

新しい時効体系とドイツにおける学説、判例の展開 (1)

半田吉信

目次

- 1 はじめに
- 2 短期時効期間とその起算点
 - (1) 民法一九九条一項の規定
 - (イ) はじめに
 - (ロ) 発生原因の認識
 - (ハ) 請求権の発生原因と債務者の同一性の競合問題
 - (ニ) 弁済期の到来
 - (ヘ) 賃借人の過払い金返還請求権
 - (ホ) 損害賠償請求権
 - (ニ) 保険会社の求償権

3 時効停止と時効の更新

(1) 時効の停止

- (イ) はじめに
- (ロ) 訴え提起による停止
- (ハ) 請求の拡張、反訴と時効停止
- (ニ) 独立証拠申立手続と時効停止
- (ホ) 債務者の宛先不明の場合
- (ヘ) 督促手続(以上本号)
- (ト) 和解、調停手続(以下次号)
- (チ) 協議による時効停止
- (2) 時効停止と時効の更新の競合
- (3) 相殺と時効の更新
- (4) 長期期間と停止、更新の規定の適用
- 4 時効に関する合意の範囲
- 5 結びに代えて

1 はじめに

二〇〇二年にドイツで制定された新しい消滅時効法の体系は、二〇世紀の末にヨーロッパで作成されたPECLやPICC、DCFRのようないわゆるソフトローで採用されただけでなく、二〇〇八年のフランス民法改正でも、

また二〇一三年に公表されたスイス債務法総則編草案でも採用され、わが国の二〇〇九年以降の民法（債権法）改正草案にも採用されるところとなっている。わが国の民法（債権法）改正草案は二〇一四年八月には仮案が発表されるに至っているが、同草案では、短期期間を五年間とする立場が採用されるとともに、二重期間制限を通常の債権と損害賠償請求権とで別個に規定する立場がとられている。しかし、（裁判上の）請求などこれまで時効中断事由とされていたものの多くを中断事由から時効停止事由に変えることなどは二〇〇九年の改正原案と同様である。わが国における改正作業の現状を見る限りでは、このようなドイツ、フランスにおける新しい時効法の体系のわが国への導入が避けがたくなっているように見える。そこで本稿では、新しい時効法の体系がわが国で採用されたとすれば、どのような問題が生じるかをドイツの二〇〇二年の改正以後の同国における学説、判例の展開を手掛かりに考察し、もってわが国における議論の参考に供したい。

2 短期時効期間とその起算点

(1) 民法一九九条一項の規定

(イ) はじめに

ドイツ新債務法のもとでの短期時効期間は、債権者が債権の発生の原因および債務者が誰であるかを知ったこと、またはそれらを重過失により知りえなかったことの生じた年の終了時から三年間である（下民一九五条、一九九条一項）。このように請求権が生じる場合に、債権者がその請求権の原因となった事情および債務者が誰かを知りまたは重過失により知りえなかった年の終了時から時効の進行を開始させることは、二〇〇一年のドイツ債務法改正

以前においてドイツの短期消滅時効にかかる債権について認められていたものであり、実務上あまり問題なく受け入れられているとされている。またこれによってドイツの短期時効期間はほとんどの場合に債権者について主観的要件が満たされたときから三年プラスアルファとなるが、これについてもまた三年という極めて短い期間を実質的に最長四年間まで延長する、あるいは債務者が後になって要件がいつ備わったかの立証に困る場合に好都合だとし、好意的に評価されている。しかし、いずれにせよ短期時効期間は主観的要件が満たされたときから三年プラスアルファとなる。しかもこのような短期時効期間は、通常の債権がそれに服するものとされている。これには契約上の請求権だけでなく、不法行為、事務管理および不当利得に基づく請求権も含まれる。ただし、売買および請負契約上の瑕疵担保請求権については特別規定(下民四三八条および六三四a条)が適用される。ドイツの新法は、このような短期の時効期間の起算時についても、既述のように債権が発生するとともに(下民一九九条一項一号)、債権者が①債権の発生原因を知り、または重過失によりこれを知りえなかつたことと②債務者が誰かを知り、または重過失によりこれを知ることができなかつたことの二つの要件を満たした年の終了時に進行を開始するものとしている(下民一九九条一項二号)⁽¹⁾。ドイツ新債務法が、上記の事由について債権者が悪意であつただけでなく、重過失によりこれらを知ることができなかつたこと(債権者が面倒なしに知ることができたこと)をも加えているのは、重過失により知りえなかつたことが實際上悪意の場合に準じて捉えられうることないし訴訟事務では悪意の立証が困難な場合が多いため、債務者のために重過失による不知を含めたものと理解することができよう。これは、それまでのドイツ民法や日本民法が、債権の履行期が到来したときから、または債権者が履行を請求しうるときからとしているのと大きく異なる。このような立法主義の根柢は、債権者が権利行使に支障がなくなつたのに、手こまねいているのはその責任である、または早期の決済を可能にすることが現在の商取引の実際に適合するといっ

た考え方を基礎としている。ドイツ新債務法では、短期の時効期間が進行を開始するための主観的要件を満たさない場合に備えて、一〇年ないし三〇年の客観的な起算点を伴う長期の期間制限もまた定めている。このような二重時効の体系が一九八〇年代にツインマーマンが提案した新時効法体系の骨子であるが、既述のように日本(の草案)やフランス法では、短期期間が五年とされている。

(ロ) 発生原因の認識

判例は、この債権者が請求権を基礎づける事情を知ったときまたは重過失により知ることができなかったとき(下民一九九条一項二号)は、原則としてその請求が法律的に適合するという判断をしまたは重過失によりすることができなかつた場合を含まないとする。二〇〇五年の最判は、公証人の責任に関するものである。一九九四年一月八日に被告たる公証人が買主たる原告と売主の間の土地売買契約を公証したが、売買契約上売主が建築中の建物を完成して原告に引き渡すことになっていたのに、売主がその義務を尽くさなかつたため、売買当事者間に紛争を生じ、売主は一九九五年三月二日に公証された売買契約の無効を主張し、買主は売主に対して不履行による損害賠償を請求した。この買主の売主に対する請求は、第一審、第二審と買主が勝訴したが、最高裁は原審を棄却した。⁽³⁾本件訴えは、買主の公証人に対する損害賠償請求訴訟である。第一審、第二審は原告の請求が時効にかかつていたとしたが、最高裁は原審を破棄した。公証人の職務上の義務違反に基づく損害賠償請求権は、被害者が損害および加害者が誰かを知ったときから三年で時効にかかり(連邦公証人規則(BNoO)一九九条、下民旧八五二条一項)、しかもこの場合の被害者の認識は事実上の状況に関するもので足り、事実関係の法的評価は原則として含まれないが、法的状況が不明確かつ疑わしいため、法律の専門家ですら評価できない場合はこの限りでないとい

立場に立ったうえで、本事例ではさらに原告は売主に対する損害賠償請求もしており、公証人に対する訴えは、その訴訟が奏効しなかった場合に初めて期待できるから、売主に対する訴えの上告審で原告の訴えが棄却されたときから三年の時効期間が進行を開始するとした。⁽⁵⁾ 認識または重過失はもっぱら事情および事実に関わるものでなければならぬから、時効の開始は原則として適切な法的評価とは無関係である。したがって、法の不知または法的な誤評価は通例債権者の負担となる。債務法改正前の不法行為に基づく損害賠償請求権の時効に關してであるが、債権者が彼に一定のすでに知られた行為に基づいて請求権が帰属することを知らない場合でも、時効は進行を開始し、この場合彼の評価の誤りが法的規範の不知に基づくか、または事実関係の不適切な法的評価に基づくかは問題ではないとされてきた。⁽⁶⁾

二〇〇八年にはこの問題に關するいくつかの最高裁判決が出た。二〇〇八年一月二九日判決は、*ド民一九九条一項二号*のもとでも事実の認識で十分であり、正しい法的評価は問題とならないとする。二〇〇八年三月一九日の判決では、*税理士の依頼者が、その税理士が法的助言法 (RBerG) Art. 1 para. 1 に反して違法に法的助言を行い、そのため報酬約定がド民一三四条により無効だという理由で、不当利得法により支払われた報酬の返還を請求した。* 最高裁は、請求権は時効にかかっているとした。損害および債務者が誰かの被害者の必要な認識は、原則として適切な法的評価を前提としない、法の不知が原則として重要でないという一般原則とは異なる判断を特に不当利得返還請求権のために当法廷は拒否する、はっきりとわからないかつ疑わしい法的状況自体から法の専門家たる第三者でも確かな評価をなしえない事例でのみ例外が認められうるというのである。二〇〇八年五月二八日の判決は、*請負報酬の返還請求権の時効が、注文者が給付リスト、実測および最終計算を知り、それから契約に反する決算を直ちに知りえた年の終了時に開始する*とした。この場合もまた債権者に知られた事実から請求権の存在が帰結されう

るかどうかを知りうることは重要ではない。二〇〇八年五月二七日の判決⁽¹⁰⁾でも、最高裁は再度例外的な事例では適正な法的評価が問題となりうるが、本事例ではそれは認められないとした。裁判所は、争いの対象となつて銀行の説明義務は、長い間の最高裁の判例となつており、それによれば本事例ではつきりとわからないまたは疑わしい法的状況は認められえないと判示した。二〇〇八年九月二三日の判決⁽¹¹⁾でも、不確かまたは疑わしい法的状況の場合、合時効は進行を開始しないとす。本事例では、原告たる投資家は、無権限の受託者を介して貯蓄銀行から資金を借りて節税目的で不動産投資ファンドに投資した。判例によつてこれらの事例では一定の要件のもとに不動産ファンドへの投資家の投資が無効だとされてから、その貯蓄銀行に借入金返済した投資家とその返還を請求した（不当利得返還請求）。原審は時効消滅したとしたが、最高裁は、このテーマに関する二〇〇一年末の判決に基づいて当該事例でファンドの投資の無効は債権者に知られていたとはみなされえない、またこの時までには不確かかつ疑わしい法的状況が存在していたとする。この不明確さは、二〇〇二年初めの最も発行部数が多い法律雑誌である「LAW」への掲載によつて喪失する⁽¹²⁾。それとともになされる法的状況の客観的な明確化によつてはじめて以前存在した訴え提起の期待不可能が喪失する。最高裁は、その判決によつて、以前範となる判決が出た時が時効開始の発起点たりうると述べた若干の上級ラント裁判所判決⁽¹³⁾に従つた。しかし、カールスルーエ上級ラント裁判所は、ややおぼざつぱであり、ある法律雑誌への公表だけでは法律の素人の十分な認識を認めない。素人が誰でもアクセスできるところ、すなわちメディアないし日刊新聞への掲載とともに、投資家保護手続きの場合には裁判所の手続きの最初の波が到来する限りにおいて認識を得るのである⁽¹⁴⁾。二〇〇八年二月一八日の最高裁判決⁽¹⁵⁾は、いわゆる雪玉方式のケースの被害者からの不当利得に基づく返還請求につき、その機能方法が知られている場合は、それで十分だとす。法的な評価、すなわちその方式の公序良俗違反性の判断は必要ではない。ありうるド民八一七条二文

(不法原因給付)の償還の排除(個々の場合に主張される)に関する不明確さは、最高裁によりすでに一九九二年の判決で説明されており、二〇〇五年の判決により初めて認められたものではない。⁽¹⁶⁾

法的状態が不明確である場合はどうなるかについては判例の蓄積があるが、ビッター／アレスは、連邦最高裁判例は、法的状態が不明確、把握できないまたは疑わしい場合に時効進行開始時を延期するのは、官吏および公証人の職務上の責任の場合に限られ、それ以外の場合は、このような特例は認めていないとする⁽¹⁷⁾。債務法改正以前に下民旧八五二条一項につき、最高裁判例は、特別に錯綜しかつ不明確な法的状況の場合は、時効開始時期は例外的に十分に事実を認識しているにもかかわらず延期されるとした。⁽¹⁸⁾ かような場合時効開始の決定的前提である訴え提起の期待可能性が欠ける。⁽¹⁹⁾ しばしば連邦最高裁は、法的状況が不確かかつ疑わしい⁽²⁰⁾ またはわかりにくくかつ疑わしい⁽²¹⁾ というようなより弱い定式すら選択する。ビッター／アレスによれば、その場合判例は、一度も疑わしい法律状態と疑わしい法的問題を区別していないように見える。⁽²²⁾

例えば、連邦最高裁の各部分が消費者信用法九条二項四文、下民三五八条四項三文の類推による返還請求権に対する抗弁の接続という実務上きわめて重要な法律問題を最高裁として最終的に明らかにするために長い年月を必要とした、ガラクタ不動産事例⁽²³⁾を考えうる。例として銀行と顧客の間に数多くの紛争をもたらした利子適用条項の問題をも挙げうる。下民三一五条に従った銀行による利子の適合は、一九八六年の銀行与信判決において広範囲に許容されるものとされたが、第一一民事部は、一九九九年の担保手数料判決⁽²⁴⁾で、顧客に対する担保設定のために費用が請求されうるとする与信機関の約款上の条項は旧約款規制法九条に反するとした。この場合の透明性は、適合の手段として不可欠で、かつ行使の機会、指針および限界をできるだけ具体的に述べている場合のみ認められるとする。学説は、銀行の定める利子適用条項を約款法上の透明原則に服させることを好意的に評価した。⁽²⁶⁾ もちろん第一

一民事部は、この原則を二〇〇四年のコンピスポール判決⁽²⁷⁾で初めて利子行為にあてはめ、これをまた第一に銀行の受動的行為すなわち貯蓄行為に関してのみ適用した。その後五年経って、すでに長い間議論されていた利子適合条項に関する法的状況を一義的に明らかにした、銀行与信行為に関する約款貯蓄銀行判決が出された⁽²⁸⁾。二〇〇九年のこの決定的な解明まで法的状況は不確かかつ疑わしかったのか、そのため当事者は訴えを期待しえなかったのか。そして法定の告知期間を伴う通常の貯蓄勘定またはこれまで判例によって議論されていない当座勘定与信のための利子適合はどうなるのか。前者については、三か月のみの告知期間およびそれによる銀行への顧客の長期間の拘束の欠如に基づいて、従来裁判所によって、銀行による利子の適合が定められた枠内にあるかどうかは議論されなかった。しかし、三か月の拘束の枠内で顧客が利子の低下を受け入れねばならないかという問題が立てられる。最高裁による解明まで時効が延期されたがゆえに、これまで締結された取引過程に関する訴訟は実り多くなされたのであろうか⁽²⁹⁾。

ド民施行法二二九条para. 6. 一項に基づいて、主観的な起算点は、新たに発生した請求権についてだけでなく、債務法現代化法より前に生じた債権についてすら適用される。しかし、ド民施行法二二九条para. 6. 一項一文によれば、二〇〇二年一月一日より前に生じ、今日通常の三年の時効に服するすべての請求権は、遅くとも二〇〇四年二月三十一日の経過とともに、すなわち新債務法効力発生後三年で時効にかかる。すなわち、新法による時効期間とはド民施行法二二九条para. 6. 一項一文に従って定められ、それに際してド民施行法二二九条para. 6. 四項一文に従って期間は、新法によれば旧法によるよりも期間が短い場合は、二〇〇二年一月一日から起算される。しかし、連邦最高裁は、時効開始についてもまたド民一一九条一項二号の主観的要件が付加的に存在しなければならぬとする⁽³⁰⁾。この承認に対してド民施行法二二九条para. 6. 四項一文は表面的にのみ抵触するにすぎない。なぜならば、

それは期間の経過に関するルールを包含するだけでなく、期間の開始に関するルールもまた含むからである。期間は主観的起算時から起算されるべきである。基準日への厳格な結合には、債権者から一方では「旧民旧一九五条のより長い時効期間が奪われ、他方では「旧民一九九条一項二号の利益が与えられない」とすれば、評価矛盾となることもまた抵触する。⁽³¹⁾多数説もこの見解に賛成する。⁽³²⁾それゆえに三〇年の「旧民旧一九五条の通常の時効期間に服する請求権はまだ時効にかかっていない。旧時効法の仮定的な効力の維持の場合にすでに時効にかかったであろう請求権の場合にのみ主観的要件は意味をもたない。なぜならば、複雑に定式化した経過規定である「旧民旧一九九条 para. 6」は、旧法下の請求権の時効は新法により延長されるのではなく、常に短縮されるという簡単かつ首尾一貫して保持される基本原則を包含するからである。旧法下の請求権は、それゆえに、請求権が発生した年の終了とともに進行を開始する、旧一九七条の四年の時効に服した場合、これは最長限度を構成する。これに対して、債務法改正の前の時期に生じたすべての他の請求権およびすべての新しい事実関係については、不明確な法律関係の場合に時効が延長されるか、そしてそのために有効に訴えを提起しうるか、またどの範囲でそうなのかという重要な問題が立てられる。⁽³³⁾

(ハ) 請求権の発生原因と債務者の同一性の競合問題

不明確な法律状態の場合に時効の起算点を延期することを判例が例外的に認めた事例がある。しかし、判例は、この例外を一般的に認めながら、個々的には否定するものが多い。連邦最高裁は、一九五二年に初めて複雑かつ疑わしい法的問題に時効の延期を結び付けた。⁽³⁴⁾それに際して「同民事事は、その定式化が用いられていない大審院の判決に結び付けた。その例外が再び問題になった一九五二年の事例も、その後のすべての事例も、疑わしいことは

誰が正当な請求権の相手方か、すなわち、誰に対して訴えがなされねばならないかであった。⁽³⁶⁾ 一九四八年一月三日に第二次世界大戦中の爆撃に遭ったがそのままにしていたビルの廃墟が倒壊し、隣地の建物が損害を受けた事例で、ビルの廃墟の所有者がドイツ帝国、州と変わったが、一九四九年には当初の所有者に返還されたという事例で、ド民旧八五二条の三年の時効が、賠償義務者が誰かについての疑問が存在しなくなったときに初めて進行を開始するとした連邦最高裁一九五六年一月二七判決は、ピッター／アレスによれば、標準として不明確な事実状態が問題になっており、法的状態が問題になっていないがゆえに、類似した定式化にもかかわらず同じ問題には属さない。連邦最高裁は、事実上の、異常な関係により基礎づけられた加害者が誰であるかについての不確定が問題になるのであり、この場合生じていない法律問題は議論されていないことを確定した。⁽³⁸⁾

この点で請求権の相手方が請求権を基礎づける事情と同様に債権者に知られているが、単にこの事情の法的評価が疑わしい事例との重要な違いがある。すなわち、ド民一九九条一項二号の文言が、一方では事情への認識の結合により、事情の適切な法的整序が問題にならないことを明らかにするが、他方では明示的に債務者の認識が時効開始の前提に高められる。これは改正前の最高裁判決が判示した、その限りで比較しうるド民旧八六二条一項のルールにとっても同様にあてはまる。それゆえにすでに時効が請求の相手方が誰であるか不明確な状況のもとでのみ延長されるのか、それとも不明確な法律状態のために一般的に延長が事例の適切な評価に拡大されるかの区別がなされる。さらにすべての引用された適用事例で公証人または官吏の職務上の責任に基づく請求権が問題になっていることが示される。⁽³⁹⁾ 初期の判決である前掲一九五二年最高裁判決では、判決は、道路の瑕疵ある保守に対する郡または州の責任に関わるが、明示的にド民八三九条(官吏の行為に基づく責任)に依拠するわけではない。判決では単にド民八二三条(不法行為責任)、三二条(機関の行為による法人の責任)、八九条の請求権の基礎が言及されてい

るにすぎない。官吏および公証人の職務上の責任では請求権は要件上他の賠償可能性がないことに依存している(下民八三九条一項二文、連邦公証人規則(BzPG)一九九条一項二文の文言は、「被害者が他の方法で賠償を請求しえない場合」となっている)。その場合不明確な法的問題は他の法律関係から生じるが、その側で主たる関係における請求権の追及の前提を形成する。それから任意の疑わしい法律問題ではなく、付加的な要素の平面にある法的問題が議論の対象になることが導かれる。公証人または国家に対する主たる関係における訴えが提起される前に、最初に他の法律関係における法的状況、第三者に対する賠償請求権が説明されなければならない。それからまた、連邦最高裁が若干の判決で定式化⁽⁴¹⁾したように、債権者にどうして請求権の相手方が誰であるかの不明確さが関わるすべての事例で訴え提起が期待されえないかもまた明らかになる。二つの訴えを提起する負担を彼に課すべきではないというのである。この期待可能性の説明は、一九五六年の前掲最判以来明示的には引用されていない。本判決によれば、債権者(原告)には、誰かによる時効の抗弁について予防すること、直ちにすべての、身体および生命の損害を被告に対して勝訴しようという確かな見込みをもって訴えることは期待されえない。それ以外にも、近時の判例にはもはや、判例が本来は唯一の事例群に関わることが十分に明らかにされないがゆえに、不明確な法律状態に関する定式化の望ましいと考えられる制限が欠けている。連邦最高裁第四民事部は、個々の不確かかつ疑わしい法的状態の場合に時効起算点が延期されうる要件が、ある法的問題が単に最高裁判所で明らかにされていないというだけの場合にすでに存しないことを強調した⁽⁴³⁾。しかし、いかなる事例のために例外が適用されるかの積極的な限界の設定をそれはなさなかつた⁽⁴⁴⁾。

積極的な限界づけの放棄は、連邦最高裁が他の事例群への拡大をペンディングのままにしようとしたことから説明されうる。しかし、法律状態が不明な場合の任意の様々な事例への時効延長の例外の適用は禁止される。さもな

ければ時効が法の認識に依存しないという原則が無意味になるからである。一方ではド民一九九条一項二号で時効起算点が明示的に事情すなわち事実結び付けられており、他方で法は時効の停止に特別かつ高い要件を課していることから、立法者意思はその中に法的な(誤った)判断または後の判例変更の危険を原則として訴え提起により現状ないし法的平和を問題にする者に課するというものであることが明らかである。官吏および公証人の職務上の責任の特別の事例に関するドイツ連邦最高裁の上記判例は、債権者が他の方法の出口を期待することを可能にし、かつ彼を訴えの告知または第二の訴えの必要性から免除する。したがって時効の延期はこれらの場合法的平和を高めることにすら導く。これに対して、原告が単に個々の法律問題を被告との関係で検討しまたは法の専門家である第三者との関係で検討させなければならぬ場合は、これとは異なる。その場合彼には単に訴訟で常に考えられる法的な評価の誤りが脅威となる。しかし、これに関して存在する法的不安定は、原則としてもっぱら事実の認識が問題となるがゆえに、時効の枠内で顧慮されない。不明確な一般法的問題の場合に、通常の時効期間の枠内でどうして訴えを起こすことが原告に期待されえないのか明らかでない。むしろ彼自らによって努力された訴訟もまたまだ未解明の法的問題の解明に役立つ。したがって、あるいは存在するかもしれない法的不安定の中には訴え提起についての期待不可能は存在せず、各当事者の類型的な訴訟危険が存在する。判例は明確に訴え提起の期待可能性が、訴訟が全く危険を内蔵しないことに依存しないことを明らかにする。⁽⁴⁵⁾これとは異なった考えをとる場合は、各人は決定的な法律問題が最高裁でまだ最終的に解決されておらず、そのため訴訟が開始されていないかどうかのようにして時効の開始の前提となる法律問題の解明がなされるのが問われることを考慮して、その訴訟の開始を延期しうるといふばかげた結論に到達することになる。それゆえに、連邦最高裁の例外的判例の、単なる一般的な法的不明確な事例への一般的な拡大は観察に現れない。⁽⁴⁶⁾

正当な請求権の相手方に関する判例変更の特殊性は、明確に二〇〇四年の連邦最高裁第三民事部判決⁽⁴⁷⁾において示される。本事例では、交通事故の被害者である原告が治療ミスにより事故現場に駆け付けた緊急医に損害賠償を請求した。連邦最高裁は、その医師が緊急の事態に公的に正当に活動したという理由で、基本法三四条一文に鑑みて訴えられた医師の個人的な責任を否定した。その中に活動を私法上のものとみてきた判例の変更がある。この判例上明確に述べられた以前の判例⁽⁴⁸⁾に接続して、判決理由の中で、官吏の職務上の責任に対する請求権の唯一の相手方は、郡がその高権に基づく任務を有効に委譲した救助目的団体であると述べられた。しかし、救助目的団体は訴訟の被告ではないから、訴えは棄却された。最後の節でその判決は、判決の変更に基づいて原告に不公平が生じないことを明らかにするために、訴えられていない救助目的団体に対する請求権は例外的に時効にかかっていないと述べた。目的団体に対する訴え提起は、被告が訴え提起時に従来⁽⁴⁹⁾の判例に基づいてなお緊急医自身が責任を負うことを前提としていたから、債権者に期待しえないというのである。したがって、時効のこの延長は、同様にもっぱら請求権の相手方が不明確な官吏の職務上の責任の事例群に関わっている。最高裁の判決をその特別の関係からはぎ取ってはならないこと、その結果判例の変更を訴え提起の期待不可能に導きえないことは、これとは反対の見解が以下のような誤った結論に導くことによって示される。訴え提起を不可能にするであろう判例変更の前に法的状況がこの時点において説明されていたがゆえに、請求権はなお時効にかかりうることになる。判例の変更とともに初めて請求権の時効の起算点が遡及して再び開始する。この結論ではその権利をすでに古い判例のもとに追求し、その訴えが棄却された債権者が、権利の行使に全く努力しなかった場合よりも悪い状況に置かれることになる。したがって、訴え提起の期待不可能に関する連邦最高裁の判例のかような拡張は、各々の被告のための法的安定性の観点のもとにまた一般的に時効の法制度によって追及される法的平和に関して不可能である。上記の判例では第二民

事部は、同様に特別の官吏の職務上の責任の状況に割り当てられた結論に依拠している。判例は以前不確かかつ疑わしい法的状況の場合に時効の延長を認めたのだから、これが法的状況の判断が最高裁で変更された場合に初めて適用されるのでなければならぬ⁽⁵⁰⁾。この結論は、官吏の職務上の責任という特別の状況においては、その限りで判例の変更が判決自体によってなされた場合、論理的に正当である。これに対して、不確かかつ疑わしい法的状況における訴え提起の期待不可能から(任意の)判例変更における時効の延期への一般的に論理的な結論は許されない。すなわち、両事例は多いか少ないかの関係にはない。最高裁判決の変更前の状況は、むしろ質的に不確かかつ疑わしい法的状況から区別される。判例変更の発生は以前の異なつて述べる判例を前提とする。結果的に法的状況は以前は不確かかつ疑わしかったのではなく、明らかだったのである。それに一致して訴え提起が債権者にとって不確かな出口のために期待しえなかつたのではなく、単に成功しなかつたであろうというにすぎない。しかし、それによつて下民一九九条一項の枠内で事実の不知と並んで法の不知という例外的な顧慮から基礎が奪われる⁽⁵¹⁾。

(二) 弁済期の到来

ドイツの旧規定では、三〇年の時効期間を含む債権の時効期間の開始時期は、不法行為に基づく損害賠償請求権およびそれに類比される請求権や担保責任などのように民法、特別法が特別の規定を置いている場合を除いて、請求権の発生時(一九八条)、すなわち弁済期とされていた。二〇〇一年の債務法改正後は通常の債権の時効起算点は、請求権が発生するとともに、債権者が債権の発生原因たる事情および債務者が誰であるかを知ったときとされているが(下民一九九条一項)、債権の弁済期がまだ到来していない場合はどうなるのか。しかし、下民一九九条一項一号が請求権の発生もまた、短期時効の開始の要件であることを明示していることから明らかのように、今日

でも一般的に弁済期が到来していない場合は、そもそも債権者のその発生原因や債務者が誰であるかをそもそも問題にする余地がないという立場がとられている。しかし、ドイツ民法ではその例外となる場合が指摘されている。

現在議論されているものの一つは、請負契約においては仕事の受け取りのときに報酬請求権が発生すると民法が規定しているにもかかわらず(下民六四一条)、建築士と依頼者との間で締結された契約に基づき建築士が依頼者に対して有する報酬請求権に適用される建築士、技師報酬規則(HOAI)八条の定める「報酬請求権の時効は、原則として検査可能な最終計算書の交付とともに開始する」という法文に關してである。この規定は建築士の仕事が終了する前でも適用されるとされている。⁽⁵²⁾しかし、二〇〇五年一月一七日のカールスルーエラント裁判所は、建築家が一九九四年に設計の委託を受け、一九九六年に完成したが、一九九九年に最終計算書を交付し、二〇〇一年に訴えを起こしたという事例で、時効の起算点を最終計算書交付時ではなく、仕事の受け取り時だとする。これに対してライトマイヤー判事は批判的であり、最終計算書交付時を起算点とすべきだと言う。⁽⁵⁴⁾HOAI八条の規定は、建築請負契約の実情に鑑みて、時効の起算点を仕事の受け取り時としないで、通常はそれよりも遅れてなされる最終計算書の交付時を起算点とすることにより建築家等が報酬請求権を時効で失うことを防ごうとしたものと考えられる。

(2) 賃借人の過払い金返還請求権

現行ドイツ民法では、原則的に請求権は下民一九五条、一九九条の消滅時効規定の適用を受ける。したがって、特別規定のない限り、売掛代金債権、報酬請求権、給付請求権、サービス提供請求権、貸金債権、清算金請求権、事務管理に基づく費用償還請求権、不当利得返還請求権、契約不履行、不法行為に基づく損害賠償請求権などすべての請求権について、短期時効に関する主観的起算点、長期時効に関する客観的時効起算点が問題となりうる。

このうち激しい議論の対象となりうるのは、事例によって起算の時期にかなりの違いが出てきそうな主観的起算点であろう。この問題が不法行為に基づく損害賠償請求権の時効に関する下民旧八六二条一項の議論を受け継いだものであることは前述した。以下には近時ドイツで実務家などによって議論の対象として採り上げられたもののような一般性を有すると考えられるものの幾つかを紹介したい。

賃貸借契約に基づいて貸借人に対して義務なくして支払った金銭の不当利得法上の返還請求権を主張した貸借人に対して、連邦最高裁第八部は請求を棄却した。この事件では賃借人は保証金の一部の返還を求めた⁽³⁵⁾。彼は、賃貸借契約締結に際して法定の三か月分の代わりに六か月分の保証金を支払わねばならなかった。第八民事部の見解によれば、この保証合意は一部無効であるといえる。それゆえに、原則として賃借人には賃貸借保証金の三か月を超える部分の下民八一二条一文による返還請求権が帰属する。しかし、同部は賃借人に下民二一四条に従って返還請求権の時効による給付拒絶権が帰属することを認めた。

問題となるのは、この状況においていつ時効が進行を開始するかである。不当利得返還請求権については通常の時効期間(下民一九五条)が適用され、債権者が請求権を基礎づける事情および債務者が誰であるかを知り、またはそれらを重大な過失なしに知らなければならなかったことが生じた年の終了時に開始する。賃借人は二〇〇九年初めの弁護士⁽³⁶⁾の助言に基づいて初めて保証約束の一部無効を知った。しかし、第八民事部の見解によれば、保証約束の法律に違反した額をいつ知ったかは問題とならない。第八民事部は、同条の意味の認識にとつては、不明確かつ疑わしい法的状態を法律の専門家でも評価できない場合が例外となるという他の最高裁の民事部⁽³⁶⁾の見解に従い、賃借人が超過する額を支払ったときに時効が進行を開始するとした⁽³⁷⁾。この認識は、下民八一二条一文の請求権の場合、債権者が給付と法的原因の欠缺を知ったときに存在する。彼は下民五五一条の規定も、さらに正当な法

的評価も念頭に置くに及ばない。第八民事部の見解によれば、この場合もまた一見したところ不明確な法律状態は存しないのだから、これらの事例で時効期間が後で開始するかどうかは問題にならない。⁽⁵⁸⁾

第八民事部は、上記の保証金の過払い事例から約四週間後に次のような判決を行った。第八民事部で、面積の過小に基づく減額による過度に支払われた賃料の返還請求が問題になった。⁽⁵⁹⁾ 上告手続きの対象となったのは、二〇〇〇年一月から二〇〇一年一月までの過払いと債務法現代化法の移行手続き(民法施行法二九九条第2項の四項)であった。それについて時効の完成に関する旧時効法と新時効法に従った比較観察がなされねばならない。債務法現代化法により賃貸借法においても時効期間が四年から三年に短縮されただけでなく、時効の開始時期はそれ以来主観化され、請求権を基礎づける事情の認識が要求されるようになった。同院はそれゆえに首尾一貫して旧法と新法に従った時効に関する比較観察を行った。賃借人は、二〇〇七年になって初めて建物面積が少ないことを知ったと申し立てた。同院はこれを採用し、詳しい理由づけなしに、二〇〇七年に原告が初めて知ったことに鑑みて、原告の請求権は新法に従い時効にかかっていないとした。⁽⁶⁰⁾ 結果的に請求権はこの場合適用される旧法により時効にかかるがゆえに、それはこれ以上問題にならない。

既述のようにド民旧八五二条二項に倣ったド民一九九条一項二号の文言は、純粹な事実の認識が問題になり、法的認識は必要でない。ド民旧八五二条二項では時効開始のためには損害賠償請求権を理由づける事情の認識で十分であったが、ド民一九九条一項の新規定によりその点は変わっていない。当初の約束された面積より実際の面積が少ないにもかかわらず、賃借人が規定の賃料を支払った場合、賃借人は自分が賃料を支払ったことを知っている。彼は通例賃料が面積に不足がある場合に減額されることは知らない。しかし、その限りで保証金の過払いと区別されえない。その場合もまた賃借人は法的状況を知らなかった。しかし、両者は一つの法的な帰結である。減額に導

く事実は、賃貸借契約の性質合意とは異なった少ない面積である。賃借人は疑わしい場合正確な面積を知らない。しかし、請求権の時効がそもそもひとつの役割を占めうる場合において、賃借人は何年かその住宅に居住してきた。したがって、彼は各々の壁の長さや部屋の高さを知っている。これらの事実は法律の素人としての賃借人が知りうることである。それは時効期間を開始させるのに十分である。すなわち、リスクがないとはいえないが、十分に見込みのある、それゆえに期待可能な訴えが可能であることを知っていればそれで十分である。そして厳密にその賃借人はこの有望な訴え提起のために必要な事実を知っていた。彼は訴えで、住居が一定の隅の長さおよび一定の高さを示す部屋の一定の数から成っていることおよび所与の場合に住居になお一定の大きさのバルコニーまたはテラスのような自由な平面があると述べた。賃貸借契約で述べられた平面の言明は、問題なくありうるものでもある。かくしてその訴えは筋の通ったものであったであろう。⁽⁶¹⁾

ビッター／アレスは批判的であるが、不明確または疑わしい法律状態に関する連邦最高裁判例とともに、時効の開始を後にずらすことを試みうる。⁽⁶³⁾ その前提は、法知識のある第三者ですら請求権が存在するかどうか確実に評価することができないことである。しかしそのような状況は面積の相違の事例では少なくとも二〇〇四年以後は存しない。おそらくそれ以前もまたそうである。少なくとも二〇〇四年三月の連邦最高裁の三つの判決⁽⁶⁴⁾以後、面積の相違の担保法上の帰結に関するさらなる一六の判決および告知、営業費用の控除および賃料の増額に関するさらなる判決が出されたとしても、法的状況は明らかである。賃借人は面積の相違がそもそも法定の減額に導くことおよび彼の住居の一定の面積が異なって計算されることのみを知らない。訴え提起の期待可能性の問題にとって賃借人がその事実の確定に基づいて適切な法的帰結を引き出しまたは引き出したかどうかは問題ではない。そのことは第八民事部が保証金に関する判決で見た通りである。二〇〇四年三月までは面積相違の場合の賃料の減額が個々の場

合にどのような前提の下で発生するかの問題に関する法的な不安定が支配していたことを認める場合ですら、それは遅れた時効の開始を認めるには十分でない。⁽⁶⁵⁾ それはすべての債権者の一般的リスクである。誰も、最高裁による法律状態の解明が彼にとって異なったことをもたらし、彼が請求権の主張をリスクなしに期待しうることを当てにすることはできない。そのほか請求権の発生に際して法律状況が不明確であるかどうかは確定的たりえない。標準的な時期は時効期間の終了時である。法律状態はその時（この場合は二〇〇四年三月）までに明らかにされる。債権者はその場合どうしても一度三年の時効期間を主張することができるのであろうか。⁽⁶⁶⁾

ピッター／アレスは、⁽⁶⁷⁾ さらに正当にも、遅れた時効開始に関する最高裁判決が正当な債務者が誰であるか不確かな官吏および公証人の職務上の責任の手続きで下されたことを指摘する。正当にも彼らは、不明確な法的状況を伴う任意の事例への時効の延期に関する例外の適用が認められないという結論に達する。⁽⁶⁸⁾

第八民事部は、賃料過誤払い事例において遅れた（法の）認識への指示により必要なしに出過ぎたことを述べた。すなわち、面積の相違の場合でも時効の開始のためには住居の面積が計算されうる事実の認識で十分なのである。賃借人は彼の住居のためにどのような計算規定（第二計算規則四二条から四四条、住居面積規則、DIN（ドイツ基準協会）二八三など）が適用されるかを知る必要はないし、このまたはなにかある規則のもとで面積を自ら測定する必要もない。住居面積の探求における困難も、不明確な法律状況を認めることを正当化しない。かような例外要件が観察に現れるのは、正当な請求の相手方が疑われる場合のみである。⁽⁶⁹⁾ それは賃貸借契約という二当事者間契約では原則的に問題とならない。賃貸借上の担保責任規定やその前提を知らなかったこともまた時効の完成を妨げない。⁽⁷⁰⁾

(3) 損害賠償請求権

(イ) はじめに

ド民旧八五二条の不法行為による損害賠償請求権ですでに認識に依存する時効起算点が規定されていた。これは債権者の積極的認識とされていた。連邦最高裁は、被害者が必要な認識を事実上持っていなかったが、期待しうる方法で大した努力もなくそれを知りえた場合をそれと同視した。被害者は、自らの脳裏に浮かぶ認識から目を閉ざすことによって、一方的に時効の起算点を引き延ばすことはできない。⁽⁷¹⁾ ド民一九九条一項二号はこの判例を糾合し、重過失による不知もまた法律に規定した。⁽⁷²⁾ ド民旧八五二条一項に関する判例は、特定の者に対して彼に知られた事実に基づいて給付または少なくとも確認の訴えを提起しうる場合に、その十分な認識があるとした。法は事情の認識という。そのことから、当事者が請求権の基礎となる事実を知れば十分であることが導かれる。彼がこの知られた事情を法的に正しく評価していたかどうかは既述のように通例問題とはならない。⁽⁷³⁾ この原則の例外は、法律状態が請求者にとってはつきりしないか疑わしく、かつ法の専門家たる第三者ですら確実に評価できない場合に認められる。⁽⁷⁴⁾ ビッター／アレスは、⁽⁷⁵⁾ 既述のように連邦最高裁がこの例外を従来官吏および公証人の職務上の責任の事例に制限したとする。

(ロ) 投資家に対する責任

損害賠償請求権の時効起算点につき、ドイツの判例は、投資家が投資助言者の助言上の瑕疵に基づいてその助言者の責任を追及する事例でも一般的に上記のような時効起算点に関する立場を維持しているが、事実上起算点を後にずらす解釈論を展開しているようにみえるものもある。銀行（被告）の勧めにより投資をした者（原告）が被告

の説明義務違反を理由として損害賠償を請求した事例で、銀行が投資の相手方から高額のリベートを受け取ることになっていたことを銀行側から説明されていなかったことを理由に請求される、リベートの黙秘による損害賠償請求権の時効がすでに完成しているかどうかの問題になった事例では、原告は被告の助言により二〇〇三年九月五日に投資を行ったが、訴えを提起したのは、二〇〇八年の半ばであった。第一審と原審は、原告の訴えを許容したが、最高裁は、リベートの黙秘による損害賠償請求権の時効の進行の開始のためには原告がリベートの正確な額を知る必要はないという理由で、賠償請求権の時効の完成を認めた。⁽⁷⁶⁾

これに対して時効の起算点を厳格に解して原告を救済するものもある。原告が二〇〇三年一月二四日に投資をして会社の匿名の社員となったが、その会社が二〇〇七年の初めに倒産した場合に、原告がその会社の代表者を手取って損害賠償を請求した事例では、原告が投資勧誘時の説明書の内容が大部分虚偽であると主張した。原審は、原告が二〇〇四年には投資の計画が不首尾に終わることを知りまたは知らなくてもそれに重過失があったのだから、すでに時効が完成しているとしたが、最高裁は、説明責任ないし投資助言の場合には説明義務または助言義務違反の事情の認識にとつて重要な投資見積書の情報を投資家が読んでいないというだけでは、事実を知らないことに重過失があるとはいえないとした。⁽⁷⁷⁾ また投資家(原告)が一九九五年に投資助言者(被告)の助言を受けて投資を開始し、二〇〇一年に月々の配当が終了した後二〇〇二年二月に原告の投資の月々の支払を中止したが、それまで二七・八三六・二ユーロを投資していた場合に、原告が二〇〇九年になって訴えを提起したが、第一審および原審が時効にかかったとしたのに対して、最高裁は、投資家の夫が投資助言を受けた場合は、助言の瑕疵の認識または重過失による不知は、投資家の夫が投資に関する説明書を説明書に記載された配当の中止後丁寧に読んでいたときではなく、その夫が投資家の認識代理人として実際に活動したとき、すなわち、助言者に対する損害賠償請求権の追及に

関連して彼に特定の事実の認識または必要な事実の確定の実行が委ねられたときであり、後者の場合は、夫婦だから推定されるというのではなく、事実審裁判官によって十分に耐えうる根拠の上に確定されねばならないとする。⁽⁷⁸⁾

(ハ) 弁護士の助言義務違反

二〇一〇年四月一三日シュトゥットガルト上級ラント裁判所判決⁽⁷⁹⁾では、原告はもとと不動産投資ファンドへの投資による損害賠償請求権を追求した。原告は二〇〇四年の秋に弁護士(被告)に相談した。弁護士は、融資した銀行に対して二〇〇四年一月三日までに訴えを起こすことを勧めた。訴訟は不首尾に終わった。投資助言者に対する手続きの機会が教示されれば、それはより高く評価されたであろう。しかし、その請求権はその場合時効によりもはや実行されえなかつたため、二〇〇八年の末に弁護士への求償およびそのための訴えをすることになった。シュトゥットガルト上級ラント裁判所は、時効が二〇〇四年の経過とともに完成したから、損害は二〇〇四年になお発生したとの考えであつた。その場合二〇〇五年一月一日に時効の開始におけるド民一九九条一項二号の意味の認識がすでに存在したとすれば、求償請求権の時効は二〇〇七年末に完成する。法廷はこのような立場に立ち、訴えを棄却した。原告がすでに二〇〇四年一月三日の前にその損害賠償請求権が二〇〇四年の経過とともに時効にかかることを知っていたことは疑いがない。原告がどのように助言されたかも知っていた。損害賠償請求権では時効開始の前提は、義務違反、損害の発生の認識、自己の損害関与の認識である。投資助言者に請求することがより容易であつたから、助言が正しくなかつたという認識は、事情の認識にとって観察されるべきでない法的評価が問題になるがゆえに、重要ではないのである。連邦最高裁は、原審が損害発生の問題を誤って判断したという理由で破棄した。⁽⁸⁰⁾この場合二〇〇四年一月三日からではなく、二〇〇五年一月一日を基準日とすべきであ

るといのである。したがって二〇〇四年中の原告の認識の問題は重要ではない。

二〇一二年四月二十四日ハム上級ラント裁判所判決⁽⁸¹⁾では、被告たる弁護士事務所が最初にある土地への接道に関する契約形成に関連して原告に助言した。原告が後に契約に基づく特定の立場を裁判で実行しようとしたときに、相手方がその契約はある印刷状況の利用のために無効だと主張し、これが容れられた。この手続きでも原告は被告によって代理された。それに続いてなされた被告に対する責任追求訴訟での非難は第一に、当初の契約の形成においてもっと注意を用いていれば、法的に耐えられるものができていたであろうというものであった。しかし、いずれにしても被告たる弁護士は、契約に基づく訴えの拡張を提出することができなかった。かくして無駄な費用が出捐されたというのである。裁判所は、最初の義務違反による請求権を旧法による時効を理由として棄却した。訴えの拡張に基づく不必要な費用のためにド民一九九条が適用された。費用損害は当該書面の裁判所への到達により発生した。同時に弁護士の助言の内容について、合意の公序違反性が議論されないままになっている回答がわかつていたのだから、原告の側にも当該認識が存在した。原告がこの事実から被告に対する損害賠償請求権が生じることを知らなかったことは重要ではない。この場合複雑かつ疑わしい法的状況は存しない。ド民一九九条一項二号は当該状況の認識のみを要求し、請求権自体の認識は要求していない。そして素人の領域の素人たることによる評価を前提としていないというのである。

二〇一二年八月八日コブレンツラント裁判所判決⁽⁸²⁾では、原告は二〇〇一年一月に車道で交通を整理しているときに交通事故に遭った。事故による損害のために彼はまず社会裁判所に職業団体を訴えた。この訴えは二〇〇六年三月八日の判決で棄却され、それに対する控訴も二〇〇八年三月四日に棄却された。これと並行して被告たる弁護士は、原告のために自動車保険者に対する請求権もまた主張した。自動車保険会社もまたすでに二〇〇二年にすべて

の請求に異議を唱え、二〇〇六年三月二三日の書類で時効の抗弁を提起した。二〇〇六年の初めにまだ社会裁判所の手続きが係属していたため、その時に原告にとってなおどの範囲で彼が職業団体に対して損害賠償請求権を行使するかは不確定であった。しかし、ラント裁判所の求償手続きではそれは問題になっていなかった。自動車責任保険会社に対する請求権の時効に関する十分な認識を彼は二〇〇六年の第二の拒絶文書により知った。かくして弁護士に対する二〇一一年末に提起された損害賠償請求権は時効にかかった。

二〇一二年二月二八日のデュッセルドルフ上級ラント裁判所判決⁽⁸³⁾では、被告たる弁護士は、督促命令が十分に特定されていなかったために、依頼者に対して複数の請求権の時効について責任を負った。法廷は、求償の訴えを再度時効により棄却した。ド民一九九条の時効が進行を開始したことの認識は、相手方が時効の抗弁を提起したときに既に存在した。依頼者にとって、事業者としてこれが何を意味するかおよび時効が請求権の喪失に導きうることは明らかでなければならぬ。わかりにくく、複雑な法的状況が問題になり、依頼者が、判例がこの場合になす例外に基づき明らかになるまでさらなる待機を認める場合でも、遅くとも区裁判所の判決によってこれが十分に明らかになったとすべきである⁽⁸⁴⁾というのである。

現行ドイツ法のもとでは、広義の助言者責任に関する新しい事例群をド民一九九条一項二号の認識の取得に関して現在の判例の中で包摂することが必要になる。かような責任請求権は被害者にとっていつも明らかだとは限らない。売買、賃貸借に基づく第一次的請求権の場合は、請求権および請求の相手方はいそいでその発生とともに明らかであるが、物および人的損害による不法行為に基づく請求では、加害者がどの誰だかわからない場合も多い。しかし普通は請求の原因となった事情ないし事故は知っている。助言者責任では義務違反および損害は一般に法的、経済的文脈の中でのみ把握される。弁護士が依頼者から受けた仕事を十分にできなかったために依頼者に損害が発

生じた場合、依頼者は請求権を基礎づける事情をいつ十分に知ったといえるのか。消滅時効に関する瑕疵ある助言やさらなる行為への誤った推奨が時効の完成に導いた場合、助言の状況自体の認識は十分ではない。損害および請求権が発生する前は事情の認識を基礎づけることは困難である。誰がその弁護士が誤って助言したことを知るといえるのであろうか。まだ結果を生じていない義務違反を知ったとしても、請求権を基礎づける事情、損害自体を知らないときは、損害の発生を妨げることはできない。それゆえに助言自体の認識は、被害者がそのときまでに単に第一次給付がなされたことだけを知っているにすぎないがゆえに、十分ではない。しかし、助言者に対する求償の場合は、助言の瑕疵に基づく損害賠償請求権が問題になる。したがって被害者には瑕疵もまた知られているにちがいない。その場合彼は、どのようにして瑕疵ある助言が問題になっているのかすべての法的論点を説明しうるに及ばない。彼は特に因果関係を決める損害項目を知るに及ばない。それは認識にとって重要でない法的評価を留保している。しかし、彼はなにかまずいことが起こったこと、助言者に対する損害賠償請求が可能なることを知っていなければならぬ⁸⁵。

弁護士が依頼を受けた事件についてすぐに取り掛からなかったため相手方が時効を援用した場合を考えよう。時効の完成が弁護士にとっても明らかであり、弁護士が依頼人に時効のために請求権をさらに追及することを思いとどまるように忠告する場合は、委任者に求償請求のド民一九九条一項二号の意味の十分な認識を仮定しうる。前掲コブレンツラント裁判所の事例では、請求権は他の相手方に対してかつ社会裁判所に係属している。委任者は少なくともその抗弁に理由がない場合を除いて、責任保険者に対して請求権を行使しえないことを知るべきである。しかし、委任者が相手方の議論の正当性を自らほとんど判断しえず、かつこの場合その弁護士の判断は指示されなかった。したがって、委託者がその弁護士を信頼し、かつ信頼しうる限り、自己の損害賠償請求権の委託者の認識

にとつてその助言が問題になる。⁽⁸⁶⁾

委託者が判決により時効が進行する十分な認識を得るかどうかは前掲デュッセルドルフ上級ラント裁判所判決では、ペンディングのままにしておかれる。しかし、第一審判決によれば、委任者は、自己の損害と相当な求償請求権のために十分な認識を有する。第一審裁判所の判決は、それから求償請求の手がかりが生じる場合は、通例委託者の認識を媒介する。裁判官は弁護士よりよりよい判断能力を有しているからではなく、それが依頼者にとつて重要な切れ目だからである。それは国家的判断であり、上訴による取り消しは制限される。また委任は結審により終了する。一般的に求償権の時効期間を開始する委任者の義務違反および損害の認識は、通例これが、本来の相手方との法律関係を少なくとも一時的に明らかにする、判決その他の判断から生じる場合に、存在する。そのときまでは委任者に、少なくともその視点からこの認識に反する、不明確かつ錯雑した法的状況が存在することを斟酌しなければならぬ。この場合原告がどうして彼がド民一九九条一項二号の意味の認識を例外的に第一審判決の説示により得なかつたのか説明しなければならぬであろう。それに対して、請求を受けた弁護士は、どうして認識がそれ以前に存在し、それゆえに時効期間がすでに早く進行を開始したのかを説明しなければならぬ。⁽⁸⁷⁾

(二) 継続的侵害の場合

継続的行為とは、商業登記簿への競争法に反した企業の登記や違法に科された自由刑への服役のような場合である。かような侵害に基づく請求権は、通例時効に関しては侵害が継続している限り、発生したとはみなされない。反復される行為の場合は、各々の作爲または不作爲とともに新たな損害賠償請求権が発生する反復される損害とは、反復してなされる臭気、騒音、振動または排水の侵害のような場合である。特許権者により違法に宣明されかつ維

持された警告により多数の損害が発生した場合や日々の売買行為における無権限の企業名の利用、一手販売契約の違反の場合も同様である。⁽⁸⁸⁾

近時著作権の継続的侵害に関する新判例が登場している(オートバイ部品事件)⁽⁸⁹⁾。本件では、原告が譲渡された損害賠償請求権に基づいて被告に請求をした。彼は、被告が著作権上保護されている写真に対する彼の兄弟の権利を侵害したと主張する。被告は、二〇〇八年までオートバイの部品を取引しており、そのためにそのインターネットのサイトにこの部品の写真を呈示した。二〇一〇年一月三十一日の文書で原告は被告に彼が督促命令の許可を求める申立をしたことを伝えた。そして訴訟の客体となっているのは自らの兄弟に対する著作権侵害による二〇万四一六〇ユーロの額の請求権であり、彼は原告に二〇〇九年四月一三日にその請求権を譲渡した、この件については原告の兄弟はすでに二〇〇七年にその妻と意見の一致をみた。請求は、二〇〇六年の半分につき、一枚三六〇ユーロ×二三二枚＝八三五二ユーロ、二〇〇七年につき、一枚五二〇ユーロ×二三二枚＝一二〇六四〇ユーロ、合計二〇四一六〇ユーロとなり、さらなる請求は明示的に留保すると主張した。二〇一〇年一月三十一日の督促命令の許可の申し立てにおいて原告は、二〇四一六〇ユーロの主たる請求権を二〇一〇年一月三十一日の文書に従い著作権侵害に基づく請求権と表示した。被告が督促命令に対して異議を申し立てた後、原告は二〇一二年一月二五日に彼の二〇四一六〇ユーロプラス利息の支払請求を二〇〇六年および二〇〇七年の二六三枚の写真の違法な使用によって理由づけた。被告は写真をそのインターネットのサイトで利用の権利なしにかつ著作者の氏名表示義務に反して用いた。無権限の写真の公的な使用に対する損害賠償として、使用料の類推の法理により相当な報酬が支払われるべきである。著作者表示を怠ったことにより著作権の承認の権利を侵害することは、通常の報酬の一〇〇%の一括割り増しを正当化するというのである。被告は、訴えを否定し、時効の抗弁を提出した。原告は、ラント裁判

所における口頭弁論終結後届いた二〇一二年八月三日の文書で、被告に一八四四四〇ユーロプラス利息を支払えとの申立てを予告した。彼はこの請求を二〇〇六年から二〇〇八年までの一〇六枚の写真の違法な利用によって理由づけた。この文書への添付資料により彼は一〇六枚の写真を一枚ずつ記した。この添付資料は、それを超えて、原告の兄弟により二〇〇七年二月二八日にアップされた被告のインターネットサイトの二六一枚の×をつけた写真を伴うプリントを含んでいた。ラント裁判所は、二〇一二年八月三日の原告の文書に基づき口頭弁論を再開することなく訴えを棄却した。この判決に対して原告は控訴を提起した。控訴審では彼はそれ以外の訴えを取り下げたうえで、被告に一八四四四〇ユーロプラス利息の支払を求めた。被告はこの要求にも応ぜず、時効の抗弁を提出した。控訴は認められなかった。同院により許容された上告により原告は最後に提出された申立てを再度行い、被告は上告棄却を求めた。最高裁では原告の一二二九六〇ユーロプラス利息の支払を認める限度で原審判決が破棄され、事件は原審に差し戻された。

最高裁の判決は以下のごとくである。法に反する継続的行為（この場合は写真の無権限のインターネット上の公の利用）は、時効開始の決定に関してそれぞれの時効期間が進行する（毎日の）個々の行為に分割すべきである。著作権法一〇二条二文、ド民八五二条に基づく損害賠償請求権によって著作権の侵害により取得した利用利益の返還は、擬制的な著作権料の支払の方法で請求されうる。

(4) 保険会社の求償権

二〇〇三年八月に交通事故が発生し、法定の被保険者が重症を負った。他の事故関与者の責任保険者は彼の責任の折半を問題とせず、二〇〇四年に被保険者の医療金庫と相当な責任割合について合意した。二〇〇七年に被保険

者に介護の必要が生じた。これに関する費用は、二〇〇八年四月に初めて責任保険者に接触した介護金庫（原告）が負担した。責任保険者は時効を援用して支払いを拒絶した。第一審（エルヴァンゲンラント裁判所⁹⁰）はこの抗弁を棄却、第二審（シュトゥットガルト上級ラント裁判所⁹¹）は認容、最高裁は再び棄却した。この判決は三つの面で重要である。まずそれらは損害の統一性の原則を確認する。次いで責任保険会社によるその責任の承認の範囲を制限する。最後にそれはド民一九九条一項二号に関して詳述する。

本事例でもド民一九五条、一九九条一項が適用され、二〇〇七年の終了とともに時効が進行を開始する。しかし、損害統一の原則によりド民一九九条一項一号の意味で加害者に対する損害賠償請求権はすでに加害のときに発生し、かつこれは不変の判例によれば、この時点で計算されうる、ないし客観的に予見されうるすべての損害について適用される。重篤な交通事故が介護の必要を惹起しうることは、容易に思い浮かぶ。その結果時効起算点は二〇〇三年末となる。いずれにせよ本事例では介護金庫はド民二二二条一項一号により時効の脅威から解放されうる。責任保険者の承認が、彼が二〇〇四年に疾病金庫との間で責任割合について合意し、それに続く時期に相当額の支払いをしたことにおいて認められるからである。これらの支払いの各々はド民二二二条一項一号により意味を有する。その承認の射程距離は債務者が決める。残念ながら判例は、責任保険者と疾病金庫の間の合意の詳しい内容を明らかにしていない。しかし、彼がその折半される責任が病院への費用に制限されることを知り、介護費用にも適用される意思ではない場合は、特別でありえない管理が行われたことが必要であろう。もちろんド民二二二条一項一号の承認は債権者に対してなされねばならない。それは疾病金庫と介護金庫の間の関係に一瞥を向ける。社会法典XIV六条一項、二項によれば、すべての疾病金庫に介護金庫が設立され、かつそれらは独立した公法上の法人である。しかし、それは固有の機関ではなく、疾病金庫の機関に並ぶ機関である。それによれば疾病金庫に対する

承認は同時に、あまりありえないことであるが、相当な管理がなされている場合を除いて、介護金庫に対する承認となる。疾病金庫の中で時効に関する承認を受けるのが誰か、求償の部局のほかに給付の部局もまた権限があるのかは、この場合説明はいらぬ。大まかにそれが認められるといつてよいであろう。債務者としての責任保険者との合意において常に疾病金庫の求償の部局が含まれねばならない。⁽⁹³⁾

損害の統一の原則を適用し、ド民二二二条一項一号による承認を否定する場合には、ド民一九九条一項二号によつて社会保険庁の誰の認識が問題になるのかが問われることになる。ド民一九九条一項二号に従つて時効の進行を開始させる認識は、給付の部局が問題となるのではないという点でその判決が支持される。その理由は、認識の担い手はいつたん開始した時効を再び停止させる（ド民二〇四條）措置をとる可能性もまた有するのでなければならぬことにある。給付部局はそれにつき権限を有しない。混沌を避ける組織的な決定を無条件に尊重し、給付と求償の任務を相互に区別し、後者を固有の部局に割り当てるべきである。それは特に内部的な指図が給付の部局にありうる責任事例について求償の部局に情報提供することを義務付ける場合にもあてはまるのでなければならぬ。⁽⁹⁴⁾

しかし、連邦最高裁がかような情報提供義務にそもそも時効の問題において意味を与えないのは決定的に視野が狭い。それは債権者の認識のみが問題になったド民旧八五二条一項には適合するが、債務法の現代化の枠内で作り出された現実の法律状態には適合しない。ド民一九九条一項二号は重過失による不知と認識を同価値のものとするしたがつて今日債権者はいつでも緊張の最小限をもってその請求権に気づくために管理させねばならない。それは重過失の概念が内包する。そして求償の部局が自ら知ることができない場合は、認識しうる部局（給付の部局）が求償の部局にその認識を伝える義務を負わせうる。社会保険の保険者はいわば専門家たる求償債権者である。社会

法典X一一六条一項により移行する請求権は、日常的な現象である。ここでは内部の情報の流れは相当な組織を必要とする。実際上給付部局で書類が提出され、ありうる求償のためのその徴表を介して求償部局に伝えられることは最も容易でもある。かような組織がなければ、重過失の非難（下民一九九条一項二号）が給付部局と求償部局に共通の上位部署に課せられる。それは時効期間を進行させるのに十分である。もちろん債務者は時効の開始を挙証しなければならぬが、社会保険庁は第二次的な挙証負担においてその情報伝達組織を明らかにしなければならぬ。そしてその組織が個々の事例で機能を發揮しない場合は、彼はその原因を実質的に証明しなければならぬ。給付部局の認識が求償部局で問題になるか、またいつ問題となるかは、いつも偶然の事情のせいにしてはならない。⁽⁹⁵⁾

注

- (1) 主観的な起算点を伴う時効期間を規定した条文は民法典以外にもいくつも見られる。例えば、不正競争防止法(UWG) 一一条、商法(HGB) 六一条二項、一一三条三項、株式会社法(AktG) 八八条三項一文、製造物責任法(ProdHaftG) 一一条一項、原子力損害賠償法(AtomG) 三三一条一項など。そして下民一九九条一項について展開された最高裁判例の説示がこれらの特別法上の規定にも適用されるべきだとされている。
- (2) BGH, Urt. 3. 3. 2005, NJW-RR 2005, S. 1148.
- (3) BGH, Urt. v. 15. 12. 2000, NJW-RR 2001, S. 953 (上告審判決は、本売買契約が方式上の瑕疵により無効だとして、原告の債務不履行に基づく損害賠償請求を棄却した)。
- (4) 同旨: BGH, Urt. v. 9. 6. 1952, BGHZ 6, S. 195 (一九四六年に州道の管理上の瑕疵により交通事故死した者の遺族に保険金を支払った社会保険機関が州および郡に求償した事案で、原審は郡に対する請求は認めしたが、州に対する請求は棄却した。最高裁は、当時までの大審院判例では州に対する請求権の時効起算点が郡に対する請求が棄却されたときと

解する余地もあったとして、州に対する請求を棄却した原審判決を棄却した)：後述BGHZ 138, S. 247 = NJW 1998, S. 2051 (2) 注36)：BGH, Urt. v. 25. 2. 1999, NJW 1999, S. 2041 (被害者が知っている事実関係に基づいて公証人が直接に責任を負うのか、それとも単に補充的のみに責任を負うのか法律上不明確であり、補充的に責任を負う場合にも、被害者が他の方法による賠償可能性の排除を明示しえないときは、通例賠償義務者が誰であるかの認識は認められないとした)：後述BGH, NJW 2005, S. 429 (2) 注48)：後述BGH, NJW 2008, S. 2576 (2) 注30)。

- (5) 前出BGH, NJW-RR 2005, S. 1148 (2) 注2)。
- (6) Otto, Rechtsunkennnis und Verjährungsbeginn, VersR 2009, S. 761.
- (7) BGH v. 29. 1. 2008-XI ZR 160/07, BGHZ 175, S. 161 = NJW 2008, S. 1729.
- (8) BGH v. 19. 3. 2008-III ZR 220/07, NJW-RR 2008, S. 1237.
- (9) BGH v. 8. 5. 2008-VII ZR 106/07, NJW 2008, S. 2427.
- (10) BGH v. 27. 5. 2008-XI ZR 132/07, NJW-RR 2008, S. 1495.
- (11) BGH, Urt. v. 23. 9. 2008-XI ZR 395/07, NJW-RR 2009, S. 547 = ZIP 2008, S. 2164.
- (12) もともと、本最判は、単に仲介者を介する投資が法的助言法 (RBeG) 違反により無効とした最高裁判決がNJWに掲載された二〇〇一年～二〇〇二年に時効が進行を開始するとはせず、投資の素人たる原告が二〇〇三年一月一日までは仲介者を通じての投資のためには代理権授与の公正証書の提出が必要だったことを知らず、かつ知らなかったことに重過失がないから、そのときまでは時効は進行を開始しないとした。

- (13) OLG Karlsruhe ZIP 2006, S. 1855; OLG Karlsruhe VersR 2008, S. 262; OLG Frankfurt/M v. 28. 5. 2008-23 U 63/2007.
- (14) OLG Karlsruhe, VersR 2008, S. 262.
- (15) BGH, Urt. v. 18. 12. 2008, NJW 2009, S. 984.

- (16) Otto, VersR 2009, S. 762-763.
- (17) Bitter/Alles, Die Rechtsprechung zum Aufschub des Verjährungsbeginns bei unklarer Rechtslage, NJW 2011, S. 2081.
- (18) BGH, Urt. v. 17. 10. 1995, NJW 1996, S. 117 (ただし傍論。原告がワインの変質を理由に製造業者および国内販売業者の製造物責任を追及したが、時効完成が認められた)。
- (19) 前出BGH, NJW-RR 2009, S. 547 = ZPI 2008, S. 2164 ; 前出BGH, NJW 1999, S. 2041 (2 注4)。
- (20) 後出BGH, NJW 2011, S. 73 (2 注43) ; 後出BGHZ 150, S. 172 = NJW 2002, S. 1793 (2 注36) ; BGH, Urt. v. 24. 2. 1994, NJW 1994, S. 3162 (塗装業者が地方長官の違法な罰金賦課手続きにより損害を受けたことを理由に州に対して官吏の職務上の義務違反に基づく損害賠償請求訴訟を提起した事例。原審は三年の時効の起算点は原告の手続き代理人が罰金賦課処分を了知したとき(役所に反論書を提出したとき)としたが、最高裁は、罰金賦課処分の手続き中止が確定するまで原告に訴え提起を期待することはできないとして、原判決を破棄した)。
- (21) 前出BGH, NJW 2009, S. 984 ; 前出BGH, NJW-RR 2008, S. 1237 (2 注8) ; BGH, Urt. v. 15. 10. 1992, NJW 1993, S. 648 (土地所有者(原告)が公証人(被告)の一定額以上の価格で売ってあげるという約束のもとに売却してもらったが、管轄官署が所有権移転に許可を与えなかったため、買主により解除されて、原告が買主に多額の損害賠償を負担した場合に、公証人は所有権の移転につき管轄官署の許可が必要なこと(不動産取引法(GrundVG)二条)を依頼者に説明する義務に違反したとされた。財産に対する不法行為の場合、損害賠償請求権は通例損害が発生したことを前提とする。したが、時効が進行を開始するためには買主の支払請求を原告が知っていることが必要で、それには解除の意思表示のほか、買主への所有権移転を不許可とする裁判所及び官署の決定の認識を含むとも述べている)。
- (22) Bitter/Alles, NJW 2011, S. 2081.
- (23) 拙稿「ドイツの不動産提携ローンと顧客の銀行に対する既払金の返還請求権」千葉大学法学論集二三巻二号(平成

二〇年) 一頁以下参照。

- (24) BGH, Urt. v. 6. 3. 1986, BGHZ 97, S. 212 = NJW 1986, S. 1803 (銀行が約款上の与信契約で一方的な利子変更条項を定める場合、それは原則として単に「民三二五条に從って銀行の資本市場の再融資条件の変更への適合を可能にするように解釈されるべきだとした」)。
- (25) BGH, Urt. v. 19. 10. 1999, NJW 2000, S. 651.
- (26) Bruchner, AGBrechtliche Zulässigkeit von Zinsanpassungsklauseln, BKR 2001, S. 16f.; Habersack, Zinsänderungsklauseln im Lichte des AGBG und des VerbrKrG, WM 2001, S. 756f.; Metz, Variable Zinsvereinbarungen bei Krediten und Geldanlagen, BKR 2001, S. 21f.
- (27) BGH, Urt. v. 17. 2. 2004, BGHZ 158, S. 149 = NJW 2004, S. 1588 (「長期間にわたる銀行貯蓄契約において与信機関に内容的に無制限の利子変更権を許容する約款上の利子変更条項は無効だとした」)。
- (28) BGH, Urt. v. 21. 4. 2009, BGHZ 180, S. 257 = NJW 2009, S. 2051 (「異なった合意のない限り、貯蓄銀行の私的および業務上の顧客領域での手数料は、市況(例えば一般の利子水準の変更)および費用を考慮して「民三二五条に從って後で吟味しうる公平な裁量に從って確定および変更される」という銀行と消費者の間の取引は、「民三〇七条一項、二項一号により無効だとした」)。
- (29) Bitter/Alles, NJW 2011, S. 2081-2082.
- (30) BGH, Urt. v. 23. 1. 2007, BGHZ 171, S. 1 = NJW 2007, S. 1584 (信託契約および授与された代理権が弁護士法違反により無効であるときは、受託者の認識は委託者に帰しえないとされた)；BGH, Urt. v. 3. 6. 2008, NJW 2008, S. 2576 (賃貸用不動産を購入した顧客が融資した銀行の契約前の説明義務違反に基づく損害賠償請求権を行使した事例で、二〇〇二年一月一日以前に原告が請求権を基礎づける事情を知りまたは重過失により知らなかったことは被告が挙証すべきであり、一九九八年以来原告が約束された賃料を得られなかったというだけではそれを認めるには不十分だとする)。

- (31) 前出BGHZ 171, S. 1 = NJW 2007, S. 1584 (2 注30)。
- (32) M. Schmidt: Beginn der regelmäßigen Verjährung in so genannten Überleitungsfällen, NJW 2007, S. 2448; Würdinger, JZ 2007, S. 1056. 反投: Assmann/Wagner: Die Verjährung so genannter Altansprüche der Erwerber von Anlagen des freien Kapitalanlagemarkts, NJW 2005, S. 3169f.
- (33) Bitter/Alles, NJW 2011, S. 2082.
- (34) BGH, Urt. v. 8. 5. 1952, BGHZ 6, S. 195 = NJW 1952, S. 1089 (水路に沿った道路の安全保持義務を負う部局は、河川ではなく、道路を管理する部門だとし、その義務違反により生じる責任は民法の原理によるとした)。
- (35) RG, Urt. v. 23. 11. 1933, RGZ 142, S. 280 (一九二四年九月に原告が滑りやすくなっているピルモント市の歩道で転び重症を負った。原告は市を相手取って損害賠償請求訴訟を起こした。大審院は、ピルモント市の道路警察条例が当時ピルモント市に適用されていたプロイセンの公道の清掃に関する法律と並んでどこまで適用されるかが明らかになったのは、一九二九年三月の上級ラント裁判所の判決以後であるとして、原告の請求が時効にかかったとした原審を破棄した)。
- (36) 前掲BGH, NJW-RR 2005, S. 1148 (2 注2) : 後出BGHZ 160, S. 216 = NJW 2005, S. 429 (2 注47) : BGH, Urt. v. 14. 3. 2002, BGHZ 150, S. 172 = NJW 2002, S. 1793 (一九九四年以前労働医は保険医療は保険医療を行うことが認められていなかったが、原告(労働医)がこれを違法として連邦健康保険医協会に対して損害賠償請求訴訟を起こした。最高裁は、一九九四年当時労働医の間で委託の禁止に対して法的手段をもって争い、連邦健康保険医協会に対して賠償を求めるとの考えも有力であったが、どのような手続によるべきか統一的方法があつたわけでもなく、判例の多くは委託禁止の適法を認めまたはそれをペンディングにしていたのであり、一九九六年三月二〇日の連邦社会裁判所(BSG)判決の公表により初めて原告の訴え提起のために必要な認識が承認されたのだから、一九九九年一月の訴え提起時にはまだ請求権は時効にかかっていないとした) : 前出BGH, NJW 1999, S. 2041 (2 注4) : BGH, Urt. v. 2. 4. 1998, BGHZ 138, S. 247

= NJW 1998, S. 2051 (検察官の違法行為を理由とする州に対する賠償請求訴訟で、主たる手続の開示が拒否された場合は、その判決の既判力が生じる前には時効が進行を開始しないとした) : BGH, Urt. v. 29. 4. 1982, VersR 1982, S. 898 (違法な課税処分を受けたと主張する原告が州に対して官吏の職務上の行為による責任を追及した事例)。

- (37) BGH, Urt. v. 27. 11. 1956, VersR 1957, S. 30.
 (38) Bitter/Alles, NJW 2011, S. 2083.
 (39) Bitter/Alles, NJW 2011, S. 2083.
 (40) 前出BGHZ 6, S. 195 = NJW 1952, S. 1089 (2 注34)。
 (41) 前出BGH, NJW 1999, S. 2041 (2 注4)。
 (42) 前出BGH, VersR 1957, S. 30 (2 注37)。
 (43) BGH, Urt. v. 14. 7. 2010, NJW 2011, S. 73 (生命保険契約告知後の払い戻し請求権は、ドイツ保険契約法旧一二条一項により保険者が契約を解約した年の終了時から五年で(本事例では二〇〇五年一月三十一日)時効にかかるが、二〇〇一年の最高裁判決 (BGH, Urt. v. 9. 5. 2001, BGHZ 147, S. 373 = NJW 2001, S. 2012; BGH, Urt. v. 9. 5. 2001, BGHZ 147, S. 354 = NJW 2001, S. 2014) が解約清算控除に関する条項を無効とし、また二〇〇五年一月二日の最高裁判決 (BGH, Urt. v. 12. 10. 2005, BGHZ 164, S. 297 = NJW 2005, S. 3539) が最低払い戻し価値を考慮して払い戻し額を定めるべきだと明示し、起算点は変わらな(2)と)。
 (44) Bitter/Alles, NJW 2011, S. 2083.
 (45) BGH, Urt. v. 20. 9. 1994, NJW 1994, S. 3092 (詐欺的な商品先物取引の仲介の事例で、原告が刑事手続きの証人として尋問を受けることは、単純な事実関係の場合にのみ加害行為および加害者を認識せしめるに足りるのであり、複雑な経済的経過や関連性に関わる商品先物取引のような場合は、非通曉者にとってはこの限りでないとする) : BGH, Urt. v. 18. 1. 1994, NJW 1994, S. 1150 (法人の被用者が損害賠償請求の準備に携わり、その限りで法人の認識代理人である場合

は、他の部局が請求の管轄を有するかどうかを考慮することなく時効の進行を妨げない) : BGH, Urt. v. 5. 2. 1985, NJW 1985, S. 2022 (加害者に代わって被害者に損害賠償をした者が加害者に代位請求した事例で、加害者が事実上認識を有していなくても、期待しうる方法で大した努力なしに被害者を知りうる場合にも、不法行為に基づく損害賠償請求権の時効が進行を開始するとしたが、本事例では原告が積極的に会社の氏名および宛先を知ったときだとした)。

- (46) Bitter/Alles, NJW 2011, S. 2084.
- (47) BGH, Urt. v. 16. 9. 2004, BGHZ 160, S. 216 = NJW 2005, S. 429.
- (48) BGH, Urt. v. 9. 1. 2003, BGHZ 153, S. 269 = NJW 2003, S. 1184 (緊急医の治療ミスで生じた損害の賠償が官公吏の職務上の行為に基づく責任に関するルールによって判断されるべきだとした)。
- (49) 前出BGHZ 160, S. 216 = NJW 2005, S. 429 (以前の最上級審の判例が変更されたときに認識可能となる) (2 注47)。
- (50) 前出BGHZ 160, S. 216 = NJW 2005, S. 429 (2 注47)。
- (51) Bitter/Alles, NJW 2011, S. 2084.
- (52) BGH, NZBau 2000, S. 202.
- (53) LG Karlsruhe Urt. v. 17. 11. 2005, NZBau 2007, S. 328L.
- (54) Leimier, Verjährung nichtfälliger Forderungen?, NZBau 2009, S. 345f.
- (55) BGH, Urt. v. 1. 6. 2011, NJW 2011, S. 2570.
- (56) BGH, Urt. v. 29. 1. 2008-XI ZR 160/07, BGHZ 175, S. 161 = NJW 2008, S. 1729 (仲立人および建築施工規則 (MABV) 七条による独立的保証に基づく請求権の弁済期は、当事者が異なった合意をしていない限り、主債務の弁済期の到来とともに生じ、債権者の給付請求とは関係がないとした) : BGH, Urt. v. 15. 6. 2010-XI ZR 309/09, NJW-RR 2010, S. 1574 (本事例では一九九八年九月二八日の貸付額の支払時に不当利得返還請求権が発生し、下民施行法二九九条para. 6, 四項一文により二〇〇二年一月一日に三年の時効が進行を開始するが、二〇〇四年二月三十一日に時効が完成した) : 前

- 1 旧BGH, NJW-RR 2008, S. 1237 (RBerG違反) (2 注80)。
- (57) 前出BGH, NJW 2011, S. 2570 (2 注15)。
- (58) Börstinghaus, Verjährungsbeginn im Mietrecht nach Kenntnis des Mieters, NJW 2011, S. 3546。
- (59) 前出BGH, NJW-RR 2008, S. 1237 (2 注16)。
- (60) 旧出 : BGH, Urt. v. 29. 6. 2011, NJW 2011, S. 3573。
- (61) Börstinghaus, NJW 2011, S. 3546-3547。
- (62) Bitter/Alles, NJW 2011, S. 2083。
- (63) 前出BGHZ 6, S. 195 = NJW 1952, S. 1090 (2 注45) ; 前出BGHZ 138, S. 247 = NJW 1998, S. 2051 (2 注66) ; 前出BGHZ 150, S. 172 = NJW 2002, S. 1793 (2 注49) ; 前出BGHZ 160, S. 216 = NJW 2005, S. 429 (2 注47)。
- (64) BGH, Urt. v. 24. 3. 2004-VIII ZR 44/03, NJW 2004, S. 2230 (住宅の床のこじ定義の引き与えた) ; BGH, Urt. v. 24. 3. 2004-VIII ZR 295/03, NJW 2004, S. 1947 (賃貸建物の床面積が10%以上狭く場合は、借主は賃料減額を請求し得るが、そのために契約に適った利用の適正が減少したことは必要ではない) ; BGH, Urt. v. 24. 3. 2004-VIII ZR 133/03, NZM 2004, S. 456 (賃貸建物の面積が概数として認められる10%を超え、10・51%であった場合、不足分の賃料返還請求権が認められる)。
- (65) 旧出 : Münchener Komm. z. BGB, 7. Aufl., 2015, S. 2242 [Grothe]. Palandt Komm. z. BGB, 74. Aufl., 2015, S. 226 [Ellenberger]. 旧出 : Bitter/Alles, NJW 2011, S. 338。
- (66) Börstinghaus, NJW 2011, S. 3547。
- (67) Bitter/Alles, NJW 2011, S. 2083。
- (68) Börstinghaus, NJW 2011, S. 3547。
- (69) 例えが、BGH, Urt. v. 7. 9. 2005-VIII ZR 24/05, NJW 2006, S. 51 (賃借人の死亡後の権利者が明らかでなかった事例)。

- (70) Birstinghaus, NJW 2011, S. 3547.
- (71) 前出BGH, NJW 1985, S. 2022 (注45)。
- (72) Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 621.
- (73) 前出BGH, NJW 2008, S. 1729 (注59)。
- (74) BGH, Urt. v. 18. 12. 2008, NJW 2009, S. 984 (公序良俗に反してなされた給付の返還請求(雪玉事例)が問題になった。最高裁は、法律専門家たる第三者ですら評価しえない疑問ある法的状況は本事例には存しなかった)。

- (75) Bitter/Alles, NJW 2011, S. 2083.
- (76) BGH, Urt. v. 26. 2. 2013, BGHZ 196, S. 233 = NJW 2013, S. 1801.
- (77) BGH, Urt. v. 27. 9. 2011, NJW 2011, S. 3573.
- (78) BGH, Urt. v. 13. 12. 2012, NJW 2013, S. 448.
- (79) OLG Stuttgart, Urt. v. 13. 4. 2010-Az. 12 U 189/09, NJW-RR 2010, S. 1645.
- (80) BGH, NJW-RR 2012, S. 673. (本判決の出典はシャープによる誤記載と思われる)。
- (81) OLG Hamm, Urt. v. 24. 4. 2012-Az. 1-28 U 152/11, BRAK-Mitt 2012, S. 210.
- (82) OLG Koblenz, Urt. v. 8. 8. 2012-Az. 15 O 510/11-N.V.
- (83) OLG Düsseldorf, Urt. v. 28. 2. 2012-Az. 1-24 U 77/11.
- (84) 二〇〇四年一二月半ばまでは特別の事情がその委託者の償還請求権を想起させる限り、特に弁護士が請求権を過失で時効にからせた場合は、委託者に求償可能性を指示する義務が弁護士に帰した。しかしこれは委任の対象である請求権についてのみあてはまる。彼はその他委任者に彼自身に向けられた償還請求権の間に迫った時効の完成について教示しなければならなかった。これがなされず、弁護士が誤った教示により彼に対する償還請求権を惹起したときは、彼は委託者を時効が生じなかった場合のような状況に置く(下民二四九条一項)義務を負った。弁護士はその依頼者に

自己に対する請求権（第二次的請求権）について教示する義務は負わなかった。第二次的請求権の時効は、第一次的請求権と同様、連邦弁護士規則（BRAO）五一b条、弁護士会に対する場合は、BRAO五九m条二項、税理士の場合は、弁理士規則（PAO）四五b条、五二m条二項によった。第二次的請求権にかかる損害発生時としての第一次的請求権の時効完成とともに、認識に依存しない三年の時効が進行を開始したが、それは委任終了時から三年の最長期間の制限に服した。第二次的請求権の時効完成後は、弁護士は、委任者が償還請求権を予告した場合でも、時効を援用しえた。二〇〇四年十二月一日の時効適合法の施行以後はBRAO五一b条、五九m条二項、PAO四五b条、五二m条二項、税理士法（StBerG）六八条は廃止され、ド民一九五条、一九九条の適用を受けることになった。その結果委託者を職業法上の短期の時効から保護する必要がなくなり、告知義務や第二次的責任を問題にする意味が失われた（Münch. Komm., z. BGB, Bd. 1. 7. Aufl., S. 2172 [Grothe]）。

- (58) Chab, Wann liegt für den Verjährungsbeginn hinreichende Kenntnis vor?, AnwBI 2013, S. 823-824. Vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 13. 4. 2010, NJW-RR 2010, S. 1645 (弁護士が依頼者の債権を時効消滅させた事例)；OLG Bremen, Beschl. v. 17. 10. 2012, MDR 2012, S. 1439.
- (86) Chab, AnwBI 2013, S. 824.
- (87) Chab, AnwBI 2013, S. 824.
- (88) Münch. Komm. z. BGB, Bd. 1. 7. Aufl., S. 2235 [Grothe].
- (89) BGH, Urt. v. 15. 1. 2015, MDR 2015, S. 904.
- (90) LG Ellwangen, Urt. v. 29. 10. 2009-3 O 122/09, BeckRS 2011, 07756.
- (16) OLG Stuttgart, Urt. v. 2. 6. 2010-9 U 180/09, BeckRS 2011, 07755.
- (92) BGH, Urt. v. 15. 3. 2011, NJW 2011, S. 1799 (保険者（介護金庫）が認識していたといえるためには、その担当者がその事件の処理の権限を有していたことが必要である。求償部門の担当者が知っていたことが必要であり、給付部門の

担当者が知っていただけでは原則として十分とはいえないらる。

- (93) Peters, Verjährungsfragen beim Regress eines Trägers der Sozialversicherung, NJW 2011, S. 3195.
 (94) Peters, NJW 2011, S. 3195-3196.
 (95) Peters, NJW 2011, S. 3196.

(四二)

3 時効停止と時効の更新

(1) 時効の停止

(イ) はじめに

二〇〇一年の新法は、従来も時効の停止事由とされていた、債権者が自己の権利を行使することが妨げられる事由のほか、従来は時効中断事由とされていた債権者の訴え提起もまた時効停止事由に組み入れた。これは債権者が訴えを提起しても取り下げ、却下の場合には中断効は生じないし、債権者が敗訴に終わった場合も同様であるのに対して、債権者が勝訴した場合は、元の債権が短期時効にかかる場合でも、長期の時効期間が与えられるため、訴え提起を一律に中断事由としないで、一般的には時効停止事由とし、債権者が勝訴に終わり、既判力を取得した場合を長期時効に服せしめることとしたものである。このような立場は、二〇〇八年フランス民法改正では、これまでの実務での慣用を理由として採用されていないが、わが国の債権法改正提案では採用されている。ドイツ民法では訴え提起などを時効停止事由に振り替えたため、時効停止事由が増加している。現行法上停止事由は、債務者に一時的給付拒絶権がある場合(ド民二〇五条)、不可抗力の場合(ド民二九六条)、当事者が家族的またはそれに類

似した関係にある場合（下民二〇七条）、性的自己決定侵害の場合（下民二〇八条）だけでなく、訴え提起またはそれに関連する事由、すなわち、給付または確認の訴えの提起および強制執行文言または強制執行判決の付与を求める訴え（下民二〇四条一項一号）、未成年者の扶養に関する簡易手続の申し立ての送達（同条項二号）、督促命令の送達（同条項三号）、和解所への和解申し立ての公示の指示（同条項四号）、訴訟上の相殺の主張（同条項五号）、訴訟告知の送達（同条項六号）、見本訴訟（*Musterverfahren*¹⁾）における申立の送達（同条項六a条）、独立証拠手続の実行の申し立ての送達（同条項七号）、合意された鑑定手続の開始（同条項八号）、仮差押え、仮処分などの許可の申し立ての送達（同条項九号）、破産手続における請求権の申出で（同条項一〇号）、仲裁手続の開始（同条項一一号）、訴えの管轄が官署の予めの決定にかかる場合の官署への申し立ての到達（同条項一二号）、管轄が上級裁判所により決定される場合のその上級裁判所への申し立ての到達（同条項一三号）、訴訟費用扶助または手続費用扶助を求める最初の申し立ての告知の指示（同条項一四号）がドイツ民法に規定されている。これを見ると、比較的債権者にとって実行することの容易なものを多く含む権利行使のための様々な手段が豊富に用意されており、時効期間を一般的に極めて短くしたことが均衡が保たれているようにも感じられる。要するに、一〇年、二〇年といった長期の時効期間を定めて、その間債権者の自発的な履行を待つというのではなく、三年プラスアルファという短い時効期間しか与えない代わりに、債権者が自分の側で債権実行のためのなんらかの措置を講じればよいとするのがドイツ新債務法の立法者の意思であるということになる。以下にドイツの新債務法のもとでの時効停止事由に関わる判例、学説の動きを実際に実務家の間で問題とされたものを手掛かりにして解説したい。

(ロ) 訴え提起による停止

(a) 問題の提起

訴え提起による時効停止の場合、①実体上の権利者による訴えによってのみ請求権の時効が停止するのか、②実体上の権利者の訴えが、訴訟遂行権能が欠けまたは他の手続きが係属しているといった、訴訟上の理由で許されない場合、停止効の妨げとはならないのか、が問題となる。これらの問題は、近時の一連の最高裁判決が示すように⁽²⁾時効の完成を妨げなければならない債権者の弁護士にとって大きな実体上の重要性を有する。

(b) 原告の実体的権利

連邦最高裁は、実体的な権利者による時効停止の問題を再度下民訴二六五条(訴訟物の譲渡、移転)に関わる事例において明らかにした。清算中の施工業者組合が二人のかつて団体を結成していた税理士に損害賠償請求訴訟を提起した。争いの対象となった請求権は、最初に原告の後の清算人の父親から清算人のその当時まだ未成年の叔母と従妹に譲渡された。これらの者はその請求権を後で原告に再譲渡した。その際最後の譲渡行為は、その請求権についてなおその従妹が開始したシュトゥットガルトラント裁判所の手続きが継続していた時期に行われた。被告は法定の時効期間経過後時効の抗弁を援用した。これは最初に開始された下民二〇四条二項二文の手続きが休止中であつたがゆえに、考ええた。シュトゥットガルトラント裁判所とシュトゥットガルト上級ラント裁判所が被告の見解に従つた後、連邦最高裁は、訴えが時効をなお適時に停止したことを認めた。シュトゥットガルト上級ラント裁判所の見解によれば、原告は新しい権利者となり、請求権について実体上の権利を行使しうるに至るが、下民訴二六五条二項一文はもっぱら従来⁽³⁾の権利者に法定の訴訟担当者の形の訴訟遂行権限を与え、これを権利承継人には拒

絶した。ド民二〇四一条一項一号の前提が満たされていないというのである。

連邦最高裁は、結果的に上記シユトゥットガルトラント裁判所およびシユトゥットガルト上級ラント裁判所判決の見解に反対し、適法な時効停止を認める⁽³⁾。学説は分かれているが⁽⁴⁾、原審に一致して実体上の権利者の訴えのみが、ド民旧二〇九一条一項(訴訟提起による中断)と異なり、ド民二〇四一条一項一号(訴訟提起による停止)の文言がこの要件をもちや明示的には包含しなにかかわらず、時効を停止しうることが固執される⁽⁵⁾。それとともに同時に大審院および最高裁の固定した判例が債務法改正後も維持される⁽⁶⁾。債務法現代化法の理由づけが明らかにするよう⁽⁷⁾に、それを第三民事部もまた引用するが、立法者は単に体系的な理由から中断を停止に変えた。この体系的な転換を度外視するならば、ド民二〇四一条一項一号は、内容的にド民旧二〇九一条一項に一致すべきである⁽⁹⁾。

アルトハンマーによれば、方法的観点において連邦最高裁の判決は完全に満足させるものではない。なぜならば、結果的に同院はその条項の適用領域が、その文言が知らない要件を通じて制限されるがゆえに、目的論的な還元を實踐するからである。しかし、この第三民事部の処置の方法は公には述べられていない。連邦最高裁が以前の判決⁽¹⁰⁾でその条項の文言がド民旧二〇九一条二項四号(訴訟告知による中断)とは逆にこの要件のためにかなる手ばかりも包含しないにもかかわらず、許容される訴訟告知のみが時効を停止するというようにすでにド民二〇四一条一項六号(訴訟告知による停止)を目的論的に還元したことが想起されるべきである。したがって、この一般的な方法論の装置は、これを明確化することなしに、連邦最高裁により時効法改革のために意図された結果の到達に向けて標準化されたようにみえる。連邦最高裁による目的論的還元は、この場合結果的に正当化されるようにみえる。しかし、第三民事部の立法者の考への引用は十分ではない。なぜならば、第三民事部が引用する立法資料は、単に一般的に訴え提起による時効停止の要件がド民旧二〇九一条に比べて、中断効の放棄を度外視すれば、変わるべきで

ないことを明らかにするだけだからである。⁽¹¹⁾ それゆえに特にローレンツ・ケーラーは、ド民二〇四条一項一号の変更された文言および乏しい立法上の理由づけを考慮して通説の立場の転換を勧めた。⁽¹²⁾ なぜならば、立法上の文言の変容および中断から停止への立場の転換は、実体的な無権利者がド民二〇四条一項一号により停止効を惹起しようかどうかという特別の法律問題を無視してなされたからである。さらにこの一般的な理由づけがすでにド民二〇四条一項六号の制限の正当化に関して連邦最高裁にとって役立ったことが注目される。⁽¹³⁾ したがって、連邦最高裁は、どうしてその規範の文言が目的論的に還元されるべきなのか立ち入って理由づけなければならなかったであろう。別の同民事部によって言及されていないド民二〇四条一項一号に関する以下の立法理由の文言もまた最高裁の立場を支持する。「開始された手続きは権利者の満足に導きうる（例えば訴訟上の相殺）または三〇年の時効が関与する」という効果を伴った請求権の既判力を持った確定に導きうる。⁽¹⁴⁾ さらになる指示が、文言が同様にそれを放棄するにもかかわらず、仲裁裁判手続の開始のために請求権の正当化の徴表に固執する、ド民二〇四条一項一号の構造的に類似した停止規定に関する理由づけから引き出される。⁽¹⁵⁾

アルトハンマーによれば、かくしてその判決の方法論的な理由づけの弱さにもかかわらず、原告の実体的な正当化がさらに必要であるように思われる。時効法上の規定は、債務法改正後一般的に、内容上の首尾一貫性を十分な深さにおいて考察することなしに、立法者が構成要件の徴表を多かれ少なかれ新しい立法体系の統一化の理由から削除したことに懊悩している。しかし、ド民二〇四条一項一号について訴求者の実体的な正当化は、なお他の判例によっても学説によっても言及されていない理由に基づいて不可避的に必要である。その限りで以前の中断と同様時効の停止が歴史上の立法者の理由書に従って、主張された訴訟物による内容上の限界づけを見出すことを明らかにするに値する。⁽¹⁶⁾ この狭い結合は、時間とともに解消した。売買および請負上の担保請求権における時効中断の範

囲は、その限りですでに立法者自らにより拡大された。同じ経済的利益が争われている限り、ド民二二三条により通説の表現において最終的に訴訟物とは関係のない停止が実行される。⁽¹⁷⁾その規定は債務法現代化法に基づき、その文言に従い、同じ原因に基づいて選択的に請求権と並んでまたはその代わりに生じた請求権への時効停止、満了停止および更新への拡大を定める。かくして訴え提起による停止の範囲は、民法典の施行後訴訟物の限界を著しく拡大したのだから、請求の義務者の負担の加重を防ぐために、少なくとも他の確固たる変数、すなわち訴え提起者の実体的な正当化を維持することが考慮に値する。さもなければ任意の第三者が債務者の負担で時効を停止することができることになろう。そのため連邦最高裁は、正当にも他の請求権が問題になる場合には、訴えの授権または譲渡を要求する。それは義務者の保護に役立つ。これに反してケーラーが、同様な保護がすでに、訴え提起に際して訴訟物を個別化する、ド民訴二五三条二項二号の訴訟上の要件により存在すると述べる場合、⁽¹⁸⁾ド民二二三条の法律効果がはつきりしなくなる。その中に訴訟物とは無関係な停止を認める場合、その範囲は被告の視点から訴状から完全にはわからない。ド民二二三条の場合に客観的な原告の利益において整序された訴訟物の限界が越えられないことを認める場合ですら、それは従来の通説とは異なるが、被告の保護は権利者の訴えを必要とする。任意のまたは法定の訴訟担当者もまた権利者である。判例によれば、契約に基づいて第三者の損害の賠償を請求する権利を有する者は、被害者に自己の名前で損害賠償を訴求する権利を（黙示で）授与することができ、その場合は被害者の適時の訴えは、たとえその者が形式的な損害賠償請求権者でなくても、⁽¹⁹⁾ド商六一二条の除外期間を遵守したものである。任意のまたは法定の訴訟担当者もまた権利者である。このために不可避的に権利が存在しなければならぬことなく、客体に関する実体上の処分権が決定的である。その結果正当化のために取り立て権限、すなわち他人の請求権を自己に支払わせる授権でも構わない。隠匿された譲渡担保の場合に譲渡人は譲渡された請求権を原則とし

て権利者として主張し、時効を中断しうる。⁽²⁰⁾ 有効な任意の訴訟担当はその場合必要でない。⁽²¹⁾

(四八)

これに対して、無権利者の訴えは、権利者がこの手続き行為を後でド民一八五条二項一文（無権利者の処分行為の追認）に従って同意すべきであった場合でも、請求権の時効に遡及的影響を有しない。⁽²²⁾ その規定は、訴え提起が物権の処分と同じでないから、準用しえない。それゆえに弁護士の見点からは、進行する時効期間に関して訴え提起前に委任者の実体的な権利を吟味することが重要である。後で形式的理由から譲渡が無効であることがわかったら、請求権の時効において、特に譲渡人が合理的理由から手続きの開始を怠った場合、このような問題が引き起こされる。その場合常に譲受人から訴えられた債務者が予期せず請求権の時効の利益を受けることを妨げるために、誤ってなされた譲渡の取り立て授權への変更が考慮されうるであろう。⁽²³⁾

(c) 許容されない訴えによる時効の停止

アルトハンマーによれば、正当にも第三民事部は、当初から存在する損害賠償請求権の他の裁判所への係属が、譲受人の新しい訴えによる時効停止の妨げとはならないことも認めた。なぜならば、訴えの係属は、原告が請求権者および実体上の権利者になりうる、主張された請求権を譲渡する一当事者の権利（ド民訴二六五条一項）を排除しないからである。前主による後主への明示的な授權なしに前主が法定訴訟担当において法的紛争を続行する（ド民訴二六五条二項一文）。しかし、実体的な法的状況が変わらないことは、なお係属している前主の訴えがいわゆる関連性説 (Relevanztheorie) に従って後主への給付に変容することにおいて示される。⁽²⁴⁾ それがこの変容を行わないとしても、その訴えは譲渡にもかかわらず、時効を停止する。⁽²⁵⁾ 後主は判決にとって重要な事実関係において実体的な正当さを有していたが、必要な訴訟追行権能は有しなかったのだから、その訴えは基本的に許容されないが、

それはその他それとは別の訴え係属の抗弁に関しても（下民訴二六一一条三項一号）認められうる。⁽²⁶⁾ この当初の手續きの係属は本事例では訴えの取り下げによって後で終了した。その結果最高裁の第二の手續きは下民訴二六一一条三項一号に鑑みて不適法として棄却されえたのではなく、却下がなされえた。もちろん最高裁の見解によれば、当初典拠を示して関与させられた下民旧二一二条は部分的にのみ下民二〇四条二項に移行したが、許容されない訴えもまた時効の停止に導く。その限りで一義的な債務法現代化法の理由づけおよび不動の判例によれば、後で確定判決により不適法として棄却された訴えもまた、時効を停止する。⁽²⁸⁾ その限りで第三民事部は、その議論とともにより確かな基盤に移動しえた。かくして時効の停止にとって訴えを提起した者の実体的な権利で十分であり、その訴訟追行権の欠缺は無視しうる。シュトゥットガルト上級ラント裁判所の、実体的な権利の欠缺にも導く、清算または命じられた遺産管理の状況の指摘は、第三民事部が適切に明らかにしたように正しくない。実体的な権利者はこの場合破産管財人および遺産管理人である。このような見方は、時効の停止が最高裁によりすでに、原告が実体法上他人の請求権の取り立てを授權されているが、訴訟上の観点からは有効な訴訟担当の要件を欠いている状況について認められているがゆえにもまた、⁽²⁹⁾ 首尾一貫している。どの範囲で時効が停止するかの問題に際して、この停止ないし中断効が、歴史上の立法者の理由書に従って、既判力の（客観的）範囲と調和することもまた考慮されなければならない。それは、個人的な停止の範囲を正当化するために、この場合典拠をもつて下民訴二六五条三項、三二五條二項に従って主観的な既判力の拡大にも立ち戻ることを意味する。下民旧二〇九条の理由書には、「訴え提起は、請求権がそれによって裁判所の判断に服する限りで時効を中断する。この範囲でのみ判決は既判力および法的確信を作り出す」と明示的に述べられている。⁽³⁰⁾ このことは結果的に停止効が関与するがゆえに、適時に訴えた後主に對して下民二二四条の抗弁を義務者が援用することが否定されることに導く。⁽³¹⁾

(ハ) 請求の拡張、反訴と時効停止

(a) 控訴審における請求の拡張と反訴

訴え提起だけでなく、請求権者による反訴の提起もまた時効停止効を生じる。一部訴訟の場合は、訴えられた訴額の範囲で時効停止の効力を生じる⁽³²⁾。請求の拡張についても少なくともこの拡張時から拡張部分についての時効停止を認めることができよう。パウメルトは、近時の論文で控訴審における反訴や請求の拡張における時効停止効を問題とする。それによれば、控訴審においても時効停止という訴訟経済的な理由から請求の拡張（新しい訴えの客体の導入による真正な訴えの変更またはド民訴二六四条二号、三号による不真正な訴えの変更）または反訴をなすことが適切である。ド民訴五二二条二項により決定によつて控訴が棄却され、かつ最高裁判決によれば訴えの拡張または反訴がド民訴五二四二条二項を類推して無効になった場合でも、ド民二〇四一条一項一号の時効停止は存続する。既判力ある判決（ド民訴五二二条二項の決定）から六か月内に第一審の訴えが提起されたときは、時効は停止される。しかし、その場合効力がなくなった訴えの拡張ないし反訴および新訴の提起のための現実に認められるべき（割合的）費用負担は、ド民訴五二二条二項により判決がペンディングになっている事例では、控訴審における訴え拡張または反訴による時効停止の吸引力を妨げる。それ自体として訴訟経済的な企ては、費用上有利な控訴審における訴えの拡張または反訴の遂行が不可能であるため、ド民訴五二二条二項により一部決定の可能性の（典型的な）拒絶により本来の一見したところ明らかに理由のない控訴に関してのみ困難となる⁽³³⁾。

控訴により原則として第一審の訴訟書類から見うるすべての事実関係が、第一審によつて重視されなかったものや構成要件上明確に言及されなかったものも含めて直ちに控訴審に移った後、当該事実関係がすでに第一審で申し立てられていた場合は、ド民訴五三三一条一号により相手方が同意したかまたは裁判所が訴えの拡張を事物に適った

ものと認めるかどうかを問わないで原告は第二審で訴えを拡張する可能性を有する⁽³⁴⁾。従来訴えが補助的にこの事実関係を依拠していなかったことは、第一審で事実関係の基礎の上に訴えを拡張することと矛盾しない。ド民訴二六四条一項一号―三号により真正な訴え変更でない訴えの拡張は、それが第一審の事実関係に基づく限り、控訴審でも問題なく可能である。それに対して訴えの拡張が真正な訴えの変更に当たると認められる場合は、反訴におけると同様、ド民訴五三三条一号に従い、相手方の同意または裁判所による事物有益性の承認が必要である。この場合もまた訴えの拡張は、控訴裁判所が弁論および判決においてこれなくしてもド民訴五二九条により基礎にしなければならなかった事実のみ依拠しうる。事物有益性は、その判断において従来の訴訟遂行の結果が利用されえない新しい訴訟資料が問題になる場合にのみ否定されうる⁽³⁵⁾。真正な訴えの拡張ないし反訴となるためには、ド民訴五三三条二号のさるる要件を満たさなければならぬ⁽³⁶⁾。

控訴手続の過程で訴訟物の拡大された部分（一部訴訟提起の場合のさらなる支払行為）またはさらなるすでに第一審で提示された新しい訴訟物が時効にかかりそうな場合、訴訟経済的理由から、第一審でド民二〇四条一項一号によりさらなる訴えを起すのではなく、控訴審で原告として控訴の枠内でまたはド民訴五二四条の枠内で反訴を提起すること（附帯控訴）の枠内で拡張し、または被告として控訴の枠内でまたはド民訴五二四条の枠内で反訴を提起することが提案される。これに対して控訴審が訴訟の拡張または反訴を、不真正な訴え変更の場合は法律状態の否認により、例えば事物有益性において挫折させる場合は、これは単にド民二〇四条二項により時効が既判力ある判決後六か月で終了することに導くことになる。その結果その時までには時効停止のために第一審の訴えを提起すべきであろう⁽³⁷⁾。

訴えの拡張、反訴または不真正な訴えの拡張が問題なく認められる場合でも、ド民訴五二二条二項の決定により控訴手続が終了した場合はどうなるか。最高裁判決は、第一審の訴訟物に関わる控訴がド民訴五二二条二項により

棄却されたときは、控訴手続で提起された反訴、第二審の訴えの拡張および第二審の援助の申し立てはド民訴五四条四項によりその効力を失うとする。⁽³⁸⁾ ド民訴五四条が無効になった場合、この効力喪失は遡及しない。かくして原告ないし反訴原告はド民二〇四条二項により既判力ある判決後六か月内に新しい訴えを提起する可能性を有し、時効停止はこの場合にも可能である。⁽³⁹⁾

ド民訴五二二条二項により控訴が決定によって棄却された場合、誰が控訴費用を負担するか、また最高裁により判決されていない。ベルリン上級ラント裁判所 (KG) は、ド民訴五二二条二項の決定による控訴原告の控訴の棄却の場合、これにより効力を失う控訴被告の控訴の費用は通例その全部を控訴原告が負担すると判示した。⁽⁴⁰⁾ これに対して、控訴被告が第二審で訴えの拡張を行い、それがド民訴五二二条二項の控訴棄却となった場合は、訴えの拡張により無駄になった費用は、統一的な費用判決の枠内で通例控訴被告によって負担されるべきであり、その限りで分担が問題になる。⁽⁴¹⁾

(b) ド民二二三条

ド民二二三条は、時効の停止、満了停止および更新が、同じ原因から選択的にその請求権と並んでまたはその代りに発生する請求権にも適用されると規定する。これにつき最高裁の判例は、ド民二二三条の適用される複数の請求権の選択的な競合の場合であるかどうかについて、もっぱら法が債権者に一般的に複数の相互に排除する選択的な請求権を付与しているかどうかを標準となり、そこに規定された時効の停止または更新の効力を生ぜしめる措置により同じ瑕疵に基づく全部のド民四三七条に述べられた売買法上の追完—および担保権が含まれるとした。⁽⁴²⁾ またド民二二三条に規定された効力の拡張は、選択的に存在する請求権の範囲が訴えにより主張された請求権を超え

る場合にも適用される⁽⁴³⁾。

二〇一五年の最高裁判決⁽⁴⁴⁾の事例は以下のごとくである。二〇〇七年一月六日の文書による売買契約により私人としての原告が被告から去勢した雄馬を四万ユーロと八〇〇〇ユーロの価値があるとされた馬の引渡しと引き換えで購入した。売買契約書二条に雄馬の健康状態に関して獣医Kによる診察に基づく健康状態が合意されていた。Kはその馬に二〇〇七年一月二日に買い付け時検査を行い、様々な歩き方検査をして特に異常がないことを確認した。原告は二〇〇七年六月二日の文書で蹄の病気に罹っており、慢性的に麻痺しているという理由で契約解除の意思表示をした。しかし、原告は、二〇〇八年一月一五日の文書で一萬五〇〇〇ユーロの売買代金の減額を請求した。二〇〇八年九月一五日にラント裁判所になされた訴えで、原告は被告に一萬五〇〇〇ユーロと利息並びに裁判外の弁護士費用の支払を求めた。解除の意思表示で形成権が問題になるときは、減額への移行は排除されるという裁判所の指示により、二〇一三年二月一九日に裁判所に届けられた文書で訴えを変更した。その後原告は二〇〇七年六月二一日に表示された解除に基づいて、その雄馬の返還と引き換えの四万八〇〇〇ユーロ（売買代金および一緒に引き渡した馬）の返還、被告の受領遅滞の確定および将来生じる不可欠の費用の賠償の確定を訴求した。被告は時効の抗弁を提起。ラント裁判所は、一緒に引き渡した馬に支払われた八〇〇〇ユーロを除いて訴えを許容した。被告の控訴に対して上級ラント裁判所は、最後に主張された請求権は時効にかかったという理由で訴えを棄却した。同院により許容された上告により原告は第一審判決の回復を求めた。最高裁では上告が認められた。ド民二一三条に規定された複数の請求権が選択的に競合する事例が存在するかどうかの問題について、法が債権者に一般的に複数の相互に排除する請求権を選択的に付与したことがもっぱら標準となる。したがって、そこに規定された時効を停止しまたは時効の更新を生ぜしめる措置の効力の拡張によって、同じ瑕疵に基づく全部のド民四三七条に述べら

れた売買法上の追完—および担保権が包含される。そしてド民二一三条に規定された効力の拡張が、選択的に存在する請求権の範囲が訴えにより主張される請求権を超える場合にも適用されるというのがその趣旨である。

(二) 独立証拠申立手続と時効停止

ヘルムによれば、債務法現代化法により独立証拠手続の實行申立の送達が時効停止要件とされた(ド民二〇四一条七号)。旧規定では、これらの申し立ては、ド民旧四七七条二項、旧六三九一条一項により担保請求権の時効を中断した。瑕疵担保請求権以外の請求権が存在する場合、時効の停止に関する証拠申立のいかなる要件が満たされねばならないかが問題となるときは、ド民二〇四一条一項七号の停止要件は輪郭がわからなくなる。なぜならば、一方では、独立証拠手続は給付の訴えとは異なり、申し立ておよび生活事実関係から生じ、一義的な停止効の規定を可能にする訴訟上の請求権を反映しない。第二に、起草者はド民二〇四一条一項七号の規定を、それが停止効を生じするために、証拠申立のいかなる具体的な要件を満たさねばならないかについて指示することなしに定めている。したがって、申立人の請求権の時効を停止するために、証拠申立、特に請求の基礎および請求の方向の記述に関する要求はどのようになるのが検討される⁽⁴⁵⁾。

この問題につき判例⁽⁴⁶⁾は、停止が証拠の確保に関わる瑕疵についてのみ関与するという立場をとっている。したがって、申立人は、瑕疵の現状を十分に正確に記述し、かつそれを請負人の給付に合わせなければならぬ。グローテによれば、ド民訴四八五条以下(独立証拠手続)の枠内で申立人の法的保護の理由づけのために、請求権を十分に特定して名づける必要はない。しかし、申し立てが時効停止効を有する限り、これは十分でない。なぜならば、認識可能性の理由から権利追及措置は個別化された請求権についてのみ時効を停止するからである⁽⁴⁷⁾。しかし、

この請求権は実体法に基づくものであり、手続法に基づくものではないから、民事訴訟上の問題設定の判断の枠内よりも個別化への要求はより小さく課される。⁽⁴⁸⁾ グローテは、その場合瑕疵担保請求の場合を除き申立人が、時効停止効を惹起するためには、申し立て状に当該請求権を一義的に記載しなければならぬとするローレンツ／リーム⁽⁴⁹⁾を引用する。これに対してペーターズ／ヤコビは、請求権の詳細な記載は必要ではないが、請求権の基礎になっている事実は、時効の停止が生じる場合は、具体的に記載すべきだとする。彼らはそれゆえ、グローテにより立てられた要求に帰着する。⁽⁵⁰⁾ この要求は、この場合実体的権利が物的瑕疵関連性および徴候説 (Symptomtheorie) の形成に基づいて、時効停止を有効に生じさせるために、法適用者につかみやすい手がかりを与えるから、瑕疵に基づく請求権の枠内で容易に転換されうる。申立人は純粹な物的強制に基づいて通例証拠の提出される瑕疵の兆候を列挙し、かつ多かれ少なかれ正当な主張された瑕疵に基づく請求権をその申し立ての基礎とする。⁽⁵¹⁾

ヘルムによれば、ド民二〇四条一項七号の文言はド民訴四八五条以下の訴訟上の要件の指示と理解されうる。その結果申立人はもっぱら民事訴訟上必要な最小限の要件を満たし、かつ申立が裁判所により申立の相手方に送達されなければならない。それ以外の停止のための特別の要件は定められていない。最高裁判決によれば、債務法上権利のない申立人の申し立ての場合は、この者が請求権の譲渡などにより債務法上の権利を得たときから時効停止の効力が生じる。⁽⁵²⁾ 最高裁は、ド民二〇四条一項七号の最も重要な要件の一つ、すなわち申立が権利者により追完される、その結果追完されたときから停止の効力が生じるとする。この結果は、手続および停止が及ぶ事実関係が少なくとも手続の間債務者に知らされた場合に、債権者が継続的にその存続利益を犠牲にして不完全な申立の不利益を負担することが理解しえないがゆえに、時効ルールの意味および目的によって理由づけられる。この見解は、必要な具体化がしばしば専門家の鑑定との提出とともに可能となり、かつ申し立ての相手方がこの場合補完的質問や固

有の証拠申立のような訴訟上の措置をとる可能性を得るがゆえに、実際に役立つ結論にも導く。その他この結論はド民二〇三条一文の柔軟な規定によっても基礎づけられる。この場合でも協議が請求権を理由づける事情について、必要な具体化の程度に達したときから停止効が生じる。いずれの場合も証拠手続の間、遅くともその終結までに必要な前提が存在しなければならぬ⁽⁵³⁾。以下にヘルムの挙げる二つの事例を掲げよう。

〔事例一〕 隣の住宅の建設によって被害を受けた土地所有者は、通例私的な鑑定による検査または証拠手続の實行の前に個々のその技術的原因を指摘することはできない。したがって、通例建物の亀裂のような損害を隣の建物の建設との時間的、空間的關係のみを指摘して証明することになる。存在する実体的規範（ド民九〇六条二項二号、八二三条一項、二項、九〇九条）もまた、被害を受けた建物所有者の大抵は乏しい専門知識により内容を満たされえない。被害者は、通例具体的な違反行為も、法益侵害に導く不作為も、またありうる行為又は不作為と生じた法益侵害との因果關係も知らない。申立人は、このような事例で、証拠申立に基づいて、債務者の他の事實關係から区別される民事的関与を結論付け、この者にその請求権のための根拠を認める可能性を開く、請求権を基礎づける事情が生じる場合、ド民二〇四条一項七号の要件を満たす。それゆえ申立人は、申し立ての相手方が隣の住宅の建設の当事者として申立人の建物に生じた地盤の侵害のために生じた損害の賠償を請求されることを申し立てなければならぬ。さらに、建物建設と生じた建物被害との間の空間的、時間的關係の申し立てが必要である。その際に技術的な責任の厳密な申立は必要ではない。証拠手続の結果が先行すべきだとしても、それは申立人には要求されえないからである⁽⁵⁴⁾。さらに申立人は通例建築主と申し立ての相手方の間の契約協定を知らない。その結果どのような具体的な給付を申し立ての相手方が委託されたのか、また建物の損害に導いた義務違反が誰の責任に帰属す

るのかを彼は知りえない。しかし、かような記述は、申立の相手方の保護に値する利益を顧慮しても必要ではない。申立の相手方はその包括的な専門知識に基づいて通例固有の検査によりどの程度生じた侵害が彼の責めに帰しうるのか知りうるからである。⁽⁵⁵⁾ 申し立てはもちろん、申立人が建物に生じた損害のために請求権を主張することを意図していることを知らしめるものでなければならぬ。明示的な相隣関係法上または不法行為上の請求権の関連付けは、申立人が法定の債務関係に基づく請求権を主張することを申し立ての相手方が知りうる場合は、不要である。建築主と隣人の間に、申立人に建物損害の賠償のための固有の請求権の基礎を作り出す相隣関係合意が存在するときは異なる。この場合申立はこの相隣関係合意に基づいて権利を行使するかどうかを知らしめるものでなければならぬ。地盤の損害と並んで拡大財産損害も主張されることの指摘も同様には不要である。建物損害に関わる申し立ては、これが申立のときにまだ知られていなかった場合ですら、拡大財産損害による請求権もまた停止する。⁽⁵⁶⁾

〔事例二〕建物の瑕疵による証拠手続の実行の申し立ては、瑕疵担保請求権のための保証に基づく保証人に向けられた請求権もまた停止しない。⁽⁵⁷⁾ 協議による時効の停止の場合は保証人に対しても時効停止の効力が生じる。⁽⁵⁸⁾ 法的紛争を回避するというド民二〇三条によって追及される目的は、ド民七六八条二項の適用を禁止するが、ド民二〇四条一項七号の場合はこの限りでない。したがって、申立人は保証人に対する請求権を停止するためには、瑕疵保証の保証人に対しても証拠申立をなさねばならない。申立の拡張により証拠手続に保証人を引き入れることも十分ではない。保証人に対して請求権を基礎づける保証引き受けの事情が証明されねばならない。付従的な保証請求権は、保証された主債権の基礎となった事情と並んで保証引き受けの事情もまた証明されなければならないことを前提とする。したがって、保証は複写として呈示されるか、日付および書類の番号の陳述のもとに個別化されうる。

保証人がどのような具体的な保証に基づいて請求を受けるのかわかるようにしなければならぬ。さらに仲介人および建築施業者規則 (MABV) 七条による保証人の保証の引受に関する最高裁判決⁽⁶⁰⁾が注意に値する。この事件では、建物の構造物の買主である申立人が、独立の証拠手続において売主と保証人に対して専門家による数多くの建物の瑕疵の確定を申し立てた後、建築主契約の合意による解除に従って売主に対してド民八一二条一項一文の返還請求権を主張した。この場合最高裁は、ド民八一二条一項一文の請求権は、 MABV 七条の適用される請求権であるが、瑕疵に基づく請求権としては性質づけられず、その結果証拠の申し立てにより停止されないと結論に達した。この結論は、本事例の不当利得返還請求権が売買契約の解除に基づくものであり、証拠手続の客体である瑕疵に基づくものではないから、正当である⁽⁶¹⁾。賃借人が瑕疵により不当に支払った賃料の返還請求権をド民八一二条一項一文に基づいて請求し、証拠の確保のために瑕疵の専門家による確定に関する独立的証拠の申し立てをしたときは、事情が異なる。この場合証拠申立は疑いもなくド民八一二条一項一文の請求権もまた停止する。それに際して、時間的観点においてどの期間のために支払われた賃料が返還されるのか、賃借人と申し立ての相手方が知りうるように、いつから瑕疵が存在するのかが確定されるべきである。その判決は、明らかに保証の事例では、保証人に対する請求権の基礎になっている主債務が確定された瑕疵から生じ、かつ保証の引き受けが生じた事情が説明されたかどうかが厳密に検討されねばならない⁽⁶²⁾。

(ホ) 債務者の宛先不明の場合

債務者の実際の宛先がわからないと債権者の権利追及は困難となる。訴えまたは督促状はそれが送達されたときに初めて時効停止効を生じる。ペーターズによれば、この場合時効を停止させうる規定を求めると、不可抗力によ

る停止を定めるド民二〇六条を挙げうる。債務者の宛先がわからない場合、この事由が認められるか。債務者の現実の宛先が経験上もたらされる場合は、居住民登録局または従来の債務者の宛先への照会をすることが考えられる。親戚または知人との連絡をとることが有益な場合もある。その場合ド民二〇六条の時効の停止は問題とならない。それと並んで現実の債務者の宛先が最高の注意をもってしても突き止められない場合もある。それはド民訴一八五条一号が訴えまたは督促命令の公示送達を許容する場合である。そうでない場合は、不可抗力による時効の停止が問題になる。ド民二〇六条が時効期間の最後の六か月のみに関わるとしても、長く継続する時効の停止を生じる。一般的にはこの最後の六か月間は継続的に更新される。かような不動状態は債務者に歓迎されるものではない。高い蓋然性を伴った訴えまたは督促命令の公示送達は、請求権が既判力を持つという彼にとつて不利益な結果を生じるとしても、債権者がそれを知ることなしに宛先が変更されたことが債務者の領域内の出来事であることも看過されえない。この場合通例問題となる契約上の債務者は、ド民二四一条二項により命じられる債権者の利益の考慮を期待されえない。しかし、この強制的に公示送達を指示することは、同時に債権者が公示送達の許可を申し立てない場合に、時効の抗弁を援用する可能性を債務者に開くことを意味する。債務者は複線的に、その宛先を探しうる、すなわち不可抗力ではない、またはそれを探求しえないが、同様に不可抗力ではないと抗弁しうる。⁶³⁾

二〇〇八年には債権者（銀行）が信用契約の保証人の住所を把握できなかったという事件に関する判決が最高裁で判示された。原告は一九九三年六月一八日に被告の息子に金銭を貸し付け、七六〇〇マルクの範囲でその保証人となった。主債務者が弁済をしなかったため、原告は遅くとも二〇〇一年に消費貸借を告知し、二〇〇四年一月二三日に保証人に請求した。そして同月二八日には未払金について督促命令を求めた。被告が原告によって指示された宛先にもはや住んでいなかったため、二〇〇五年一月四日に最初に出た督促命令は被告に届けられなかった。

さらに二度原告によって行われた住所への送達の試みも奏功せず、ついに二〇〇五年四月二十七日になって初めて原告は被告の正しい住所を知り、同月三〇日に送達がなされた。被告が異議を申し立て、同年五月一〇日に原告にこのことが通知された。原審は、本事例では二〇〇二年中に主債務とともに保証債務の弁済期も到来し、二〇〇二年一月一日から時効が進行を開始する(下民一九五条、一九九条、下民施行法二二九条 *para. 6* 一項および四項)、このときまでに原告は被告が誰であるかおよび保証債務に基づく支払い義務を知っていた、時効は二〇〇四年二月三十一日に満了すべきであったが、二〇〇四年二月二十八日に督促の申し立ての到達により停止した、しかし停止の効力は、原告が手続を六か月間行わなかったため、二〇〇五年一月一〇日に終了したとし、原告の請求を棄却した。しかし、最高裁は、二〇〇一年に時効進行の開始の要件である主観的要件が満たされていないとした。債務者が誰であるかを知ることが、債権者の訴えが奏功するための一般的な前提である。そのためには特に債務者の名前および宛先を知ることが必要である。この事例で債権者に債務者の宛先を知らなかったことについて重過失があったかという点、これも否定される。保証債務の債権者としての銀行は、保証に基づく請求権がすでに契約締結時ではなく、主債務の弁済期の到来とともに発生することを考慮に入れるべきである。保証人が保証契約締結後転居した場合保証人にはそれを告知する義務はないから、銀行は自己の責任で、保証人の住所が変わっていないか、特別の事情で転居の事実を知っている場合を除き、その新居がどこであるか確認しなければならなくなる。このような考慮から二〇〇二年一月一日までに原告が被告の住所を知らなくても重過失があるとはいえないといえる。⁽⁶⁴⁾

しかし、ペーターズは、この判決を保証債務の事例に関するものとし、一般化はできないと考えているようである。一般的には、債権者は債務者の宛先を探求する義務があり、宛先がわからなくても当然には時効の進行は停止

されない。債権者がド民二〇六条の枠内で公示送達の可能性を利用する義務があるかどうかの選択肢の考量は簡単でない。しかし、総括的に公示送達の可能性が、債権者がド民二〇六条が規定するように不可抗力により、すなわち絶対に避けえない方法で権利の追及を妨げられることを排除することから出発すべきである。債権者の債務者の宛先の不知の場合、ド民一九九条一項二号の規定は原始的な、債権発生時に存在するもので、二〇〇二年一月一日から基礎づけられた請求権に適用される。後発的に債権者が知らない場合は、ド民二〇六条がド民一九九条一項二号に代わって適用され、債権者がその請求権の時効を回避しようとすれば、ド民一九五条、一九九条一項の期間内にすべての考えられる限りの努力をし、債務者の現実の宛先を確保する義務を負う。それが役立たない場合は、彼は、ド民二〇四条一項の時効停止措置である公示送達の許可を申し立てねばならない。⁽⁶⁵⁾

(ハ) 督促手続

ドイツの採用した三年プラスアルファで通常の時効が完成し、しかも時効中断事由が制限された新時効法制のもとでは、必然的に債権者は最も簡単な方法で時効を停止する方法を求めることが考えられる。新債務法は、督促命令が債務者に送達されたときを時効停止事由に加えている(ド民二〇四条一項三号)。現行法上はさらに、ヨーロッパ督促手続の導入に関する二〇〇六年一月二日のヨーロッパ議会および理事会規則に従ったヨーロッパ支払命令の送達にも時効停止の効力が付与されている。督促命令の送達に時効停止効力が付与されているという点については、ドイツ民事訴訟法には、督促命令が遅滞なく送達された場合に、停止の効力が申立の到達時に遡及すると規定されている(一六七条)。送達の遅滞のリスクを債権者に負担させないという趣旨である。ドイツ民事訴訟法にはさらに、督促の申し立てが却下された場合でも、申し立ての却下の送達から一か月内に訴状が提出され、これが直

ちに送達されたときは、時効停止の効力が生じると規定されている(六九一条二項)。

督促命令が実効性を有するためには、どのような具体的な請求権が主張されているのかがわかるように、督促命令に表示される請求権が個別化されていることが必要である(下民訴六九〇条一項三号)。しかし、この個別化要件は、例えば損害賠償義務者が損害の費目を知りえた場合は、債権者が督促命令においてその細目を記載するに及ばない。⁽⁶⁷⁾

シュルツ弁護士は、督促命令の送達による時効停止が問題になる事例として、投資家が投資勧誘者および投資仲介者に対して損害賠償を請求する場合を挙げている。この場合の損害賠償請求権も通常の時効に服する。⁽⁶⁸⁾ それらは投資判断の結果の賠償に向けられている。時効を停止するためにしばしば出資額について督促命令が申し立てられる(下民二〇四条一項三号)。多くの投資家は彼らの請求権が時効にかかることを恐れて督促手続きを選択する。訴訟提起に比べて、督促手続きは請求権を基礎づける事情を直ちに列挙し、証明する必要がないという利益を有する。督促手続きに接して訴訟が開始する場合は、相手方はほとんどの事例で時効の抗弁を提起する。その場合裁判所は、投資家が督促命令を得て、それが送達されたことにより、時効が有効に停止されたかどうかを問題にする。投資額について督促命令を申し立てた投資家は、申し立てにおいてその請求権が反対給付にかかっていないことを説明するか、または彼の給付請求権が反対給付にかかっていないが、それがすでに給付されたことを言明するかしたからである。これらのいずれかがなければ、督促命令の申し立ては下民訴六九一条一項一号により却下されていたであろう。下民訴六八八条二項二号によれば、請求権の主張がまだなされていない反対給付に依存する場合は、督促手続きは使えない。債権者の説明が正当であるかどうかは著しく不安定である。債権者が投資額を手元にまだ持っている場合もある。当事者の言明が正しいかどうか、督促命令の送達が時効を停止したことが認められるかと

うかは、申し立ての後で検討される。督促手続きが有効になったときに、停止効が下民二〇四条一項三号に従ってすでに生じたとしても、すなわち、停止効が督促命令の許容に依存しないとしても、この検討は要請される。⁽⁶⁹⁾ なぜならば、有効性のほかに権利濫用が問題になるからである。⁽⁷⁰⁾ それゆえにこの場合督促命令の送達が時効を停止するかどうかの決定は、請求権が反対給付にかかっていない、またはすでに反対給付を給付したと言明し、かつ督促命令の送達が時効を停止したという立場をとる投資家の行為が権利濫用となるかどうかにかかるとなる。⁽⁷¹⁾

投資家の保護にとって特別の意味をもつものは、二〇一一年の最高裁判決⁽⁷²⁾によって引用された、二〇〇七年のミュンヘン上級ラント裁判所の判決⁽⁷³⁾である。ミュンヘン上級ラント裁判所は、狭い意味における、すなわち類型的な信頼による説明責任に基づく投資家の請求権の時効を扱った。投資家は、督促命令の取得に際してその請求権が反対給付にかからないと説明した。投資家がそれにもかかわらず時効の停止効を強く主張したことをミュンヘン上級ラント裁判所は権利濫用だとする。投資家は、損害賠償としてファンドへの出資の清算を請求しうが、その請求権は請求権の相手方へのファンドの持ち分の移転と引き換えの出捐された投資額の返還のみを目的としているというのである。投資家は督促手続きの申し立てにおいて見うるところその申し立ての不適法却下を避けることが問題になったがゆえに、その請求権が反対給付にかかっていないと説明した。投資家は、後で督促命令の送達の時効停止効を援用する場合に、督促命令を申し立てたという形式的な法的地位を用いる。この判例には若干の他の裁判所が従った。⁽⁷⁴⁾ コブレントツ上級ラント裁判所は異なった判断をした。⁽⁷⁵⁾ 権利濫用の問題に触れることなしに、督促命令の送達が、請求権の主張がまだなされていない反対給付にかかる場合にも、時効を停止することが認められた。⁽⁷⁶⁾

督促命令の送達は、その投資決定から彼に生じる損害の賠償を請求するために、投資家が投資額の範囲でそれを主張し、かつそれゆえに彼が事物に従ってまだ彼がなお有している投資の清算を求める場合にも請求権の時効の停

止を惹起する。まず投資家の損害賠償請求権が反対給付にかかるかどうかが問題とされうる。投資勧誘員にも投資仲介者にも投資家の損害賠償請求権に対してド民三二〇条（同時履行）の抗弁が帰属しないのだから、投資家が投資額を取り返し、また投資を自ら保持もしていない限り、少なくとも彼がド民二七三条の留置権を主張しうるかどうかの問題となる。ド民訴六八八条（督促手続）の意味の反対給付の依存性を留置権が基礎づけるかどうかはこの場合問題の中心とはならない。なぜならば、ド民二七三条の意味の留置権が督促手続きの不許用をもたらす場合ですら、どうして投資勧誘者または投資仲介者にそれが帰するか理由付けが必要だからである。投資家の損害賠償請求権が反対給付にかかることを認め、それゆえに投資家が投資を有している場合、督促手続きをド民訴六八八条二項二号により許容されないとする者もまた留置権の発生のための理由づけを与えない。みうるところ彼らは、ド民二七三条の留置権の存在をもっぱら投資家が投資額の返還を投資の結果との引き換えのみ請求しうることに導いている。この理由付けは不十分である。なぜならば、債権者が同時履行判決以上のものではなく、それのみを求めうる場合ですら、その請求権のこの制限は請求の相手方の留置権に基づかないからである。ド民二七三条は一旦は債権者に対する期限の到来した請求権を前提とする。かような申し立ての相手方の請求権は申立人もまた、申し立ての相手方に投資の返還を請求する彼の義務を侵害した場合にのみ存在することになる。しかし、かような申立人の義務違反は、投資の結果に対する相手方の請求のための他の固有の請求権の基礎と同様に考えられない。したがって、債権者が成果のための出費の返還を持ち分の譲渡と引き換えのみ請求しうることは、ド民二七三条からは導かれない。この中間の成果は、もちろん、投資家が投資決定から彼に生じた損害の賠償を請求する場合に、彼がそれをなお有している場合、持ち分を保持しうることを意味するものではない。むしろ債務者が惹起し、不利な契約の締結において存在する損害の特殊性に基づく債権者の請求権の制限が生じる。債務者は債

権者を彼が不利な契約を締結しなかった場合のような状況に置かねばならないがゆえに、彼は彼をそのような状況に置かねばならないが、彼をそれ以上有利な状況に置く必要はない。そのためにのみ債権者は彼に移転した客体(投資)を保持することは許され⁽⁷⁸⁾ない。

二〇一一年の第八民事部判決⁽⁷⁹⁾から異なった結論は導かれない。その中で最高裁は、督促命令の無効だけでなく、申立人の権利濫用もまた、督促命令の送達から時効停止効を奪うことに導くという考えが問題になる限りにおいて二〇〇七年ミュンヘン上級ラント裁判所判決を引用した。督促命令の申し立てにおいてその請求権が反対給付にかからない、または反対給付にかかるが、すでに給付されたと説明する投資家が、督促命令を申し立てる権利を濫用していることを最高裁は判決する必要がなかった。この問題につきそれは事実上も何も述べていない⁽⁸⁰⁾。

投資家の損害賠償請求権が下民訴六八八条二項二号の意味の反対給付にかからないことは、投資額について督促命令を申し立てた投資家が権利濫用的に行為し、その結果督促命令の送達が時効を停止しないかどうかの問題の解答に決定的な意味を有する。事実上時効を停止する効果は考えられるすべての事例で否定されえない。①投資家が損害賠償請求権が反対給付に依存していないと表明する場合、その表明は適切である。したがってこの場合そのように表明した投資家は権利を濫用したものではない。もちろん投資を自らなお保持している投資家は彼に帰属するより多いものを請求する。しかし、この過大請求は権利濫用とならない。なぜならば、停止効が督促命令の許容性と結びつかないように、それは申立人が貫徹しうる請求権の基礎と結びつかないからである。全く一般的に停止と結びついた時効の延期は法律上手続きの開始とは無関係である⁽⁸¹⁾。このような解決の正しさは、投資家がその出資を譲渡し、それゆえにその成果の返還をもちやめない事例が示す。彼が取得者から投資のために対価を取得した場合、彼の損害賠償請求権は、彼によってなされた弁済と取得者が彼になした支払いの差額に制限される。かよう

な投資家が差額でなく、減額されない額において督促命令を申し立てたときは、彼の請求は多すぎるが、時効の停止のための督促手続きを濫用するものではない。その場合かような濫用は、彼がまだ投資の保持者であるにもかかわらず、投資家が同様にその投資の全額において督促命令を要求する事例でも、基礎づけられない。②投資をなお保有している投資家として、彼の請求権が反対給付にかかっているが、すでに履行されたと説明する者も、時効を停止する効力に到達するために、同様に督促手続きを濫用するものではない。もちろん彼の説明の最初の部分は、彼の請求権の制限（投資の返還と引き換えの給付の請求）が、申立人が反対給付をなす必要がなかったことではなく、もっぱら彼の被った損害の特殊性から生じるがゆえに、実体法上不当である。しかし、申立人の説明の不当な最初の一部は、申し立ての相手方にとって有利であり、それゆえに、申立人に権利濫用を非難することは不適切である。反対給付がすでになされたという彼の説明の二番目の部分は、第一の部分と同様に不当であり、かつそれを超えて申立の相手方にとって不利である。しかし、申立人は、結局最初の部分から彼に生じた不利益のみを調整するにすぎない。それゆえ、彼の説明の不当は同様に、権利濫用により督促命令の時効停止効を否定するために十分でない不当な過大請求においてのみ存在する⁽⁸²⁾。

投資家は、その投資をなお有し、それゆえに投資額の返還と引き換えでのみ成果の返還を請求しうる場合でも、督促手続きを選択しうる。彼がこのようにして過大に請求することは、彼によってなされた督促命令の時効停止効を変えない。権利濫用の避難を避け、彼によってなされた督促命令の送達の時効停止効への疑問を払しょくするために、督促手続きに訴えた投資家は、それゆえにこれ以上何も行うに及ばない。彼は特に、申し立てまたは督促命令の取得の前に、手続き外で投資の成果の返還に関して必要な表明をなす必要はない。そのための準備もまた彼は表明する必要はない。もちろん用意周到にそのように行動した場合、権利濫用の避難の基礎は存しない。督促手続

きがこの場合主張された見解に反してなされず、かつ督促手続きをなさしめるために、債務者の承認の遅滞もまた十分でない場合です。この結論になる。投資家がかような正当な見解によれば余計な表示の決定をしたときは、彼は彼に帰属する損害賠償を取得することを確実にすることなしに、用意周到な表示により投資を失うことから保護されねばならない。督促命令の送達により時効を停止するために、投資家がかような用意周到さなしにも督促手続きを濫用しないことが確保されるべきである。⁽⁸³⁾

注

- (1) 見本訴訟 (Musterverfahren) とは、例えば投資勧誘員の誤った説明により多数の被害者が出てそれらの者が損害賠償請求訴訟を起こした場合において、少なくとも一〇件の個々の損害賠償請求手続で同様な事件が裁判所に係属している場合には、被害者の負担を軽減するために統一的に上級ラント裁判所ですべての原告について拘束的効力をもって判決されるものである (投資家—見本訴訟法)。ドイツではその他納税者による租税訴訟手続などでも見本訴訟が認められている (Beschl. des BVerfG v. 7. 7. 2010, Az.: 2 BvL 14/02, 2 BvL 1/03)。
- (2) 後出BGH, NJW 1999, S. 3707 (注5) ; 後出BGH, NJW 2010, S. 2270 (注6)。
- (3) 前出BGH, NJW 2011, S. 2193 (注8)。
- (4) Kähler, Verjährungshemmung nur bei Klage des Berechtigten?, NJW 2006, S. 1769; Rabe, NJW 2006, S. 3089.
- (5) Althammer, Verjährungshemmung durch unzulässige Klage des Rechtsnachfolgers, NJW 2011, S. 2173.
- (6) RG, Urt. v. 29. 9. 1902, RGZ 52, S. 181 (債権が譲渡されたが、債務者がその事実を知らない場合、譲渡人は消滅時効の中断行為をなそうとした。本判決は、債務者に譲渡通知がなされるまで譲渡人に債権が帰属するという立場に立つこと) ; RG, Urt. v. 5. 11. 1914, RGZ 85, S. 424 (電報局に勤務している女性が電流による事故で負傷した場合に、損害

- を弁償した郵政金庫が国に代位請求した事例。請求権の譲渡または法定移転後に中断するのは取得者である) : BGH, Urt. v. 16. 9. 1999, NJW 1999, S. 3707 (訴訟担当者による督促命令の申し立てに関する) : BGH, Versäumnisurt. v. 20. 9. 2004, NJW-RR 2005, S. 504 (債権譲渡が実際は取り立て授權であった場合、被授權者からの時効中断を認めた)。債権法改正後 : BGH, Urt. v. 29. 10. 2009, NJW 2010, S. 2270.
- (7) Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 631.
- (8) BGH, Urt. v. 9. 12. 2010, NJW 2011, S. 2193 (裁判所に係属中の請求権が譲渡され、この前訴係属中に譲受人が訴えを起した場合は、新訴は時効を停止せよとした) : 前出BGH, NJW 2010, S. 2270 (3 注6)。
- (9) Althammer, NJW 2011, S. 2173.
- (10) BGH, Urt. v. 6. 12. 2007, BGHZ 175, S. 1 = NJW 2008, S. 519 (補充的に責任を負う公証人に対する訴えにおいて第一次的に責任を負う税理士に対して訴訟告知をすることは許容されないとした)。
- (11) 同註 : Köhler, NJW 2006, S. 1770.
- (12) Köhler, NJW 2006, S. 1770.
- (13) 前出BGHZ 175, S. 1 = NJW 2008, S. 519 (3 注10)。
- (14) Canaris, aa.O., S. 631.
- (15) Canaris, aa.O., S. 635.
- (16) Mugdan, Die gesammten Materialien zum BGB, 1899, Bd. 1, S. 532 : 後出BGH, NJW 1999, S. 2110 (3 注20) : BGH, Urt. v. 21. 3. 2000, NJW 2000 S. 2678 (節税手続をたどらなかったという理由で税理士に対して起された訴えは、税理士がそもそも租税負担を軽減する義務を負っているかどうかとは無関係な損害賠償請求権の時効を中断しないとした)。
- (17) Canaris, aa.O., S. 646.

- (18) Kähler, NJW 2006, S. 1772.
- (19) BGH, Urt. v. 26. 9. 1957, BGHZ 25, S. 250 = NJW 1957, S. 1838; 前出BGH, NJW 1999, S. 3707 (c 注6); 前出BGH, NJW 2010, S. 2270 (c 注9)。
- (20) BGH, Urt. v. 23. 3. 1999, NJW 1999, S. 2110 (譲渡が公になった後に訴えを事後的に譲受人への支払に変容することは訴えの変更にはならぬ); 前出BGH, NJW 1999, S. 3707 (c 注6)。
- (21) BGH, Urt. v. 3. 7. 1980, BGHZ 78, S. 1 = NJW 1980, S. 2461 (共同相続人の一人が当初生前被相続人から遺産たる土地の処分を受けた被告に共同相続財産の遺言執行者として請求したが(下民二二八七条)、実際は各共同相続人からの請求であり、他の共同相続人はその後訴訟参加した事例で、遺言執行者としての資格では許容された訴訟上の資格を欠くが、下民田二〇九条一項の時効中断に必要な権利者として扱われうるとした); Althammer, NJW 2011, S. 2174.
- (22) BGH, Urt. v. 26. 11. 1957, NJW 1958, S. 338 (ある者が訴訟遂行についての特別の授權なしに他人の請求権を自己の名前で追及したときは、時効中断の効果は生じない。これは原告がその請求権を法的紛争中に(例えば譲渡により)取得し、従来の債権者がその訴訟遂行に同意した場合も同様である)。
- (23) Althammer, NJW 2011, S. 2174.
- (24) BGH, Urt. v. 12. 3. 1986, ZfP 1986, S. 583 (原告が被告に賃料を請求したが、一九八三年七月一八日の保管命令により保管者が、次いで一九八三年一〇月一三日の破産宣告により破産管財人が原告となった。賃借人は一九八三年六月分の賃料を呈示された譲渡證書に基づいて譲受人たる経営責任者に支払った。原告勝訴)。
- (25) BGH, Urt. v. 20. 10. 1983, NJW 1984, S. 2102 (建設機械の製造者(被告)と言って販売契約を結んでいた者(原告)が未払い報酬(手数料)の支払を求めたが、原告は紛争途中でその手数料請求権を第三者に譲渡した。最高裁は、原告が請求権を下民田二二一条一文の法的紛争の休止中に譲渡し、訴えの申し立てを譲受人への被告の支払判決に変容しない場合でも時効は中断されるとした)。

- (26) OLG Koblenz, Urt. v. 19. 1. 1989, NJW-RR 1990, S. 1023 (原告が訴訟係属後請求権を譲渡したときは、被告に対する譲受人の新たな訴えに対して訴訟係属の抗弁が提起されうる。最初の訴訟の判決が譲受人にも効力を有するからである。最初の訴えが確認の訴えで、後の訴えが給付の訴えであるときはこの限りでない)。
- (27) BGH, Urt. v. 28. 9. 2004, BGHZ 160, S. 259 = NJW 2004, S. 3772 (破産管財人(原告)が否認権を行使するために被告を含む六八人の債権者に対する訴えの共通裁判所の指定を裁判所に申し立てた事例)：前出BGHZ 175, S. 1 = NJW 2008, S. 519 (3注10)：BGH, Urt. v. 19. 1. 1994, NJW-RR 1994, S. 514 (付加利得請求権につき、給付の申し立て以外主張(家屋敷の共有持ち分の移転申立)がなされた事例)。
- (28) Canaris, aa.O., S. 639.
- (29) 前掲BGHZ 78, S. 1 = NJW 1980, S. 2461 (3注21)。
- (30) Mugdan, aa.O., S. 532.
- (31) Althammer, NJW 2011, S. 2174-2175.
- (32) Palandt, Komm. z. BGB, 74. Aufl., 2015, S. 236 [Ellenberger].
- (33) Baumert, Klagerweiterung und Widerklage in der Berufungsinstanz zur Verjährungshemmung, NJ 2014, S. 149-150.
- (34) BGH, Urt. v. 22. 4. 2010, NZI 2010, S. 565 (投資で損失を受けた者が控訴審で訴額を増額した事例)。
- (35) BGH, Urt. v. 11. 5. 2009, NJW 2009, S. 2886 (株式配当金の新たな支払い請求権は、当初の請求権である報酬返還請求権とは異なるが、それだけではその事物有益性を否定するものではなく、本件では新たに主張された請求権は、それまでの訴訟遂行の結果が評価されえない、全く新たな訴訟の素材ではないとした)。
- (36) Baumert, NJ 2014, S. 146-147.
- (37) Baumert, NJ 2014, S. 147.

- (38) BGH, Urt. v. 24. 10. 2013, NJW 2014, S. 151.
- (39) Baumert, NJ 2014, S. 148-149.
- (40) KG, BeckRS 2013, 20345.
- (41) Baumert, NJ 2014, S. 149.
- (42) BGH, Urt. v. 8. 12. 2009, NJW 2010, S. 1284.
- (43) BGH, Urt. v. 10. 1. 1972, BGHZ 58, S. 30; BGH, Urt. v. 18. 3. 1976, BGHZ 66, S. 142.
- (44) BGH, Urt. v. 29. 4. 2015, NJW 2015, S. 2109.
- (45) Helm, Anforderungen an die Formulierung des selbständigen Beweisantrags zur Hemmung der Verjährung, NZBau 2011, S. 328.
- (46) 前註BGHZ 175, S. 161 = NJW 2008, S. 1729 (2 社註)。
- (47) MünchKomm. z. BGB, Bd. 1, 7. Aufl., S. 2302-2303 [Grothe].
- (48) Helm, NZBau 2011, S. 328.
- (49) Lorenz/Riehm, Lehrb. z. neuen Schuldrecht, 2002, S. 37.
- (50) Staudinger, Komm. z. BGB., 2009, para. 204 Rdnr. 70 [Peters/Jacoby].
- (51) Helm, NZBau 2011, S. 328.
- (52) BGH, Urt. v. 4. 3. 1993, NJW 1993, S. 1916 (時効中断効)。
- (53) Helm, NZBau 2011, S. 333.
- (54) 建物の瑕疵に關し、BGH, NZBau 2003, S. 501.
- (55) BGH, Versäumnisurt. v. 14. 7. 2010, NJW-RR 2010, S. 1455 (建物賃貸人が賃借人に賃貸借期間中にその加害によって生じた損害の賠償を請求した事例)。

- (56) Helm, NZBau 2011, S. 333-334.
- (57) BGH, Urt. v. 9. 7. 1998, BGHZ 139, S. 214 = NJW 1998, S. 2972 (原告の父親(主債務者)に対して税理士業務に基づく報酬請求権を有していた被告が、保証人たる原告の財産に強制執行をしたため、原告が時効を理由に強制執行不許の訴えを起こした。最高裁は、主債務の消滅時効の中断は保証債務に及ばないと判示した)。
- (58) BGH, Urt. v. 14. 7. 2009, NJW-RR 2010, S. 975.
- (59) 下民七六八条二項「保証人は、主債務者が抗弁を放棄することによってその抗弁を失わない。」
- (60) 前出BGHZ 175, S. 161 = NJW 2008, S. 1729 (2 注53)。
- (61) Helm, NZBau 2011, S. 334.
- (62) Helm, NZBau 2011, S. 334.
- (63) Peters, Die Verjährung in Fällen unbekannter Anschrift des Schuldners, NJW 2012, S. 2557.
- (64) BGH, Urt. v. 23. 9. 2008, ZIP 2008, S. 2167.
- (65) Peters, NJW 2012, S. 2557-2558; 反対: Chab, AnwBl 2013, S. 822 (加害者の住所も知られていなければならぬ)。
- (66) EG Nr. 1896/2006, ABl. EU Nr. L 399 S. 1.
- (67) BGH, Urt. v. 17. 11. 2010, NJW 2011, S. 613 (督促命令が賃貸借契約に基づく損害賠償請求権とだけ表示されていたが、被告がそれがどのような内容であるかを知らなかった場合)。
- (68) 前出BGHZ 196, S. 233 = NJW 2013, S. 1801 (2 注74); 前出BGH, NJW 2013, S. 448 (2 注76); BGH, Urt. v. 27. 5. 2008, NJW-RR 2008, S. 1495 (契約締結上の過失責任)。
- (69) Vgl. BGH, Urt. v. 21. 12. 2011, NJW 2012, S. 995 (督促命令の申し立てが、反対給付がすでになされたという虚偽の表示を含むことを知りつつなされた場合、時効停止の援用は権利の濫用である): BGH, Urt. v. 12. 4. 2007, BGHZ 172, S. 42 = NJW 2007, S. 1952 (瑕疵除去費用の前払い請求権の時効中断につき、請求権のすべての要件が存在していなく

しめかちらるゝた)。

- (70) 前出BGHZ 160, S. 259 = NJW 2004, S. 3772 (3 注27)。
- (71) Schulz, Missbrauch des Mahnverfahrens durch Kapitalanleger?, NJW 2014, S. 827.
- (72) 前出BGH, NJW 2012, S. 995 (2 注70)。
- (73) OLG München, Urt. v. 4. 12. 2007, BeckRS 2010, 00584.
- (74) LG Coburg, Urt. v. 26. 7. 2013-22 O 407/12, BeckRS 2014, 00955; LG Hanau, Urt. v. 27. 8. 2013-4 O 724/12など。
- (75) OLG Koblenz, NJOZ 2005, S. 1997 = OLG-Report 2005, S. 349.
- (76) Schulz, NJW 2014, S. 827.
- (77) Vgl. BGH, Urt. v. 15. 1. 2009, NJW-RR 2009, S. 603 (投資助言者の誤った助言に基づく損害賠償請求権(第三者に支払った代金の返還請求権)は、投資家が第三者から取得した投資の引渡しと引き換えて請求しうる): BGH, Urt. v. 13. 1. 2004, NJW 2004, S. 1868 (銀行が顧客に貸貸用物件への投資を勧めた事例): BGH, Urt. v. 18. 12. 1981, NJW 1982, S. 1145 (仲買人の積極的契約侵害による責任が問題になった)。
- (78) Schulz, NJW 2014, S. 828. Vgl. BGH, Versäumnisurt. v. 6. 2. 2006, NJW 2006, S. 2042; 前出BGH, NJW 1982, S. 1145 (3 注27): BGH, Urt. v. 6. 10. 1980, BGHZ 79, S. 337 = NJW 1981, S. 1449 (会社に対する財産分割請求権の移転と引き換えの賠償請求権を許容した)。
- (79) Vgl. 前出BGH, NJW 2012, S. 995 (3 注69)。
- (80) Schulz, NJW 2014, S. 828.
- (81) Vgl. 前出BGHZ 160, S. 259 = NJW 2004, S. 3772 (3 注27)。
- (82) Schulz, NJW 2014, S. 828-829.
- (83) Schulz, NJW 2014, S. 829.