicht der Eisenbahnverwaltungen im Güterverkehr, ZHR 4 (1861), 569, 579f., Johann Christian Hasse, Die Culpa des römischen Rechts. Eine civilrechtliche Abhandlung, 2. Aufl. besorgt v. August Bethmann-Hollweg 1838, §60 S. 187, Friedrich Ludwig von Keller, Pandekten, Bd. 1, 1866, §250 S. 547, Friedrich Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, Abt. 3 Die Lehre von der Mora, nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa, 1855, S. 395; C. F. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandekten-Rechts, Tl. 2, 3. Aufl. 1840, §353 S. 299, Otto, Ueber die Haftungspflicht der Eisenbahn. Das geltende Recht und die Autonomie der Verkehrsanstalten, Württembergisches Archiv für Recht und Rechtsverwaltung 4 (1861), 83, 122f.; Anton Friedrich Justus Thibaut, System des Pandekten-Rechts, Bd. 1, 1833, §165 Anm. II) 1) S. 129f.; Carl Georg Wachter, Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts, Bd. 2, 1842, §112 Anm. 3 S. 791; ders., Pandekten, Bd. 1, 1880, §87 Anm. II C S. 451 und Beil. I Anm. IV S. 456, 以下「ローテック」が大きな参照となっている。D 2, 14, 7, 15; D 4, 9, 7 pr.; D. 16, 3, 1, 6 und 10, D. 50, 17, 23.

(一) Arndts, aaO, §250 S. 427, Julius Hermann Beschorner, Von der Ersatzpflicht der Eisenbahnverwaltungen bei Personen- und Gutertransport, AcP 41 (1858), 393, 400; Brinckmann, aaO, §114 Anm II S. 435 und §117 S. 451, Dernburg, Pandekten, Bd. 2, §36 Anm I S. 97, ders., Lehrbuch, Bd. 2, §67 Anm. 1 S. 159f.; ders., Das bürgerliche Recht, Bd. 2 Abt. I, §65 Anm. II S. 140 (加害者の賠償にのみならず損害の全額を賠償するものを知るべし); Forster, aaO, §104 S. 699 (建築屋等の賠償を受ける権利は、(Gewissenlosigkeit) (無故意性) (Leichtfertigkeit) (輕率さ)と認められざる限り), Glück, aaO, §320 S. 317f. (詐欺 (Betrugerei) や不正な取引によるもの), und §324b S. 349 (因縁關係に基づくもの); Goldschmidt, aaO, AcP 41, 408, ders., aaO, ZHR 4, 580, 642 und 644, Hasse, aaO, §60 S. 187, Keller, aaO, §250 S. 547, Mommsen, aaO, S. 395; Mühlenthal, aaO, §351 S. 294, Georg Friedrich Puchta, Pandekten, 1845, §265 S. 378 (瑕疵なきもの); ders., Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd. 2, 3. Aufl. 1852, §264–267 S. 86, Reyscher, Das Telegraphenrecht, insbesondere die Haftpflicht aus unrichtiger oder verspäteter Telegraphirung, Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft 19 (1859), 306 (客観的な) 観点 (schlecht) に養ひらるべき。建築家の責任は、その事業に於けるものたるべきことである (Freibrief) を受けるものは、その責任を負わなければならない; Thibaut, aaO, §165 Anm. II) 1) S. 129f.; Joseph Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 2, 2. Aufl. 1863, §102 Fn. 21 S. 242, Wachter, Handbuch, Bd. 2, §112 Anm. 3 S. 791, ders., Pandekten, Bd. 1, §87 Anm II C S. 451 und Beil I Anm IV S. 456 (客観的な) 観点 (Schlechthitigkeiten) を意味するもの); Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1875, §265 Anm 1, S. 59; ders., Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 9. Aufl. bearb. v. Theodor Kipp, 1906, §265 Zusatz Anm. 5 S. 105f. (Kipp) (取引の経緯にのみよるべき客観的 (Freibrief) を受けるものと取引の経緯が不明なるものを区別するもの), ハンブルク版民法に「取引の経緯」に「客観的」とあるのは、
「selbstverständlich ohne Obligo」を意味するものである (arglistig) は破綻していることは明らかである (D. 2, 14, 27, 3; D. 13, 6, 17 pr., D. 16, 3, 1, 10, D. 19, 1, 6, 9; D. 19, 1, 11, 15 など)
から、その結果としてローリー判決の結論は正しいのである。

(二)

(9) 玉座 (7) 孝子圖。

[illegible]

(二) Beschorner, aaO, AcP 41, 400; Brinckmann, aaO, §114 Anm II S. 435 und 117 S. 451; Dernburg, Pandekten, Bd. 2, §36 Anm. 2 S. 98; ders., Lehrbuch, Bd. 2, §67 Anm. I S. 159f. (各條、ders., Das bürgerliche Recht, Bd. 2 Abt. I, §65 Anm. II S. 141 各條及び通論の各條); Förster, aaO, Pandekten, Bd. 2, §36 Anm. 2 S. 98.

\$104 S. 699; Glück, aAO, §324b S. 349; Goldschmidt, aAO, AcP 41, 408; ders., aAO, ZHR 4, 580, 642 und 644, Hasse, aAO, §60f. S. 187ff.; Mommsen, aAO, S. 395; Otto, aAO, Württembergisches Archiv für Recht und Rechtsverwaltung 4, 123f.; Puchta, Pandekten, §265 S. 378f.; Reyscher, aAO, Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft 19, 306; Thibaut, aAO, §165 S. 129f.

連邦上級商事裁判所一八七一年五月二日判決 (BOHG 2, 287) 製糖工場である被告が原告機械工場から供給を受けた機械の性状が契約に反していたため、被告に損害が生じた事案である。原告の代金支払請求に対し、被告は、反訴として損害賠償を請求した。裁判所は、注文状 (Bestellbrief) による免責条項の効力につき、故意または重大な過責により生じる損害の賠償はあらかじめ有効に放棄され得ない、と判示して反訴を棄却した原判決を破棄し事件を原審に差し戻した。なお、本件は、一七九四年に公布されたプロイセン一般ラント法 (Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten) のもとでの事案のようであるが、同法は、「普通法的素材をあらたに知的に組織化した」(F. ヴィーアッカー著・鈴木祿弥訳『近世私法史——特にドイツにおける発展を顧慮して——』(昭和三十六年) 四一七頁) と評されるものであり、また、同法は、「契約当事者は、おたがいに義務を負う過誤 (Versen) の程度を契約のなかで別段に定めることが許される」(第一部第五章二八三条) と規定するので、免責の許容限界の問題の解決を解釈に委ねていたもので、ここに挙げて差し支えないと思われる。

- (12) そのほか、Forster は、債務関係が最初から非良心性 (Gewissenlosigkeit) と輕率性 (Leichfertigkeit) に委ねられることは許されないことを Glück は、信義誠実と相容れないことを、Reyscher は、あたかも故意およびこれに等しい重過失についての特許状 (Freibrief) をみずからに与えさせることは、良俗に違反するところを、理由として挙げている。

- (13) Unger, aAO, §102 Fn. 21 S. 242; Wachter, Handbuch, Bd. 2, §112 Anm. 3 Fn. 19 S. 791f.; ders., Pandekten, §87 Beil. I Anm. IV S. 457.

ライヒ裁判所一九〇二年二月十七日判決 (Gruchot Bd. 46 Nr. 56) 原告が被告鉄道から賃借した木材置き場に貨車の火事が燃え移った事案である。裁判所は、被告の約款による責任排除条項につき、右賃貸借契約当時効力を有していたプロイセン一般ラント法によっても、損害発生時に適用されていた BGB によっても、重大な過誤 (Versen) についての責任をあらかじめ排除することは、許されないものではない、と判示して、右条項の効力を認め、原告の損害賠償請求を棄却した。

- (14) これに対して、Goldschmidt は、自己の重過失についての責任からの免責を許さない見解は、たしかにローマ法文から証明することはできないが、内的な諸根拠から断固として (entschieden) 採用されるべきであると述べる (aAO, ZHR 4, 580)。また、Otto, aAO, Württembergisches Archiv für Recht und Rechtsverwaltung 4, 123f. を参照。

- (15) 「違法な意図 (Absicht) または重過失についての責任を排除する趣旨のあらかじめなされた取り決めは、無効である」。この規定は、一九〇一年制定の現行スイス債務法二〇〇条に引き継がれている。

(16) Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der veröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I: §§241 bis 432, 1978, S. 243f. (Jakobs) 邦語文献としては、ろしあたり、潮見佳男「履行補助者責任の帰責構造(二)」民商法雑誌九六巻二号(昭和六十二年)四頁以下を参照。

(17) たとえば、ライヒ裁判所一八八九年二月六日判決 (HansGZ 1889 Haupbl. Nr. 37) は、積荷の棉花の梱が乱暴な取り扱いによって毀損され、棉花が一部紛失した事案である。裁判所は、本文と同様の船荷証券条項につき、右条項は船長および乗組員による運送品の故意の毀損についても過失の毀損についても責任を排除する趣旨であり、そのような排除は許される、と明示する。もともと、裁判所は、船舶所有者自身の過責を認定し、右条項の援用を認めなかった。そのほか、ライヒ裁判所一八八八年二月一日判決 (RGZ 20, 115) (積荷の糖蜜がはしけとともに沈没した事案)、ハンブルク上級地方裁判所一八九三年二月二日判決 (HansGZ 1894 Haupbl. Nr. 12) (積荷の厚板が契約に違反して甲板に積載されたため海水により毀損された事案)、ハンブルク上級地方裁判所一八九五年一〇月八日判決 (積荷の砂糖が海水により毀損された事案。上告審のライヒ裁判所一八九六年三月七日判決 (HansGZ 1896 Haupbl. Nr. 51) は、乗組員の過失についての責任からの免責は許されると述べるのみで、故意の場合については触れていない)、ライヒ裁判所一八九八年七月六日判決 (UW 1898, 512) (同じく海上運送における積荷損害の事案)。これらの判決では、それぞれの掲載の判決文をみるかぎり、いずれも、どの範囲で債務者は補助者の過責について責任を負うか、の問題に言及することなく、免責の問題について判断を下している。

(18) Goldschmidt は、鉄道の責任に関して、補助者の故意または重過失についての責任からの免責は、それがいかに負担を負わせる (beschwerend) ものであろうとも、その許容性に疑いは存しない、と述べる (aaO, ZHR 4, 580ff.)。

(19) また Otto は、補助者の行為についての債務者の責任の根拠を、債務者によって実現が補助者の行為によって実現されなかったことに見出す立場から、補助者の故意または重過失についての責任からの免責は、約束された結果の補助者の故意または重過失による不発生の許容と同義であり、故意について責任を負わない旨の合意を禁ずるローマ法文は、およそ将来の悪事 (Schlechtguteiten) を助長しなことを意図しているのので、右免責は許されない、と述べる (aaO, württembergisches Archiv für Recht und Rechtsverwaltung, 4, 125f.)。

(20) また, Denburg は、みずから責任を負わなければならないところの第三者の故意または重過失について責任を負わない旨の契約は有効である、しかし、このことは、法律が使用者に、他人の過失について自己の過失について同様の責任を負わせる場合には妥当しない、と述べる (Lehrbuch, §67 Fn. 3, S. 160)。

(21) なお、三注 (2) をも参照。

(22) なお、乗組員の過責については、RGZ 掲載の判決文をみるかぎり検討されていない。

(23) 契約自由の原則を述べる判決として、そのほか、リュエーベック上級控訴裁判所一八五六年五月二九日判決 (SeufArch. Bd. 11 Nr. 86)、ライ

契約による過失責任の免責 (一)

と裁判所一八八五年九月三〇日判決（HansGZ 1886 Hauptbl. Nr. 6）、ライヒ裁判所一八八九年五月二五日判決（RGZ 25, 104）、ライヒ裁判所一八八九年七月六日判決（W 1898, 512）。これらはいずれも（ただし、事案の詳細が不明のリュエベック上級控訴裁判所一八五六年判決を除く）海上運送における積荷損害をめぐって、船長または乗組員の過失についての船舶所有者の責任を免責する条項の効力が肯定された事案である。なお、ライヒ裁判所一八八九年二月六日判決（HansGZ 1894 Hauptbl. Nr. 37）、ライヒ裁判所一八八九年五月二五日判決およびライヒ裁判所一九〇二年一〇月二九日判決（RGZ 52, 395）は、船舶所有者は、自身（または乗組員でない代理人（Bevollmächtigter））に過責が存する場合には、免責条項を援用し得ない、との法命題が確立している、と述べる。そして、ライヒ裁判所一八八九年二月六日判決では自己の過責が認定され、責任が肯定されたが、ライヒ裁判所一八八九年五月二五日およびライヒ裁判所一九〇二年一〇月二九日判決では、自己の過責は認定されず、船長または乗組員の過責につき免責条項の効力が認められ、結局、責任は否定された。しかし、これらはいずれも、損害が船長、乗組員らによる過失によるものであっても責任を負わないとの文言の船舶証券条項が問題となった事案であり、右命題が、船舶所有者は、損害が自己の過失によるものであっても責任を負わないと条項が規定する場合にも妥当する趣旨なのかどうかは明らかでない。

- (24) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Recht der Schuldverhältnisse. I. Allgemeiner Theil mit Begründung. Vorlage des Redaktors Dr. F. Ph. v. Kubel, 1882, Abschn. I Tit. 3. Wirkungen der Schuldverhältnisse. I. Im Allgemeinen, S. 23ff., in: Werner Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 3 · 1 Recht der Schuldverhältnisse Tl. 1 Allgemeiner Teil, 1980, S. 759ff.
- (25) Gutachten der Vorkommission von 15. 4. 1874, bei: Werner Schubert, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB – Einführung, Biographien, Materialien – (Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs), 1978, S. 170.
- (26) Jakobs und Schubert, aao, S. 242 (Jakobs).
- (27) Jakobs und Schubert, aao, S. 242ff. (Jakobs).
- (28) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, 1897, S. 304f.
- (29) Jakobs und Schubert, aao, S. 256ff. (Jakobs).
- (30) aao, S. 257f.

三 良俗違反理論による内容規制

1 契約自由の原則と独占地位の濫用による良俗違反

(1) 独占地位の濫用

契約自由の原則を尊重する立場から、債務者本人の故意（ないし故意および重過失）についての責任を別として免責を許容する以上のような流れの一方で、ライヒ裁判所は、すでにBGBの編纂作業中に、一八八八年二月一日判決（RGZ 20, 115）において、債務者本人に故意または重過失が存しない場合であっても、独占地位の濫用による良俗違反⁽¹⁾の思想により、免責の効力が制限され得ることを明言する。被告がAから輸送を委託された糖蜜を積載したはしけが流水よけに衝突して沈没した。原告（Aとの関係は不明）は、曳船の船長には過責があり、曳船の所有者である被告は、船長の過責につき責任を負う、と主張して、被告に対し損害賠償を請求した。これに対し、被告は、海損事例の場合とはくに責任を引き受けた場合にしか責任を負わないとの約款条項を援用する。裁判所は、結論としては原告の請求を棄却するが、以下のように判示する。

鉄道は、商法典により、法律上の損害賠償義務を契約により制限することを禁止されているが、この規定はそのほかの運送人には適用されない⁽²⁾ので、原告の請求が基礎づけられるのは、右条項の法的有効性が一般の法命題に基づき否定され得る場合のみである。しかし、このことは、運送人の自己の故意ないし自己の重大な過責についての責任が排除されるものとされている場合にのみ可能である。これに対して、運送人が輸送の実行に際して用いる人間の故意および重大な過責についての責任を排除する

ことは、決してすべての事例において良俗に反するとみなされるべきでない。とくに、運送人が、従業員の選任に際し必要な注意をもって行為することができる地位にない場合、ないしは、輸送を不利な外的事情のもとで実行せざるを得ず、しかし、輸送の実行が、不十分な安全性のもとにおいてであるにもかかわらず、荷送人の利益にかなう場合には、そうである。

もちろん、特別の諸事情が存しない場合や当該契約規定が通常の社会生活（Verkehr）において提供され受け入れられている場合には、事情はことなる。しかし、これらの場合においても、そのような契約による荷送人の不利益は、無限定の責任の排除の結果、運送人にとって経済上提供可能となる運賃の低廉化によって荷送人が獲得する利益により埋め合わせられ得る。このことは、運送人の無責による不利益からとくに保険締結を通じて身を守る機会が荷送人に存する場合には、とくに顧慮されるべきである。ましてや、運送人自身がその種の契約の提供を申し出る場合には、この関係でのあらゆる疑念は脱落する。本件では、このことが妥当する。そこでの状況は、二通りの運送契約の締結申出——つまり、責任をともなわないより低額の運賃での契約締結申出と責任をともなうより高額の運賃での契約締結申出——がなされる場合と、効果において同一である。

反対に、みずからの利益を別のやり方で守る可能性が公衆に対して与えられず、または、比較的困難な条件のもとでしか与えられない場合、ないしは、特別の事情（たとえばアメリカの現象によるいわゆる企業連合の形成）の結果、荷送人が運送人の要求にしたがうことを強いられる場合には、運送人の責任制限には良俗違反が見出され得る。しかし、本件では、その種の事情が存したと主張されなかった。⁽³⁾

この独占濫用による良俗違反の理論は、ライヒ裁判所一九〇六年一月八日判決（RGZ 63, 264）において、現実⁽⁴⁾に免責の効力を奪うにいたる。カイゼル・ヴィルヘルム運河を航行中の原告所有の汽船が、被告国庫の所有する浚渫船の乗組員の過責により、この浚渫船と衝突した。原告の損害賠償請求に対し、被告は、経営規則を援用し、運河当局

の職員の過責について責任を負わないと主張した。裁判所は、ライヒ裁判所一八八八年二月一日判決を援用しつつ、以下のように判示して、原告の請求を認容する。

運河当局が運河の利用を、法において基礎づけられる請求権の契約による放棄にからしめることは、公の水路として一般の社会生活 (der allgemeine Verkehr) に奉仕するという法律によって定められた運河の用途 (Bestimmung) と矛盾する。しかしまた、そのようなやり方には、良俗に対する違反も見いだされるに違いないであろう。個人がみずからに事実上帰属する独占または競争可能性の排除を、一般の社会生活に対し、不衡平で (unbillig) 不釣合な (unverhältnismäßig) 犠牲を課し、不衡平で不釣合な約款を指示するために濫用する場合、その約款は法的な承認を得ることができない。ライヒ裁判所が繰り返し適用してきたこの原則は、とくに、公衆がみずからの利益を別のやり方で保護することが可能でなく、それゆえ、設定された約款に服従することを強いられる場合には、契約による法律上の責任の排除について適用される⁽⁴⁾。

従来、契約自由の原則により当事者の任意に委ねられていた、債務者本人の自己の過失や補助者の過責についての責任からの免責は、ここにおいて、裁判所による内容規制に服することとなったのである。

(2) 免責の不当性

もつとも、免責が独占地位の濫用により許されないとされるためには、右に述べられるように、独占地位が存在することと、その濫用により一般の社会生活 (der allgemeine Verkehr) に対し不衡平で不釣合な犠牲が課せられることが必要であった。独占地位についてはのちに考察することとして、ここでは、免責がその濫用であるかどうか、の

判断がどのようなものであったか、をみておこう。

ライヒ裁判所一九二〇年五月一日判決（RGZ 99, 107 = JW 1920, 773）は、被告が原告から運送取扱を引き受けたワインの樽が、貨物集配所に向かう途中で転落し、中身が完全に流れ出てしまった事案である。原告の損害賠償請求に対し、被告は、フランクフルト運送取扱人回状（Rundschreiben）により責任は1kgあたり二マルクに制限される、と主張した。原審のフランクフルト上級地方裁判所一九一九年一月一日判決（JW 1920, 449）は、まず、本回状が、フランクフルトのほとんどすべての運送取扱および運送企業によって署名され、当時（一九一七年二月）、一般に輸送手段が不足しており、委託者の多くが運送取扱および運送企業のサービスを頼りとしていたことから、回状において連合した運送取扱および運送企業がこの業務分野において事実上の独占を有していたことを認定する。そして、以下のように判示して、請求を認容した。

事実上の独占が存する場合において、その独占が公の目的規定（eine öffentliche Zweckbestimmung）に奉仕するときには、契約関係の形成は、企業者の任意から奪われ、このことと矛盾する当事者の取り決めは、良俗に反すると解されるべきである。したがって、立法者が十分な理由をもって定めた運送人責任（HGB 四二九条）⁽⁵⁾の排除または排除とほとんど等しい軽減は、非良俗的であり、それゆえ無効と解されるべきである。本判決でもって当部は、学説および判例と一致する。

責任限度額を超える損害を保険を通じて填補する可能性が回状のなかで強調されたことや、この保険を約款により仲介することを企業者が申し出たことも、代わりを提供しない。なぜなら、委託者は、法律によって与えられた契約相手方に対する確か（sicher）ではつきりと定められた請求権に代えて、契約に関係ない第三者に対する特別の手続による債権を行使することを命

ぜられることになるからである。高度の損害危険に備えるため、企業者には、みずから保険に加入しそのコストを運賃の値上げによって補填する自由が残されている⁽⁶⁾。

これに対して、裁判所は、以下のように判示して、原判決を破棄し事件を原審に差し戻した。

原審の論述は、右回状に規定された責任制限を濫用と認定するには十分でない。上告が正当に主張するように、当事者の約定に服する契約関係につき法律が定めた内容が一方当事者の圧力によって彼の有利に変更される場合、そのことは許されないと難く解されるべきでない。契約自由が存するというのが原則的に出発点とされるべきである。このことは運送取扱人の独占地位によっても変わらない。運送取扱人に対して求めることができるのは、その独占地位を濫用しないことだけである。運送取扱人の責任を制限する約定は、難なく権力地位の濫用と解されるべきでない。運送取扱人が本件のような取り決めによって良俗に違反したと認定するためには、特別の事情の存することが必要であり、原告がその事情を主張すべきである。本件では、その主張はなされなかった。運送取扱人に対し、荷送人の利益を一面的に顧慮することを要求することは当然でない。

それどころか、本件では、このような約定が衡平の要求にとくになつてしていると解されるような状況であつた可能性がある。戦争により運送取扱人は以前とくらべて大きな負担と著しいリスクを負わされた、ということの可能性が考慮されるべきである。運送取扱人はこのような状況の変化に約款を合わせなければならなかった。それは、料金を一般的に値上げすることによつてもできた。しかし、そのようにした場合、さまざまなケースの特殊性を十分に考慮することができなかった。つまり、運送取扱人は、程度の差こそあれ単一的な料率を採用せざるを得ず、料金を個々の取引ごとに個別に定めることはできない。こうしたことから生じる不平衡を回避するためには、運送取扱人は、通常の場合にはみずからの責任を適切な方法で制限し、特別の要件のもとにおいてのみより高度の責任が生ずるようにするしかない。このより高度の責任を引き受ける場合には、より高額の料金を請

求する権限が与えられなければならない。運送取扱人は、このように行爲するとき、良俗に反しないことは疑いない。運送取扱人が荷送人に対し、自身で損害保険に加入することを指示する場合も、本質的に事情は変わらない。とくに、運送取扱人が、荷送人に困難と時間のロスを生ぜしめないために保険契約の締結の仲介を申し出る場合には、荷送人にとっては、どの程度損害から身を守ることを欲するかに応じてさまざまな料金が用意されていることになる。そのようなやり方は、個々のケースの特殊性、運送品がさらされる危険の程度を計算に入れることをもつとも簡単に可能にすることからも、好ましい⁽⁷⁾。

また、ライヒ裁判所一九一三年二月一二日判決（RGZ 81, 316）は、カイゼル・ヴィルヘルム運河において、被告国庫の所有する曳船によって曳航されていた船列と汽船とが衝突し、曳航されていたA所有の船が毀損された事案である。Aから損害賠償請求権の譲渡を受けた原告（保険者であるかどうかは不明）は、曳船の船長の過責を主張し、曳船契約により被告に対し損害賠償を請求した⁽⁸⁾。これに対して、被告は、運河当局は、その曳船による運送に際して、曳船の乗組員またはその他の運河当局の従業員の過責によって船に生じた損害について責任を負わない、との運河の経営規則を援用する。裁判所は、以下のように判示して、右条項の良俗違反性を否定して、原告の請求を棄却する。

本件では、事実上の独占地位も、その濫用による契約相手方への不衡平かつ不釣合な約款の押し付けも存しない。原審は、ライヒの事実上の曳航独占（Schleppmonopol）の存しないこと、かりに現在において、エーヴェル船およびその他の小型船が、通常、運河当局の曳船を利用しているとしても、それはライヒの曳船がもつとも有利な条件を提供しているからである、と確認した。この確認は、すでに、運河当局の約款が不適切な内容を含んでいないことを示す。さらに、原審は、運河当局の曳船料が異常に安いことを述べた。ライヒは、たとえば一九一〇年には、曳船事業に四三七、六一三マルクを投入した。さらに、船舶所有者は、みずからの船を脅かす毀損の危険に対して保険に加入する可能性を奪われていない、との事実も重要である。

もし運河当局が責任排除に別れを告げるならば、曳航料の相応の値上げに対して正当に異論を唱えることはできないであろう。より低額な曳航料と責任の排除、より高額な曳航料と責任を排除しないこと、との関連性は、顕著である。同時に、一定の要件のもとでは、保険料の額への影響も認められるであろう。曳航企業がこのような経済上の関連性を顧慮し、より低額な曳航料は責任排除としか相容れないと解するとき、そこには、良俗違反を見いだすことはできない。これを良俗違反と解することは、類似の船舶貨物輸送領域において広範なネグリジエンス条項が法的に承認されているだけに一層、正当でないと思われる。⁽⁹⁾

このように、契約自由が、つまり、免責は許される、ということが原則であり、当事者間の契約により取り決められた免責が、独占地位の濫用による良俗違反の思想による裁判所の内容規制に服するためには、特別の事情の存することが必要とされたのである。そして、このことを正当化する実質的な事情として、企業者の置かれた経済状況が劣悪であること、免責の結果として給付がより低額で供給されていること（逆にいえば、免責をしないときには、給付の対価が高額になること）、顧客に対して、割増料金でのより高度な責任負担という選択肢が用意されていること、顧客側に保険に加入する可能性が存すること、企業者が右可能性の実現のため保険契約の締結の仲介を申し出ていること、などの事情が挙げられた。⁽¹⁰⁾

2 重過失責任からの免責の拒絶

しかし、このように契約自由の原則を相変わらず尊重する裁判所も、企業者自身またはその指揮的職員に重過失⁽¹¹⁾が存する場合には、免責を許容しなかった。

ライヒ裁判所一九二一年一〇月一日判決（RGZ 102, 396）は、原告あてに運送が委託された銅線が被告船会社のもとして紛失した事案である。裁判所は、以下のように判示して、原告の損害賠償請求を認容した。

原審は、以下のように論述した。すなわち、本件のように、被告の職長（Vorarbeiter）Aによって受領された運送品が、被告の倉庫に発見することができないのみならず、帳簿にも記入されていない、という扱いを被告の労務者および職員によって受けたことは、少なくとも重過失と解されるべきである。Aが、被告の反対の指示にもかかわらず、自分には、商業使用人（kaufmännischer Angestellter）に通知することなく運送品を受領し運送状を発行する権限がある、と考えることを可能にする業務整備（Geschäftseinrichtung）は、この種の営業において必要な監督が指揮的職員によって著しく怠られていることを推認させる。運送品のこのような重過失的な業務上の扱いは、運送品の紛失の直接の原因であり、被告の責任を基礎づける、と。

これにより、運送品の紛失の原因となつた被告の指揮的職員の重過失——それは被告の営業の異常に瑕疵ある整備および監督に存する——が、正当に確認された。被告株式会社の業務執行機関のそのような過責は、被告の自己の過責とみなされる。

被告の約款が規定する免責が右の種類の過責を対象とすることが決する必要がある。なぜなら、いずれにせよ、そのように広範な免責は、原審によつて述べられた被告の独占地位にかんがみ、この権力地位（Machtstellung）の濫用であり、したがって良俗に違反するものとして法的に無効だからである。なぜなら、当時、運送業は不安定な状況にあったとの指摘は、本件のように輸送企業者の指揮的職員の自己の作為または不作為が問題であるときには、意味を有しないからである。

また、ハンブルク上級地方裁判所一九二六年七月九日判決（HansRZ 1926 Nr. 212）は、原告が被告倉庫業者に寄託したコーヒーの一部が紛失した事案である。原告の損害賠償請求に対し、被告は、約款による一〇〇kgあたり二〇ライヒマルクへの責任制限を援用した。裁判所は、まず、右紛失が、被告の営業の異常に瑕疵ある整備（Einrichtung）

および監督に基づく（寄託物の引渡につき、倉庫業者のきちんとした（ordnungsgemäß）事業体が無条件に必要とするような十分なコントロールを欠いており、被告の職員がコーヒーの袋を、施錠されていない倉庫から、有効なやり方での監視を受けることなく、持ち出す可能性が存した）ことを認定し、原審が、被告の事業体のこうした被告自身の責めに帰する欠陥ある整備および監督のなかに、倉庫業者としての義務に対する重大な違反を認定したことを述べたのち、以下のように判示して、右責任制限の効力を認めず、請求を認容した。

このような場合において、被告が約款による責任制限を援用することは、商人の良俗に反し許されない。加害者が、自身が重過失により契約義務に違反した場合に、約定による責任制限を援用することは、実直な社会生活の慣習（die Gepflogenheiten des redlichen Verkehrs）および礼儀正しい職業的理解（anständige Berufsauffassung）に矛盾する。このことを許容すると、⁽¹²⁾そのような約定は、契約上引き受けられた義務の怠りがいかに軽率な（leichtfertig）ものであっても、これを許容する特許状（Freibrief）とならう。

ここにおいて、独占地位を占める企業者自身またはその指揮的職員の重過失についての責任からの免責は、良俗に反し、許されない、との命題が確立された。重過失責任からの免責の禁止は、BGB制定時に、ドイツ普通法において支配的であったにもかかわらず、契約自由の原則を尊重する立場から、放棄されたものであった。しかし、生活上の必要は、独占地位を要件としつつも、重過失については、故意についてと同様に、強行的に（当事者間の契約による変更を許さず）責任が生じることを要求したのである。⁽¹³⁾

3 企業者機能についての責任からの免責の拒絶

(1) 企業者またはその指揮的職員の過失

ところが、これをさらに一步進めて、企業者の独占地位を前提としつつも、企業者またはその指揮的職員に過責が存する以上、それが重大なものでなくとも、免責は許されない、と解する一連の判決があらわれる。

ライヒ裁判所一九二一年一〇月二六日判決（RGZ 103, 82）は、被告運送取扱人が原告あての運送を引き受けた葉巻が途中で紛失した事案である。原告の損害賠償請求に対し、被告は、紛失につき有責でない、そうでなくとも、約款により六〇マルクの最高限度額までしか責任を負わない、と主張した。裁判所は、以下のように判示して、請求を認容した。

すでに一九二〇年五月一日判決（RGZ 99, 107 = JW 1920, 773）において、当部は、社会生活（Verkehr）にとって必要不可欠な営業を営みいわば独占地位を占める企業者が、法的理解と相容れない特別の利益をみずからに留保し社会生活に対し特別の枷を課するために、公衆の強制状態（Zwangslage）を利用することは、法秩序に矛盾する、と解した。しかし、右判決では、責任制限が企業者の自己の過責についても許されるかどうか、は問題ではなかった。この問題は、本件において決せられる。あらゆる種類の過失についての責任の契約による排除または制限は、BGB二七六条二項により禁止されていない。もともと、そのような約定は、業務取引（der geschäftliche Verkehr）ではまれな例外であり、自己の過失についての責任をも免れるというような広範な約定はとくにそうである。問屋、運送取扱人、倉庫業者、運送人の法的地位に関して、法律は、企業者は、原則として、委ねられた物品の紛失または毀損について責任を負わなければならない、その損害がみずからに義務づけられた注意を用い

ても回避し得なかったことを証明することによってのみ、みずからの責任を免れることができる、との立場に立つ（HGB三九〇条、四〇七条、四一七条、四二九条⁽¹⁵⁾）。運送取扱人または運送人が自己の過責についての責任からみずからを免責することは、立法者によって意図され社会生活によって衡平と感じられる法状態のまったくの逆転である。そのような免責が、完全に自由な約定の方法によってではなく、特定の地区の企業者集団全体によって事実上の独占地位の利用（Ausnutzung）を通じ、運送取扱人または運送人の活動を頼りとする関係領域に對しいわば強制されることは、BGB一三八条の意味で良俗に反する。委託者は保険契約の締結により損害から身を守ることができる、と企業者は抗弁することはできない。なぜなら、輸送企業者の自己の過責という危険をもカバーし、損害が生じた場合に企業者に対し求償することができないような保険は、とくに高い保険料率を招くであろうからである。⁽¹⁷⁾

ここにおいて、社会生活（Verkehr）にとって必要不可欠な營業を営みいわば独占地位を占める企業者が、法的理解と相容れない特別の利益をみずからに留保し社会生活に對し特別の枷を課するために利用することは許されない、との独占地位の濫用による良俗違反の理論は、そのような許されない行為として、右のような企業者が自己の過失またはその指揮的職員の過失についての責任からみずからを免責することを挙げたのである。

そして、このことは、責任制限条項による責任限度額が、普通の損害を填補するには十分な額であり、責任排除とほとんど等しいほどの少額であるのではない場合であっても、変わらない、とされる。

ライヒ裁判所一九二七年三月一九日判決（JW 1927, 1588）は、原告が被告に對し輸送を委託した家具が倉庫に保管中毀損された事案である。原告の損害賠償請求に對し、被告は、責任額は当該運送品を運送する貨物車両にかかる

運賃の四分の一を超えない、との約款条項を援用した。原審は、以下のように判示して、右条項を有効と解する。

本件では、良俗違反と解されるべき完全な責任排除が存するのではない。なぜなら、引き受けられた責任額は、無意味な (Bedeutungslos) 額ではないからである。被告の引越約款による責任額は、企業者の従業員 (Leute) の過責によって生じるような普通の破損損害を償うに十分である。大規模な損害についての責任を制限することは、このような事情のもとでは、良俗違反と解することはできない。これを反対に解することは、運送取扱人の側で責任につき保険に加入し、その保険料を手当するた⁽¹⁸⁾めより高い料金を設定し、これを委託者に負担させなければならない結果となるであろう。

これに対し、裁判所は、右にみてきた諸判決（ライヒ裁判所一九二〇年五月一五日判決 (RGZ 99, 107 = JW 1920, 773)、ライヒ裁判所一九二二年一〇月一日判決 (RGZ 102, 396)、ライヒ裁判所一九二二年一〇月二六日判決）および後掲ライヒ裁判所一九二三年三月二一日判決 (RGZ 106, 386) の参照を指示しつつ、以下のように判示して、原判決を破棄し事件を原審に差し戻した。

もともと、本件では、これらの諸判決におけることとなり、完全な責任排除に等しい責任額への制限ではない。原審が確認するように、この責任額は、通常、比較的小さな損害を償うに十分である。しかし、比較的大きな損害——そこでは、まさしく経済上著しい負担が考慮される——においては、この責任制限は、委託者がその損害のうち不釣合に小さな部分しか賠償を受けられない、という結果をまねく。それゆえ、そのような免責は、前述の要件のもとでなされる場合には、同様に、関係の社会生活領域 (Verkehrskreise) の不衡平な無権利化 (Entrechtung) であると解することができる。それゆえ、本件のような責任限度額の場合においても、責任制限が被告自身またはその指揮的職員の自己の過責の場合にもおよぶかぎり、その責任制限が惹起された損害との関係において不衡平であり、やむを得ない事情によって基礎づけられず、経済上の独占地位の利用 (Ausnutzung)

のもとの利己的利益の一方的な追及を含んでいないかどうか、が検討されるべきであろう。その検討に際しては、企業者集団は、衡平の枠内にとどまり、社会生活 (Verkehr) に対し不釣合な犠牲が課せられないかぎりにおいて、その経済上の優越性を利用することは拒否されることが顧慮されるべきである。決定は、結局は、両者の正当な利益の衡量による。⁽²⁰⁾⁽²¹⁾

ところで、このように企業者の自己の過失またはその指揮的職員の過失についての責任からの免責が許容されないことと、さきにみたように企業者の置かれた経済状況や顧客の保険可能性といった事情によって免責が許容されることとの関係は、どうなるのであろうか。

ライヒ裁判所一九二一年一〇月二六日判決は、企業者に過責が存する場合には、顧客の保険可能性は免責を正当化する事情とならないことを述べている。さらに、ライヒ裁判所一九二三年三月二一日判決 (RGZ 106, 386) は、このことが、企業者が委託者に対し保険に加入することを指示した場合であっても変わらないことを述べる。これは、Aが被告に対し運送取扱を委託した運送品が途中で荷馬車から盗まれた事案である。Aの保険者である原告の損害賠償請求に対し、被告は、運送品の価額が送り状のなかで申告されている場合には、運送取扱人は、運送品を保険に付し、規定の料金を申し受け、運送品の価額が申告されない場合または保険が希望されない場合には、運送取扱人の責任は、一kgあたり一・二マルクに制限される、との約款条項を援用した。これに対し、原告は、被告には、荷馬車の御者に付添人をつけなかったたので自己の過責があり、右条項は、運送取扱人の自己の過責による責任を制限するかぎり、良俗違反であり無効である、と主張した。

原審は、運送取扱人は、戦後期の状況（とくに職員が信頼に値しないこと (Unzuverlässigkeit)）により、責任を軽

減せざるを得なかったこと、委託者の利益は、価額申告の場合には保険を付することを表示したことによって十分顧慮されたこと、を理由に、右条項の良俗違反性を否定し、請求を棄却する。これに対して、裁判所は、ライヒ裁判所一九二一年一〇月二六日判決を引き合いに出して、いわば独占地位を有するある土地の運送取扱人、運送人などが自己の過責またはその指揮的職員の過責についての責任からみずからを免責することは無効であることを確認したのち、以下のように判示する。

本件で問題なのは、業を営む企業者がベルリン運送取扱人連盟によって定められた料金により保険を付することを申し出る場合、事情はことなるかどうか、である。当部は、原審とことなり、この問いを肯定することができない。お金の問題でしかない、というのではないのである。ほとんどの場合、自分の物を自由にする（verfügen）ことができるということの代わりに保険会社に対する債権を割り当てられることによって、委託者の利益はまもられない。委託者にとって重要なのは、つねに、自分の物であって、損害賠償債権ではない。それゆえ、委託者は、物を毀損または紛失から守るため、運送取扱人が必要な措置をなすことを要求することができる。そのように行爲することは、運送取扱人の義務である。この義務からは、運送取扱人自身もその指揮的職員も、保険を付することを申し出ることによってみずからを免責することはできない。この原則的な法的理解は、委託者は、運送取扱人がその義務の履行を怠った場合には、運送取扱人に対する損害賠償債権を割り当てられる、ということによっても揺るがない。なぜなら、第一に、この請求権は、保険に対する賠償請求権にくらべ非常に広範であり、第二に、損害賠償請求権が通常金銭賠償を目的とするからといって、運送取扱人は、一般的な法的確信により要求される運送取扱人の基本的な注意義務から、保険会社に対する請求権を通じて最初から免れることが許されることにはならないからである。⁽²²⁾

同様に、特別の約定に基づいて、責任制限条項による責任額よりもより広範な責任を引き受ける用意があることが

約款のなかに規定されていることも、責任制限の不当性を除去しない。ライヒ裁判所一九二六年一月八日判決 (SeuffArch. Bd. 81 Nr. 19) は、原告が被告に寄託したカカオ豆の大半が被告の職員によつて盗まれた事案である。原告の損害賠償請求に対し、被告は、責任は一〇〇kgあたり二〇ライヒマルク、一事件あたり五〇〇ライヒマルクに制限される、との約款条項を援用した。原審は、自己の過責についての法律上の責任からの免責は、独占地位の濫用のもとでなされるときには、良俗に違反し無効であり、本件では右要件が存在する、と判示して、請求を認容する。裁判所は、この判断を是認したあと、

認定の商人の社会生活 (der kaufmannische Verkehr) の強制状態 (Zwangslage) は、約款のなかに、右条項による責任額よりも広範な責任引受が特別の約定に基づいて特別の危険割増料金により可能である、と規定されていることによつても除去されない。原審は、正當に、右規定は紙のうえでのことにとどまることなく實際に通用している、との被告の主張 (Darlegung) を、自己の経験に関連づけて、否定した。この点については、通例の契約条件から離隔する契約関係の形態を利用する被告に、主張および証明義務 (Darlegungs- und Beweispflicht) が存する。運送取扱人団体の構成員が衡平になつた料率で、例外的にはなく現実に、右特別の約定に基づく責任引受に依っていることを被告が証明しないかぎり、顧客の強制状態の悪用 (Ausnutzung) が存すると解さざるを得な⁽²³⁾と判示した。

これに対して、ライヒ裁判所一九三五年一月一五日判決 (SeuffArch. Bd. 89 Nr. 122) は、独占地位を有する企業者の自己の過責またはその指揮的職員の過責についての責任からの免責が当然に良俗違反となるのではないことを述

べる。これは、原告が被告造船所から供給を受けたタンカーが、処女航海中に、機械設備の両方の推力伝導軸が破損した事案である。建造契約は、被告の瑕疵担保責任を広範に制限していた。原告の損害賠償請求に対し、原審は、造船所の経済上の独占地位を前提とし、被告の免責条項は、企業者およびその指揮的職員の過責についても責任を制限するかぎりでは良俗に違反する、と判示した。裁判所は、まず、ドイツの造船所の経済上の優位的地位（Vormachtstellung）を認定したうえ、免責の不当性について、以下のように判示して、原判決を破棄する。

責任排除が実際に一般的に遵守されているのかどうか、たとえば、造船所は、競争の圧力のもとで責任排除をすくなくとも指揮的職員については放棄する気がないのかどうか、が、検討されなければならない。責任の危険を小さくすることのできる選り抜きの指揮的職員の調達、原審が認定するように、造船所にとって容易であるならば、造船所が指揮的職員についての責任排除の要求を放棄しないことは、ほとんど理解しがたいであろう。しかし、原審は、指揮的職員についての責任排除は社会生活（Verkehr）において不均衡と感ぜられる、との認定を、単に論理的な思考からおこなうのみで、関係諸領域の実際の意見を聴取することをしなかった。

そして、裁判所は、指揮的職員についての責任排除を拒絶することによるドイツの造船所の競争力の危殆化のおそれ、および、船舶所有者の間接損害についての保険可能性の有無の検討を求めて、事件を原審に差し戻す。

このように、企業者またはその指揮的職員の過責の存在は、独占地位の濫用による免責の良俗違反性の判断において、絶対的な意義を有していたわけではないが、⁽²⁴⁾それでも、多くの判決において、企業者の独占地位を前提に、企業者またはその指揮的職員の過責の有無がまず問題とされ、これが肯定される場合には原則的に免責の良俗違反性が認

定されたのである。⁽²⁵⁾

これに対して、指揮的職員でない補助者の過責についての責任からの免責は、原則的に許容された。⁽²⁶⁾多くの判決がこのことを述べるが、なかでも、ライヒ裁判所第五民事部一九三一年七月八日判決は、以下のように判示する。

かりに本件の責任排除条項が独占地位を有する企業者集団によって客観的にやむを得ない理由なく利己的に契約相手方に対し強いられていると仮定しても、右条項は、非良俗的で無効ではない。その無効性は、造船所が自己の過責またはその指揮的職員の過責についての責任からみずからを免責する場合にのみ考慮されるであろう。上告は、ライヒ裁判所によって展開されてきた独占企業者の場合の法諸原則の準用つまり拡張的な適用によって、独立的で (selbständig) 責任ある (verantwortungsvoll) 地位にある指揮的でない職員の過責についての責任からの免責をも良俗違反とすべきかどうかを検討する。しかし、契約による免責条項について B G B 一三八条の適用領域をそのように拡大することは、拒絶されるべきである。そのような拡大は、確固たる判例から離れるのみならず、法的安定性を危殆化し経済上の作用の点から見逃すことのできない契約自由への介入であって、社会生活 (Verkehrsleben) の今日の状態によれば良俗による命令は、そのことを求めていない。

(2) 企業者機能

このように、独占地位を有する企業者は、自己または指揮的職員の過責についての責任からみずからを免責することとは、原則的に許されない。それは、なにゆえであったのか。多くの判決は、このことについてなにも語らず、初期の判決を援用するにとどまる。その初期の判決の述べるところをみると、ライヒ裁判所一九二一年一〇月一日判

決 (RGZ 102, 396)⁽²⁷⁾ は、その理由として、戦争による業務の不安定性は、指揮的職員の過責についての責任からの免責の根拠とならないこと、ライヒ裁判所一九二一年一〇月二六日判決は、自己の過失についての責任をも免れるというような約定は、業務取引 (der geschäftliche Verkehr) においてまれであること、HGB により運送品の紛失または毀損につき免責立証なきかぎり責任を負うとされる運送取扱人が、自己の過失についての責任からも約款により免れることは、立法者によって意欲され社会生活 (Verkehr) によって衡平と感ぜられる法状態のまったくの逆転であり、そのいわば強制は良俗違反であること、輸送企業者の自己の過責という危険をも負担する保険は、とくに高い保険料率を招くので、委託者に対し、保険により身を守ることを求めることは許されないこと⁽²⁸⁾、をそれぞれ挙げている。

ところで、企業者自身またはその指揮的職員の過責についての責任からの免責の拒絶は、企業者自身またはその指揮的職員の過責のすべてを対象とするのであろうか。もしそうであるならば、補助者を用いない小規模な企業者は、独占地位を有するかぎり、大規模な企業者であれば補助者に委ねられ、そのかぎりで免責が許されるであろうところの職務についても、過失責任からの免責を原則的に許されないこととなろう。

ライヒ裁判所一九三一年六月一〇日判決 (LZ 1931, 1065 = SeuffArch. Bd. 85 Nr. 172) は、そうでないことを、つまり独占地位を有する企業者自身またはその指揮的職員の過責にも、その責任からの免責が許されるものと許されないものがあることを認める。これは、原告が被告興信所の情報に基づいて、A に対し、一九〇〇ライヒマルク相当の商品を掛けて納入したところ、A がまもなく破産し、支払を受けられなかった事案である。右情報には、A の

資本額は約一〇一五〇〇ライヒマルクと記載されていたが、実際には一一五〇〇ライヒマルクであり、被告の事務所内での書き間違いであった。原告の損害賠償請求に対し、被告は、興信所は、顧客が情報またはその他のサービスに基づいてなすいかなる種類の決定についても、その結果について責任を負わない、との約款条項を援用した。原審は独占地位の存在しないこと、かりに独占地位が存在するとしても下位の (untergeordnet) 職員の過責しか存せず、その免責は許されること、被告の責めに帰すべき組織欠陥は認められないこと、を理由に請求を棄却する。原告の上告に対して、裁判所は、かりに被告の独占地位、興信所の営業の必要不可欠性が認められるとしても、右条項はBGB一三八条の適用を正当化するほどに不均衡で不釣合に大きな犠牲を顧客に対して課していない、と述べ、良俗違反を否定する。裁判所は、続けて、以下のように判示した。

興信所が、業務執行 (Geschäftsführung) を決定する人間——所有者であれこの意味での指揮的職員であれ——の過失を通じて、正確な情報を提供するために業務の事業体が必要とするところの設備 (Einrichtungen) を有しない場合には、別の判断がなされるであろう。顧客は、約款がどのようなものであろうとも、そのような設備 (Einrichtungen) の存在することを信頼し、そうでなければ、興信所を利用しないであろう、ということは、容易に理解可能であり、興信所にとっても誤認され得ない。

そして、もし、そのような設備 (Einrichtungen) を欠く場合には、原審も被告の責任を否定しなかったであろうが、原審は、本件では、組織欠陥 (Organisationsfehler) は存しないと認定したのであり、この判断に誤りはない、と述べる。その理由として、裁判所は、第一に、原告は、被告が情報のなかにでくる数字を文字によっても併記すべしとの指示をなさなかったことをいうが、しかし、こうしたやり方は通例でなく、そのような指図を欠いたことに問題

はないこと、第二に、本件において報告者が規定により情報の原本に署名しこれを点検することを怠り、そして、そのことが、いわゆる管理所 (Kontrollstelle) からの発送に際して、支店の指揮者によっても見過ごされたことは、普通に秩序づけられた事業体 (ein sonst geordneter Betrieb) においてもあり得る過誤の不幸な同時発生であって、組織に欠陥があると認定することはできないこと⁽³⁰⁾、を挙げる。

ここまでの論述は、企業者またはその指揮的職員の過責からの免責は許されない、との命題でもって説明することが可能である。しかし、裁判所は、被告は、関係者が指揮的職員であることからしてすでに、過誤について責任を負わなければならない、との原告の主張を、以下のように判示してしりぞけ、結局、請求を棄却したのである。

原審は、正当に、報告者を指揮的職員でないと認定し、支店指揮者が指揮的職員であるかどうかを決しなかった。しかし、このことをかりに原告に有利に仮定したとしても、結論は変わらない。指揮的職員に対し、業務の一般的な整備 (Einrichtung) をおろそかにしたとの非難があたらず、本件のように、個々の情報またはその処理の瑕疵を見逃したという非難しかあたらないかぎりにおいて、興信所はみずからの職員の過誤についての責任を排除することは原則的に許されるとのさきの考慮が妥当する。興信所がみずからの業務の約款において指揮的職員のそのような過誤についての責任を契約上拒絶することは、顧客にとって耐えがたい要求でなく、また、興信所の独占地位がかりに存在するとしてもその濫用ではない。

ここにおいて、指揮的職員に過責がある場合であっても、それが、業務遂行のために必要な能力と組織を備えるという企業者機能にかかわるものでないときには、免責が許されること、これに対して、企業者機能にかかわる義務に対する違反の場合には、それが、企業者が、業務をきちんと実行することのできる組織を備えていることに対する顧

客の信頼にかかわるものであるがゆえに、そのことについての責任からの免責は許されないこと、が述べられたのである。

ハンブルク上級地方裁判所一九二二年四月一〇日判決 (Hamburg 1923, 143) も、同様の趣旨を述べる。これは、被告貨物配送業者が、一人の御者しか乗り組んでいない馬車で六一九八・五〇マルク相当のヘアピンを原告のもとへ届ける途中、御者が別の運送品を配達中に、これを馬車ごと盗まれた事案である。被告の約款は、責任を五〇 kg あたり六〇マルクに制限していた。裁判所は、事実上の独占の利用による強制を否定し、かりに事実上の独占が存在するとしても、この種の責任制限の導入の歴史、貨物配送業者の運賃体系の特性、貨物配送業者には保険可能性がないのに対し顧客には保険可能性があること、などから、その濫用は存しない、と述べて、責任限度額を超える額の損害賠償請求を棄却した。それに際して、裁判所は、この種の責任制限の導入の歴史について、以下のように説明する。

この種の責任制限は、ハンブルクにおいて顧客に対し危機的な時代状況のもとで強制されたものではなく、三〇年以上にわたり経済上の諸必要のもとで展開し次第に広まってきたものである。これは、ハンブルクの最重要な地域的輸送業である港湾航行によって、はじめて、一八八九年に導入されたが、それは、輸送料金が、リスクに対する等価物を提供せず、企業者とくに小規模な企業者が、自身や職員の過責による事故数回によってしょっちゅう倒産させられてきたためであった。責任制限は、小規模な企業者のために、自己の過責にも及ぼされなければならなかった。なぜなら、小規模な企業者は、しばしば、車両を自身で監視し、事業体を個々のに (im einzelnen) 自身で統率し、したがって、大規模な事業体では職員に委ねられるような措置を担当することが多かったからであった。その導入に対して当初反対があったが、それは、とくに保険者によってであり、保険者も結

局はこれに譲歩し、保険をこれに合わせた。それ以来、社会生活 (Verehen) はこの責任制限とともに生きてきた。責任制限は、顧客の抑圧とも社会生活への加害とも感じられなかった。貨物配送企業の団体は、一九一〇年の設立の際、責任制限を導入し、ハンブルクの運送取扱人団体は、一九一七年四月、つまり戦争中に、みづから言うように「事情によってやむなく」そのあとを追った。

ここでは、裁判所は、小規模な企業者は、大規模な企業者ならば職員に委ねているような職務をも自分で担当しているがゆえに、企業者の自己の過責についての責任からの免責をも許容せざるを得ないことを指摘したのである。⁽³¹⁾

さらに、シュテッティン上級地方裁判所一九四三年一〇月一九日判決 (RSB 1943, 829) は、医師である原告が、その税務事務を委託していた被告税理士が重過失により土地税の免除の申請を怠ったと主張して、これにより生じた損害の賠償を被告に対し請求した事案である。被告は、自己または補助者の行為についての責任は故意に限定される、との約款条項を援用した。裁判所は、良俗違反が認められる場合を、

- (1) 法律によって意図された法状況の極端な逆転が契約上の責任排除により目指されるとき、または、
- (2) 事実上の独占地位が悪用される (ausnutzen) とぎ、または、

(3) 職業人 (Berufsträger) の公的な共同体的または法的地位 (die öffentliche Gemeinschafts- und Rechtsstellung) が、民族共同体における無責任な行動のために濫用され、または、一般的に軽率に (leichtfertig) 携われるとき、

に限定する。そして、本件において、税理士の職務についての責任の厳格化が法律上存しないことを理由に(1)を、医師にとって恒常的な税務処理の提供は必要不可欠ではないことを理由に(2)を否定し、さらに、以下のように判示して、

(3)をも否定し、請求を棄却した。

過責についての責任からの免責は、税理士の軽率さ (Leichterfertigkeit) の特許状 (Freibrief) であることは許されない。税理士は、共同体的任務を民族共同体に対する十分な責任 (Verantwortung) をともなわずに遂行する可能性を有することは許されない。もし税理士が責任限定の約定を通じて、いいかげんに (oberflächlich) 作業する可能性を調達するならば、そうした契約は、良俗違反であり無効である。しかし、本件の事情はそのようなものではない。被告は名声の高い税理士であり、長年にわたる原告の信頼を受けてきた。被告の基本的態度 (Grundhaltung) には問題がなかった。右条項は、無責任な行為とくにいいかげんな (oberflächlich) 作業を可能にすることに奉仕したのではなかった。

彼は、税理士として事務所を有し、共同作業者 (Mitarbeiter) および補助者を用いることを原告との関係で取り決めていた。ここでもまた、原則的に注意深い作業が担保されているかどうか、が決定的である。税理士の人的な態度と同様、税理士の事業体は秩序的で (in Ordnung) なければならぬ。その場合には、税理士は、個々の事例における欠陥につき、その共同作業者または補助者の過失についての責任をも約定を通じて排除することができる。被告は、これらの観点にしたがって行動した。被告は、その事業体において、税理士 A を従事させた。原告は、A が不適任であるつまりいいかげんな (oberflächlich) 作業者であるとのことを主張することができなかった。右条項は、長年にわたる税務処理は、個々の事柄の処理においてなにかが見逃されたりあるいは個々の事例においてひよっとすると重大な (犯罪的ではない) 過誤が生じることがあり得る、しかし、だからといって一般的に軽率で (leichtfertig) いいかげんに (oberflächlich) 作業されているわけではない、という認識からの危険負担約定である。つまり、右条項は、注意深い基本的態度からの免責ではなく、時折の過誤のリスクからの免責の趣旨であって、それゆえ、良俗違反ではなく法的に有効である。⁽³²⁾

ここでは、過責についての責任からの免責が、軽率さの特許状であることは許されない、との観点から、税理士としての企業者機能がきちんと営まれているかどうかが問題とされ、このことに問題がない場合には、時折の過誤のリスクからの免責は、その過誤が重大なものであっても犯罪的なものでないかぎり、許容されたのである。

もっとも、独占地位を有する企業者またはその指揮的職員の過責についての責任からの免責を拒絶した諸判決の多くは、このように企業者機能にかかわる義務とそうでない義務とを区別して、その違反による責任からの免責の可否を論じているわけではない。しかし、企業者またはその指揮的職員の行為が、一般に、管理行為(Direktionshandlungen)である⁽³³⁾ことを考えると、それらの判決においても、企業者機能の視点がその根底にあつたのではないか。

(3) 指揮的職員

そして、このように解するときにはじめて、なによえ企業者自身の過失だけではなく、その指揮的職員の過失についても、その責任からの免責が拒絶されるのか、を理解することができるのである。

指揮的職員 (leitender Angestellter) とは、一般に、ドイツの企業で、被用者であるにもかかわらず、使用者的業務をおこなう者、または、大きな責任をともなう重要な業務をおこなう者とされる⁽³⁴⁾。免責との関連でこの概念を取り扱った判例をみてみよう。

ライヒ裁判所第五民事部一九三一年七月八日判決 (HansRGZ 1931 B Nr. 167 = SeuffArch. Bd. 85 Nr. 171) は、被告の汽船が原告の乾ドックから出される際に毀損され、その修理にかかった費用の支払を原告が被告に対し請求し

た事案である。被告が、右毀損については原告に責任があるとして支払を拒絶したのに対し、原告は、右毀損は偶然の事故 (Unfall) であるので責任を負わない、いずれにせよ約款により責任を負わない、と主張した。原審のハンブルク上級地方裁判所一九三〇年一月七日判決 (HansRGZ 1931 B Nr. 30) は、まず、原告の過責を否定し、ドック親方 (Dockmeister) A および事業所技師 (Betriebsingenieur) B の被告主張の過責の有無を検討することなく、両名の指揮的職員性を否定し、さらに、被告のドック事業体 (Dockbetrieb) の組織瑕疵を否定して、原告の責任排除条項の援用を認め、原告の請求を認容した。裁判所は、指揮的職員の概念について以下のように判示して、原審が両名の指揮的職員性を否定したことを結論的⁽³⁵⁾に是認した。

仕事 (Werk) において實際的に率いる (führen) 地位にあることが決定的である。もともと、職員は、仕事の指揮陣 (Werkleitung) によって実行を任された作業を、ある程度の独立性 (Selbständigkeit) と自己の責任 (Verantwortung) をもって処理することによって、そのような地位を得るのではない。本件の事業所技師 A もドック親方 B も原告の指揮的職員とはいえないとの見解は、結論的に正しい。二人は、みずからの地位において、みずからにその時々⁽³⁶⁾に割り当てられた船およびドックについての作業を少なからぬ程度の独立性と責任をもって実行したのかもしれない。しかし、二人は、原告の事業体において、指揮する人物ではなく実行する (ausführen) 人物でしかない。それゆえ、原告は、彼らの過責についての責任から有効にみずからを免責することができる。

また、カールスルーエ上級地方裁判所一九三五年一〇月三日判決 (DJ 1936, 1658) は、船長の過失により積荷のコーヒーが毀損された事案である。裁判所は、以下のように判示して、船長は、指揮的職員にあたらないと認定し、

原告の損害賠償請求を棄却した。

指揮的職員と解することができるのは、企業者の事業体において業務全体または比較的大きな業務部門の独立した統率（Führung）を任される者だけである。この概念は、企業者の自己の過責との関連においてのみ正しく理解することができる。企業者の指揮的職員のみが、取引生活（Geschäftsleben）においてその一般的で広範な代理権によって企業者の代わりとなり、その結果、彼の行為は事実的にも法的にも、取引生活（Geschäftsverkehr）において企業者の行為と同価値であり、彼はあたかも企業者自身の代表者（Repräsentant）である。そして、このことが、ライヒ裁判所が、独占企業において、指揮的職員についての責任からの免責を自己の過責についての責任からの免責と同様に良俗に反すると宣言する根拠である。それゆえ、指揮的職員は、企業の組織にもとづいて対内的な指示権能（Anordnungsbezugnis）と対外的な代理権能を有する者でしかあり得ない。単に指示または引き受けた債務（Verbindlichkeit）を実行する者は、指揮的職員たり得ない。⁽³⁷⁾

このように、指揮的職員は、被用者でありながら、企業者の事業体の統率という企業者機能を営むがゆえに、その過責についての責任からの免責は許されなかったのである。

なお、これまでの判例によれば、具体的には、支店指揮者（Filialeiter）⁽³⁸⁾、役員（Direktor）⁽³⁹⁾、支配人（Prokurist）⁽⁴⁰⁾は指揮的職員にあたるが、船長⁽⁴¹⁾、荷役人（Stauer）⁽⁴²⁾、海上運送人の主任（Disponent）⁽⁴³⁾、港湾事業の監督を任された曳航企業の検査官（Inspektor）⁽⁴⁴⁾、積み込みの監督を任された運送取扱人の發送係（Expedient）⁽⁴⁵⁾、ドックのドック親方（Dockmeister）⁽⁴⁶⁾、ドックの事業所技師（Betriebsingenieur）⁽⁴⁷⁾は、これにあたらない、と解されている。

4 企業者の独占地位

しかし、免責条項が、以上にみてきた独占地位の濫用による良俗違反の理論に基づき裁判所による内容規制に服するためには、企業者に独占地位の存することが大前提であった。

もともと、その認定は、時代とともにより緩やかになってきたことが認められる。当初、ライヒ裁判所一八八八年二月一日判決 (RGZ 20, 115) では、アメリカの現象によるいわゆる企業連合の形成が良俗違反性の認定のための特別事情の例として挙げられ、また、ライヒ裁判所一九〇六年一月八日判決 (RGZ 62, 264) では、事実上存在する独占または競争可能性の排除という表現が用いられた。そして、ライヒ裁判所一九二〇年五月一日判決 (RGZ 99, 107 = JW 1920, 773) では、社会生活 (Verkehr) にとつて必要不可欠な営業を営む者がその独占地位または競争可能性の排除を利用する場合、と説明され、企業者が一般の社会生活においてどのような地位を占めているかが重要であり、独占が個々の企業者に属するか、企業者集団が提携を通じて独占を獲得したかは、関係ない、と判示される。しかし、そのうち、独占そのものの要求はなされなくなる。すなわち、ライヒ裁判所一九二五年一月四日判決 (SeuffArch. Bd. 80 Nr. 20) では、経済上独占に匹敵する権力地位 (Machtstellung) という表現が、ダルムシュタット上級地方裁判所一九二六年六月二九日判決 (JW 1926, 2708) では、独占類似 (monopolähnlich) と称し得るほどに金銭取引を支配する銀行という表現が用いられ、また、ライヒ裁判所一九二六年一月八日判決 (SeuffArch. Bd. 81 Nr. 19) は、企業者の絶対的な独占が存しなくとも、企業者らがひとつの集団をなし、そして、その集団の構成員が、社会生活 (Verkehr) 観により本質的に唯一、社会生活の諸要求にかなった業務実行のための担保を提供し、

責任発生の場合には賠償義務に應ずるに十分な金銭的な支えを有するがゆえに、その集団の利用を産業界の特定の領域がその集団の利用を業務の遂行に際し頼りとする場合には、社会生活はそのような企業者集団に対して強制状態（Zwangslage）に存する、と述べる。⁽⁴⁸⁾ デュッセルドルフ上級地方裁判所一九二四年一月五日判決にいたっては、当地のすべての上級の旅館（Gasthof）が責任制限を規定する宿泊券（Schein）への署名を要求し、これを拒む顧客は、宿を得ることができない危険にさらされる、とのことから、顧客の強制状態（Zwangslage）が認定された。⁽⁴⁹⁾ また、ライヒ裁判所一九三五年一月五日判決（SeuffArch. Bd. 89 Nr. 122）では、経済上の優位的地位（Vormachtstellung）という表現が用いられ、企業者間の責任排除についての約定は必要でなく、そのような約定が黙示的にしかなされなかった場合や責任排除が事実上一般の場合でも、これを認定することができる、と判示される。⁽⁵⁰⁾

しかし、それでも、企業者が独占地位を有することは、免責条項の内容規制のための大前提であり、これが認められない場合には、免責は、B G B の立場にしたがい、企業者本人の故意の場合をのぞき、その効力を認められたのである。

たとえば、ライヒ裁判所一九二六年二月一四日判決（RGZ 115. 122）は、被告興信所が、A に詐欺および文書偽造の前科のあることを知りながら、そのことに触れずにAについて好意的な情報を原告に提供した事案である。A と取引関係に入り損害を受けた原告の損害賠償請求に対し、被告は、情報に基づいてなされるいかなる性質の決断の結果についても責任を負わない、との約款条項を援用した。原告は、これに對して、運送取扱人の責任制限の法的効力についてライヒ裁判所が述べてきたことが本件にもあてはまるので、右条項は良俗違反により無効である、と主張

する。原審は、Aの前科の事実を知らなかったことを原告が宣誓することを条件に請求を認容した。これに対し、裁判所は、以下のように判示して、原判決を破棄し事件を原審に差し戻す。

すべての業としての興信所が連合し同種の約款を顧客に課した、とのことは明らかにされなかったし、興信所の営業が運送取扱業において認められるほどに社会生活 (Verkehr) にとって必要不可欠であるとも認められない。運送取扱人の利用なくしては、取引 (Handel) は生き得ない。しかし、興信所と契約関係に入ることとは、だれも、同じやり方で強いられない。したがって、右条項は、BGB二七六条二項および二七八条二文により正当である。

また、ライヒ裁判所一九二七年五月一九日判決 (RGZ 117, 102) は、航空機事故により死亡したAの妻が被告航空会社と被告操縦者に対し損害賠償を請求した事案である。被告らは、運送約款により、飛行はAの単独の危険においてなされ、Aは損害賠償を放棄した、と主張する。裁判所は、以下のように判示して、良俗違反を否定する。

航空交通制度の発展により社会生活が航空運送企業の利用を頼りとし、航空会社が独占地位および公衆の強制状態 (Zwangslage) を、法律が与えた保護権の放棄を旅客に強いるために濫用することは、許される限界の外にあらう。しかし、一九二五年当時において、そのような社会一般の強制状態を語ることはできない。当時、飛行機はまだほとんど利用されなかった。交通はほとんどもっぱら、陸路と水路によった。それゆえ、新興の (jüng) 産業がまだほとんど吟味されていない航空運行の危険を旅客との約定によって可能なかぎり旅客に転嫁することは、良俗に反しない。⁽⁵¹⁾⁽⁵²⁾

5 小 括

以上にみてきたように、自己の故意についての責任を別にすれば過失責任からの契約による免責を完全に許容していたBGBのもとで、裁判所は、独占地位の濫用による良俗違反の理論により、免責条項の内容を規制してきた。しかし、そこでは、その認定は緩和されてきたとはいえ、企業者に独占地位の存することが大前提であった。そして、独占地位が認定される場合であっても、さらに、その濫用の存することが必要であり、その存否の判断においては、契約自由の原則の妥当することが出発点とされたのである。

裁判所が独占地位の濫用による良俗違反の理論の展開を通じて打ち立てた命題として、以下の二つを挙げることができる。ひとつは、企業者またはその指揮的職員の重過失についての責任からの免責は許されない、との命題である。これは、BGB制定時に、ドイツ普通法において支配的であったにもかかわらず、契約自由の原則を尊重する立場から、放棄されたものであった。しかし、社会生活上の必要は、独占地位を要件としつつも、重過失については、故意についてと同様に、当事者の約定による変更を許さずに強行的に責任が生じることを要求したのである。

もうひとつは、企業者は、業務遂行のために必要な能力と組織を備えること（企業者機能）についての責任から免れることは許されない、との命題である。顧客は、みずからの契約相手方である企業者が、その約束する給付の提供につき必要な能力と組織を有することを信頼している。もし、企業者がそのような能力と組織を有しないことを知っていたならば、顧客は、その企業者と契約関係に入ることはしなかったであろう。企業者は、この信頼を裏切った場合、そのことについての責任から免れることは許されない。企業者機能がきちんと営まれることへの信頼を保護する

このような思想は、契約により約束された給付がなんらかの事情で、場合によっては企業者の過失またはその補助者の故意または過失によつて提供されないことがあるかもしれないが、よもや企業者が、その約束する給付のために必要な能力と組織を有しないことはあるまい、との信頼を強行的に保護するものである。このような信頼保護は、次章以降の内容を先取りしていえば、その遵守が契約履行のための前提をはじめて創出するところの義務からの免責は許されない、との枢要義務 (Kardinalpflicht) 理論としてあらわれる。この枢要義務理論は、その後の判例の展開の主軸のひとつとなり、約款規制法九条二項二号に結実する。このことについては、次章以降において考察する。

(1) BGB 一三八条は、以下のように規定する。

「善良の風俗に違反する法律行為は、無効である。

とくに、他人の強制状態 (Zwangslage)、無経験、判断能力の欠缺または著しい意思薄弱に乗じて (unter Ausnutzung)、自己または第三者に對し、ある給付に対して、その給付と著しく不均衡な財産利益を約束または供与させる法律行為は、無効である。」

(2) 当時適用されていた一八六一年制定のドイツ一般商法典 (Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch = ADHGB) の四二三条は、以下のように規定していた。

「四二三条にいう鉄道は、次条以下によつて許される場合をのぞき、三九五条、三九六条、三九七条、四〇〇条、四〇一条および四〇八条に含まれた運送人の損害賠償義務についての諸規定を、右義務の發生、範圍または存続についてであれ、証明責任についてであれ、契約を通じて (規程を用いてまたは特別の合意を通じて) あらかじめみずからの利益に排除または制限する権限を有しない。

右規定に反する契約規定は、法的効力を有しない。」

この規定が置かれるにいたつた過程を、以下に簡単にみておこう。ADHGB制定前、鉄道は、その運輸規程のなかに広範な免責条項を設けていた。このことに対して、一部の裁判所は、いわゆる強行法理論 (ius-cogens-Theorie) によつて對抗する。すなわち、上告裁判所 (Revisions- und Cassationshof) 一八四五年三月一〇日判決 (Archiv für das Civil- und Criminal-Recht der Kongl. Preuss. Rheinprovinzen = Rheinisches Archiv Bd. 43 Abh. 2, S. 3) は、自己の過失により招かれた損害についての運送人の責任は、契約制度において基礎づけられたものであるが、同時に、公の秩序 (die öffentliche Ordnung) に属するものであり、契約当事者の特別の約定を通じて廃棄することはできない、と述べて、責

任制限の効力を認めなかった。この判決は、船会社の責任排除条項が問題となった事案であったが、その趣旨は、そのうち、鉄道運輸規程の責任制限条項にも拡張され、鉄道の責任を定めた一八三八年のプロイセン鉄道法（Preussisches Eisenbahngesetz）の二五条も公序に属する、とされる*。しかし、この強行法理論が採用されたのは、一部例外をのぞき、ラインランートの裁判所にかざられ、また、その判決も、上級審によって当初は支持されたが、やがて破棄されるようになり（**）、判例は、免責を許容する***立場に統一される。

当時競争相手となるような他の交通手段が存しなかったため、事実上の独占地位を占めていた鉄道が、運輸規程のなかに広範な免責条項を置いていたことに対しては、経済界は大きな不満をいだいていた。経済界は、保守的な態度をとる裁判所に見切りをつけ、政治的に働きかけをおこない、これにより右の規定がADHGBに置かれるにいたった。もともと、鉄道は、免責禁止規定の導入に対して激しく抵抗し、そのため、結局、四二四条から四三一条が許容する例外的場合には、免責が許容されることとなり、四二三条の定める免責禁止の原則は著しく意義を失った。なぜなら、それらの例外的場合とは、その内容が従来の運輸規定による規制とほとんど一致していたからである。なお、右規定の制定時の議論においてすでに、事実上の独占地位を有する者が他の運送人より少額の責任を条件とするこの良俗違反性が問題とされている***。

（*） ケルン商事裁判所（Handelsgericht zu Köln）一八四九年八月一六日判決（Rheinisches Archiv Bd. 45 Abth. 1, S. 129）、ケルン商事裁判所一八五〇年九月二七日判決（Rheinisches Archiv Bd. 47 Abth. 2, S. 35）、ケルン商事裁判所一八五〇年一〇月三三日判決およびその控訴審であるケルン控訴裁判所（Appellations-Gerichtshof zu Köln）一八五二年一月二九日判決（Rheinisches Archiv Bd. 47 Abth. 1, S. 97）。

（**） ケルン控訴裁判所一八四九年二月三三日判決（Rheinisches Archiv Bd. 45 Abth. 1, S. 129）（ケルン商事裁判所一八四九年八月一六日判決の控訴審）、上告裁判所一八五二年三月一六日判決（Rheinisches Archiv Bd. 47 Abth. 2, S. 35）（ケルン商事裁判所一八五〇年九月二七日判決の上告審。ただし、問題の条項を法律上の義務の変更ではなく運送品の価額の確定を目的とするものである、と解釈することによって、強行法理論の介入を拒んだものである）、ケルン控訴裁判所一八五三年一月三一日判決（Rheinisches Archiv Bd. 48 Abth. 1, S. 92）、上級裁判所（Ober-Tribunal）一八五三年三月八日判決（Rheinisches Archiv Bd. 48 Abth. 2, S. 40）（ケルン商事裁判所一八五〇年一〇月三三日判決およびケルン控訴裁判所一八五二年一月二九日判決の上告審）、上級裁判所一八五四年三月二二日判決（Rheinisches Archiv Bd. 49 Abth. 2, S. 112）、タルムシュタット上級控訴裁判所（Oberappellationsgericht）一八五五年五月一四日判決（SeufArch. Bd. 10 Nr. 199）（ただし、問題の条項を責任の排除または制限ではなく運送品の価額の確定を目的とするものである、と解釈し、こうした目的は、荷主に保険可能性がある場合には、不法でなく公序にも良俗にも反しない、と判定したものである）、そのほか、船会社の事案であるが、リュエベック上級控訴裁判所一八五六年五月一九日判決（SeufArch. Bd. 11 Nr. 86）、上級裁判所一八五八年三月三〇日判決（Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlich Ober-Tribunals gelangt sind, Neue Folge, Bd. 28 Nr. 49）（ただし、かりに運送人の法律上の責任を変更する約定が許されないとしても、本件で問題となった曳航契約では、曳航される船の保管が被告に移転

しないので、運送人の責任を定める法律上の規定は、責任排除条項の効力の妨げにならなう」と判示したものである。なお、上級裁判所一八五五年二月六日判決 (Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechts-Anwälte des Königlichen Ober-Tribunals Bd. 15 Nr. 72) 及び上級裁判所一八七二年二月六日判決 (Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Ober-Tribunals gelangt sind, Bd. 24 Nr. 9) (いずれも船会社の責任についての事案) は、免責の効力を否定するが、公序違反を理由としたのではなく、運送取扱人となり、自身において運送品の運送に際しての保管および保存の義務を引き受ける運送人が、契約により毀損および紛失についての責任を破棄することは、運送契約の本質に反し、自己の契約違反行為について責任を負わないことを欲する約定に他ならないので、良俗違反である、とこのことを理由とする。

(**) このでの免責の許容は、自己の故意および重過失についての責任からの免責さえも許されることを意味するのではなく、自己の過失や被用者の故意または重過失についての責任からの免責が許される、ということである。

(**) 鉄道の運輸規程による責任制限をめぐる当時の論争については、Beschorner, aAO, AcP 41, 402ff; Goldschmidt, aAO, AcP 41, 407ff, ders., aAO, ZHR 4, 591ff. und 645ff.; Robert Pohlhausen, Zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen im 19. Jahrhundert, 1978, insb. S. 47ff. und 164ff. など参照。

(3) なお、過責については、RGZ 掲載の判決文をみるかぎり検討されていない。

(4) なお、被告の自己の過責については、RGZ 掲載の判決文をみるかぎり検討されていない。

(5) 「運送人は、受領から引渡までの期間における運送品の紛失もしくは毀損によりまたは引渡時期の遅延により生じる損害について、紛失、毀損または遅延が通常の (ordentlich) 運送人の注意によっても回避され得なかったことを証明しないかぎり、責任を負う。

損または遅延が通常の (ordentlich) 運送人の注意によっても回避され得なかったことを証明しないかぎり、責任を負う。」「
価額がみずからに対し申告された場合にのみ、責任を負う。」

(6) なお、過責については、JW 掲載の判決文をみるかぎり検討されていない。

(7) なお、過責については、RGZ および JW 掲載の判決文をみるかぎり、原判決同様、検討されていない。

(8) なお、原告は、汽船の操船の義務を負っていた運河水先案内人の過責に基づく責任をも主張したが、原判決が被告の BGB 八三一条 (使用者責任) による免責立証を認め、原告の申告はこのことを争わなかったため、本判決では問題とならなかった。

(9) なお、過責については、RGZ 掲載の判決文をみるかぎり検討されていない。

(10) そのほか、以下の判決も、同様の趣旨を述べる。

ハンブルク上級地方裁判所一八九三年二月二日判決 (HansGZ 1894 Hauptbl. Nr. 12) 原告海上運送人による運賃請求に対して、被告が、

契約による過失責任の免責 (一)

積荷の厚板が契約に違反して甲板に積載されたため海水により毀損された、と主張し、これによる損害賠償請求権との相殺を主張したので、原告が、保険可能な運送品の損害については責任を負わない、とのいわゆる保険条項（insurance clause）を援用した事案である。裁判所は、右条項の効力を認めるに際して、かりに、甲板に積載される運送品について、通例の保険料率での保険が可能でなく高い保険料率でしか保険に付すことができない場合であっても、そのことは法的に重要でない（高額にされた保険料については、原告が被告に対し違法にその出費を強いいた場合には、被告は、原告にその責任を負わせることができる）、荷送人は、保険に加入することができるのに加入しないときには、危険を引き受けるのであり、このことは、損害が、原告が一般原則により責任を負わなければならないところの人の有責な行為に基づく場合であっても、変わらない、と判示した。

ライヒ裁判所一八九八年七月六日判決（*UW 1898. 512*） 被告の貨物運送約款によりその従業員の重大な過責についての責任が排除され得るかどうかが問題となった事案（詳細は不明）である。裁判所は、契約自由の原則を強調したのち、とくに、被告自身が荷送人に対し、保険締結のための援助の手をさしたる本件においては、右責任排除条項の法的有効性に疑いは存しない、と判示した。

ハンブルク地方裁判所一九一三年一〇月一四日判決（*HansGZ 1914 Hauptst. Nr. 21*） 積荷の一部の紛失を理由とする船荷証券所持人である原告の損害賠償請求に対し、被告海上運送人が保険可能な運送品の損害については責任を負わない、とのいわゆる保険条項を援用した事案である。裁判所は、右条項の良俗違反性を、右条項による免責のリスクの保険者による引受が保険料の額への影響をともなわなかったことから、否定したが、被告は保険可能性を証明しなかった、として、請求を認容した。

ハンブルク上級地方裁判所一九二四年三月四日判決（*HansRZ 1924 Nr. 164*） 被告ホテルの主人（*Gastwirt*）の厳格責任（*BGB 70 一条以下*）の排除が問題となった事案（詳細は不明）である。裁判所は、被告の独占地位を認定したが、右責任排除は、すくなくとも、現在のところ、特別の経済事情により正当化され、かつ、本件では正当に顧慮されるべき旅行者たる公衆の利益は、旅行者には、被告の体制（*Einrichtungen*）により、到着後ただちに、被告が引受を排除するリスクを保険に付する機会が存すること、および、この可能性が宿泊券（*Aufnahmeschein*）の目立つところにはっきりと示されていること、によって守られた、と判示して、独占地位の濫用を否定し、右責任排除の効力を認めた。なお、被告の補助者の過責は否定されたが、被告の自己の過責については、*HansRZ*掲載の判決文をみるかぎり、検討されていない。

ドレステン上級地方裁判所一九二六年五月二日判決（*UW 1926. 2105*） 運送取扱人の約款による責任制限条項が問題となった事案である。詳細は不明であるが、同所掲載の *Martin Isaac* による評釈によれば、目的地の運送取扱人が運送品の不足をただちに鉄道に届け出なかったため、鉄道に対する請求権が失われ、主運送取扱人（*Hauptspediteur*）である被告が責任を問われた事案のようである。裁判所は、まず、そのような責任制限は、運賃の低廉化により、結局は、發送人自身の利益となること、發送人は保険の加入によって損害から自衛することができることから、原則的に許されることを判示した。もともと、裁判所は、これに続けて、以下のように判示して、右条項の効力を認めなかった。しかし、

右条項は、運送品の運送それ自体に関連する損害についての責任についてののみ適用されると解釈されるべきであり、右条項は、とくに、運送取扱人が引き受けた義務に反して運送品を保険に付することを怠った場合についての責任制限をいうものではない。右条項がそのような責任制限を目的としているならば、それは、損害を発送人に無制限に転嫁するものであって、運送取扱人の独占的な (monopolistic) 地位の濫用であり、良俗違反により無効である。本件の事案はこれに類似する。運送取扱人が紛失損害についての責任を制限するとき、発送人は、すくなくとも、その履行が、みずからが損害にうまく対処することができるとの前提となることとの契約義務が運送取扱人によって遵守されることを信頼することができなければならない、と。なお、本判决では、*JW* 掲載の判決文をみるかぎり、過責については検討されていない。

ライヒ裁判所一九二六年一月二九日判決 (DZ 1927. 464) カイゼル・ヴィルヘルム運河において強制的先案内人 (*Nachlass*) の過責と船の乗組員の過責とにより積荷が毀損され、運送人が損害を受けた事案 (詳細は不明) である。裁判所は、ライヒに対する運送人の損害賠償請求につき、乗組員の航海上の過責についての船舶所有者の責任は船荷証券において有効に排除されたので、運送人はほかの方法で賠償を受けることはできない、として、これを認容した。右責任排除の有効性について、裁判所は、責任排除は、それ自体、良俗に違反するのではなく、良俗違反は、特別の事情のもとにおいて、たとえば、独占的に作用する企業がみずからを頼りとする社会生活領域 (*Sozialbereich*) にみずからを負う法律上の責任を放棄させる場合、にのみ存する、しかし、その場合でさえも、契約相手方が値段が高く十分に確実に困難なく到達し得る——本件でのライヒのような——別のところの責任が存在する場合には、事情は別であり、それゆえ、右責任排除は、良俗に違反しない、と判示した。

ハンブルク上級地方裁判所一九三三年一月五日判決 (注(25))に後掲。

キール上級地方裁判所一九三五年九月五日判決 (注(25))に後掲。

カールスルーエ上級地方裁判所一九三五年一月三三日判決 (注(25))に後掲。

ライヒ裁判所一九三九年七月五日判決 (RGZ 161. 76) 被告所有の航空機が墜落し、その乗客 A が死亡した事案である。被告の約款は、責任は、約款のなかで明示的に引き受けられないかぎり排除されること、責任の範囲は本質的に一九二九年のワルシャワ条約の規定により決せられることを規定していた。さらに、被告は、保険会社との間に一般航空旅客災害保険を締結し、これにより、保険会社は、航空旅客に対し保険約款により保険保護を提供することになっていた。ライヒ災害保険の保険者として A の遺族に給付を行った原告の損害賠償請求に対し、裁判所は、優位的地位 (*Vornachstellung*) (原審によって認定された) の濫用は存しない、なぜなら、法律上の責任 (BGB 八三条以下による不法行為責任および航空交通法一九条による責任) にかえて契約上の責任が存続し、それが災害保険によって一層強化されているので、契約相手方に対し不衡平な犠牲が強いられているとはいえないからである、と判示して、請求を棄却した。

連邦通常裁判所一九六〇年七月七日判決 (*VersR* 1960. 727) A 社が輸送を委託した重量物が、それを積載した船 (第一被告はその所有者、

第二被告はその船長、もともと沈没した事案である。A社の輸送保険者である原告の損害賠償請求に対し、両被告は、運送に際しての積荷の紛失または毀損の場合、積荷関係者および保険者は、船または乗組員の作為または不作為に基づく船舶所有者に対する請求権を有しない、などと規定する約款による免責条項を援用した。裁判所は、まず、船長の過責に基づく両被告の責任について、本件輸送はとくに困難で危険なものであり、このような場合に運送人および船舶所有者が、運賃と釣り合わないリスクの引受を拒絶し、荷送人に対し、輸送保険の締結を通じて、本件のようなリスクをカバーすることを委ねることは、不衡平ではない、として、独占地位の有無を決することなく、右条項の良俗違反性を否定し、また、第一被告（企業の「欠陥ある組織」）の存在を否定して、請求を棄却した。

(11) この概念については、のちに考察する。

(12) なお、被告の独占地位については、Hagerer掲載の判決文をみるかぎり検討されていない。

(13) そのほか、以下の判決が、企業者またはその指揮的職員の重過失を問題とする。

フランクフルト上級地方裁判所一九九二年五月一〇日判決 (WV 1992, 1533) 運送取扱人および倉庫業者約款による1kgあたり1・20マルクへの責任制限の事案（詳細は不明）である。裁判所は、フランクフルトの運送取扱人のサービスを利用する者にとって締約強制（Kontrahierungszwang）が存することを確認したのち、そのような場合に、運送取扱人が、自己の重大な過責を通じて運送品を引き渡すことを不可能にしたことによる責任について、明示的ではなく契約内容とされた右責任制限を援用することは良俗違反である、と判示した。被告の重大な過責については、被告が原告の催告にもかかわらず引渡をしなかったこと、そのうち運送品を発見することができず被告は受領の事実さえも争ったこと、被告は運送品の所在についてもはや信頼に値する情報を提供することができないこと、などから、それらは、きちんと（ordnungsgemäß）統率される（geführt）事業体においても生じ得るような違反ではなく、むしろ、被告の事業体は大きな無秩序（eine grobe Unordnung）に支配されており、その無秩序は、被告がこの状態についてのみずからの責任を免れしめる（entlastend）説明をしないかぎり、重大な過責として被告に帰責されるべきである、と認定した。

ハンブルク上級地方裁判所一九九三年二月二八日判決 (HansR 1993, 505) Aによって被告の港湾倉庫に預けられた七二・五kgの布の梱が紛失した事案である。Aから請求権の譲渡を受けた原告（保険者であるかどうかは不明）による損害賠償請求に対し、被告は、賠償義務は100kgあたり120マルクの限度額に制限されるとの約款条項を援用した。裁判所は、右条項による責任制限は、ドイツ通貨の現在の価値低下により完全な免責にほとんど等しく、また、被告がリュubeck港での港湾倉庫業において事実上の独占地位を占めている（当事者はこのことを争わない）場合であっても、良俗に違反しない、と判示した。裁判所は、責任制限の良俗違反は、ある種の独占地位を占める輸送または倉庫会社（Beamte oder Angestellte）がその義務の遵守につき重過失的に行為することを許容する場合、その設備（Einrichtungen）に瑕疵がある場合、委ねられた運送品が重過失的な業務上の（geschäftlich）取扱を経験する場合にはじめて生じると述べ、みずからの義務を重

過失的に怠りながら、同時に、免責を援用することは、良俗に違反する（なお、ここでは、重過失が一般的に当該事業体において蔓延していることを援用することで足り、個々の損害事例における重過失の認定は必要でない）、と判示したが、被告の事業体はまったくきちんとしていた（*ordungsgemäß*）（運送品の出庫は信頼に値する人間によって監督されていた）、として、右条項による責任限度額を超える請求を棄却した。

フランクフルト上級地方裁判所一九二四年一月五日判決（*UW 1925 664*） 運送取扱人の責任制限の事案（詳細は不明）である。裁判所は、まず、判例の立場を確認して、運送取扱人の責任制限は、その事実上の独占地位にもかかわらず、とくに一九一九年から一九二二年の安全性状況および経済事情から正当化され、発送人が手ごろな料率で利用可能な保険可能性によって過度の苛酷さを失った、運送取扱人の責任制限は、運送取扱会社の所有者または指揮的職員の重大な過責が免責される場合にのみ許されず無効である、と述べる。そして、本件においては、原因となった中間運送取扱人（*Wirtschaftsbetrieb*）に過責があり彼が被告の履行補助者であるとしても、その過責は、指揮的職員の重大な過責ではなくまたこれと同じに扱うこともできない、と判示した。

ライヒ裁判所一九二六年一〇月三日判決（*UW 1927 665*） Aが運送を委託した織物が被告運送取扱人の職員Bによって横領された事案である。Aの保険者として損害を補填した原告が損害賠償を請求したのに対し、被告は、一kgあたり二〇マルクを超える価額の運送品については、その価額が書面により適時に申告されない場合には、自己の重大な過責の場合にも、責任は脱落するとの約款条項を援用した。裁判所は、被告の独占地位を認定したのち、被告の重過失を、Bの採用にあたって信頼に値するかどうか（*Ordnungsgemäß*）を指揮的職員を通じて注意深く検討せず、Bに横領などの前科があることに気づかなかったこと、運送品の出入庫を単独で担当させ持続的な監視のもとに置かなかったこと、に見いだす。そして、被告がそのような場合においても、決してとくに高価なわけではない運送品の価額が申告されなかったという理由だけでみずからの責任から免れることは、あらゆる正義感と良俗に矛盾するであろう、と判示して、請求を認容した。

ライヒ裁判所一九二八年一月二日判決（*RGZ 120 423*） 被告海上運送人所有の汽船が積荷の銅板とともに沈没した事案である。保険者として銅板の損害を補填した原告の損害賠償請求に対し、裁判所は、積荷の紛失または毀損は、もっぱら、荷積の方法によって惹起された船の瑕疵ある状態（運航不能力（*Reiseuntüchtigkeit*））に基づき、それは、被告の指揮的な機関が通常の（*ordentlich*）注意を用いても発見し回避することができなかったことを認定のうえ、かりに運航不能力につき考慮され得る過責が存在するとしても、それは、被告の指揮的職員に属しない履行補助者の注意の欠缺であって、それが故意とも重過失とも解されない場合には、運送人の免責には法的疑念はない、と判示した。もっとも、被告の船荷証券約款によりそのような免責がなされた、とのことが明白でないと、請求を棄却した原判決を破棄し事件を原審に差し戻した。

ハンブルク上級地方裁判所一九二八年一月二八日判決（*HansRGZ 1929 B Nr. 6*） 第一被告所有の曳船によって曳航中の第二被告のはしけが事故を起こし、積みまわっていた原告あての亜麻仁が毀損された事案である。裁判所は、第一被告に対する損害賠償請求について、まず、原告主

張の港湾航行企業の独占地位を仮定するとき、第一被告の約款による免責条項は、指揮的職員または会社所有者の自己の重大な過責または故意について免責するかぎりでのみ良俗に違反し無効である、と確認する。そして、その種の曳航の列の編成および運行は、会社所有者や指揮的職員ではなく当該船の船長がなすべき事柄であって、かりに船長に過責があるとも（本件では船長の過責は認定された）、それは、そのかぎりでの法的効力につき疑念なき右条項の対象となること、第一被告ないしその指揮的職員には曳船船長の監督を怠った過責はないことを理由に請求を棄却し、第二被告に対する請求についても、第二被告に有責性がないことを理由に請求を棄却した。この判決は、上告審のライヒ裁判所一九二九年六月一日判決（HansRGZ 1929 B Nr. 240）によって支持された。

- ライヒ裁判所一九三一年四月二八日判決（HR 1931 Nr. 1747） 事案は不明である。裁判所は、重過失に基づく責任のあらかじめの排除は、それが良俗違反の場合にのみ無効である、として、そのような場合として、右排除が独占地位の悪用（Ausnutzung）のもとでなされる場合、組織（Apparat）の技術上の構築がとくに高い程度に軽率に（leichtfertig）なされる場合、を挙げる。

- (14) 「問屋は、みずからの管理に存する物品の紛失または毀損につき、紛失または毀損が通常の（ordentlich）商人の注意によっても回避され得なかった事情に基づくことを証明しないかぎり、責任を負う。」

- (15) 問屋は、物品の保険を付さないことにつき、みずからが委託者によって保険に付することを指示された場合にのみ、責任を負う。」

- (16) 同条二項において、運送品の受領、保管および保険についての三八八条から三九〇条の規定が運送取扱人に適用されている。

- (17) 被告の自己の過責は、原審によれば、馬車の共同監視のために付添人を付かなかったことに存する、とされた。

- (18) 同趣旨の判決として、たとえば、プレスラウ上級地方裁判所一九三三年二月二日判決（JW 1924, 1186）。引越荷物の一部が紛失した事案である。裁判所は、運送取扱約款において運送取扱人の独占地位の利用が存する場合であっても、良俗違反を語ることができるのは、とくに仮借なく（funktionslos）広範な責任制限がなされる場合のみである、として、損害賠償請求を棄却した。なお、本判決では、JW掲載の判決文をみるかぎり、過責については検討されていない。

- (19) 企業者集団が、法律によって意図された権利および義務の配分を完全にはほとんど完全に企業者に有利に廃する結果となる約款を、その経済上の独占地位の利用のもとに社会生活に対して強いること、とくに、免責が営業主自身またはその指揮的職員の自己の過責にさえおよび、その免責が企業者自身に影響力の存しないところの事情——たとえば、戦後の運送業に従事する職員の非信頼性（Unzuverlässigkeit）——への正当に承認されるべき考慮によって基礎づけられないこと。

- (20) なお、過責については、JW掲載の判決文をみるかぎり検討されていない。

- (21) 責任制限の良俗違反性の検討に際して、それが責任排除に匹敵するほど広範であるかどうかを問題としない判決として、そのほか、以下の判

決がある。

デュッセルドルフ上級地方裁判所一九二四年一月五日判決 (ZW 1925, 1019) ホテルのクロックからコートなどが盗まれた事案である。裁判所は、被告ホテルの宿泊券 (Schein) による責任限度額は、責任の完全な排除と等しく良俗違反である、かりに右責任制限がそのように広範でなかったとしても、顧客の強制状態 (Zwangslage) の悪用 (Ausnutzung) であるので、良俗違反である、と判示して、原告の損害賠償請求を認容した。なお、本判決では、JW 掲載の判決文をみるかぎり、過責については検討されていない。

ライヒ裁判所一九二八年五月二日判決 (HansRG 1928 B Nr. 334) 被告海上運送人が運送を引き受けた原告所有のセルロースが、不適切な荷積の結果、はしけとともに沈没した事案である。裁判所は、被告の独占地位を認定したのち、被告には、不適切に荷積みされたはしけの出航を阻止するための措置を講じなかったことにおいて自己の過責が存するので、被告の責任を全積荷につき一万ライヒマルクに制限する被告の約款条項は無効である、このことは、責任制限条項による責任額が比較的少額の損害を償うに十分であるが、問題の損害を償うには足りない場合にも妥当する、と判示して、右条項の効力を認めた原判決を破棄し、請求額確定のため、事件を原審に差し戻した。

(22) 裁判所は、本文のように判示して、原告の上告を認容したが、事件を原審に差し戻したのかどうかは不明である。また、被告の自己の過責についても、RGZ掲載の判決文をみるかぎり検討されていない。

(23) さらに、次の判決をも参照。

ライヒ裁判所一九二五年一月四日判決 (SeuffArch. Bd. 80 Nr. 30) Aが、被告貨物配送業者に対し運送を委託した靴下類が、通関手続のため御者が監視なく馬車を離れていた間に盗まれた事案である。Aの保険者として損害を填補した原告は、被告には、御者に付添人を付けたかったので重大な過責がある、と主張して、被告に対し損害賠償を請求した。これに対し、被告は、運送品は、明示的に別段に約定されない場合には、無蓋で御者のみが乗り組む貨物運送車両によつて運行される、との約款条項を援用し、右条項により自分の側の側には過責はないと主張した。裁判所は、まず、経済上独占に匹敵する権力地位 (Machtstellung) が、約款のなかで自己の過責についてのまたは指揮的地位にある職員の時、過責について責任から免れるために権力所有者 (Machtinhaber) によつて濫用されることは良俗違反であることを確認し、運送車両を一人の御者だけで付添人を付けずに派遣することが被告貨物配送企業の指揮陣の過責であるかどうか、がまさしく本件の問題である、とする。そして、右条項によれば、被告はこのことについて権限があるとされるので、右条項が有効であるかどうか (有効であれば指揮陣の過責を認定する余地はないことになる)、つまり、付添人なしに御者のみを用意することが独占的な (monopolartig) 地位の濫用かどうか、が決定的問題である (ライヒ裁判所は、これまで、この問題を決したことがない)、とする。そして、右条項が、車両に一人の御者のみを乗り組ませることは「明示的に別段の約定がなされない場合」にのみなされる、と規定していることから、貨物配送業者は、より安全であることを選ぶか、より廉価であることを選ぶか、を委託者に委ねる意図であった、と認定し、これにより、裁判所は、純粹の経費問題 (Speziffrage) であるとして請求を棄却

した原審の判断は正しい、として、これを是認した。

この判決は、企業者が用意した割増料金でのより安全なサービスの提供を顧客が利用しなかった場合、そのことによる損害については、企業者にはそもそも過責がない、と解したものである。

- (24) そのほか、たとえば、ライヒ裁判所一九二七年三月一九日判決は、企業者が委託者に對し保険に加入することを指示したことによっても、責任制限の不衡平性は除去されない、として、ライヒ裁判所一九三三年三月二日判決を支持する一方で、独占地位を有する企業者の責任制限は、自己またはその指揮の職員の過責についての責任におよぶかぎり、その責任制限が惹起された損害との關係で不衡平であり、やむを得ない事情によつて基礎づけられず、經濟上の独占地位の悪用（Ausnutzung）のもとの利己的利益の一方的な追求を含んでいるかどうか、を検討すべきである、と述べ、独占地位を有する企業者の自己の過責またはその指揮の職員についての責任からの免責が当然に良俗違反となるのではない、との理解をうかがわせる。

- (25) これまでに挙げた判決のほか、以下の判決が企業者またはその指揮の職員の過失を問題とする。

ハンブルク上級地方裁判所一九三三年二月五日判決（IW 1924, 212） 劇場のクロークに預けられた毛皮が紛失した事案（詳細は不明）である。被告は、掲示によつて、毛皮の襟巻等々については賠償請求権を拒絶し、また、紛失についての責任を一事件あたり一五〇〇マルクに制限していた。裁判所は、劇場が芸術施設としてある種の独占地位を有することを認定したうえ、この独占地位を芸術を愛する公衆に對して悪用し（ausnutzen）、衣服の紛失についてまったくあるいはきわめて少額の賠償しか受けられないという危険に公衆をさらすことは許されない、ここでは、被告が、自身に紛失につき過責がある場合でさえも責任を制限していること、一五〇〇マルクという金額は、今日、まったく不釣合に低額であることも顧慮されるべきである、と判示して、原告の損害賠償請求を認容した。なお、被告の自己の過責については、BGB 二八二条により、給付不能の場合、債務者がその帰責事由なきことを証明すべきであるところ、その証明はなされなかった、と認定された。

ハンブルク上級地方裁判所一九三三年六月五日判決（HansRZ 1924 Nr. 50） ライターが荷送人の指示に反して郵便小包ではなく混載船舶証券（Sammelkonossement）によつて運送された事案（詳細は不明）である。被告運送取扱人の約款による一〇〇kgあたり六〇紙幣マルク（Papiermark）への責任制限につき、裁判所は、被告の發送係の過失を認定のうえ、これは完全な責任排除に等しいが、良俗に違反しない、なぜなら、自己の過責からの免責のみが非良俗的であるからである、と判示した。なお、本判決では、HansRZ掲載の判決文をみるかぎり、被告の独占地位および被告の自己の過責については検討されていない。

ライヒ裁判所一九二四年四月二八日判決（LZ 1924, 464） 被告が船舶所有者兼海上運送人として運送を引き受けたコピーが一部紛失した事案である。受取人から損害賠償請求権の譲渡を受けた原告（保険者かどうかは不明）の損害賠償請求に對し、被告は、船舶証券の責任制限条項を援用した。裁判所は、被告がバルト海航行において独占地位を有していたとしても、船舶所有者および運送人の免責に関する契約自由が制

限されるのは、自己の過責またはその指揮的職員の過責からの被告の免責がBGB一三八条に違反し無効である場合のみであり、本件では、被告またはその指揮的職員の過責の証明がない、として、請求を棄却した。

ハンブルク上級地方裁判所一九二四年四月二九日判決 (Hanse 1924 Nr. 240) 運送取扱人約款による責任制限が問題となった事案 (詳細は不明) である。裁判所は、責任制限において良俗違反が認められるのは、被告運送取扱人またはその指揮的職員の有責な行為が存在する場合のみである、と判示して、盗難につき有責であった被告の發送係 (Expediten) の指揮的職員性を否定のうえ、原告保険者の損害賠償請求を棄却した。なお、被告の独占地位についても、ハンブルクのすべての運送取扱人がハンブルク運送取扱人団体に加入しているとはいえないことから否定されている。

ライヒ裁判所一九二五年三月一八日判決 (SeuffArch Bd 79 Nr 101) 被告運送取扱人が、Aから急送品として鉄道に差し出すように委託された高価品をすぐに鉄道に引き渡さず、他の運送品とともに車に積んだまま無施錠の中庭に置いたままにしたところ、盗難にあった事案である。Aの保険者として損害を填補した原告の損害賠償請求に対し、被告は、約款による責任排除条項を援用する。裁判所は、運送取扱人または運送人によるあらゆる責任からの免責ならびにまったく少額で現実の価額とも対応しない金額への責任の制限は、ある土地のほとんどすべての運送取扱人がそのような定めを約款のなかで約定し、これを運送取扱人のサービスを頼りとする領域に対し強い場合には、営業主またはその指揮的職員の責任もそこに含まれるかぎり、良俗違反により無効である、と判示して、被告の自己の過責 (当時盗難が頻繁であったにもかかわらず、不十分な監視のもとに高価品を中庭に夜通し置いたままにした) を認定のうえ、請求を認容した。

ライヒ裁判所一九二六年一月一六日判決 (LZ 1926/377) 運送取扱人の責任制限の事案 (詳細は不明) である。裁判所は、一〇〇kgあたりの二〇マルクという少額への責任制限は、自己の過責が存在する場合には、良俗違反であり無効である、と判示した。

ダルムシュタット上級地方裁判所一九二六年六月二九日判決 (NW 1926/2708) 原告から振替委託を引き受けた被告銀行が、過失によりこれを実行せず、原告に貨幣価値下落損害が生じた事案 (詳細は不明) である。被告は、貨幣価値下落損害についてあらゆる責任を拒絶することの当地の銀行連盟の公告を援用した。裁判所は、ある地区のすべての運送取扱人が自己の過責が存在する場合にまで責任を少額に制限することは許されないとのライヒ裁判所の判例を引き合いに出し、独占類似 (monopolähnlich) と称され得るほどにますます金銭取引 (Geldverkehr) を支配する銀行についてもこのことが妥当する、と述べる。そして、下位の (untergeordnet) 人間についての責任からの免責は、BGB一三八条の観点から問題はないが、それが営業主、法定代理人、指揮的職員にもおよびされるかぎり、その免責は良俗違反であり無効である、と判示した。なお、本判決では、LZ掲載の判決文をみるかぎり、過責については検討されていない。

ハンブルク上級地方裁判所一九二九年三月一二日判決 (Hanse 1929 A Nr 78) Aが修理のため被告のもとに持ち込んだ腕輪が被告のもとで別の安い腕輪と取り違えられたと主張された事案である。Aの保険者である原告の損害賠償請求に対し、被告は、取り違えの事実を争うと

ともに、紛失および毀損について法律上許されるかぎり責任を負わない、との約款条項を援用した。裁判所は、取り違えの事実の有無を決することなく、右条項により請求を棄却するが、それに際して、右条項の法律上の許容性に対して疑念が存するのは、紛失が被告の所有者の故意行為に基づくか、あるいは、被告の組織の瑕疵ないし指揮的職員の過責に基づく場合にかぎられ、本件ではこのいずれも存しないと判示して、右条項の効力を認めた。

ベルリン上級地方裁判所一九二九年六月二二日判決 (WV 1930, 1977) 運送品の紛失についての運送人の責任が問題となった事案（詳細は不明）である。被告は、ベルリン商工会議所地区の運送取扱人の商慣習 (Handelsbrauche) の三五条による責任排除を援用した。これによれば、1kgあたり二〇ライヒマルクを超える価額の運送品の場合、あらかじめ書面による価額申告がなされないときには、紛失についての責任は排除される、とされ、本件運送品の価額は1kgあたり二〇ライヒマルクを超えていたが、原告は価額を申告していなかった。裁判所は、自己の過責または指揮的職員の過責についての責任の排除は、その免責が特定の地区の運送取扱人の独占的な (monopolartig) 地位の濫用のもとでなされるときには良俗に違反すると確認したが、ベルリンでは、運送取扱人の独占的な (monopolartig) な提携 (Zusammenfassung) は存しないので、被告の自己の故意が主張されない以上、被告は右責任排除を援用し得る、と判示した。

ライヒ裁判所一九二九年七月六日判決 (SenfArch. Bd. 83 Nr. 203) 運送取扱約款における消滅時効条項が問題となった事案である。裁判所は、独占地位が存するときに運送取扱人の自己の過責につき責任を五〇kgあたり二〇ライヒマルク、最高で四〇〇ライヒマルクの少額に制限することは、BGB一三八条に違反するが、このことは、消滅時効について取り決める約款条項には適用されない、と判示した。

ベルリン上級地方裁判所一九二九年二月二二日判決 (Eisenbahn- und Verkehrsrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen Bd. 49 Nr. 143) ベルリン上級地方裁判所一九二九年六月二二日判決と同様の事案である。裁判所は、独占地位が悪用される (ausnutzen) 場合には、免責は良俗違反と解されるが、このことがベルリンの運送取扱人についてあてはまるかどうかは決定を要しない、なぜなら、責任排除が許容されないのは、それが被告の業務指揮 (Geschäftsleitung) の自己の過責にもおよばれる場合にかぎられるからである、と判示し、被告の自己の過責を否定したうえ、被告の責任排除の効力を認めた。

ベルリン上級地方裁判所一九三〇年一月四日判決 (Eisenbahn- und Verkehrsrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen Bd. 50 Nr. 70) 運送取扱における運送品の紛失の事案（詳細は不明）である。被告は、一般ドイツ運送取扱人約款 (ADSp) による責任制限を主張した。裁判所は、そのような制限は、免責を受ける者が独占地位を占め、営業主またはその指揮的職員の自己の過責についての責任の排除または運送品と比較してまったく微々たる金額への責任の制限を通じて、社会生活 (Verkehr) に不衡平な枷が課せられる場合、無効となり得るが、原告はこれに該当することを証明しなかった、と判示して、右責任制限の効力を認めた。

ライヒ裁判所第一民事部一九三一年七月八日判決 (HansRGZ 1931 B Nr. 163 = SenfArch. Bd. 85 Nr. 181) 被告所有の汽船で運送された原

告のたばこが、前の航海で運送された石炭タールの残りなどによって毀損された事案である。原審のハンブルク上級地方裁判所一九三〇年一月二二日判決 (HansRGZ 1930 B.Nr. 284) は、被告が船長に対し、たばこはいたみやすいのでとくに注意深く扱うべきことを指示していたことから、被告の自己の過責を否定し、かりに船長に注意義務の違反があったとしても、船舶所有者は船長または乗組員の過失について責任を負わない、との船荷証券条項により、被告は責任を負わない、と判示して、請求を棄却した。それに際して、原審は、船長は、指揮的職員でなく、また、彼の過責は、かりに存在するとしても、重大なものとは評価されないもので、右条項の援用は良俗違反ではない、と判示する。裁判所もこの判決を支持して請求を棄却するが、社会生活を支配する (verkehrsherrschend) 地位の不当な利用 (Ausnutzung) または、本人もしくは指揮的職員の自己の過責が存しなかり免責には懸念は存しない、と判示し、免責を許容しないための要件として重大な過責を要求しなかった。

ライヒ裁判所第五民事部一九三一年七月八日判決 (SeuffArch. Bd. 85 Nr. 171 = HansRGZ 1931 B.Nr. 167) 被告の汽船が原告の乾ドックから出される際に毀損された事案である。裁判所は、まず、契約自由が原則であり、企業者集団がその経済上の優越性を利用すること (Ausnutzung) は拒まれるのではないが、それが、客観的にやむを得ない理由なく利己的な利益追求からのみ社会生活 (Verkehr) に対し不適合かつ不衡平な犠牲を課す場合には、非良俗的である、自己またはその指揮的職員の過責についての独占企業者の法律上規定された責任を完全にまたはほとんど完全に廃する趣旨の免責は、企業特性により確固たる (stichhaltig) 理由 (とくに企業者の影響力の及ばない事情の顧慮) によって例外的に正当化されないかぎり、非良俗的である、と判示する。そして、本件につき、かりに原告の約款による責任排除条項が独占地位を有する企業者集団によって客観的にやむを得ない理由なく利己的に契約相手方に対し強いられていると仮定しても、右条項が無効であるのは、自己の過責またはその指揮的職員の過責についての責任からの免責の場合にかぎられる、と判示して、被告の自己の過責、および、過責があったと主張される職員の指揮的職員性を否定して、右条項の効力を認め、原告の修理代金支払請求を認容した。

ハンブルク上級地方裁判所一九三三年一月五日判決 (HansRGZ 1933 B.Nr. 43) 運送品が被告港湾航行企業者の見習い (Lehrling) A によって盗まれた事案である。運送品の輸送保険者として損害を填補した原告の損害賠償請求に対し、被告は、約款による一〇〇kgあたり二〇ライヒマルクへの責任制限条項を援用した。裁判所は、免責条項についても契約自由が原則であり、免責条項は、関係の諸領域に対し耐えがたき約款が強いられる場合、および、企業者または指揮的職員の自己の過責についての責任があらかじめ排除される場合のみ、非良俗的であることをまず確認する。そして、港湾航行企業者の責任リスクをカバーすべきその運賃が重量によって定められることから、責任額を重量によって定めることは非良俗的ではなく、また、関係諸領域はこれを甘受し、保険に加入することによって対応してきた、として、前者を否定し、A はとくに狡猾なやり方で運送品を盗んだことから、被告またはその指揮的職員には過責は認められない、として、後者を否定して、右条項の効力を認めた。

ハンブルク上級地方裁判所一九三五年三月二日判決（HansRGZ 1935 B Nr. 113）原告が運送を委託した機械部品がはしけとともに沈没した事案である。被告運送人に対する損害賠償請求に対し、裁判所は、約款による責任排除は、企業者が経済上の独占地位を有する場合であっても、営業主および指揮的職員の過責を別として、許容される、と述べ、はしけに荷を積み込んだ者の指揮的職員性および被告の自己の過責を否定して、請求を棄却した。

キール上級地方裁判所一九三五年九月五日判決（HansRGZ 1935 B Nr. 168）修理のため被告のドックに入っていたAの汽船が、舷側に係留されていた作業船が嵐でこれに衝突したため、毀損された事案である。Aに対しその修理費用損害を填補した原告保険者は、被告のドック親方（Dockmeister）Bは、必要な事故防止措置を講じなかった、と主張して、被告に対し損害賠償を請求した。これに対して、被告は、約款による責任排除条項を援用する。裁判所は、まず、独占地位の濫用による良俗違反の理論により、BGB二七六条および二七八条に規定された過失責任を完全に排除する免責条項は、独占企業者が自己の過責および指揮的職員の過責についてみずから免責することであり、非良俗的であり無効たり得ること、しかし、当事者がリスクの負担をBGB二七六条および二七八条の規定とことなつて定めることそれ自体は、非難されないこと、を認める。そして、本件につき、船舶所有者の保険可能性（ほとんどすべての船舶所有会社が船体保険に加入しており、その種の保険契約は通常、ドックのリスクをも対象とする）から、右条項の良俗違反性を否定し（したがって、被告の独占地位の検討を要しない、かりに、右条項が指揮的職員の過責にもおよびかぎりでも無効であるとしても、本件で過失が問題となるドック親方（Dockmeister）Bは指揮的職員でない、と判示して、請求を棄却した。

カールスルーエ上級地方裁判所一九三五年一〇月三日判決（D 1936, 1668）被告はAから引き受けたコーヒーの運送をB社の貨物船により実行したが、その際、B社の職員である船長Cがコーヒーの箱のうさに置いた油入りの箱から中味が一部溶け出し、コーヒーを毀損した、という事案である。輸送保険者としてAに損害を填補した原告の損害賠償請求に対し、裁判所は、被告の独占地位を認定のうえ、自己の行為および永続的な（dauernd）職員の故意行為についてしか責任を負わないとの被告の約款一九条の効力につき、これは、指揮的でない職員および履行補助者の過責についての責任からの免責を内容とするかぎりでも有効であり、Cは指揮的職員とは認められないので、Cについての被告の責任は有効に排除され得る、と判示して、請求を棄却した。裁判所は、さらに、被告の約款一八条による混載損害についての責任排除について、Aには相応のより高額の運賃を支払うことによって特別の船倉を用いての運送を約定する可能性があったので、ここでの問題は純粹の経費問題（Greenfaag）である、として、右条項の効力を認め、また、もっぱら船舶所有会社に責任を負わせることは、運賃の高騰を招くかあるいは運賃を上げない場合には企業者の能力を著しく減じることとなり、いずれにしても、船舶運送は他の運送手段に対する長所を失うことになりかねないので、今日においても、履行補助者についての責任からのその種の独占企業の免責を良俗違反と認めることはできない、と述べている。なお、被告の自己の過責については、口掲載の判決文をみるかぎり検討されていない。

ハンブルク上級地方裁判所一九三七年七月二二日判決 (HamburgGZ 1937 B Nr. 147) 被告が原告から運送を委託された硫黄が、はしけとともに係留地で沈没した事案である。裁判所は、被告の約款による責任排除条項につき、自己の過責についての責任からの免責は、提携した企業者集団の独占地位が存するので、BGB一三八条により無効である、と判示し、被告の監視義務違反を認定するが、これと沈没との間の因果関係が証明されなかったとして、原告の損害賠償請求を棄却した。

マンハイム区裁判所一九五五年二月二八日判決 (Weber 1957, 156) 原告は、水上運送および運送取扱企業を営む被告に対し硫酸カリマグネシウムの運送を委託したが、被告がこの運送のために用いたA社のはしけが橋に衝突し、積荷もろとも沈没した、という事案である。はしけの船長Bは、追加海技免状 (Nusatzpatent) をもっておらず、また、パイロットも用いていなかった。裁判所は、被告は、輸送企業者として独占地位を有さず、そのかきりで契約相手方の自由な意思決定の許されない制限を語ることができないので、被告の約款による責任排除条項の法的有効性には疑念がないこと、Bが免状を有していなかったことについて、その確認は被告の指揮的でない職員の仕事領域に属しそのかきりで右条項により責任は排除されるし、かりにこのことを度外視しても、被告は、輸送の実行を名門の船会社Aに任せることによって、その義務を完全に果たしたこと、支配的な判例によれば指揮的職員の過責に基づく組織瑕疵については、免責条項にもかかわらず責任を負わなければならないが、本件では、そのような組織瑕疵は認められないこと、を判示して、右条項の効力を認め、原告の損害賠償請求を棄却した。

(26) もっとも、以下のように、企業者またはその指揮的職員の過責ではなく、職員の過責を直接問題として、免責の良俗違反性を検討する判決もある。

ライヒ裁判所一九二〇年一月二三日判決 (RGZ 98, 31) 鉄道の手荷物預かり所から原告の荷物が紛失した事案である。原告の損害賠償請求に対し、被告は鉄道交通規則の施行規定により一〇〇マルクまでしか責任を負わない、と主張した。裁判所は、荷物が鉄道職員によって故意に盗まれたことが原告によって証明される場合には、そのことについての責任の免責は、たしかに法律上は許容されるが、事情によっては、良俗に違反する、と判示する。なお、本判决では、RGZ掲載の判決文をみるかぎり、被告の独占地位については検討されていない。

デュッセルドルフ上級地方裁判所一九三〇年五月二八日判決 (JW 1931, 1977) ホテルのボーターが客の依頼で駅に取りに行った鉄道小荷物をホテルの門のところで盗まれた事案である。客は、宿泊に際し、持ち込んだ物品についてのすべての賠償請求権を放棄する旨の書面に署名していた。裁判所は、被告が、客の強制状態 (Zwangslage) の利用 (Ausnutzung) のもとで、客に責任排除を強制した点において、右書面が被告またはその従業員 (Leute) の過責にこづいての責任をも排除するかきりで、良俗違反が存する、と判示し、ボーターの過責を認定のうえ、損害賠償請求を認容した。

ハンブルク地方裁判所一九三九年四月二五日判決 (DR 1939, 1262) 原告から供給された冷凍設備の弁からアンモニアが漏れ、倉庫の肉が毀損された事案である。原告の残代金請求に対し、被告は損害賠償請求権による相殺を主張した。裁判所は、修繕または再度の給付以外の責任

を負わない、との原告の約款条項の法的効力について、まず、供給工場の独占類似の (monopolähnlich) 地位のうえ、積極的契約侵害の結果についての責任を損害の種類および大きさ、原告またはその履行補助者の過責の種類および大きさに関係なく、完全に一般的に排除する右条項は、適切で衡平なリスク配分と解することができない、とくに、本件では、原告は損害原因の解明をみずからの行為によって不可能ならしめており（問題となった弁が原告の事業体のなかで紛失した）、このことは、弁の取付に際して原告の受任者 (Beauftragte) に著しい過責があったとの表現を生ぜしめる、原告は、みずからの受任者のその種の過責について、責任を負うべきであり、右条項は良俗違反であり無効である、と判示した。

ゲッテンゲン地方裁判所一九五五年二月一日判決 (NW 1956, 593) 監視付きガレージに駐車中の車の水抜きがなされなかったため、エンジンが凍結し毀損された事案（詳細は不明）である。被告の約款は、自己の故意についての法律上の責任をのぞき、責任を負わない、と規定していた。裁判所は、被告ガレージ企業の独占地位を認定のうえ、右責任排除条項の法的有効性について、右条項により、法律上の規制は、實際上効力を奪われ、このことは、関係者にとって重大な不利益化と感じられるにとどまらず、公衆はこれへの服従を強いられる、社会生活 (Verkehr) にとってそのように重要な職業部門がほとんどすべてのリスクから、それも履行補助者の最強度の過失や故意の場合でさえも、免れることが許されるとはだれも理解することができない、と判示して、右条項の良俗違反による無効を認めた。なお、過責については、ZMW掲載の判決文をみるかぎり検討されていない。

(27) 本判決は、すでにみたように、企業者またはその指揮的職員の重過失についての責任からの免責が許されないことを述べたものであるが、本文に掲げた論拠は、過失の場合にも妥当と思われるので、ここに掲げた。

(28) ハンブルク上級地方裁判所一九二二年四月一〇日判決 (HansGZ 1923, 143) は、この事実認定を正しくしないものとしてしりぞける。

(29) その理由として、裁判所は、第一に、ライヒ裁判所がこれまで扱ってきた営業では厳格化された責任が種々規定されている (HGB 三九〇条、四一七条、四二九条、四三二条) に対し、情報業では、BGB 二七六条、二七八条の一般準則が考慮されるにとどまり、法状況がこととなること、第二に、ライヒ裁判所一九二六年二月一日判決 (RGZ 115, 122) に対する評釈のなかで、Heinsheimer は、情報提供に際しての過責の結果についての責任からの免責は、料金の対価である給付を正しく実現しないことの留保を意味する、と主張し、同判決を批判する (WV 1927, 1088) が、過失的に瑕疵ある給付がなされた場合の損害賠償義務は、適切な給付をなすべき義務の諸結果の一つに過ぎず、その排除は、すでにBGB 二七六条、二七八条が示すように、給付義務と一般的に相容れないわけではないこと、第三に、興信所が、情報の資料調達に關して補助者や情報収集者 (Erfassungsperson) について責任を負うことを拒絶することは、企業の特性からして問題がなく、また、本件のように、資料収集ではなく、被告の内部部門での情報の処理に際しての過誤が問題となった場合は、たしかにそこでの事情は、他の事業体におけることとならないが、しかし、情報に、迅速に供給されるべき大量商品として、その利用される取引の金銭価値にかかわりなく、まったく低廉な価格

で提供される、という点に本質的な相違があり(すなわち、被告が原告と約定した料金は一情報あたり四ライヒマルクであるのに対し、情報を利用される取引は通常高額であり、しかも、興信所は、情報が利用される取引について詳細を知ることができず、また、かりにそれを知ったとしても、通例の料金でもってはそのことを考慮することはできないであろう、こうした事情は顧客も知っている)、それゆえ、職員の過責についてのつねに不均衡に高額の責任を情報の記録や伝達の場合にも拒絶することは、良俗違反でないこと、を挙げる。

(30) 裁判所は、ここで、ライヒ裁判所一九二一年一〇月一日判決 (RGZ 105, 356) の事案との相違を指摘する。

(31) なお、被告の過責については、HansRGZ掲載の判決文をみるかぎり、故意の不存在は認定されたが、過失の有無は検討されていない。

(32) 裁判所は、さらに、右条項が有効であることの理由として、右条項が、法的紛争の回避という合理的な意味を有すること、被告は過度に高額の報酬を受けているわけではないこと、を挙げている。なお、被告の過責については、RGZ掲載の判決文をみるかぎり検討されていない。

(33) Hefermehl, in: Soergel/Siebert, 9. Aufl. 1959, §138 Rn. 64.

(34) 田沢五郎『ドイツ政治経済法制辞典』(平成二年)二二四頁。

(35) 原審は、業務執行機関 (die geschäftsführende Organe) 、「つまり法律行為上の代理権を有する機関のみを指揮的職員と理解していた。これに對して、裁判所は、とくに、大企業体では、法律行為上の代理権を有することは、指揮的地位についての唯一決定的なメルクマールではなく、代理権を有しない指揮的職員もいれば多少なりとも包括的な代理権をもなった非指揮的職員もいる、と判示して、原審による概念規定をしりぞけた。

(36) キール上級地方裁判所一九三五年九月五日判決 (HansRGZ 1935 B Nr. 168) も、以下のように判示して、ドック親方 (Dockmeister) の指揮的職員性を否定している。すなわち、彼は、事業体におけるその地位にかんがみ企業者と同視されるべき指揮的職員の領域に属さない。たしかに、彼は、高級で (gehoben) 、一定の絶対的権力 (Machtvollkommenheiten) と責任をとともなったポストにあった。しかし、彼は、全体としての企業の指揮に對し影響力を有しない。彼は、その領分において、ドック指揮陣 (Werftleitung) の指示の技術面での執行者である。彼は、ドック指揮陣から指示を与えられないかぎり、その自由な裁量によって行為する。しかし、彼自身のインシアチヴの活動領域 (Spielraum) は、やはり、技術的なものにかぎられるのである、と。

(37) そのほか、ライヒ裁判所第一民事部一九三一年七月八日判決 (HansRGZ 1931 B Nr. 163 = SeufArch. Bd. 85 Nr. 181) は、与えられた任務の本質のおよび主要内容により、企業全体のまたはその部分の行為を自己の裁量によって制御する任務につけられ、その活動が企業の所有者または法律上の機関の活動に匹敵するという関係において理解されるところの人物と説明し、ライヒ裁判所一九三五年一月五日判決 (SeufArch. Bd. 89 Nr. 122) は、これに該当するかどうかは、企業の事業体構造全体が解明され、そのなかでその者がどのような地位を占めているのか、が確認されるときにはじめて決することができる、とする。

- (38) 連邦通常裁判所一九五六年六月七日判決（WM 1956, 1056）。
- (39) カールスルーエ上級地方裁判所一九三五年一〇月二三日判決参照。
- (40) カールスルーエ上級地方裁判所一九三五年一〇月二三日判決参照。
- (41) ライヒ裁判所一九二八年一月二日判決（RGZ 120, 42）、ハンブルク上級地方裁判所一九二八年一月二八日判決（HansRGZ 1929 B Nr. 6）、その上告審であるライヒ裁判所一九二九年六月一日判決（HansRGZ 1929 B Nr. 240）、ハンブルク上級地方裁判所一九三〇年一月二二日判決（HansRGZ 1930 B Nr. 284）、その上告審であるライヒ裁判所第一民事部一九三一年七月八日判決、カールスルーエ上級地方裁判所一九三五年一〇月二三日判決。
- (42) ライヒ裁判所一九二八年一月二二日判決、ハンブルク上級地方裁判所一九三五年三月二五日判決（HansRGZ 1935 B Nr. 113）（六年以上の経験を有する信頼に値する職員であり、機械輸送につき特別の経験と専門知識を有していた）。
- (43) ライヒ裁判所一九二八年一月二二日判決。
- (44) ハンブルク上級地方裁判所一九二八年一月二八日判決、その上告審であるライヒ裁判所一九二九年六月一日判決。
- (45) ハンブルク上級地方裁判所一九二四年四月二九日判決（HansRGZ 1924 Nr. 240）。
- (46) ハンブルク上級地方裁判所一九三〇年一月七日判決、その上告審であるライヒ裁判所第五民事部一九三二年七月八日判決、キール上級地方裁判所一九三五年九月五日判決。
- (47) ハンブルク上級地方裁判所一九三〇年一月七日判決、その上告審であるライヒ裁判所第五民事部一九三一年七月八日判決。
- (48) 同旨のものとして、ベルリン上級地方裁判所一九二八年三月二三日判決（Eisenbahn- und Verkehrsrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen Bd. 47 Nr. 143）。そのほか、ライヒ裁判所一九二九年七月六日判決（SeuffArch Bd. 83 Nr. 203）は、問題の約款が、すべてではないが大にに優越的な部分のハンブルク在の運送取扱人によって採用されていることから、絶対的なものではないにしても独占地位が存する、と判示する。
- (49) そのほか、ハンブルク上級地方裁判所一九三二年二月五日判決（JW 1924, 212）では、劇場を訪れる公衆がオーバーなどを着たまま観客席に入ることを許されないことにより、クロークに服を預けることを強制されていることから、劇場がクロークに預かった毛皮の紛失についての責任を制限することは良俗違反であるとされ、劇場が演技芸術の振興を通じて公衆の教養と文化に奉仕することを目的とすることから、だれも劇場を訪れる必要はないということではない、と判示された。また、ハンブルク上級地方裁判所一九二四年三月四日判決（HansRGZ 1924 Nr. 164）では、夜遅くに到着する旅行者の強制状態からホテルの独占地位が認定され、デュッセルドルフ上級地方裁判所一九三〇年五月二八日判決（JW 1931, 1977）では、客は、彼にとって考慮に入れられる当地のすべてのそうでなくともほとんどすべての宿屋が持ち込まれた物品についてすべての賠償請求権の放棄を宿泊の条件としている、との観念から、そのような放棄を誘因づけられた、と認定され、このことから、権

力地位が導き出された。

(50) 同旨のもので、連邦通常裁判所一九五六年三月一六日判決 (WM 1956, 826)。なお、カールスルーエ上級地方裁判所一九三五年一〇月

二三日判決 (D) 1936, 1658) は、企業者集団による独占は、提携 (Zusammenschluß) がなくとも、約款の事実上の一致によって存在し得るが、企業者または企業者集団がある産業または取引部門 (Geschäfts- oder Verkehrszweig) を排他的に支配していることが必要である、と述べる。そのほか、ハンブルク地方裁判所一九三九年四月二五日判決 (RG 1939, 1262) は、冷凍設備の供給についての約款がドイツにおいて一般的に用いられ当該産業領域のすべての企業によって利用されており、顧客が右約款により契約を締結することを強いられていることから、独占類似の (monopolähnlich) 地位を認定する。また、ゲッテンゲン地方裁判所一九五五年二月一日判決 (NJW 1956, 592) は、ガレージ付きのホテルに住んだり自己のガレージを有するのではない人が、自分の車を一時的に預けまたは越冬させようとするとき、そのようなサービスを提供する事業体を頼りとするはかなく、また、それらの事業体が、例外なく、ガレージ連盟の約款を使用していたことから、当地のガレージ事業が、本来の独占ではないが、広範に独占的性格 (Monopolcharakter) を有する、ことを認定し、これを独占類似性 (Monopolähnlichkeit) と呼んだ。

(51) もっとも、裁判所は、右連送約款からは、航空機の保有者または操縦者に自己の過責が存する場合にも損害の賠償を放棄させる趣旨であることが明白でなく、したがって、A がその趣旨を知っていたかどうか、そうでないならば、航空機の保有者または操縦者に本質的な過責があったかどうかを検討されなければならないとして、請求を棄却した原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。

なお、航空交通における強制状態について、ベルリン地方裁判所一九二九年二月五日判決 (UW 1930, 1990) は、同様の事案において、ライヒ裁判所一九二七年五月一九日判決を引き合いに出して、一九二七年当時においても強制状態は存しない、と判示する。もっとも、本判決では、約款によれば、旅客は被告の費用において保険に付されるとされていること (ライヒ裁判所一九二七年判決では、このことは、RGZ 掲載の判決文をみるかぎり認められない) などから、ライヒ裁判所一九二七年判決とことなり、本件責任排除は、被告ないしその職員の有責な行為をも対象とする趣旨であると認定し、それゆえ、原告は、被告またはその履行補助者の有責な行為によって損害が発生したとすることを援用することはできない、と判示する (なお、被告の過責は否定されている)。また、ライヒ裁判所一九三九年七月五日判決 (RGZ 161, 76) の原判決は、一九三五年当時、強制状態が存したことを認める。

(52) そのほか、ベルリン上級地方裁判所一九二八年三月三日判決 (Eisenbahn- und Verkehrsrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen Bd. 47 Nr. 1, 3)。運送取扱人の約款による責任制限の事案 (詳細は不明) である。裁判所は、大ベルリン在の運送取扱会社四〇〇社のうちドイツ運送取扱人団体のメンバーであるの一〇〇社だけであり、残りの三〇〇社のなかには大規模な会社も含まれていることから、右団体によって連合した大ベルリンの運送取扱人の独占地位を否定した。そのほか、ベルリンでの運送取扱人の独占地位を否定した判決として、ベルリン上級地方裁判所一九二八年二月一〇日判決 (Eisenbahn- und Verkehrsrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen Bd. 48 Nr. 73)、ベルリン上級地方裁判所一九二九年六月二二日判決 (UW 1930, 1977)。

(未完)