安田火災記念財団叢書 No. 30

ドイツ法における損害賠償責任の免責

西独フランクフルト大学教授・法学博士

マンフレート・ヴォルフ氏講演

財団法人 安田火災記念財団

ドイツ法における損害賠償責任の免責

西独フランクフルト大学教授・法学博士

マンフレート・ヴォルフ氏講演

財団法人 安田火災記念財団



本書は，西独フランクフルト大学教授　法学博士　マンフレート・ヴォルフ氏の講演（昭和61年５月８日安田火災海上本社ビルで当財団主催により開催）の原稿を，同講演の通訳をされた上智大学法学部助教授　山本　豊氏が翻訳されたものです。

昭和62年１月

財団法人安田火災記念財団

目　　次

Ⅰ．損害賠償責任の基本思想 …… 1

Ⅱ．法律上の規律…… 2

Ⅲ．商人間における免責条項の許容性 …… 4

I　損害賠償責任の基本思想

今日のドイツにおきましては，公正な損害の分配および損害防止の努力ということが損害賠償法の基本的関心事であると理解されております。個人の活動の自由と産業の発展を広すぎる責任を課すことによって阻害するべきではないといった1900年頃の自由主義的観念に基づいた考え方は，今日では，重要性を失っております。そのような考え方に代って，社会国家的な考慮が私法にも影響を与えており，個人は彼の生活や財産を危うくする不測の損害から，できるだけ守られなければならないと考えられています。集団的な損害の分配，すなわち，公衆や大きな集団による損害負担が追求されるべきだと，一般に考えられているのであります。

法律の基本思想は今述べた通りですが，経済取引界の主たる関心は，やはり，できるだけ損害賠償責任を免れたいという所にあります。こう考えるのは，部分的には，無理からぬ所があります。ドイツ法では，損害賠償責任は，故意行為の場合にも，軽過失行為の場合にも，総ての損害を含む，加害者がその損害を予見しえたか否かは問わないということになっていますから，非常に軽微な過失行為によっても，予想できないほどの損害賠償責任が生ずるということが起こりうるのです。こうした不測の賠償責任を免責条項によって制限しようと試みるというのは，理解できることです。

そこで，立法者の任務は，一方における損害防止と集団的損害分配，他方における予測しえない責任の回避という相異なるプリンシプルを適切に調和させるということになってきます。しかし，立法者が規定をしない，あるいは，事態がどう推移するか予測できないので規定を置くことができないという場合には，適切な賠償責任のための基本原理をさらに展開させるのは，判例の役目になってきます。こうして，ドイツ法におきましては，若干の基本的な法律規定と並んで，最上級審裁判所の判例が，免責条項の許容性の問題にとり決定的な意味をもっています。そして，集団的損害分配の重要性が増大しているために，

裁判所は，損害の付保可能性の問題を繰り返し取り扱わなくてはならなくなっています。

Ⅱ　法律上の規律

1.　個人の活動の自由や産業の発展をあまり阻害すべきでないとの考慮に基づいて，1900年施行のドイツ民法典（以下，単に民法と略称）の立法者は特約による免責を広く許容しました。故意の場合の免責だけが無効とされ(民法276条２項)，しかも，それは債務者自身に故意があった場合のことで，いわゆる履行補助者の故意行為により損害が発生した場合には，免責は許されたのであります(民法278条後段)。こうした規定に基づいて，ほとんど総ての取引約款において，この広い免責特約の可能性が利用されました。しかし，判例は，早い時期においてすでに，あまり広すぎる免責条項は，良俗違反（民法138条）や信義則違反（民法242条）により無効であると宣言しました。こうした判例が，1977年の「普通取引約款の規制に関する法律（以下，約款規制法と略称)」に取り込まれ，さらに発展させられました。それによると，普通取引約款（以下，約款と略称）中の免責条項は，債務者に故意のある場合だけでなく，重過失のある場合にも無効です。また，履行補助者の故意ないし重過失による責任を免れようとしても，やはり無効です（約款規制法11条７号)。約款中においては，売買や請負契約における保証された性質の欠如に基づく損害賠償請求権も排除ないし制限することができません(約款規制法11条11号)。さらに，履行不能や履行遅滞による責任は，軽過失による義務違反の場合にも，排除することはできず，ただ，軽過失により惹起された損害の賠償限度額を定めることはできるものとされています(約款規制法11条８号ｂ)。責任を排除してしまう代りに，約款の中で，加害者の過失の立証責任を被害者に負担させることによって，賠償請求を困難ならしめるということも試みられました。しかし，今や，約款規制法は，そういう立証責任転換条項も，過失判断の前提となる諸事情が，約款

使用者の責任領域にあるときには，無効であるとしています（約款規制法11条15号ａ）。以上，特に，履行補助者に重過失ある場合の免責が無効とされ，部分的には，軽過失による責任さえ排除してはならないとされることによって，免責条項の許容性は大幅に制限されているのです。しかし，以上の法律上の規律には不完全な所があります。すなわち，約款規制法は，普通取引約款中の免責だけを対象とするものであって，個別的な合意には適用されません。また，同法11条に具体的に定められている免責条項無効原因は，商人対最終消費者の契約にだけ適用されるもので，商人同士の契約には適用されません（約款規制法24条）。商人間契約で用いられた約款条項は，その条項が契約の相手方を信義則に反して不相当に不利にする場合にだけ，無効です（約款規制法24条，９条）。この「不相当に不利にする」という要件は，約款に定められている規律が法律規定の本質的基本思想に反する場合には，満たされるものと推定されます（約款規制法９条２項１号）。

ａ）立法者が個別的合意による免責について規律を設けなかったという点については，これまでほとんど問題は生じてきていません。同種の契約を大量に行なう現代の経済取引においては，最終消費者と個別的契約を結ぶということは，もはやほとんどありません。免責条項はたいていの場合，約款中に存在しています。その場合には，契約を結ぶに際して免責条項を隠しておくことができがちとなり，免責条項についてオープンに話し合うとは限らないことになります。もし，例外的に，契約当事者が免責条項について個別的に交渉を行なったとすれば，その場合には，立法者はこれを有効とみています（約款規制法１条２項）。個別的に交渉を行なった場合には，両当事者は自分の利益を充分に守ることができ，したがって，故意免責の禁止を除けば，法律上の免責禁止によって契約自由を制限する必要はない，と考えたからです。

なお，良俗違反の免責特約が，個別的契約によるものであっても，無効であること（民法138条）は当然です。裁判実務を見ますと，個別的合意においては免責特約の濫用はほとんど行なわれていないということが，分ります。し

たがって，法律上の免責禁止を約款の場合に限ったことが，消費者に不利に働いている，という結果は出ていません。

b）これに対し，約款規制法が商人間における免責についての詳しい規律を設けなかったことは，商人間取引における重大な不安定を生じさせました。この領域では，現代の経済取引における免責条項〔取り扱い〕の基本を明らかにすることが，大いに必要です。1977年の約款規制法の施行以来，ドイツの連邦通常裁判所が商人間における免責条項〔取り扱い〕の基本についてその態度を表明する機会は，わずかしかありませんでした。ですから，ドイツの取引実務は，商人取引における免責条項の許容性を明らかにすることが大いに必要であると感じています。

Ⅲ　商人間における免責条項の許容性

1　連邦通常裁判所は，約款規制法施行前の判決において，商人間取引における免責条項は，その条項が，債務者自身，彼の法定代理人あるいは指導的職員(訳注)の故意または重過失による責任を免責するものである場合には，無効であるとしていました(1)。これに対して，指導的職員でない履行補助者の故意・過失による責任の免責については，連邦通常裁判所の従来の判決は，これを一般的に許容していました。履行補助者とは，債務者がその債務の履行のために用いる総ての者をいいます（民法278条)。したがって，従来の判例によれば，企業はその職員（Angestellte)，労務者（Arbeiter）の故意・過失や企業外の履行補助者については，完全に免責できたのです。

2　1977年の約款規制法施行以来，この従来の判例が商人間契約に依然として妥当すべきか(2)，それとも，最終消費者との契約に関する厳格な規定が商人間契約にも適用されるべきかが，争われています。もし，消費者のためのより厳格な規定が商人取引にも適用されるべきだということになりますと，指導的職員だけではなく総ての履行補助者の故意・重過失についても，免責は無効とな

ります。企業は，その総ての従業員（Personal）および企業外の履行補助者の故意・重過失につき責に任じなければならないことになるのです。

3　連邦通常裁判所は，いくつかの判決において，この問題についての態度を表明しました。

a）最初の判決の事案は次のようなものでした。原告が被告の冷蔵倉庫に大量の冷凍肉を寄託しましたが，倉庫内の温度が冷蔵に必要な低温に達しなかったために，肉が腐ってしまいました。そこで，原告が損害賠償請求をしたのに対して，被告は，その約款中の免責条項を援用して，約款によれば，被告の従業員（Belegschaft）に重過失があった場合には，半年分の倉庫料の六倍の限度で責任を負うことになっていると抗弁したのです。連邦通常裁判所が判決して言うには，被告は，主たる義務（Hauptpflicht）として，肉を冷蔵する義務を負っている。そういう義務に重過失で違反した場合にも免責されるということは，契約の本質的な権利・義務が空洞化されることを意味するのであって，義務違反行為が債務者自身にあったか彼の履行補助者にあったかを問わず，およそ許容することはできない。目的物の実際の価値をもカバーしない責任限度を定めた条項は，無効である。さもないと，顧客は大幅に法的保護を否定されてしまうことになる。そして，この場合，損害リスクを保険に付することを得るか否かは，重要なことではない。[(3)] このように，判決は述べました。

b）次の判決の事案は，以下の通りです。被告は原告の自動車に売り掛けでガソリンを入れ，一定期間後，決済するとの合意を結んで取引していたところ，ガソリンスタンドの従業員と原告の運転手が共謀して給油量を実際より多く申告したために，原告は多大の損害を被りました。原告の運転手も加害行為に加担していたことから，原告は損害の50パーセントの賠償を求めましたが，被告は，その約款中の責任排除条項を援用しました。これに対して，連邦通常裁判所は，次のように判決しました。免責条項によって空洞化されてはならない義務には，主たる義務だけではなくて，附随的ではあるけれども契約目的達成にとって不可欠の義務（いわゆる基本的義務Kardinalpflichten）も含まれる。し

たがって，被告の免責条項は，被告の履行補助者の故意または重過失の免責を定めるかぎりで無効であって，その際，被告がガソリンスタンド従業員の選任監督に影響力を行使しえたか否かは問わない。特に重要な契約義務の履行に関しては，被告がその従業員リスクを顧客に転嫁することは許されない，と。(4)

c）第三番目の判決の事案においては，原告はある繊維製品を被告に化学処理させ，しわ・縮み防止加工をさせたのですが，加工の後に，商品が充分な引っ張り強さをもたず，穴があいたり，ほころびが生ずるということが判明しました。そこで，原告が被告に対して損害賠償を請求しましたが，被告は，自分の約款を援用して，約款の条項によれば，商品の加工後は故意・過失が立証された場合にのみ責任を負い，しかも，賠償義務は加工前の材料の価額を限度とする，と抗弁しました。連邦通常裁判所の判決は，約款に規定されている故意・過失の立証責任の転換は，故意・過失判断の基礎となる事情が被告の責任領域に存在するかぎりで無効である，さらに，軽過失によって惹起された損害についてであっても，懈怠された義務がそれが履行されてはじめて契約の適切な履行が可能となるようなものであって，したがって，その義務が守られるべきことを原告が信頼して然るべきであるようなものである場合には，免責条項はそのかぎりにおいて無効である，損害賠償を供給された材料の価値に制限するのは，原告の正当な利益を適切に顧慮した扱いとは言えない，被告は予見可能な結果損害（Folgeschäden）についても責に任じなければならない，と判示しました。(5)そして，この事例においても，損害リスクが付保可能であるかどうかは，連邦通常裁判所にとって，重要な問題ではありませんでした。

d）以上の新判例は，商人取引における免責条項の許容性を大幅に制限していることになります。

aa）まず，主たる義務や本質的な附随義務（基本的義務）の違反の場合には，免責条項は，今や，非指導的履行補助者の故意または重過失があるときにも，無効です。債務者は，商人間取引においても，彼の総ての履行補助者の故意または重過失につき責に任じなければならず，その際，債務者が

その履行補助者の選任監督について全くあるいは僅かしか影響力をもっていなかったとしても，それは問題ではありません。

bb）また，商人間においても，ある義務を遵守することが特に信頼されてよいような場合には，その義務の軽過失による違反についてさえ，免責は許されません。履行補助者の過失による責任についても，このことは，当てはまります。

cc）約款使用者の責任領域に存在する事情について立証責任の転換を定める条項は，商人取引においても，無効です。

dd）予見可能な損害高をカバーしない賠償限度額の定めは，原則として，無効です。

4　連邦通常裁判所の判例が商人取引分野での免責条項の許容性を制限したことを妥当視できるかどうかは，まずもって，約款規制法が商人については最終消費者とは別の規定を定めたことの理由いかんにかかってきます。すでに述べましたように，約款規制法は，最終消費者については，その11条で免責条項の個別具体的な無効原因を規定していますが，商人間取引については，信義則違反という一般的無効原因を定める９条の一般条項だけが適用されるとしているのです。

a）約款規制法による契約自由制限の一般的根拠は，約款に服している契約当事者は保護を必要としていると考えられるということです。なぜ，保護を要するかといえば，約款使用者は顧客より強い交渉力に基づいて，その契約条項を予め作成し，相手方に押し付けることができるからです。約款使用者が顧客より強い交渉力をもちうるのは，経済的力関係によることもありますし，彼がその約款を法律家の助言を求めながらじっくり準備できるのに対して，顧客の方には，たいていヴォリュームのある契約条項を読みこなすだけの充分な時間がないという事情によることもあります。すると，約款規制法において商人への保護がより少なくされているのは，商人間では交渉力の隔差はより小さく，したがって，商人間の合意への規制はより少なくて然るべきだということによ

るのではないか，と考えることができるかもしれません。しかし，これが約款規制法の立法者の見解だったということはできません。まず，商人間では，商人対消費者間におけるより交渉力のバランスはいつもよりよくとれているという一般的経験則はありません。約款が一般的にもつ特徴として秘匿効ということがあります。つまり，契約の交渉に際して，ヴォリュームのある条項を研究したり，総ての偶発事を考慮に入れるための充分な時間はないのが普通なのです。商人取引においても，約款を一々吟味せずに包括的に〔契約内容として〕受け入れるということが行なわれます。約款を一々吟味することは，典型的には期待されていません。したがって，約款が使用された場合には，商人も原則として保護を要するといえるのです。

b）したがって，約款規制法で商人と非商人に程度の異なる保護が与えられているのは，別の考慮に基づいています。立法者にとって決め手となったのは，商人取引においては，商法および商人の特殊性や必要を考慮に入れる余地を残しておかなければならないとの考えでした。だから，約款規制法は，商取引において通用している慣習や慣行に適切な考慮が払われなければならない旨，明定しているのです（約款規制法24条後段)。このように，商人と非商人の別扱いの意味は，商人取引の特質により柔軟に対応できるように，裁判官により大きな判断の幅を与えるという点にあるのです。商人取引の特質は，まず，商人のより大きな取引経験という点に示されます。一定の，繰り返し使われる規定は，彼ら商人に知られており，商慣行・商慣習という形で沈殿していきます。約款規制法が商慣行や商慣習を顧慮すべしとしているのは，正当です。もっとも，商慣行や商慣習は信義則に調和するかぎりで斟酌されるにとどまるのですが。商人取引の特質のもう一点は，商人はリスクの計算可能性，予測可能性を特に必要としているということです。商人にあっては，正確な価格計算が利益と損失を決め，ひいては彼の営業の存立を決定します。ですから，商人は，価格を正しく計算するために，できるだけ正確な計算基礎資料をもっていなければならないのです。他方，商人に生ずる不利益はコスト要因であり，商人がそれを

予見できるならば価格計算に引き入れて，買い手に転嫁することができます。また，損害はしばしば保険によってカバーすることができます。このような特別の事情からして，約款規制法において商人の保護を最終消費者の保護とはちがった形にしていることが，正当化されるのです。

c）さて，問題は，このような商人取引における特質のうち，どれがまさに免責条項の有効性判断のために重要か，であります。

商人取引においても，公正な損害の分配という観点が決定的な役割を演ずることに変りはありません。しかし，商人は一般に，生じた損害を総費用として価格に転嫁する可能性をもっていますから，集団的な損害分配ということは最終消費者におけるほどは重要ではありません。ですから，商人取引における免責条項の評価に際しては，集団的損害分配の観点を考慮することは比較的少なくてよいのです。連邦通常裁判所はその諸判決において損害リスクの付保可能性は重要でない旨，繰り返し強調していますが，(6) この見解には，したがって，賛成することができます。しかし，これは，売り手の責任が，損害が保険に付することができるかどうかに依存して決められてはならないということを言うものにすぎません。売り手は，付保可能性のいかんにかかわらず相手方に対して責に任じなければなりません。さもないと，免責の許否は市場で売られている保険によって決められてしまって，不都合です。むしろ逆に，損害賠償義務が先にあって，そこから，保険の需要が生じ，保険市場で売りに出されるというふうにすべきでしょう。例えば，ドイツの製造物責任保険については，実際そのようになったのです。

損害防止という観点も，免責条項の評価にとって比較的小さな意味しかもちません。損害防止へのインセンティヴをなすのは，損害賠償責任だけではありません。少なくとも同じ程度において，営業上のよい評判を得ようとの努力，競争上の有利な立場を確保しようとの努力が右のインセンティヴたりえます。したがって，よく機能している競争は，損害賠償義務を課することに勝るとも劣らず損害防止に貢献するのです。

商人取引における免責条項評価の決定的基準は，以上の観点ではなくて，リスクの計算可能性の観点です。この観点は，免責条項の許容性に関しては，二様の仕方で作用します。約款使用者の相手方は，約款使用者が約束した給付を履行するに際して，普通要求される注意を用いるということを信頼できなければなりません。普通要求される注意を用いるということの中には，故意・重過失による加害がなされないようにすることが含まれるのは，間違いありません。したがって，故意・重過失によって惹起された損害について免責するということは，商人取引における信頼に著しく反し，リスクの計算を大いに困難ならしめます。このことは，約款使用者自身の故意・重過失だけでなく，履行補助者のそれについても当てはまります。その場合，履行補助者が指導的職員か，他の従業員か，その企業外の補助者かといったことは問いません。約款使用者の相手方は，約款使用者がどのような組織でその義務を履行しようとしたか，履行補助者を使用したか否かにかかわらず，普通の注意を守って義務の履行をするということを信頼できなければなりません。故意・重過失による責任に関するかぎり，違反にかかる義務が主たる義務か基本的義務かあるいはその他の附随的義務であるかは，問題でありません。約款使用者の相手方は，どのような種類の義務の違反であれ，故意または重過失による加害はなされないということを，信頼できなければならないのです。

しかし，以上のような普通一般の注意を守ることの他に，さらに，相手方契約当事者が一定の義務の遵守を特別に信頼できて然るべきだという場合がありえます。特に，その義務の履行があってはじめて契約のきちんとした履行が可能になるような義務の場合に，そのように言えます(7)。商人が一定の義務の履行を特に信頼できるという場合には，軽過失による責任を排除することも許されません。

損害やリスクの計算可能性ということは，しかしながら，約款使用者の相手方の側でだけ斟酌されるべきではありません。約款使用者の方もありうべき損害やリスクを確実に計算することができなければなりません。したがって，約

款使用者が基本的に責任を負う場合であっても，非典型的で予見不可能な損害であって，それについて特別の責任を引き受けたというわけでもないものについては，責任限度額を設けることが認められるべきです。しかし，非典型的で予見不可能な損害についての責任限度額の設定は，故意による加害の場合には許容することはできません。故意で他人に損害を与えた者は，そのことと結びついている総てのリスクを引き受けなければなりません。これに対し，重過失ないし軽過失により損害が惹起された場合には，非典型的で予見不可能な損害について責任限度額の設定を認めることによって，商人取引における予測可能性や計算可能性の必要性に考慮が払われなければなりません。したがって，連邦通常裁判所が最近の判決において，責任限度額条項は限度額が予見可能な損害をカバーするに足りないかぎりでは無効であるとしていることには，賛成されるべきです。

損害賠償免責条項に関する新しい判例は，かつての判例の変更を意味するものですが，全体としては歓迎されるべきものです。新判例は，商人取引の基礎をなすところの，信頼および計算可能性の観点に立脚したものです。この観点は，約款使用者のためにも，その相手方のためにも適用され，各契約関係を個々的に考慮した上での公正な損害分配をもたらすのであります。

先に述べましたように，免責条項の評価は付保可能性があるかどうかに依存して決められてはならないのですが，そうだとしても，免責を広く否定することは〔免責を広く許容することに比べて〕全体としては保険法上の状況によりよく適合します。大量の商品を製造し供給するという場合には，大量の契約が供給者の側に集中します。ある損害について供給者が責任を負うことになると，個々の被害者が〔損害を負担し〕保険をかける場合に比べて，届け出られた総ての損害についてよりよく見渡すことができます。したがって一般的には，供給者の方が，彼の製造物のリスクをよりよく計算できる立場にあります。保険者にとっても，供給者と保険契約を結ぶ方が個々の被害者と結ぶ場合よりも，保険リスクの把握が容易になります。これは，予見不可能な損害について免責

が許されるからでもあります。リスク把握が容易になると，おそらく，責任に対応した保険が売りに出されるに至るであろうことは，ドイツにおける製造物責任保険の例が示す通りです。さらに，製造者や供給者の方がよりよく損害リスクを支配できるということも，付け加わります。彼らに課される保険料が損害防止措置をとることへのインセンティヴを増大させるということもありうることです。したがって，すでに述べた範囲での免責条項制限は，どの観点から見ても，よりよい解決のように思われるのであります。

（訳注）西ドイツでは，職種の違いに基づいて，主に肉体労働や手仕事をする労務者（Arbeiter）と事務・営業・技術職に携わる職員（Angestellter）とが区別され，この後者のうちの上級の者が指導的職員（leitender Angestellter）と呼ばれる。

（1）例えば，BGH NJW 1978，1918を見よ。

（2）例えば，Helm BB 1977，1109，VersR 1978，1を見よ。

（3）BGHZ 89，363

（4）BGH BB 1984，1449

（5）BGH NJW 1985，3016

（6）BGHZ 89，383；BGH BB 1984，939

（7）BGH BB 1984，939