書面表示の「到達」を判断する際に 相手方の事情を考慮に入れるべきか

「通常の状況下で取引通念を考慮した相手方の了知期待可能性」を中心に

臼 井 豊*

目 次

- 1 はじめに
- 2 判例・学説の動向
- 3 BGH 2007年12月 5 日判決 (BGH 大晦日判決)
- 4 ライポルトの「21世紀の意思表示の到達」像
- 5 おわりに――拙見の再検証をかねて――

1 はじめに

(1) a 「受領を要する意思表示¹⁾をすること(Abgabe empfangsbedürftiger Willenserklärung,以下,意思表示の発信と略称する)」とは,「表意者(Erklärender)が効果意思を外部に向けて表出する(äußeren)こと」,敷衍すれば,「表意者が,通常の状況下で(unter normalen Umständen,より平易な表現では,通常であれば)到達が期待できるよう,表示を意図的に(willentlich)相手方に向けて流通させている(in den Verkehr gebracht haben)こと」と定義される²⁾。本稿で考察する「隔地者に対する書面による意思表示(schriftliche Willenserklärung gegenüber einem Abwesenden,以下,書面表示と略称する)」について言えば,表意者が完成させた書面

^{*} うすい・ゆたか 立命館大学法学部教授

を特定の名宛人(ein bestimmter Adressat)である表示相手方(Erklärungsgegner,以下,相手方と略称する)に向けて,通常の状況下でこの者への到達を期待できるよう発送する時点,たとえば郵便ポストに投函した,あるいは表示使者(Erklärungsbote)に伝達を委託した段階で,書面表示は発信されたことになる³)。しかしながら,肝心の効力発生(Wirksamwerden)には,表意者が意思表示をしたこと,つまり「発信」⁴)だけでは足りない。そのため──裏返せば──効力が発生するまでの間,表意者は,発信した当該表示を撤回することができる(BGB 130条1項2文)。また──3で取り上げるBGH 2007年12月5日判決で争点となったように──ある決まった時点までに貸借関係の更新や解約告知などの意思表示がなされなければならない場合(いわゆる「期間厳守(Fristwahrung)」の問題)には,とくに正確な効力発生時点が重要となる⁵)。このような意味で,法律行為に関する規定において,意思表示の効力発生時点を規律することはきわめて重要である。

ジンガー (Reinhard Singer), ベネディクト (Jörg Benedict) は、次のように言う。「自己決定に定礎された法秩序では、意思表示の効力発生は安定していて、まず第一に決定できるものでなければならない。この効力発生時点を確定する規律が『法律行為領域全体の中心条項 (Centralparagraph des ganzen Rechtsgeschäftsgebiet)』とみなされたのは、偶然ではない $^{(6)}$ 、と。

b ――意思表示に関する効力発生の一部でしかないが「実際上最も重要な」⁷⁾――隔地者間でなされた⁸⁾受領を要する意思表示の効力発生について、わが国の民法97条が倣った⁹⁾ BGB 130条は、法取引の要請を受けて、第一委員会(erste Kommission)で当初多数を占めた了知主義(Vernehmungstheorie)¹⁰⁾ を最終的に証明の困難性¹¹⁾を理由に退け、19世紀ドイツ普通法(gemeines Recht)で支配的であった¹²⁾受領・到達主義(Empfangs- od. Zugangstheorie)に従い以下のとおり規定する¹³⁾。立法者が隔地者間でなされた受領を要する意思表示に限って規律を必要としたの

は、「伝達過程の伸長により、主に発信と了知との間に時間的な不一致が生じ得た」ため、意思表示の効力発生と伝達上の危険(Übermittlungsrisiko)移転・分配を決定する意味で重要であったからにほかならない¹⁴⁾。

BGB 130条 (隔地者に対する意思表示の効力発生)

- (1) 相手方になされるべき意思表示は、隔地にいる相手方になされるときは、この者に到達した時にその効力を生ずる。意思表示は、その到達前又はこれと同時に撤回が相手方に到達する場合、その効力を生じない。
- (2) 表意者が意思表示をした後に死亡し又は行為無能力となるとき、それは、意思表示の有効性に影響を及ぼさない。
- (3) 本条の規定は、意思表示が官公署に対してなされる場合にも適用する。15)

すなわち130条1項1文は、表意者とその相手方の利益を比較衡量した 結果、表白または発信(Absendung)という早期段階で意思表示の効力発 生を認めると、つまり表白主義 (Äußerungstheorie) または発信主義 (Absendungs—, Entäußerungs— od. Übermittlungstheorie) では「表意 者有利、相手方不利に」、他方で了知という最終段階で認めると、つまり 了知主義では今度は逆の結論になる¹⁶⁾ことから、中間段階である到達 (Zugehen od. Zugang) 時点で意思表示の効力発生を認めて、当該時点を 境に、表意者からその相手方に伝達上の危険を移転させることにしたわけ である (いわゆる到達による効力発生と危険移転の同期連動)¹⁷⁾。このこ とから、「到達問題は、『きめ細やかな利益較量の教材』である | ¹⁸⁾ とさ え言われる。この受領・到達主義によれば、意思表示が相手方に到達する までは、表意者は、自己の領域に起因する危険を負担することはもとよ り. ――たしかに「輸送過程は表意者も相手方も支配しない領域に属す る」点で特別であるため「表意者は危険を支配する可能性を有しない $|^{19)}$ が――伝達手段・方法を選択できる地位にあり²⁰⁾相手方の了知に影響を 及ぼすことができるとともに、到達までは自己の表示に拘束されず撤回可 能性を有する(BGB 130条 1 項 2 文) ことから、到達が遅延した、あるい

はそもそも到達しなかった(また選択した伝達手段・方法しだいでは改竄された)場合、当然その輸送上のリスク(Transportsrisiko)(場合により改竄リスク(Verfälschungsrisiko))も負担しなければならないこととなる $^{21)}$ 。しかし到達した段階で、表意者はなすべきことをすべて終え、もはや相手方の了知に影響を及ぼすことはできないため、それ以降の了知リスクは相手方の負担となる。つまり、意思表示を相手方が実際に了知したかどうかは、不問に付されるのである $^{22)}$ 。

このように「伝達・輸送リスクは表意者負担。了知リスクは相手方負 担 | という考え方を基礎として

意思表示の効力を発生させる「到達 | 時 点は同時に表意者から相手方への重要な危険移転の分岐点となるわけであ るが、BGB 130条は、その肝心の「到達 | 概念について定義規定を置いて おらず、またブリンクマン (Franz-Josef Brinkmann) の分析によれば、 「起草者は到達の要件について考えていなかった. との印象を受ける」と されている²³⁾ことから、意思表示がそもそも到達したのか、到達したと してそれはいつの時点なのかについては、解釈に委ねられてしまう結果と なる。もっとも、ブレクセル (Ralf Brexel) の踏み込んだ分析によれば、 立法過程において、文言が "zukommen" から "zugehen" に変更されると ともに、起草者は、意思表示が相手方の領域に入ったこと(Eintreten der Erklärung in den Bereich des Empfänger) を到達の決定的基準とするだけ で、具体的事例において相手方が了知可能であり取引通念 (Verkehrsanschauung) 上その了知を期待できること (いわゆる本稿副題 の「通常の状況下で取引通念を考慮した相手方の了知期待可能性 (Erwartbarkeit der Kenntnisnahme) |) までは要求していなかったとされ ている²⁴⁾。いずれにせよ現在も、「確立した見解が――とくに判例上―― 形成されているにもかかわらず、『到達』概念が依然として争われてい る $|^{25}$ ことに変わりはない。ただし電子商取引については、BGB 312 e 条 1項2文(電子的な営業取引における諸義務)が、1文3号の意味におけ る電子的な注文 (Bestellung) とその受領確認 (Empfangsbestätigung) は

「それらを定めた当事者がそれらを通常の事情のもとに聞き出す (unter gewöhnlichen Umständen abrufen) ことができるとき、到達したものとみなされる (als zugegangen gelten)」²⁶⁾ と定めていて、この定義は、——2(1) b 以下で見るとおり——上記「相手方の了知期待可能性」を要求する現在の判例・通説的理解を反映したものと考えられる。

- **c** 以下本稿では、BGB 130条が適用対象として想定した、隔地者に対する有体化された意思表示(verkörperte Willenserklärung gegenüber einem Abwesenden) 27 ,なかでもその典型例である書面表示に限定して、当該表題の基礎的問題につき考察を進めることにした。電子的コミュニケーション手段・方法の新規開発・登場と発展が目覚ましい現代、これらツールを利用した電子的意思表示(elektronische Willenserklärung)の重要性が飛躍的に増大し新たな問題が生起するため、もとより当該研究の必要性も高い 28)が、電子的手段・方法の特殊性に十分配慮する必要がある 29 ことに鑑みれば、最近多く見られるモノグラフィーや論文 30)同様、別途個別に取り上げて論じる方がより効果的であろう。
- (2) a ところですでに10年あまり前に筆者は、甲斐道太郎=石田喜久夫=田中英司編『注釈国際統一売買法 I ――ウィーン売買条約――』(法律文化社、2000年)の中で CISG(国際物品売買契約に関する国際連合条約)24条の「到達」定義に関する規定³¹⁾(さらには27条の発信主義規定³²⁾)の注釈を執筆担当したのを契機に、拙稿「受領使者に交付された書面表示の『到達』について――ザントマンの所説を中心として――」³³⁾ で、取引通念による受領使者(Empfangsbote kraft Verkehrsanschauung)³⁴⁾ に書面表示が手交された場合における「到達」判断に関して――当時の――ドイツの理論動向を考察したことがある³⁵⁾。そしてその際、前提として本稿表題の基礎的問題についても、判例・学説を一瞥し若干の検討を加えた(詳しくは5(2)参照)。

また最近, ライポルト (Dieter Leipold) により BGH 大晦日判決 (Silvester-Entscheidung des BGH) と命名された³⁶⁾興味深い判例が登場し

た³⁷⁾。この BGH 2007年12月 5 日判決³⁸⁾(以下,ライポルトに倣い BGH 大晦日判決と略称する)では,賃貸借契約の期間延長に関する書面表示が大晦日午後に(相手方の受働代理人である)賃貸管理会社の郵便受け(Postbriefkasten)に表示使者により届けられた場合の到達時点を判断するにあたり,とくに——後述 2(1)b以下で判例・学説上支配的となった——「通常の状況であれば取引通念を考慮して相手方の了知を期待できたこと」(以下,「通常の状況下で取引通念を考慮した相手方の了知期待可能性」を縮めて単に「相手方の了知期待可能性」と略称する)³⁹⁾という付加的要件との関連で,たとえ暦上は平日であっても大晦日午後は営業されないという相手方側の業界慣行を考慮すべきか,つまり「書面表示の『到達』を判断する際に相手方側のいかなる事情についてどこまで斟酌すべきか」が争われた。

そしてこの判決に触発される格好で、――当該判決俗称「BGH 大晦日判決」の名付け親でもある――ライポルトが、「21世紀の意思表示の到達」と題する論文⁴⁰⁾で、筆者が10年あまり前にアプローチしたのと基本的に共通する視角「国際法・ヨーロッパ法上の規律・提案(DCFR [ヨーロッパ私法共通参照枠草案]をも含む)との比較」から――その表題の示すとおり――当該到達に関する21世紀像を念頭に置いて、法的安定性(Rechtssicherheit)を害しかねない本判決に批判的検討を加え、最終的に上記「相手方の了知期待可能性」について不要論へと至る(4(4)b参照)。

b 他方わが国では、法制審議会の民法(債権関係)部会での検討に先んじて民法(債権法)改正検討委員会が、まさに CISG 24条と27条を関連条文に掲げて、次に見るとおり「『到達』の定義・判断基準の明確化」というドイツ同様の問題意識から、民法97条1項のリニューアルに着手している。その試案【1.5.20】は、次のような規律内容となっている。

【1.5.20】(意思表示の効力発生時期)

〈1〉 相手方のある意思表示は、その意思表示が相手方に到達した時からその

効力を生ずる。

- ⟨2⟩ 次のいずれかに該当する場合は、別段の合意または慣習がある場合を除き、その時に⟨1⟩の到達があったものとする。
 - 〈7〉 相手方または相手方のために意思表示を受領する権限を有する者が意思表示を了知した場合。
 - 〈〈〉 相手方または相手方のために意思表示を受領する権限を有する者が設置または指定した受領設備に意思表示が着信した場合のほか、相手方または相手方のために意思表示を受領する権限を有する者が意思表示を了知することができる状態に置かれた場合。
- 〈3〉相手方のある意思表示が相手方に通常到達すべき方法でされた場合において、相手方が正当な理由なしにその到達に必要な行為をしなかったために、その意思表示が相手方に到達しなかったときは、その意思表示は、通常到達すべきであった時に到達したものとみなす。

このように民法改正検討委員会試案【1.5.20】は、BGB 130条に倣った 「現民法97条1項は、隔地者間の意思表示の効力発生時期を『到達』時と のみ定め、いつ『到達』したといえるかという点については、何も定めて いない | が、「意思表示がいつ『到達』したといえるかという問題は、実 践的にもきわめて重要な問題であり、できる限り、その判断基準が示され ることが望ましい」と考える。かくしてとくに〈2〉〈イ〉で、伝統的な 「支配圏」基準については、その不適切・不明確性と機能不全を理由に退 け.「相手方または相手方のために意思表示を受領する権限を有する者が 意思表示を了知することができる状態に置かれた場合 | という「相手方の 了知可能性 | 基準を採用するとともに、当該「基準が持つ意味を明確化す るため! その典型例として. 相手方または受領権限を有する者が設置ま たは指定した受領設備(「住所に設置された郵便受け」やあらかじめ指定 された郵送先の郵便受け)に意思表示が着信した場合を挙げている。ま た、従来より実務上も問題の多かった到達妨害の場合に――「通常到達す べき方法でされた | ことを条件に――到達を擬制する規律も、定められて いる 41 。このような点で、当該委員会試案【1.5.20】は、規律自体は言

うまでもなく BGB 130条の規定よりも先進的で優れたものと評価できよう。

ただ、原則として〈1〉で到達主義を採用しつつ、〈2〉〈7〉で「了知」により到達を認める点で、「到達」が本来持つ意味内容を「到達は本来了知によりなされるべき」というように誤解を招きかねないとともに、当該概念および了知と到達という両者の関係を曖昧にする危険性がある。むしろ本来、あくまでも――意思表示の効力発生には「了知」が必要であり当該基準時点になるという意味で――了知主義が原則であるが、取引安全の観点から「到達=(客観的)了知可能性」で足りるというように緩和されていることを分かりやすく表現すべきようにも思われる。たとえば用語自体、「相手方のある意思表示」を「(相手方の) 了知を必要とする意思表示」と表現するのも一つであろうか。

また、相手方または受領権限を有する者が設置または指定した受領設備への意思表示の着信以外に、相手方の了知可能性が認められる場合とはどのような場合であるのかについては、今ひとつよく分からない。察するにドイツ流に言えば、いわば(価値)規範的な「取引通念」に従って最終判断されざるを得ないということになるのであろうか。

さらに――かねてよりドイツでは激しく議論され後述3の BGH 大晦日 判決で主要争点となった――「書面表示の『到達』を判断する際に相手方側のいかなる事情についてどこまで斟酌すべきか」,とくに「相手方の了知期待可能性」を付加的要件とすべきかどうかについては,残念ながらまったく言及がなされていない。もっとも学説では,「定休日の日曜や休日でも到達を認めてよいのか……という問題がある」ことが指摘されている⁴²⁾。この問題に関して,たとえば中舎(寛樹)教授は,「到達とは相手方の了知しうる支配圏内に入ったことであり……社会通念に従って判断」する判例・通説によれば,「郵便受けに配達されれば,通常は到達したものとなるが」,――2(1) a で後述するコザック(Konrad Cosack)同様――「深夜や休業日に配達されるなど了知可能性がない場合には,了知可能性

がある時点(翌朝や次の営業日)になってはじめて到達となる」⁴³⁾ として、多少なりともドイツ流に言えば「相手方の了知期待可能性」を意識しているものと言えよう。さりとて、「手紙が8月2日に……配達されたが、たまたま……—家で帰省していたため、……実際にこの手紙を読んだのは8月30日になってからだった」というあくまで——2(4)aで後述する——相手方個人に起因する事情については、たとえば山本(敬三)教授によれば、もとより斟酌する必要はなく、配達をもって到達は認められるとされる⁴⁴⁾。

なお2013年3月現在,上記民法改正検討委員会試案【1.5.20】をたたき台にして,「民法(債権関係)の改正に関する中間試案(概要付き)」が公表されるに至っているが,次のとおり基本的な規律内容に大きな変更は見られない。

第3 意思表示

- 4 意思表示の効力発生時期等(民法第97条関係) 民法第97条の規律を次のように改めるものとする。
 - (1) 相手方のある意思表示は、相手方に到達した時からその効力を生ずるものとする。
 - (2) 上記(1)の到達とは、相手方が意思表示を了知したことのほか、次に掲げることをいうものとする。
 - ア 相手方又は相手方のために意思表示を受ける権限を有する者(以下この 項目において「相手方等」という。)の住所、常居所、営業所、事務所又 は相手方等が意思表示の通知を受けるべき場所として指定した場所におい て、意思表示を記載した書面が配達されたこと。
 - イ その他、相手方等が意思表示を了知することができる状態に置かれたこと。
 - (3) 相手方のある意思表示が通常到達すべき方法でされた場合において、相手 方等が正当な理由がないのに到達に必要な行為をしなかったためにその意思 表示が相手方に到達しなかったときは、その意思表示は、通常到達すべきで あった時に到達したとみなすものとする。

c そこで筆者としては、条文自体は旧態依然だが解釈論、とくに「相 手方の了知期待可能性」というさらなる到達の独立要件を立てた議論深化 ではいまだ先行するドイツの法状況に特化して、到達の判断構造・要件・ 基準に関する判例・学説の動向(とくに2000年前後以降)をフォローしつ つ、とりわけ到達を判断する際に相手方側のいかなる事情についてどこま で斟酌するのか(2). BGH 大晦日判決は相手方側の業界慣行を前提に到 達時点を判断するのか(3)。当該判決についてライポルトは意思表示到達 の21世紀像を念頭にいかなる批判的評価をするのか(4)を見た上で、あら ためて2002年当時の拙見は正しかったのかということも含めて検証してみ たくなった(5)。なお、BGH 大晦日判決については外国判例という性格 上なるべく丁寧に、他方でライポルトの論文については当該論点に絞りコ ンパクトに紹介しようと心がけたため、ZPO(ドイツ民事訴訟法)およ び現代的な通信手段・方法に関する部分は本来、論文の表題からしても紹 介すべき興味深い内容ではあったが煩雑になることを恐れて、冒頭(1)cで 述べた理由から今回はその紹介を見送ることにした。また本稿は、ドイ ツ・ハンブルクでの在外研究⁴⁵⁾期間(2011年9月26日から2012年9月25 日) 中にあらかた執筆したため、その制約上、わが国の法状況、とりわけ ----上記(2)bで見た民法改正検討委員会試案【1.5.20】を端緒とし現段階 (2013年3月現在)の到達点である――「民法(債権関係)の改正に関す る中間試案(概要付き)|までの議論については立ち入ることができな かった。この点は、今後の課題として別の機会に譲りたい460。

2 判例・学説の動向

(1) **a** 当初、学説・判例は、――とくにブレクセルの分析によれば立法者 意思に準じて⁴⁷⁾――意思表示は取引通念上通常相手方の了知しうる勢力・ 支配圏(Herrschaftsbereich)⁴⁸⁾ に達した時(いわゆる「通常の状況下で 取引慣習を考慮して相手方の客観的(抽象的)了知可能性」が生ずる時)。 典型的には手紙が「郵便受け」に配達された時に到達すると一般に説明していた。コザックが教科書で展開した見解はその代表的なものであり $^{49)}$,彼の見解を,最初の判例である RG 1902年 2 月 8 日判決 $^{50)}$ も参照している $^{51)}$ 。この到達の定義は,「たしかに発信者(Absender)はいつ,どのようにして表示を相手方の勢力・支配圏に届けるかということに影響を及ぼすことはできるが,相手方の勢力・支配圏自体は,発信者の影響から引き離されて,相手方のみが抽象的に支配できる」ということにより正当化されていた $^{52)}$ 。ただし「書面が真夜中近くになってようやく投入された」例外的場合については,さすがに「即時の了知のために取引上通常一般的な方法で表示を相手方の近くへ置く」ことを到達基準とするコザックをもってしても,「取引上通常一般的には,当該書面を相手方はようやく翌日に了知する」との理由から,郵便受け投入時の到達は否認された $^{53)}$ 。

b しかし早くも転機が訪れる。

RG 1920年4月14日判決 54 が,詳細な理由づけをしないまま 55),「表示は,相手方が通常の状況下で(unter normalen Verhältnissen)表示内容を了知でき,かつ,取引慣行(Gepflogenheiten des Verkehrs)上この相手方に実際に了知することを期待できる時に到達している」と判示したのである。この立場はその後の——様々なバリエーションの事例に関する——RG 判決でも踏襲されているが,その詳細な理由づけはなされないままで,ただ上記1920年判決を引用する複数の注釈書が参照されるにとどまっていた 56)。学説上も,上記判例と同様の見解が,プランク(Planck)注釈書のフラド(Friedrich Flad)により主張されたのを皮切りに,通説へと形成され発展していった 57)。

このようにすでにこの時期に、判例・通説は、通常の状況下で取引通念を考慮して相手方の了知が期待できること、つまり「相手方の了知期待可能性」という要件を追加することにより、典型的には書面表示が「都合の悪い時刻に(zur "Unzeit")」郵便受けに投入された事例において相手方を保護している(いわゆる「都合の悪い時刻」ドグマ(Doktrin von der

"Unzeit"))。つまりこの要件により、相手方側の事情を一定程度考慮に入れて到達時点を遅らせる便法をすでに手にしていたことになる。たとえば最近、ブロックス(Hans Brox)、ヴァルカー(Wolf-Dietrich Walker)は、「通常の状況下での了知可能性を正当に評価できることが、到達には欠かせない。この到達時点は、とくに期間制限のある意思表示(たとえば解約告知表示)が期間内に到達するかどうかという問題にとって重要である。表示相手方にとっては、了知可能性にのみ焦点が当てられるとき、不当でありうるように思われる」と述べている⁵⁸⁾。

そして BGH もおおよそ、到達の定義こそ一様ではないが、上記 RG 判例の立場を基本的に踏襲してきた。たとえば BGH 1955年 1 月19日判決⁵⁹⁾は、「意思表示は、これを内容とする書面が相手方の郵便私書箱に区分けして投入されたことにより受取りの準備がなされた日にようやく、取引慣習上その日の受取りが期待できる限りで、BGB 130条の意味で相手方に到達している」と判示する⁶⁰⁾。ただし中には、初期の RG 判決の到達定義に回帰して、上記の追加された「相手方の了知期待可能性」要件を放棄するものも見受けられるが、到達の法律要件は、dで後述するとおり、「相手方の勢力・支配圏」という場所的要件事実と「相手方の了知期待可能性」という時間的要件事実から構成される⁶¹⁾という理解へと定着していく⁶²⁾。たとえば BGH 1976年11月 3 日判決⁶³⁾は、到達について、「意思表示は、通常の状況下で相手方が当該表示を認識するに至ることが期待されうる程度に、相手方の勢力圏に入ると同時に到達している」と定義している。

c だがこれに対して、コーイング (Helmut Coing)、フェルシュラー (Hermann Förschler)、フルーメ (Werner Flume) やへファーメール (Wolfgang Hefermehr) は、法的安定性を重視する観点から、到達自体はあくまで立法者意思に即して相手方の領域に入ったという事実により客観的に判断すべきであるとして、判例・通説のように危険移転時点、効力発生時点をともに遅らせるのではなく、到達から、効力を発生させる時点 (いわゆる本質的効力である「適時性 (Rechtzeitigkeit od. Aktualität)」)

を切り離して(危険移転時点と分けて)措定した上で効力発生時点のみを遅らせることを主張し⁶⁴⁾、学説上一時有力となった。危険移転時点と効力発生時点を必ずしも一致・連動させない、つまり場合によっては後者の時点のみを遅らせるという彼らの主張は、とくに承諾、解除や解約告知といった当該表示の期間厳守が問題になる場合に、表示が勢力・支配圏に入ったことにより危険は相手方へと移転したがいまだその効力は生じていないという意味で、重要な意義を持つ⁶⁵⁾。ただし現在その勢いは衰え、たとえばメディクスにより(効力発生時点を遅らせることによる)「相手方の保護が十分な根拠もなく大げさに述べられている」と批判されたり⁶⁶⁾、ファオストにより「表示の到達と適時性(つまり到達時点:筆者挿入)を峻別する余地を法律は残さない」と指摘されたりする⁶⁷⁾ように、もはや少数説の一つでしかなくなった。

d ところで近時の判例を見ても、今なお到達の定義は一様ではないが、上記 b で見た「通常の状況下で取引通念を考慮した相手方の了知期待可能性」を付加する立場を基本的に踏襲している。

たとえば BGH 1994年 2 月10日決定⁶⁸⁾は、上記 b の RG 1920年判決を参照して、保険契約者(Versicherungsnehmer)の撤回(Widerruf)の意思表示が保険者(Versicherer)に到達した場合の適時性の問題について、「実社会の慣例(Gepflogenheiten)上、大規模な保険会社の中央部門(Hauptstelle)または地区管理部門(Bezirkdirektion)では土曜日や日曜日に、営業郵便を了知する権限を有する職員がいることを前提とすることはできない」ことから、「営業時間外に運び込まれた書面の到達を翌就業日の営業時間開始前に原則認めることはでき」ず、「このことは、とにかく――本件のように――到達の適時性が問題である場合に当てはまる」と判示した。

下級審ではあるが OLG (上級地方裁判所) Hamm 1994年 4 月25日判決 (1994年) は、「午後遅くに自宅郵便受けに投入された解約告知表示は、相手方が同日中に郵便受けの中を見ることを例外的に期待できない限り、翌日に

書面表示の「到達」を判断する際に相手方の事情を考慮に入れるべきか(臼井)

初めて相手方に到達する」のが当裁判所の指導原理であるとする。

BGH 1997年11月26日判決⁷⁰⁾も、書留郵便(Einschreiben)⁷¹⁾が相手方不在で郵便局に留置され配達通知書(Benachrichtigungskarte od. Abholkarte)のみが郵便受けに投入されたが、相手方が受取りに来なかったため結局差出人に返戻された事件(いわゆる書留郵便返戻事例)において、「意思表示の到達が生ずるのは、通常その内容の了知可能性が期待できる程度に、当該表示が相手方の勢力・支配圏に入った時である」との到達基準を繰り返し示している。その上で、配達通知書は、配達員が郵便局で書留郵便を預かっていることを知らせただけで、誰が書留郵便を送ったかについては、何ら記載がないため、相手方にしてみれば、この郵便がどのようなものか、およそ分からない、つまり配達通知書が伝達されるべき意思表示自体の代わりにはならないことから、本件では、「書留郵便は決してY(相手方:筆者挿入)の勢力・支配圏には入ってはいなかった」と結論づけている⁷²⁾。

e そして判例のみならず通説⁷³⁾も、危険移転のみならず効力発生の基準ともなる「到達」について、次のとおり二段階に判断する⁷⁴⁾立場を堅持している。まず書面表示が、抽象的な意味で、通常の状況下で取引通念を考慮して相手方が客観的に了知しうる程度にその勢力・支配圏に入ったか否かという第一段階である(いわゆる「勢力・支配圏的要素(Machtbereichselement)」)。次に、「通常の状況下で取引通念を考慮して」――もとより「仮定的な(hypothetisch)」意味においてだが⁷⁵⁾――相手方に当該表示の了知を期待できるか否かという第二段階が待ち構えている(いわゆる「時間的要素(Zeitelement)」)。この第二段階を通過して初めて、ようやく表示は到達したと判断されることになる。つまり、都合の悪い時刻に相手方の受領設備に投入された意思表示は、「相手方には、……昼夜を問わずいつでも調査確認(nachforschen)し、さらに直ちに了知することを期待できない」ので、現実的に見て了知を取引慣習上期待できる時点で初めて到達に至る(いわゆる「都合の悪い時刻」ドグマ)⁷⁶⁾。

いまだ了知を期待できない段階では、相手方は、到着した意思表示の不利 な法的効力発生から守られなければならないからである⁷⁷⁾。この第二段 階は、もっぱら営業時間外や夜間に書面表示が郵便受けに投入された場合 における「適時性」の問題であるが、郵便受けへの投入時ではなく、その 郵便受けから诵常、相手方が書面表示を取り出すこと(いわゆる郵便受け の開閉 (Briefkastenleerung)) を期待できる時点. つまり――とにかく― 日一度きりの「社会生活上の調査確認義務 (Nachforschungsobliegenheit) | を承認する限りで――翌営業日や翌朝が到達時点となる⁷⁸⁾。ただいずれ にせよ このように判例・通説が「到達時点を遅らせる」 つまり「表示 が……相手方の支配圏に入ったにもかかわらずその後もすべての伝達リス クを発信者にとどめておく | のは、ジンガー、ベネディクトがコメントす るとおり、「立法者の意図した危険分配と相容れない [^{79]} ことだけは間違 いなかろう。とにかく「事実上の了知障害 (tatsächliche Kenntnisnahmehindernis) すべてが表示の効力発生を先延ばしにするならば、到達規律は、受領主義 ではなく了知主義に依拠していることになろう [80]。そしてかりに——な し崩し的に――この第二段階の到達判断をより緩和する方向性を追求して いけば、最終的には相手方側の個人的事情まですべて考慮するということ にもなりかねない。

f ただこのような判例・通説に対して、ブレクセルは、――拙稿のアプローチ(詳しくは5(2)参照)および後述4のライポルト同様――CISGの到達の定義規定である24条(その沿革史を含む)も比較検討の対象に含める81)点で特徴的である82)が、立法者の採用した受領・到達主義とその基礎にある「影響領域(Einflußbereich)による危険分配」という考え方を根拠に、意思表示は、相手方の勢力・支配圏に入り、これを相手方が――抽象的な意味で――客観的に了知しうる時、つまり「郵便受けに配達・投入された」時点ですでに常に到達しているとして、上記cのコーイングやフルーメらの通説批判自体には基本的に賛同しつつも、彼らが危険移転と効力発生を分離して説明しようと試みる点を批判する83)。なぜな

ら、この分離説を前提にしても効力発生時点は判例・通説と同様である――ただ危険移転のみが前倒しされるにすぎない――ため、「表意者は、郵便で、期間厳守の表示をしなければならない場合、郵便物が配達されるまでの時間に加えて、相手方の具体的了知可能性に関する――不定の――時間まで計算に入れなければならなくなる」が、このような事態は、「市民(Bürger)は自己に与えられた期間をその限界まで消尽する(ausnutzen)ことが許されるという原則と相容れない」からである。「利益状況に鑑みたとき、個別事例において特別な諸事情が存在する場合、都合の悪い時刻に投入された意思表示の効果から相手方を保護する必然性は否定できない」が、後述(4) a の BAG 1988年3月16日判決⁸⁴⁾は、「債務者は、取引慣習を考慮し信義誠実上要求されるところに従って給付する義務を負う。」と規定したBGB 242条(信義誠実に従った給付)によりあくまで例外的に上記と異なった法的評価(つまり相手方保護)を許したにすぎない。

以上を踏まえて、ブレクセルは、BGB 242条の一般条項的性格を強く自覚した上で、抑制的立場から次のように結論づける。「隔地者間での有体化された意思表示は、名宛人が抽象的な了知可能性を有する程度にこの者の影響領域に入ったと同時に、BGB 130条1項1文の意味において到達している。ただ両者の利益を広く比較衡量した結果としてきわめて著しい名宛人の要保護性(Schutzwürdigkeit)が明らかになる——稀少な——例外的事例に限り、この名宛人は、BGB 242条により濫用の抗弁(Mißbrauchseinwand)を申し立てることができ、これにより、著しく不当で正義と一致し得ない名宛人の不利益的扱いが回避され、正当な利益調整が実現される」85)。

このようにブレクセルによれば、判例・通説の「到達」判断の第二段階で問題となる「相手方の了知期待可能性」は原則考慮されず、きわめて例外的に BGB 242条の信義に反する許されない権利行使、つまり権利濫用 (Rechtsmißbrauch) の抗弁により斟酌されうるにすぎない。

さらに CISG 24条の「到達」の解釈についても、ドイツ法的解釈に依拠する学説 $^{86)}$ がある中、ブレクセルは、各国の国内法の不統一な解釈とは無関係に CISG 独自に定義・解釈すべしという CISG 7条1項 $^{87)}$ の原則を基本に据えて、次のとおり丁寧な分析を試みる。

CISG 24条は、その文言自体から得られるものは多くなく、到達を明確 : に定義していない。表示は何らかの方法で相手方に到着しなければならな いが、「表意者が、表示の法的効力を発生させるために、表示を相手方の どれくらい近くに運んで来なければならないかについては、いまだ決定さ れないままである」。ただ CISG 24条自体、「とにかく BGB 130条も前提と する受領主義」に相応するので、到達の基本的要件は、意思表示が相手方 の勢力圏に入ったことである。

そこで、この「勢力圏に入った」という意味をどのように理解するかが問題となる。受領主義によれば、意思表示の効力発生について名宛人の了知は必要とされていないが、とにかくこの者に到達していなければならない。ここで名宛人の利益を正当に考慮すれば、表示が了知できるぐらい相手方の近くに届けられた時点で初めて、名宛人に到達したと言えよう。そしてこの了知可能性とは、客観的了知可能性のことである。なぜなら、名宛人は、自身またはその容態に起因する個人的事情から直ちに了知できない、つまり主観的了知可能性を有しない場合であっても、受領主義から導き出される危険分配によれば、当該危険を負担すべきだからである。このように個々の名宛人に由来する特別な事情を到達の判断にあたり考慮に入れないと考えることは、危険支配可能性(Gefährbeherrschung)の観点でも正当化されるであろう。

最後に――ドイツ民法上の判例・通説が要件として付加した――「通常の状況下での相手方の了知期待可能性」について、ドイツ民法の解釈に引きずられて CISG 24条でもその7条1項の原則を看過しこれを要件とする学説もあるが、ブレクセルは、到達時点を遅らせることにより不都合な時刻に到着した意思表示の効力発生から名宛人を保護する名目で「計算でき

ない不確定要素を到達概念に読み込む」ものとして批判する⁸⁸⁾。その上で、上記付加的要件を放棄する自説の正当性について、「文言のみならずとくに外面的な、容易に証明できる法律要件事実に到達をかからしめて相手方の組織領域(Organisationsbereich)におけるコミュニケーション・リスクを表意者から取り除くという CISG 24条の目的にも合致する」ことを挙げる⁸⁹⁾。

もっとも、この抽象的な意味での客観的了知可能性のみを到達の基準と したことから例外的に「著しく不当」な結果に終わるときは、権利濫用に 準じる原則が CISG では採用されていないため――ドイツ法における BGB 242条に代わって――, 正当な利益調整を規定した「CISG 7条1項 により、CISG の解釈にあたっては、国際取引における信義の遵守を促す 必然性が考慮されることになる」。上記例外事例について、CISG 24条は 規定しておらず法の欠缺状態であるため、7条2項が適用されて CISG の 基礎にある一般原則により補充されることになる。そして、形式上法的に 認められた地位を権利濫用的に主張することは禁止されるという CISG 16 条 2 項 b 号、29条 2 項 2 χ^{90} に現れた原則が考慮されよう 91 。したがっ て、たとえば――ウィーン国際会議 (Wiener Konferenz) では取り上げら れなかった⁹²⁾——営業時間外に表示が相手方の影響領域に到達した時点 ですでに到達が認められるかという問題については、上記でブレクセル自 身が主張しさらに国際取引の要請にも合致する「名宛人個々人の特殊な諸 事情の捨象(Abstrahierung) | と、「相手方の営業時間に関する特定の慣 習および慣行 (Sitten und Gebräuche) に準じた到達概念の変化は……法 的不安定性へと導くであろうしことから、原則考慮されない。ただ例外的 に「表意者がこれら慣行への同意を明示に表示しているか、両当事者間に それに準じる慣例 (Gepflogenheit) がすでに存在する場合に限り |. 「CISG 9条1項 $^{93)}$ により、当事者は、ともかく到達およびその効力に影 響を与えうるこれら慣行および慣例に拘束される |。また「期間厳守…… が問題になる場合に | も、上述したとおり例外的事例でのみ、CISG 7条

1項および2項により24条の欠缺が補充されることになる94)。

このように CISG 24条の到達についても、ブレクセルは、「到達概念の 定義および個別具体的な到達問題の解決においてドイツ法と広範に一致」 することになったが、ただ安直に「十分考慮することなく(ドイツ)国内 の法的確信(Rechtsüberzeugung)に追随」したからではなく、あくまでも CISG のルールに忠実に従った結果である 95) 点は強調しておかなければ なるまい。

(2) ところで10年あまり前に――1(2)aで前述した――拙稿で紹介したザントマン (Bernd Sandmann) は、――およそあり得ない問題であると断りつつ――「玄関戸の下に差し込まれた手紙がマットの下へ横滑りしたのが原因で、かなり遅れて発見された」事例(あるいは「通常あまり出入りしない勝手口への配達」事例)を念頭に置いて、判例・通説の「相手方の勢力・支配圏」基準では、当該圏内の、何に投入すればよいのか、つまり住居内であれば玄関戸の下でもよいのかという問題が解決できないことを指摘する。この点について、たとえば BGH 1989年 3 月15日判決⁹⁶⁾は、「戸の下への差し込み」を「郵便受けへの投入」と同一視する。また LAG (州労働裁判所) Düsseldorf 2000年 9 月19日判決⁹⁷⁾は、郵便受けのない共同住宅では、「郵便配達が、通常一般に当該配達を予定した玄関戸の差し入れ口 (Briefschlitz) への投入により行われるときは、……相手方の勢力圏に入っていて、この者に到達している」とする⁹⁸⁾。おそらく通説でも、上記事例における「玄関戸の下への手紙の差し込み」は、郵便受けへの投入同様、相手方の勢力・支配圏に入ったと判断されることになろう。

ザントマンは、表意者の負担すべき伝達・輸送リスクが相手方へ移転する段階では、「表示が相手方の勢力・支配圏に入っていて、かつ、相手方が表示を呼び出す(abrufen)ことができるかどうかが問われている」とする。そして「この呼出可能性(Abrufmöglichkeit)は、現実的で(real)なければならず、蓋然性の検討(Wahrscheinlichkeitsbetrachtung)によってはならない」。したがって、上記事例では手紙が玄関マットの下に

潜ってしまうなど、現実的な呼出可能性が確認できないときは、玄関戸の 下に手紙を差し込むという「表意者による危険を増大させる容態」がこの ような事態を招いたことから、「表意者の負担すべき伝達および輸送リス クは相手方の勢力圏に入っていても今なお | 表意者負担であるとする。こ の事例で顕在化したのは表示者が自ら調達した危険であって相手方が負担 すべき了知危険ではないから、その旨を相手方は抗弁することにより保護 される。また相手方が個人的理由(たとえば郵便受けから頻繁に郵便物が 盗まれること)から郵便受けを使用するつもりはなかった場合などは、現 **実的には呼出可能性がないため** 相手方がその旨の主張・証明に成功すれ ば、到達は認められないということになろう。なぜなら、ザントマンは、 旅行に出かけるAは知人Bに郵便物の保管を依頼し、同居親族Dには喧嘩 のため何も言っておかなかったが、郵便配達人はA宅にいたDに書留郵便 を手交したという設例について、DがAに書留の存在を知らせるまでは、 少なくとも到達は認められないと考えているからである。ただ本稿3以下 でとくに取り扱う。営業時間外に書面が郵便受けに投入された事例につい ては、ザントマンによれば、到達が翌営業日になるのか、それとも郵便受 けに投入された以上はすでに到達したと判断されるのか――おそらく現実 的な呼出可能性を重視すれば前者の結論となろうが――必ずしもはっきり しない。

結局——「伝達・輸送リスクは表意者負担,了知リスクは相手方負担」を原則とする——ザントマンによれば、相手方の現実的な呼出可能性が確認されて初めて、伝達・輸送リスクは表意者から相手方へと移転する。その上で了知リスクは相手方が負担すべきものであることから、了知可能性については、通常一般的かつ包括・蓋然的に判断されることになる⁹⁹⁾。

(3) a 2000年前後以降も、到達に関する判例・通説の二段階判断について、たとえばノルトは、到達の判断に際しては「通常一般的に行われ、その限りで相手方に期待・帰責できる容態」に焦点を当てて、基本的に支持しているものと思われる。すなわち、「到達時点については、受領主義と

一致させて客観化された了知可能性に焦点を当てるべきであり」、「了知させるのに有意義かつ一般的な方法(sinnvoller- und üblicherweise)で」その時々に利用された「受領設備の種類と結びつく容態から、帰責可能な了知可能性(zurechenbare Kenntnisnahmemöglichkeit)が生ずる」ことから、相手方が通常一般に了知するために取るであろう容態に焦点を当てる。そして、一般私人の住居(Wohnung)¹⁰⁰⁾にある郵便受けが受領設備として問題になった場合には――日々の郵便(Tagespost)配達より前に第三者により投入されたとしても――、相手方が通常の状況下で郵便受けを開閉するであろう郵便配達の時点で、到達を認める。この時点以降に郵便受けに投入された表示は、翌日に到達する¹⁰¹⁾。他方で、受領設備として相手方の営業事務所が問題になった場合は、当該事務所では営業時間の間はずっと了知するために行動するのは「通常一般的であり有意義である」から、営業時間中は即時、表示は到達することになる¹⁰²⁾。

b だがこれに対して――シュタウディンガー(Staudinger)注釈書で BGB 130条を執筆担当した――ジンガー、ベネディクト $^{103)}$ は、およそ判例・学説上認められた「勢力・支配圏」基準について、信義則を参照する ぐらい一義的でなくただ単に了知可能性を別の言葉で言い換えたにすぎないと辛辣に批判する $^{104)}$ 。また、たとえば開いていた窓から手紙が投入されたがタンスの後ろに落ちた場合を考えれば分かるように「支配・勢力圏は、了知領域(Wahrnehmungsbereich)に合致しない $^{105)}$ 。

それゆえジンガー、ベネディクトは、経験則に基づく衡平考量的解釈を回避し法的安定性を確保する観点から、「了知可能性を『信義則』、『取引慣習』、『通常の生活状況』といったもっぱら規範的基準(normative Kriterien)により……ケースバイケースではなく」、このような伝統的かつ支配的な「勢力・支配圏」基準に代えて、「事実的基準(faktische Kriterien)」により明白かつ厳格にあるいは客観的に判断する、つまり「了知可能性を全般的に通用するよう、すべての事例形成につき統一的に判断できる」ことが重要であるとする¹⁰⁶⁾。そして書面表示については、

相手方が具象的に知覚する (sinnlich wahrnehmen) か、後に了知する目 的で指定した受領設備 (eine zum Zweck der späteren Kenntnisnahme gewidmete Empfangseinrichtung) に投入された第一段階ですでに到達を 認める¹⁰⁷⁾。前者の「相手方による具象的知覚」とは具体的には、「手にし た、目にした、耳にした ことである 108 。この具象的知覚の要件は、意 思表示がすでになされていること. 相手方が自己の宛名書きと発信者を認 識していること、そして相手方が表示そのもの、つまり表示内容を伝える 媒体 (Medium) を知覚していることであり、これら要件が欠けていると きは、相手方は受領を拒絶することができる $^{109)}$ 。後者の「受領設備」と は、「表意者その人に関してこの者の表示を知覚するために講じられた相 手方の措置 (Maßnahme)」と定義される¹¹⁰⁾。そしてとくに後者の「受領 設備への投入」基準については、「今まで理論上正確かつ強固に根拠づけ られてこなかった」としながらも、もっぱら書面に代表される有体化され た表示を対象とするものであるとともに、「受領設備を置く義務は一般に 否認されてきたが今現在は承認される」ことから、その有用性を再評価す る1111)。

それゆえ BGB 130条の到達は、ジンガー、ベネディクトによれば上述したとおり、意思表示を「名宛人が具象的に知覚した」こと、あるいは――「相手方が当該受領につき特別の手はずを整えていたときは」緩和されて――意思表示が「後に了知するために指定した受領設備に投入されたことにより、当該内容を了知する可能性が名宛人に生じた時である」と定義されることになる。とくに後者の基準で「指定(Widmung)」に焦点が当てられることについては、次のとおり言われる。「相手方は、自己決定行為として受領設備を指定することにより意識的に、自己の了知領域、ひいては表示の了知可能性を拡大」する「112」と同時に、「伝達リスクが終了する、交代の分岐点(alternative Schnittstelle)を決める」「113)。この指定は、明示に(ausdrücklich)、推断的に(konkludent)、黙示に(stillschweigend)なされうる。到達の判断で「決定的なのは、取引慣行、信義則……などの

曖昧な規範的基準ではなく、『指定』という私的自治に定礎された行為である」 $^{114)}$ 。とにかくこの「具象的知覚または受領設備への投入による到達」は、「従来誰も主張しなかった」「もっぱら事実的基準に支えられた到達定義」であると言えよう $^{115)}$ 。

この――従来は「取引慣習」として処理されてきた――「(相手方による) 受領設備の指定」基準により、「最終的に到達概念を……不明確な白地概念 (Blankettbegriffe) に切り替えさせる (ausweichen) 理論的ジレンマは、解消される」。「……今や到達に関して、抽象的な規範的基準は重視され得ない。意思表示の効力発生を決定するのは、規範的になされた考量から多かれ少なかれ恣意的に見つけ出される到達の具体的スタイルではなく、相手方の私的自治に定礎された指定行為 (Widmungsakt) である」ということになる¹¹⁶⁾。また「実際に個別事例をより詳細に検討すれば、『取引通念』や『通常の状況』として十把一絡げに称されたものの背後には、それに準ずる指定を見いだすことができる | 117)。

なお上述のとおり、ジンガー、ベネディクトによれば、判例・通説の第二段階の「通常の状況」を前提とした相手方の「了知期待可能性」判断は問題にならない 118 。

- \mathbf{c} また主に到達妨害(Zugangsverhinderung)事例,とくに前述(1) d の書留郵便返戻事例を念頭に置いて,配達通知書は意思表示そのものではないことから BGH 1997年判決は到達を認めなかった $^{119)}$ が,この投入だけで到達を認めようと,書面表示が相手方の勢力・支配圏に入ったことを必ずしも独自の要件とみなさず,むしろ相手方にその了知可能性が期待できさえすれば(つまり,郵便局留めされ郵便物整理棚(Postfach)に投入された発送物と同様に考えて郵便局の窓口が開く翌日に)到達を認めてよいとする見解 $^{120)}$ も主張されている。
- d BGH 2004年1月21日判決¹²¹⁾は、前述(1)dの BGH 1997年判決を参照しつつ、営業上の賃貸借関係の解約告知書面がテレファックス (Telefax) により休暇中で不在の相手方に送信され原本は翌日に表示使者

を通して届けるとされた事件において、「意思表示は、通常の状況下で表示内容を了知できる程度に、相手方の勢力・支配圏に入った時に到達している」として同様の到達基準を提示している。「これは、学説上完全に支配的な見解にも一致する」¹²²⁾。その上でより丁寧に「通常の状況下で表示内容を了知できる程度」とは、「相手方による了知が可能であり、かつ、取引慣行により期待できる場合」であると敷衍して、相手方の客観的了知可能性に加えて了知期待可能性も要件であることを明示する。ただし留意すべきは、(4)aでも後述するとおり、「意思表示は、相手方が病気や――本件のように――休暇により当該表示の内容を了知することを妨げられた場合であっても、到達する」として、単なる相手方の個人的事情は到達の判断に際して考慮されないという限界を示す点である。それどころかむしろ本件のように相手方が自ら休暇で不在にするときは、受領に関して「必要な準備措置(Vorkehrung)を講じておく社会生活上の義務(Obleigenheit)」があり¹²³⁾、これを怠った以上、「到達は、この――相手方自身に存する――原因により排除されることはない」とする¹²⁴⁾。

(4) 以上見てきたように判例・通説は、意思表示が相手方の勢力・支配圏に入りこれを相手方が客観的に了知できるようになったというだけでは直ちに無条件で到達を認めず、通常の状況下で取引通念を考慮して相手方に当該了知を期待できるという要件を付加するわけである¹²⁵⁾が、この多義的要件は、「法律上著しく不安定にする思惑的な(spekulativ)」ものであるため、「個別事例ではとにかく評価しにくく」¹²⁶⁾、この要件の存在が「重要な困難をもたらす」元凶となる¹²⁷⁾。しかし、この「相手方の了知期待可能性」要件は、次のとおり「主として二つの到達問題を解決しようと試みる:たとえば病気や休暇での不在といった相手方自身に存する障害は考慮されるべきか?また時間的観点で、了知可能性は存在すべきか?」¹²⁸⁾。すなわち第一に、「『通常の』状況を決定する際の最も重要な問題は、いかなる程度・範囲まで個々の特殊な状況を度外視するかである」(いわゆる相手方個人に起因する「個人的了知障害(subjektive

Kenntnisnahmehindernisse)」問題)¹²⁹⁾。裏返せば、相手方側のいかなる事情まで「通常の状況」ということで考慮に入れるか、である。第二に、一一到達を前提に考えつつも――「通常の状況下で相手方の了知が期待できるのはいつの時点か」という判断(いわゆる「適時性」あるいは「規範的了知障害(normative Kenntnisnahmehindernisse)」問題)は、「使用されたコミュニケーション手段により評価されることになる」が、「受領設備(Empfangsvorrichtung)の多様性に鑑みれば事細かに説明できない|¹³⁰⁾。

a 前者の「個人的了知障害」問題に位置する——ただし相手方の客観的(抽象的)了知可能性には影響を及ぼさないという判断から基本的に考慮されない——相手方の典型的な個人的事情として,名宛人である一般私人(Privatperson)が休暇により不在であった場合が必ずと言っていいほど引き合いに出される 131 が,これについて,たとえばファオストは,次のとおり丁寧な説明を加える 132 。

一般私人は、雇用主、銀行や賃貸人からの――場合によっては想定されうる――表示を了知できるよう、休暇中に郵便の転送手続をしたり受領代理人(Empfangsvertreter.受働代理人と同義)を選任したりする必要がないことについて、正当な利益を有する。他方で、雇用主、銀行や賃貸人は、自己の意思表示を労働者、顧客や賃借人が休暇中でも彼らに到達させることについて、正当な利益を有する。なぜなら、さもなくば、雇用主、銀行や賃貸人は、重要な計画が不確かとなり、たとえばそのつどあらかじめ配慮して解約告知期間が経過するかなり前に表示しなければならないからである。

この両者の利益衝突に鑑みれば、意思表示がもっぱら相手方の支配可能な勢力圏に入った以上、この「相手方しか、適切な措置を講じて……了知を確保するか、……むしろその費用支出を理由に、効力発生後に遅れて届いた表示を了知する危険を引き受けるかについて決定できない」ことから、「相手方の領域に起因するいかなる特殊事情も、『通常の状況』の枠組みでは考慮されないままであるにちがいない」。したがって、上記(3) d で

BGH 2004年判決が判示したとおり、「相手方が休暇、旅行、入院あるいは 勾留 (Haft) 中であるといった事実は……原則として到達に影響を及ぼさ ない」ということになる 133 。

この結論は、シュヴァルツによれば、「表意者は、相手方の領域で生起した障害についてはその相手方が責任を負うことを当てにしてよい」、逆に言うと「相手方の領域内での到達障害は、――……有責であろうとなかろうと――相手方に帰せしめられる」という BGB 130条 1 項 1 文の目的論的解釈からも正当化される $^{134)}$ 。ただ例外的に、個別事件では個々特殊な事情が BGB 242条により斟酌されて別の判断を導く余地は残されている $^{135)}$ 。

またジンガー、ベネディクトは、立法者が了知主義に反対し受領主義に従った判断から、相手方の個人的事情が意思表示の到達に影響を及ぼさないのはもとより明白であるとする¹³⁶⁾。その上で、雇用主が労働関係を解約告知する場合は通常一般に、労働者の休暇や病気による到達障害を知っていることから、この実際上より重要な事例に関する BAG 判例の変遷を簡潔に紹介する¹³⁷⁾。

BAG は長い間、「社会的に保護を必要とする労働者の利益をとくに考慮す」べきであることから、解約告知は到達障害が欠落した後、たとえば労働者が休暇から帰ってきた時点で初めて効力を生ずるという立場を主張してきた $^{138)}$ 。「この結論は、主として労働者が KSchG (解雇保護法) 4条 $^{139)}$ の請求期間を喪失するという危険と、熟慮期間の短縮を(労働者に:筆者挿入)求めることはできないという懸念により根拠づけられた」 $^{140)}$ 。たとえば BAG 1980年12月16日判決 $^{141)}$ は、雇用主は労働者の(居住する)実家宛に送付した解約告知書面の到達を、この労働者がスウェーデン旅行から実家に戻ってくる前に期待することはできないとした。

しかし BAG は,1988年3月16日判決¹⁴²⁾,翌1989年3月2日判決¹⁴³⁾で立て続けに,「法的安定性の危殆化」,「労働者の休暇不在中に解約告知す

るという雇用主の利益は、その不在中に当該告知により驚かされることはないという労働者の利益に劣後しない」こと¹⁴⁴⁾、休暇不在は解約告知を受けた労働者の生活領域(Lebensbereich)に帰せしめられうる特別の事情であり常にこの者の領域に由来することを理由に、上記判例を変更し、個人的な到達障害は到達を妨げないと判示するに至った¹⁴⁵⁾。この変更された判断は、解約告知書面が(労働者の居住する)実家住所に送付された――上記1980年判決と同種事件である――前者の1988年判決によれば、「労働者が雇用主に休暇中のアドレスを伝えていたとしても通常一般に」妥当し、「ただ個別事件の特殊な事情がある場合に限り、BGB 242条により上記とは異なった評価がなされうるにすぎない」¹⁴⁶⁾。

このような BAG の判例変更について、たとえばファオストは、相手方の個別事情は到達を妨げないとする原則論は上記個人的障害を「表意者が知っていた場合にも妥当する」とした上で、その理由を、相手方が支配可能性の点で優位に立つ点に求めて支持する¹⁴⁷⁾。またボルク(Reinhard Bork)は、労働者の休暇旅行は自身の危険領域に属する問題であることと、相手方が転送依頼により適時に重要な郵便に関する情報を得られたことから、雇用主が自ら知る休暇中に解約告知をしても信義則(BGB 242条)に違反しないとする¹⁴⁸⁾。ただし、KSchG 4条の3週間の請求期間を経過させるために、労働者がまさに休暇に狙いを定めて解約告知をすることは信義則上許されない¹⁴⁹⁾。

またニッペは、「休暇での不在は労働者の領域に属し」「雇用主は通常、労働者が休暇中に旅行に出かけているか、どこに滞在しているか知らない」にもかかわらず、「危険分配が一方的に雇用主の負担でなされる」ことから、――自ら「到達の停止」と称する――変更前の BAG 判例の立場を否認し当該変更に一定の理解を示す。ただし、「休暇不在事例すべてを……到達問題で統一的に解決するのは事実適合的でない」として、ニッペ自身は、第三の見解を主張する。すなわち、「相手方側の特別な事情は表意者側やその容態に作用するはずである」として、休暇不在について、

「雇用主が休暇中の労働者の居場所に加えてその住所まで知っている」事例、「居場所は知っているがその住所は知らない」事例、「そもそも居場所すら知らない」事例という三つに分けて説明する。ここでは結論だけ述べるが、第一および第二事例については、現在のBAG判例とは異なり、労働者の帰宅後に解約告知は到達すると考えている¹⁵⁰⁾。

b 次に後者の「適時性」あるいは「規範的了知障害」に関する問題は、書面表示が相手方の郵便受けに投入された場合にいつの時点で通常の状況下で取引通念を考慮して相手方の了知が期待できるかであるが、この了知期待可能性について、たとえばファオストによれば、相手方が一般私人であるか企業であるかに分けて、次のとおり説明される¹⁵¹⁾。

一般私人は、通常の状況下で、郵便配達により自宅郵便受けを毎日開閉して書面を了知するが、その正確な時点を確定するのは困難である。おそらく通常郵便の配達では、遅くても相手方が夕方に帰宅した時となろうが、多くの一般私人は一日を通して外出していて仕事の後も直帰するわけではないことから、相手方に有利な、遅い時刻「23 [午後11] 時」の到達時点が提案される¹⁵²⁾。

他方で企業の場合は、一般私人とは異なり、月曜日から金曜日については、郵便受けの開閉は郵便配達後直ちに認められる。これに対して土曜日は、配達された書面の了知は通常期待できない。「郵便受けが土曜日に営業される場所にあるとしても、この日の郵便業務の処理は期待できないので」、結論は変わらない。また後述3のBGH大晦日判決は未解決にしているが、郵便受けを一日に何度も開閉することは、今なお企業であっても期待できない。ただし企業が、郵便を利用せず表示を郵便受けに直接届けるよう求めるときは、その限りでなく、「営業時間終了後に郵便受けを再度開閉しなければならない」¹⁵³⁾。

このように適時性の判断については、その混乱ぶりがうかがえる(なお後述 5(1)b も参照)が、まさにこの延長線上で――以下本稿が中心に扱う――BGH 2007年12月5日判決(いわゆる大晦日判決)においても、業

界慣行上相手方の営業しない大晦日午後に書面が郵便受けに投入された場合に同日中の到達を認めるべきか否かが争点となった。

かつて RG 1933年11月10日判決¹⁵⁴⁾は、商取引の領域では、意思表示の発信と受領は通常の営業時間に限られないという見解を主張した。また BGH 2000年1月24日判決¹⁵⁵⁾は、一一反対動議(Gegenanträge)が BGB 130条1項にいう法律行為上の意思表示に当たらないことから結果的に AktG(株式法)126条(株主の申立て)1項に BGB 130条の適用を認めなかったが一「株式会社は、通常の状況を考慮して通常一般的な営業時間が決められるような、画一的な名宛人集団(Adressatengruppe)ではない」ことを理由に、「株式会社について通常一般に当てはまる営業時間」を否認した。しかし BGH 大晦日判決は、次の3で見るように営業時間に 関する相手方側の業界慣行を考慮に入れて異なった判断を示したわけである。

3 BGH 2007年12月 5 日判決 (BGH 大晦日判決) 156)

【判決要旨】

書面が12月31日午後に事務所建物(Bürobetrieb)の郵便受けに投入された場合,業界の慣例で(branchenüblich)大晦日――たとえこの日が平日であっても――の午後は営業しないので,翌営業日(平日)に初めて到達する。

【事実関係】

XYは、Yのした下記賃貸借契約の延長表示が2003年12月31日、Xに到達していたかという問題について争う¹⁵⁷⁾。

XYは、倉庫の賃貸借契約(月額賃料200ユーロ)を締結し、その期間を2004年6月30日までと決めていたが、本件賃貸借契約では、この期間が経過する6か月前までであれば5年間延長する権利がYには認められていた。そこでYは、2003年12月31日付の書面で、この延長オプション権を行

使しその旨を表示した。この書面は、Yの使者が2003年12月31日15 [午後3] 時50分、Xを代理する家屋管理会社の郵便受けに投入した。ところがXは、2004年1月7日の書面で即時、本件賃貸借契約を解約告知してきた。

AG (区 [簡易] 裁判所) は、本件 Y の書面はようやく(2003年12月31日の翌営業日である)2004年1月2日に、通常より遅れて到達していたことを理由に、X による倉庫の明渡しおよび返還(Räumung und Herausgabe)請求につき Y 敗訴の判決を下した。 Y の控訴、上告はいずれも棄却された。

【判決理由】

- 1. 控訴裁判所が、本件Yの2003年12月31日付の書面が賃貸借契約の延長を生じさせることができたのは遅くとも同日中にXを代理する家屋管理会社に到達していたであろう場合に限られることを前提とするのは、妥当であり、上告も異議を申し立てていない。
- 2. 上告は、次のとおり主張して、本件Yの書面は2003年12月31日にXに到達しているとする。意思表示は、これを内容とする手紙が営業時間中に相手方の事務所に手交されているか、相手方郵便受けに投入されている場合に到達する。事務所が営業時間に使用されていない場合であれ、郵便受けが営業時間に開閉されていない場合であれ、到達が、このような――単なる相手方の個人的――理由によって排除されることはない。家屋管理人事務所で午後以降に郵便受けの開閉を期待できるかどうかという問題は、不確かでありうる。つまりXを代理する家屋管理会社は、Yに対しても使用した自己の便箋それ自体で、とくに月曜日から木曜日までの14 [午後2] 時から17 [午後5] 時を面会時間(Sprechzeit)として自己の営業時間を知らせていた。2003年12月31日は水曜日であったので、Yの面会時間は17時で終了する結果、いずれにせよともかく17時までは営業時間であるため、15 [午後3] 時50分時点では、同日中の郵便受けの開閉を期待することができた。

けれども主要な部分において、上告に従うことはできない。

むしろ問題は、郵便受けに手紙が投入された時点で取引通念上、相手方 の個人的事情を考慮せずに、ともかく同日中に当該開閉を期待できたかど うかである (Senat. NIW 2004. 1320/13211 = NZM 2004. 258 参照)。し かしながら本件では、これは認められない。本件では、郵便株式会社 (Post-AG) および他のサービス業者は……手紙を午前中に限り配達する わけではないので、商取引上、営業時間中に郵便受けに投入された手紙が あらゆる場合に到達しているか、あるいはそれに相応する取引通念が存在 しないかどうかは、不確かでありうる(種々の見解については、Palandt/ Heinrichs, BGB, 66. Aufl., § 130 Rdnr. 6; Reichold, in: jurisPK-BGB, 3. Aufl., Rdnr. 12.1 参照)。なぜなら、意思表示は、営業時間終了後に手紙 が建物の郵便受けに投入される場合には、ともかくもはや同日に到達しな いからである。この場合、その日に郵便受けの開閉を期待することはでき ない。もちろん本件でも同様である。上告により攻撃されず LG(地方裁 判所)が認めていたように、事務所建物では……ともかく大晦日午後は営 業していなかったので、もはや16「午後4」時少し前にその日の郵便受け 開閉を期待することはできない。Yへの2002年3月12日付の書面における ように……管理会社が営業用の手紙で、金曜日を除く平日14「午後2〕時 から17 [午後5] 時まで面会時間を確保しておくことを知らせていたとい う事情があっても、それは変わらない。……上記書面は、……管理会社で は一般的慣行 (allgemeine Übung) に反して12月31日の午後に働いている ことを相手方に信頼させるものではない。

4 ライポルトの「21世紀の意思表示の到達」像

ライポルトは、「相手方の了知期待可能性」を要求する「到達時点の伝統的判断が現在もなお事実および利益適合的である」かについて、上記3で紹介したBGH 2007年12月5日判決。いわゆる大晦日判決を契機に再検

書面表示の「到達」を判断する際に相手方の事情を考慮に入れるべきか(臼井) 討しようと試みる $^{158)}$ 。

(1) ライポルトは、BGH 大晦日判決の問題点を指摘することから始める。 そもそも当該 BGH 判決が到達時点の決定につき使用した定式は、たしかに「通説に合致するが、これに対しては、すでに根拠のある批判が大きくなっている」。また当該個別事件との関係でも、「かりに『業界慣行で』 (……) 管理会社のような事務所建物では大晦日午後はもはや営業されないことが確認されるとしても、……賃借人がこのことを認識しなければならないかどうかという問題が生ずる」。さらに「正確な時間的境界をどこに引くか、不透明である——手紙は遅くとも正午までに投入されなければならないのか、あるいは13 [午後1] 時や14 [午後2] 時でも十分なのか」。

その上でライポルトは、労働・営業時間がますますフレキシブルになっている現代にあって、依然としてなおも伝統的な取引慣行に関連づけて到達時点を判断すること自体に対して、とにかく懐疑的な見方を示す。なお、賃借人がそもそも大晦日の午後でも延長表示を到達させることができるかという問題については、大晦日が業界慣行上午後半日営業されないことに鑑みれば、「BGB 193条¹⁵⁹⁾により、当該期間は翌営業日に初めて終了する」とも考えられるが、やはり「午後半日営業されない日を土曜日と同一視してはならないことから」、否定的な見方を示す¹⁶⁰⁾。

それゆえライポルトは、伝統的な到達時点の判断が今日もなお実際上の 諸事情を正当に評価するかどうかについては詳細な検討が必要であるとする¹⁶¹⁾。

(2) さらに郵便事情との関係でも、次のとおり、伝統的な到達時点の判断について懐疑的な見方を示す。

「生活実態(Lebenswirklichkeit)上の様々な異なった変化が、ともかく従来支配的であった見解を再考するきっかけとなる。BGH もまた、大晦日判決においてこの問題の一つを論じる」。すなわち、いつ郵便が通常配達されるかが問題となっている。「従来は、私的な領域と同様、営業上

の領域でも、通常の郵便配達は特定の時点でなされると考えることができた。けれども今日、もはやそうではない。『伝統的な』ドイツ郵便による配達の時点でさえ、しばしば重要な変化と個人的な不安定さにさらされている」。さらにドイツ郵便以外の企業による場合には、いっそう非常に様々な時点で配達が行われる。

この、もはや通常一般的な配達時点が特定できない現状を踏まえて、ライポルトは、それにもかかわらず到達の時点を判断するにあたり従来のように、「相手方による郵便受けの開閉が取引通念上いつの時点で期待できるかに焦点を当てることができるかどうかは疑わしいように思われる」と言う¹⁶²⁾。とくに表意者が郵便を利用する場合、郵便配達時の諸事情をどこから聞いて知るべきなのか。BGHは、「商取引にあっては営業時間中に郵便受けに投入された手紙はともかく到達しているという最近の見解に言及するが、その答えは留保されたままである」¹⁶³⁾。

- (3) そこでライポルトは、新たな到達時点の決定規律・基準を、国際法およびヨーロッパ法領域の規律または規律提案から抽出しようと試みる。たしかに当該「適用領域の外では、BGBの規定が基準となることは少しも変わらないが、当該規律やその提案に見い出される利益評価は、BGBの範疇における到達時点の時代に適った解釈にとっての手本となりうる」。なお、以下に参照する CISG や――2008年1月に公表された――DCFRの暫定概要版(Interim Outline Edition)も例外なく BGB 同様、到達主義に依拠している。ただし留意すべきは、いつの時点で表示が相手方の勢力圏に入ったかにのみ焦点が当てられ、いつの時点で通常の状況下で相手方による了知が期待できるかは問題とされていない点である¹⁶⁴⁾。
- **a** CISG は、契約に関して申込み、承諾とも相手方に到達した時に効力を生ずると規定する(15条、18条 2 項 1 文 $^{165)$)。そして問題の「到達」が何を意味するかについては、次のとおり CISG 24条が規定する。

CISG 24条 (「到達」の定義)

この条約の第II 部の適用上、申込み、承諾またはその他の意思表示は、相手方に 口頭で伝達された時に、またはその他の方法で相手方本人、相手方の営業所もしく は郵便送付先に配達された時に、相手方が営業所も郵便送付先も有しない場合には その常居所に配達された時に、「到達する」。¹⁶⁶⁾

すなわち、この規定によれば、BGB による到達の場合と同様に、表示が通常の状況下で了知を期待できるような方法で (in einer Weise) 相手方の勢力圏に入っていることが重要である。

そしてライポルトは、「配達(Zustellung [delivery])」のみに焦点を当てた CISG 24条から到達時点について重要なのは、たとえ通常の営業時間外であったとしても、表示が相手方の勢力圏に入ったかどうかであると結論づける。この考え方が、「到達を、とくに純粋に外面的な、容易に確認できる法律要件事実に結びつけ、営業時間に関する(各国の)国内慣習にかからしめない」とした CISG 24条の規律目的であり、これに通説も依拠する。たしかに、BGB の到達に関する伝統的解釈を CISG に転用する、つまり「通常の状況下で名宛人による了知を期待することが許される時点で初めて到達を肯定しようとする反対説も存在する」。しかしライポルトは、「法的明確性に資し表意者が期間を完全に消尽する利益を斟酌する」点で、CISG の通説的理解に軍配を挙げる¹⁶⁷⁾。

b 次にライポルトは、「ヨーロッパ法の CFR (共通参照枠)への途上」にある DCFR についても、「今後の運命、最終的な内容、とくに CFR 以後の法的性質がこれからどうなるかまだ分からない」としつつ、「意思表示の効力発生に関する DCFR に含まれた規律は、現代的な法統一的規律の試みとしてすでに今現在注目に値する」と評する。 DCFR (暫定概要版)Ⅱ編(契約及びその他の法的行為)1章106条は、次のとおり、「とくに申込みおよび承諾といった契約上の意思表示について『通知 (NOTICE)』概念を構築し、通知の効力発生を、通知が相手方に配達された、つまり (BGBの文言を使えば) 相手方に到達したことに結びつける。

効力発生がとくに肯定されるのは、表示が相手方の営業所ないし常居所 (Wohnadresse) に配達された時である」。

DCFR (暫定概要版) Ⅱ編1章106条:通知¹⁶⁸⁾

- (1) 本条は、本草案のもとでその目的のいかんを問わず通知を行う場合について、 適用する。「通知」には、約束、申込み、承諾又はその他の法的行為の伝達が 含まれる。
- (2) 通知は、当該の諸事情に適切であれば、どのような方法でも行うことができる。
- (3) 通知は、遅延した効果を定めない限り、相手方に到達する時にその効力を生ずる。
- (4) 通知は、次の各号のいずれかに該当するときに、相手方に到達するものとする。
 - (a) 通知が相手方に配達された時,
 - (b) 通知が相手方の営業所に配達された時、又は、そのような営業所が存在しない若しくは通知が営業に関しない場合には相手方の常居所に配達された時.
 - (c) 通知が電磁的方法で送信される場合には、相手方がその通知を呼び出すことができる時、又は、
 - (d) その他, 不当に遅延することなく通知を呼び出すことを合理的に相手方に 期待できる場所で, かつ, そのような方法で, 相手方がその通知を入手する ことができる時。
- (5) 通知は、その到達前又はこれと同時にその撤回が相手方に到達するときは、その効力を生じない。
- 第6項及び7項は省略。

このようにライポルトは、「DCFR II編1章106条でも BGB によるのと同じ意味で、効力発生が理解される」とする。したがって、「撤回が表示の効力発生を妨げるのは、撤回が相手方に当該表示より前あるいは同時に到達する場合に限られる。表示の効力発生にとって基準となる『配達された時…(when it is delivered ...)』という文言は、通常一般に相手方による

了知が期待できる時点で初めて効力が生ずるという制限を含むものではない」。たしかに DCFR II 編 1 章106条は,その他の伝達方法に関する 4 項 d 号の受け皿規律(Auffangregel)で初めて,相手方への到達を「合理的に期待できるかという基準を用いる」が,ここでも「効力発生時点についてではなく」あくまで「許容される到達方法(Zugangsweg)の基準として」でしかない 169 。

c さらにライポルトは、――到達主義規律以外の有力な危険分配基準である――発信主義規律にも目を向けて、上記 a の CISG 24条や b の DCFR(暫定概要版) II 編 1 章106条のような「到達時点を了知の技術的可能性(technische Möglichkeit)で判断する規定をより一歩前進させる」ものとして積極的に評価した上で、重要な最近の模範事例を含む BGB 355条 1 項 2 文を取り上げる。この規定は、消費者契約(Verbrauchervertrag)の撤回について次のとおり、期間の遵守は適時の発信で足りるとする¹⁷⁰⁾。

BGB 355条 (消費者契約の場合の撤回権) 1項

(1) 法律により本規定による撤回権が消費者に認められるとき、消費者は、期間内に撤回したならば、契約の締結に対する同人の意思表示にはもはや拘束されない。撤回は、何らの理由も必要とせず、文面形式において、または、物の返送により、2週間以内に事業者に対して表示されなければならず、撤回期間の維持については適時の発信で足りる。¹⁷¹⁾

もちろんライポルトは、「この消費者を保護する規律は一般化できず」、「とにかく到達主義を採用した BGB 起草者の判断を歪曲するであろう」ことは承知しつつも、たとえば通常一般に期間遵守が問題となる場合に「意思表示の適時の発信に焦点を当てることは可能であり」、ともかく「発信者を明らかに優遇する利益評価は、到達時点の判断にあたり当該利益状況を新たに論理的に再考するきっかけとなりうる」とする¹⁷²⁾。

(4) a 以上の考察から、ライポルトは、「最終的に到達時点を新しく決定することについて決心を固めるかどうかは、競合する利益の評価に委ねら

れなければならない」とした上で、次のように続ける。かつて BGB 起草者は、到達主義を採用することで、妥協による解決を選択した。すなわち当該解決は、表示の発信だけでは効力発生を承認せず了知可能性を重視する点では相手方の利益を保護する一方、相手方が実際に表示を了知したかどうかを問題としない点では表意者の利益を保護する。

そして今現在、「到達時点を決定するにあたり、両者の利益評価に関する問題が再び提起される。これに関しては、了知の技術的可能性で足りるのか、あるいは到達は通常の状況下で取引通念を考慮して了知が期待できる時点で初めて肯定されるのか。この問いに対する答えは、到達主義を採用した立法者の判断によりすでに決められているわけではない」¹⁷³⁾。

b そこでライポルトは、いよいよ到達時点の判断に関する伝統的解釈 について検討を加える。

検討の契機となった BGH 大晦日判決のように「とくに通常一般的でない時間に表示が到着した場合」、伝統的解釈は、「相手方の利益を保護する結果、ともかく(当該時刻の:筆者挿入)到達を否認する結果となる」が、そもそもこの判断は、「いつの時点で了知が期待できるかについて十分確かな取引通念があることを前提としている」。「したがって……ある特定の容態を期待できる『通常の状況(gewöhnliche Umstände)』が確かめられなければならない」。

しかし、そもそも手紙の配達を例にとっても、「郵便独占の廃止および配達時間帯の拡大」、さらに「営業時間がフレキシブル度を増す」現状に鑑みれば、「通常一般的な(あるいは一般に周知の)状況」を「ほとんどもはや確認することは不可能である」¹⁷⁴⁾。また――本稿では割愛したがZPOを中心に――BGBの到達規律の周辺には、「了知の技術的可能性にのみ焦点を当てた多数の規定が存在する」とともに、(3) a および b で見たように国際法上ないしヨーロッパ法上の領域にも、「効力発生時点について表示の(呼出可能な)到着のみで判断する」規律や当該提案が存在する。

そしてライポルトは、この「了知の技術的可能性」に焦点を当てた解決 を、「表意者の利益に資し、とくに期間の制約を受ける表示では当該期間 を最後まで消尽することを表意者に可能にする」点で、伝統的解釈よりも 高く評価する。

その上で、了知の技術的可能性に基づいて「到達時点を理解することが、相手方の利益を不適切で要求できないほど看過するかどうか」について検討を加え、現実的に見れば次のとおりそのような懸念はないとする。たしかに「営業時間外あるいは(私的な領域において)ようやく夕方遅くに表示が到着する場合、相手方は、翌営業日に直ちに表示を了知……できるにとどまる」が、「期間経過の時点で、特定の内容の表示が到着したかどうかを了知することに関心を持っているのであれば、この時点で自己の受領設備をチェックするのは相手方の自由である」。さらに「契約上の期間が問題になっている場合において、営業時間の終了後に期間が経過するのが望ましくないときは、当然それとは異なった内容、たとえば特定の日時での期間経過を合意すること」もまた「両当事者の自由である」¹⁷⁵⁾。

c 以上の検討結果から、ライポルトは、論文執筆の契機となった BGH 大晦日判決事件について、BGH に逆らい、大晦日16 [午後4] 時に 到着した契約延長表示を期間厳守されて同日中に到達したと考えても、 (相手方である) 賃貸人の利益が無視されたとは言えないと結論づける。 「賃貸人は、当該表示を1月2日に了知することができ、……当該表示が 大晦日の、たとえば12 [午後0] 時ぎりぎり……に投入されていたであろう場合と本質的に何ら異なるところはない」。

結局ライポルトによれば、「取引通念上いつの時点で了知が期待できたかは重要でなく」、到達時点は、「常にすでに相手方が技術的に書面表示……を了知する可能性(いわゆる技術的了知可能性)を有した時」ということになる¹⁷⁶⁾。

5 おわりに――拙見の再検証をかねて――

(1) a BGH 大晦日判決も到達の判断基準として踏襲する「相手方の了知期待可能性」について、ファオストは、「表意者は自らした表示がいつ到達するかを目算できなければならないことから、表意者の認識可能な諸事情に関するものであるならば」という限定条件付きで¹⁷⁷⁾、さらに「一般私人間か企業間かという区別はありうる」とした上で、賛成するようである¹⁷⁸⁾。ただし、上記判決は、到達を判断するに際して、「大晦日午後は休業する」という相手方側に存在する業界慣行を、表意者も(相手方と)同業者であるか、あるいは――4(1)でライポルトが正当にも指摘したとおり――同業者でないにせよその存在を知っていたかに関わりなく、また――ファオストが関心を寄せる――表意者の認識可能性にも言及することなく、なかば一方的かつ強引に考慮している。

b これに対して、ジンガー、ベネディクトは、自ら意思表示を適時に発信していた表意者はその到達を当てにできなければならないこと、相手方側の個別の営業時間を考慮し出すと計測不能となり、このリスクを表意者に負担させることはできないことから、むしろライポルト同様の結論を主張していた。「都合の悪い時刻」がいつ始まりいつ終わるかについては、もはや法的安定性とはまったく関係なく、たとえばチッツェは「22 [午後10] 時から翌朝 [午前] 7時まで」、BAG 1983年12月8日判決¹⁷⁹⁾は「16 [午後4] 時30分から」、OLG Hamm 1994年4月25日判決¹⁸⁰⁾は「16時50分から」、BayVerfGH(バイエルン州憲法裁判所)1992年10月15日判決¹⁸¹⁾は「18 [午後6] 時5分から」といった具合に¹⁸²⁾かなり恣意的に確定されている¹⁸³⁾ことに鑑みても、「取引通念による到達時点の先延ばし(Verschiebung)」は認められない¹⁸⁴⁾。加えてベネディクトによれば、そもそも営業時間は通常、ただ客と直接する取引の始まりとその終わりを意味するにすぎず、「外見上明確な営業時間の制限自体、決して当てにはな

書面表示の「到達」を判断する際に相手方の事情を考慮に入れるべきか(臼井) らない | 185)。

またベネディクトは、「『都合の悪い時刻』ドグマは合理的な利益較量と も何ら関わりがなく」、「ナンセンス (Unding)」であると主張する。なぜ なら、自己の表示の法的効力を生じさせるという表意者の利益は、利益状 況に基づく説明がなされないまま犠牲にされるからである。「相手方は ……到達を具体的な時点まで留保することのみならず……自己の受領設備 を自己の利益に適った時間限定で『指定する』ことも」できる¹⁸⁶⁾。また. 表示が期間内に到達すべきであるときは、相手方は、たとえば16「午後 4] 時29分までしか到達は認められないといったように明確な時間指定を 行って期間を制限しておく必要がある。なぜなら、当該指定がなされてい ないときは、BGB 188条(期間の終期) 1 項により、「日をもって定めた 期間は、期間の末日の経過した時に終了するしため、そもそも都合の悪い 時刻は存在し得ないからである。したがって表意者にとっては、期間遵守 の観点から、「午前」 0 時になるまでは到達が可能である。他方で、表示 を同日中に了知するという相手方の利益はおよそ重要でない。なぜなら、 たとえば労働関係の解約告知(KSchG 4条など)のように、到達により 相手方にとって期間が開始する場合であっても、法律、たとえば BGB 187 条1項¹⁸⁷⁾は、これを考慮して、当該期間はとにかく翌日に初めて開始す る、つまり「初日不参入」と規定しているからである¹⁸⁸⁾。

さらにベネディクトは、――本稿では割愛したが――ライポルト同様、2002年の送達法(Zustellungsrecht)改正により補充送達(Ersatzzustellung)¹⁸⁹⁾ の場合に送達されるべき書面は郵便受けへの投入で送達されたものとみなす ZPO 180条 2 文¹⁹⁰⁾について、判例によれば、営業終了後に送達された書面にも適用されることを参照し、郵便物の単純な配達の場合もこれに準じて処理できるであろうとする。このように考えても、相手方は、都合の悪い時刻に法律上重要な効力を有する書面が到着して驚かされないよう、特定の時点まで明示に到達を留保するか、あるいは、ともかく明白かつ正確な営業時間を伝えるなど受領準備の整った具体的時間を限定して自己の

受領設備を指定することが自由にできるから、不利益はないとする。これがなされていない以上は、ZPO 180条 2 文に準じた、「到達はいつでも生じうる」という原則が妥当することになる¹⁹¹⁾。

- (2) ところで筆者は、すでに2002年、ブレクセルやライポルト同様とくに CISG 24条の規律に刺激を受けて、本稿で扱う到達問題について以下の試 論へと辿り着いた。
- **a** 伝統的かつ支配的な「相手方の勢力・支配圏」という考え方について、とくにドイツでは多くの批判がなされている¹⁹²⁾が、そこでは「到達」がどのように判断されているのか、その判断構造を今一度よく見ておく必要があるとしてその再考を試みた。

まず上記考え方では、第一段階として場所的に、「相手方の勢力・支配 圏 は生活や営業の本拠地である住所または営業所や配達指定場所である 郵便送付先に絞られる。次に第二段階として、相手方の影響を及ぼしうる 範囲を「場所 | からさらにその中の「物的受領設備 | へと再度ピンポイン トに絞り込むわけだが、この点の説明が曖昧であるため、判例・通説は批 判を受けることになる。この第二段階では、物的受領設備に「受領機能 | を付与するという相手方の意思を主たる基準に、当該設備の「取引通念上 の受領機能 | も補足的に考慮に入れて――当該場所内であっても「通常あ まり出入りしない勝手口の戸の下」ではなく――「郵便受け」という特定 の物的受領設備に限定する。なぜなら、郵便受けは、通常一般的に(とに かく黙示であれ)相手方が書面表示を受領する物的設備として機能するこ とを認めていて、またかりに――何某かの事情から――相手方が郵便受け に当該機能を与えていなかったと主張しても、郵便慣行上「当該物的設備 に受領機能が承認されていると考えてよい」からである。この郵便受けに 書面表示が配達・投入された段階で、相手方は、抽象的な意味で客観的に 当該表示を了知することが可能になったと言えよう。

それゆえ筆者は、「このような段階的分析を、判例・学説が必ずしも明確かつ具体的に行わなかったことが……『相手方の勢力・支配圏』という

考え方は場所の特定にしか役立た……ないのではないかとの懸念を抱かせる最大の要因となったのではないだろうか」と分析・指摘した¹⁹³⁾。たしかにザントマンが前述 2(2)で懸念したように、かりに判例・通説が――郵便受けなどの受領設備が用意されていない場合はともかく――「玄関戸の下への手紙の差し込み」でも郵便受けへの投入同様に相手方の勢力・支配圏に入ったと判断するのであれば、大いに問題である。そのような誤解を受けないよう、たとえばシュヴァーベは、「相手方の支配圏は通常、場所的な勢力圏――つまり住居や店舗――の言い換えであり、とくに相手方が意思表示の受領に使用する準備措置すべてを含む」と丁寧に説明している¹⁹⁴⁾。

さらに「住所・営業所内の物的……受領設備(たる郵便受け)への配達」(つまり郵便慣行上の配達)」を書面表示の「到達」判断基準とすることについては、以下二つの理由も付け加えた。

まず CISG 24条を参照して、書面表示の到達はできるだけ外面的な、簡単に証明できる要件事実「営業所への配達」で判断し、相手方の内部的事情に起因する勢力・支配圏「営業所組織」内部の伝達リスクは表意者に負担させるべきではないという実務的要請が国内取引レベルでも少なからず存在することを指摘した¹⁹⁵⁾。この点は、ブレクセルやライポルトも主張していて、法的安定性の観点を重視すれば必ずしも否定されるべきではない。

次に、慣習・慣行が伝達方法・手段の性質上その種類により到達要件を様々に変更することも十分考えられるが、書面表示については、郵便、なかでも内容証明付きの書留・配達証明郵便が(とくにわが国では)最適な手段であり実際上も利用頻度が高い、その現状を踏まえるならば、ここで通常一般に通用している郵便慣行こそが書面表示に関する到達判断の決定的基準たりうることを述べた。敷衍すれば、郵便は通常一般に書面表示を発信する適切な伝達方法・手段である(いわゆる「伝達方法・手段の通常一般性・適切性」)とともに、郵便局は表意者の表示使者でも相手方の受

領使者でもない、客観的に中立な、しかも公共性の高い伝達機関であり (いわゆる「伝達機関の公共性・中立性」)、また逆に相手方が表意者の立 場に置かれたとしても、郵便制度の利用が十分予想されること(いわゆる 「表意者と相手方の立場の互換性」)である¹⁹⁶⁾。

b 次に,長期不在など相手方の個人的事情について,筆者は,aで上述したとおり「住所・営業所内の物的……受領設備への配達(=取引慣習上の配達)」を書面表示の「到達」判断基準とする立場を堅持した上で,例外的に「当該表示の法的性質や相手方の特性(たとえば「消費者」)上,あるいは当該事情を表意者が知りまたは知りうべき場合に限り信義則(あるいは権利濫用)を媒介に考慮に入れる」べきであると考えた「197)。この点は,基本的に——2(1)fで紹介した——ブレクセルと同様の見解と言えようか。ただし現在は,相手方の個人的事情につき表意者が悪意または有過失であった場合についても,たとえば不在事例に関する——2(4)aで前述した——ニッペの細分化を参考にすれば,表意者が(正確な住所までは必要ないが)とにかく相手方の居場所を知っていた,あるいは知るべきであった場合に限られると考える。

なお相手方が長期不在に備えて転送依頼をしていた場合には、書面表示が転送先の滞在地に配達された時に到達すると一般に考えられている¹⁹⁸⁾ようだが、この場合についても、そもそも不在自体が――たとえば長期出張など表意者との労働関係に基づくものでない限り――相手方の個人的事情によるものである以上、上記の場合と同様、当該事情に表意者のした表示の効力発生が左右されるべきではないと考えておきたい。

c 3以降で中心に扱った適時性の問題については、以上拙見によれば、郵便という通常一般的に選択されうる適切な伝達方法・手段を用いた場合については、実際の配達時間こそ郵便局しだいで一定ではないが深夜にまで及ぶことはないことから、書面表示は「郵便受けへの配達」時に到達するとした。郵便制度が社会一般に普及した現在、郵便慣行に配慮した典型的到達「郵便受けへの配達」を基本に据えて、到達の有無のみならず

当該時点を判断しても差し支えないと考えたからである。この点は、ライポルトが法的安定性という観点で同様の主張を展開している。ただし筆者は、表意者自らあるいは表示使者により書面表示が郵便受けに投入される場合において、相手方の営業時間を表意者が知りながらあえて時間外に届けたときは、信義則(あるいは権利濫用)上、配達当日の到達を主張することはできないとした¹⁹⁹⁾。また深夜時間帯の郵便受けへの投函もおそらくは信義則違反に当たりうるため、筆者のような上記考え方を採っても、相手方が「四六時中」いつも郵便受けを見に行かなければならなくなるという批判²⁰⁰⁾は必ずしも当たらないことになろう。

したがって、BGH 大晦日判決については、筆者と同様、郵便受けへの投入により到達を客観的に認め例外的に権利濫用で調整するブレクセルも指摘しているとおり、権利濫用を判断する「利益較量の際には、表意者がしばしば営業時間や休日規則を知らずに意思表示の適時の到達を当てにすることは顧慮されるべきである」²⁰¹⁾。しかし大晦日判決は、(1) a で前述したとおり、相手方側に存在する業界慣行について、表意者も(相手方と)同業者であるか、あるいは同業者でなかったとしてもその存在を知っていたかに関わりなく、また表意者の認識可能性にも言及することなく「相手方の了知期待可能性」要件のもとで相手方有利に考慮している。筆者らの見解によれば、この点が当該判決の結論を左右することになるため、詳細な言及と解明が欲しかったところである²⁰²⁾。

ただいずれにせよ、書面表示が都合の悪い時刻に郵便受けに投入された場合に関する適時性の問題は、BGB 130条が「伝達・輸送リスクは表意者負担、了知リスクは相手方負担」という「影響領域に基づく危険分配」原則を採用していることを前提に考えれば、なるほど相手方が支配しその影響力の及ぶ郵便受けに投入されている以上、もはや伝達・輸送リスク段階の問題とは言いにくい。さりとて、営業時間外や深夜の時間帯に相手方に了知を期待することが事実上困難である以上、了知リスク段階の問題とも言い切れない。まさに適時性の問題は、危険負担者の決定自体が困難を極

める, BGB 130条が当初想定し得なかった典型的な「空白期間の危険負担」の問題であると言えるかもしれない。

d 最後に筆者は、発信主義の再評価・再考まで視野に入れるならば、 一見極論にも思える上記拙見も説得力を持ちうるのではないかとの所見を 述べて締めくくった。

すなわちわが国では、「意思表示を行う原因が表意者、相手方いずれに あるかを基本的に無視して、しかも民法のみならず商法上も、発信主義を 明文で規定していない以上、到達主義が妥当すると一般に解されている | が 果たして到達を判断する際原則一律に 相手方の事情に一定程度配慮 する必要があるのか、疑問を呈した。たとえば相手方たる売主に帰責事由 があって表意者たる買主が瑕疵担保請求の意思表示をする場合には.「特 定商取引に関する法律がクーリングオフにつき発信主義を採用しているこ となどを考え合わせれば、『到達』の認定を……甘くしてもいいような場 合が少なからずあるのではないだろうかしと考えたわけである。また「承 諾について発信主義から到達主義に改める | 場合にも 「同じことが言え | るとしている。「発信主義、到達主義の双方が危険分配の基準であるとす るならば、発信主義といえども、おそらくどのような方法で発信してもよ いと考えられているわけではなく、『適切な伝達方法』を前提としている であろう――現に CISG 27条はそのような立場を採る――し、到達主義と いえども、筆者のように郵便慣行を重視して『到達』を』、相手方の事情 を度外視して客観的に理解するならば、「いずれを採るかによって、それ ほど危険負担に差が生じなくなり、その方が望ましい」ことになる。とに かく到達主義、発信主義のいずれを「いかなる場合に、いかなる理由で採 るのか、CISG は24条で『承諾』につき到達主義を採」る一方で「『履行 過程・履行障害のさいに行われる通信』については27条で発信主義を原則 としたこと……を踏まえれば、再検討すべき時期に来ている」と、今後の 課題に触れて擱筆している²⁰³⁾。

この点、ライポルトは、筆者が CISG 27条の発信主義規律の合理性・妥

当性に注目したように——4(3) c で前述したとおり——消費者契約の撤回に関する BGB 355条 1 項 2 文の発信主義規律に目を向けることにより、たとえば通常一般に期間遵守が問題となる場合を取り上げて「表意者の適時の発信」に焦点を当てる可能性・有用性を指摘するとともに、到達時点の判断にあたってもとくに従来看過されてきた「期間を完全に消尽する」という表意者側の利益を十分考慮に入れる重要性を説く。すでにブレクセルも、「期間厳守」の観点で——BGB 355条 1 項 2 文(当時の HausTWG [訪問販売撤回法] 2 条 2 項 1 文)、HGB(ドイツ商法)377条 4 項²⁰⁴⁾、CISG 27条 1 項で採用された——発信主義を再評価すべきであると主張していた²⁰⁵⁾。

(3)a 以上から筆者は、書面表示の「到達」判断基準として、2002年当時 主張した拙見、つまり「相手方またはとにかく郵便慣行により認められた 受領設備への書面表示(またはそれに準ずる配達通知書)の配達・投入| は10年あまりの時を経てもなお、むしろ――ライポルトも指摘したとお り――郵便等の配達時間が拡大するとともに一般私人および企業の活動・ 営業時間がいっそう多様となった現在にこそより適合していると考える。 当該基準は. ——本稿では1(1)cで前述した理由から考察の対象外とした が――Eメールなど現代的なコミュニケーション・ツールにより有体化さ れた(あるいは保存可能な)表示まで視野に入れれば、ライポルトの言う ように「了知の技術的可能性」ということになろうか。そしてこの基準の みで到達を客観的に判断するため、「相手方の個人的了知障害」はもとよ り――判例・通説により付加的要件とされた――「相手方の了知期待可能 性| すら原則考慮されず. あくまでも例外的に信義則・権利濫用による修 正の余地を残すのみである(相手方保護を志向する判例・通説の「到達妨 害 による「到達擬制」的調整に対して、表意者保護を志向する拙見の 「信義則・権利濫用」による「到達の主張・援用の制限・禁止」的調整と でも言うべきか)。なお、到達が実務上頻繁に問題になる労働法上の解約 告知 $^{206)}$ については、ノルトが正当に指摘する $^{207)}$ とおり、そもそも一般法

たる民法の,しかも到達問題において,労働者の利益を死守しようとする ところに問題があると考える。民法総則上の到達主義規律は,あらゆる受 領を要する書面表示について個別具体的な特殊性を斟酌することなく一律 に適用されるからである。

b 上記拙見を支える理由を再度整理すれば、次のとおりである。

まず第一に、BGB 起草者 (第二委員会の多数意見) は、妥協の産物として受領・到達主義を採用し、何はともあれ到達を相手方の領域に入ったという事実により客観的に判断しようと意図していたことである。

第二に、この客観的な一律判断は、郵便等の配達状況や表意者、相手方 双方の生活・労働状況がより多様な現在にあっては、いっそう法的安定性 に資する役割を果たす点である²⁰⁸⁾。

第三に、この客観的判断は、受領・到達主義の基礎となっている「影響領域による危険分配あるいは危険の支配可能性」という考え方や、「相手方の了知に対する表意者の合理的期待・信頼を保護する」という考え方とも合致することである。とくに郵便が郵便受けに配達されたにもかかわらず、相手方の了知期待可能性がないことを理由に、いまだ伝達・輸送リスクが表意者にとどまるとするのは説得力を欠くと言わざるを得ない。もっともヴァイラー(Frank Weiler)のように、到達主義を、「意思表示は、法律効果の惹起に向けられたコミュニケーション行為である」という危険分配とは別の観点から、「意思表示が受領を要する、つまり他人に対してなされるべきときは、この者に到達しなければならない」と説明することも可能であろう²⁰⁹。ただこの立場では、到達は、「可能な限り実際的な了知の理想像に近」づけて理解されることになる²¹⁰⁾から、適時性の問題解決に際し「相手方の了知期待可能性」を通して相手方保護の視点を持ち込む判例・通説の方が、この理想像には近いということになろう。

第四に、判例・通説のごとく相手方保護の観点から「相手方の了知期待可能性」を到達要件とすれば、相手方保護を超越した意味での法的安定性を損なう結果となるばかりか、利益較量の観点でも、表意者の利益が軽視

され、むしろ均衡を失することが懸念されることである。とくに期間厳守が問題になる場合、表意者は、ぎりぎりまでこの期間の利益を享受できると考えてよかろう、つまり通常一般的に用いられる適切な伝達方法で適時の発信をした表意者は本来、適時の到達を計算し当てにできてよいはずである²¹¹⁾。またすでに3以降のBGH大晦日判決およびその批評で見たように、「『通常の状況下での』相手方の了知期待可能性」要件のもと、表意者の認識や認識可能性を問うことなく相手方側の事情が一定程度考慮されているため、前者の利益が後者の利益に比べて著しく害されている。到達主義規律では、とくに郵便を利用した表意者は、発信から到達までの伝達・輸送リスクを本来支配できないにもかかわらず、伝達方法の選択可能性と撤回可能性の名の下に負担させられているが、それに加えて相手方の了知期待可能性というさらなる不確定要素、つまり正確な配達時点の不安定リスクまで負担させられるとすれば、それは明らかに行き過ぎであろう。

第五に、伝統的かつ支配的な「相手方の勢力・支配圏」という考え方は、あながち間違った考え方とは言えないが、その説明不足もあって場所の特定にしか役立たないとの消極的・批判的評価を受けることが多いため、誤解なきよう、相手方が書面表示を客観的に了知できる状態が作出されたという意味も込めて具体化し、「相手方により指定された、またはとにかく郵便慣行上認められた受領設備への書面表示(またはそれに準ずる配達通知書)の配達・投入」という具体的かつ明確な基準を採用すべきことである。この客観的・事実的基準によれば、従来曖昧であった「玄関戸の下に差し込まれた」あるいは「勝手口に置かれた」手紙については、たしかに玄関や勝手口は(場所的な意味では)相手方の勢力・支配圏内ではあるが手紙の投入は本来予定されていないため、いまだ到達は認められず、実際に相手方がこれに気づいた、つまり了知した時点で初めて到達することになろう²¹²⁾。——すでに2(3)bでジンガー、ベネディクトが掲げていた——開いていた窓から手紙が投入されたがタンスの後ろに落ちた場

合を考えれば分かるように、勢力・支配圏は、必ずしも了知領域と重なっているわけではないのである。

第六に、発信主義と到達主義という危険分配基準が動揺を見せる中、両者は、「通常一般的かつ適切な方法で適時に発信されたこと」を通して、その危険分配において接近する方が好ましいことである。すなわち、前者の発信主義は通常一般的かつ現状において適切な方法で適時に発信されたことを、後者の到達主義は上記発信を前提にとにかく適切な受領設備に配達・投入されたことを要件とする²¹³⁾。この点で、——ライポルトが 4(3) b で CISG に加えて参照した——DCFR(暫定概要版) II 編 1 章106条が、具体的に相手方に到達する場合として、4 項 a 号から c 号で、「相手方個人への配達」、「相手方の営業所またはその常居所への配達」、電磁的方法による場合の「通知の呼出可能性」を列挙しつつ、最後に受け皿として d 号で、「不当に遅延することなく通知を呼び出すことを合理的に相手方に期待できる場所で、かつ、そのような方法で、相手方が通知を入手することができる | ことを規律する点は示唆的である。

で ところで、筆者が到達判断の前提となる「物的受領設備」を考えるに際して相手方による「受領機能」を付与する行為(いわゆる「指定行為」)に加えて(あくまで補足的にではあるが)郵便慣行をも斟酌する点については、相手方による受領設備の指定という私的自治的行為のみを基準とするベネディクト(2(3)b参照)からは、郵便慣行なる不透明な要素を持ち込むべきではないとの批判が聞こえてきそうである。ただベネディクトの見解とて、黙示の指定を認め、──彼自身は「取引慣行、信義則……などの曖昧な規範的基準」によることを否定する²¹⁴⁾が──その認定に際してはおそらく郵便慣行も一つの判断材料とならざるを得ないはずである。拙見との差違は、相手方がたとえば郵便受けから頻繁に郵便物が盗まれるから、個人的に当該郵便受けを「物的受領設備」として使用するつもりはなかったとか、さらには郵便受けが相手方本人のあずかり知らぬところで勝手に設置されていた場合に生じようか。おそらくベネディクトに

よれば、さすがにこのような場合に上記指定行為があったと認めることは 困難であり、書面表示が郵便受けに配達されても到達を肯定することはで きないものと思われる。これに対して拙見では、表意者の選択した郵便に よる配達は通常一般的に用いられる適切な伝達方法であることに鑑み、表 意者保護の観点から郵便慣行を重視して、この種の到達障害は相手方の勢 力・支配圏内で生じた、相手方が影響・支配しうる危険であるとの判断か ら、到達を認めても差し支えなかろう。ただ拙見においても、郵便慣行は あくまで補助的役割を担うにすぎない。

(4) 最後に筆者は、前述したとおり書面表示の「到達」判断基準として、所詮は相手方の客観的(抽象的)了知可能性の言い換えでしかないと批判される「勢力・支配圏」に代えて、「相手方によりまたは郵便慣行上認められた受領設備への配達・投入」という具体的かつ明確な客観的・事実的基準を採用するが、そこでかつてジョーンが主唱し有力となりつつある――わが国では小林(一俊)、須永(醇)両教授が支持する――「保存」説²¹⁵⁾との差別化が今後取り組むべき課題となろう。ただいずれにせよ両説とも、相手方への到達に対する表意者の信頼保護・法的安定性と――1(2)bで前述のとおりわが国の民法改正議論でも重視されている――到達基準の具体的明確化という点で基本的コンセプトを同じくすることは言うまでもない。

この点については、 — ディルヒャーの受領配備説²¹⁶⁾を相手方の「指定」という私的自治的観点からリニューアルした — ベネディクトが次のとおり保存説を批判的に分析しているので、最後にこの部分を紹介して本稿を閉じたい。

ジョーンの保存説が「実際にもたらした唯一の長所は、有体化された意思表示とされない意思表示との峻別を(外見上)放棄したことである」。たしかにジョーンが(到達を)「はっきりと受領設備概念に関連づけたことは看取されないが」、「受領設備から、結果的に保存設備(Speichereinrichtung)が転じてできたにすぎず」、彼の首唱する「『呼出

可能な保存』基準は、ただこの意味で理解されなければならないであろ う」。ジョーンがあまりに現代的なコミュニケーション手段を意識してこ れに特化しすぎているのは、明らかである。しかしその「詳細は、すべて がまったくはっきりしないままである。なぜなら、ジョーンにとって、保 存概念はとにかく二重の意味を持つからである。すなわち、保存概念のも とでは、そもそも書面表示すべてが保存された表示である」ため、「到達 にとっては、ただ相手方が表示をともかく入手できる(zugänglich)かど うかが決定的となる。しかしその限りで、相手方が表示を入手できる場 合、結果的に表示は到達しているとされるので、到達の定義は循環論法 (Zirkel) | でしかなく、到達概念にとって決して何ももたらさない。「逆 に、ジョーンの言うことを真に受けるならば、もはや表示は |. BGB 130 条が規定した「相手方への到達を必要とせず、相手方が『確実に (zuverlässig)』入手できなければならないことが到達要件に代わる | つ まり「彼はその役割さえも取り違え」てしまうことになる。「これは、伝 達リスクを相手方に移転させることを意味するがゆえに、正当たり得な V3 (217) E

この批判に耳を傾けると、保存説は、果たして本当に「到達」の判断基準として有効に機能する救世主たりうるのであろうか、それとももはや「到達」概念の枠を越えてむしろ当該概念自体に転換を迫りうる存在なのであろうか、疑問が湧かずにはいられない。

1) この「受領を要する意思表示」は、ツィーテルマン(Ernst Zitelmann)により創造された用語に準拠したものである(Staudinger/Singer/Benedict、Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch、Neubearbeitung 2012、§ 130 Rz. 9; Christian Fröde、Willenserklärung、Rechtsgeschäft und Geschäftsfähigkeit (2012)、S. 8, 135)。そして――ドイツ法上通常一般的な――「あらゆる受領を要する意思表示は、その名宛人により了知されることを予定されている」が、ノルト(Jantina Nord)いわく、この「了知(Kenntnisnahme)」を原則とする命題こそが「到達規律を分かりやすく構成する出発点」となる(Zugang und Fristwahrung――Der Wirksamkeitseintritt empfangsbedürftiger Willenserklärungen gemäß § 130 BGB (2004)、S. 204、同旨、小林一後『意思表示了知・到

達の研究』(日本評論社、2002年)189頁)。それゆえ、たとえば――「意思表示・法律行為」論を再考する――フレーデ(Christian Frōde)は、(到達主義を規定した)「BGB(ドイツ民法)130条(隔地者に対する意思表示の効力発生)1項1文では、法律要件上は『了知』が重要であるわけだが、法律効果の点で了知を、了知以前の、ただ了知を可能にする『受領(Empfang)』に置き換え」たにすぎないがゆえに、「『受領を要する』という文言 は 不適 切 である」と し て、誤 解 な きょう「了 知 を 要 す る 意 思 表示(vernehmungsbedürftige Willenserklärung)」と呼ぶ。つまり厳密には、「BGB 130条 1項 1文の意味では了知を要する意思表示であるが、当該規定によりいわば『受領で十分』たりうる」のである(a.a.O., S. 42, 98f., 114)。この「了知を要する意思表示」という表現に、――1(2) b で見る、民法(債権法)改正検討委員会が採用する「相手方のある意思表示」よりも――筆者も個人的には賛成である。

なお受領を要しない意思表示は、表示行為の完成の時に成立し、たとえば遺言 (BGB 2229条以下) の場合 (他には懸賞広告 (657条)、所有権放棄 (959条)) は、法律効果意思の確定性 (Entgültigkeit) を明らかにする自筆と署名のみで作成できるとされる (BGB 2247条1項) ため、その時点である。

- 2) Etwa Jens Petersen, Die Wirksamkeit der Willenserklärung, Jura 2006, S. 426. 最近では、Burkhard Boemke/Johanna Schönfelder, Wirksamwerden von Willenserklärungen gengenüber nicht voll Geschäftsfähigen (§ 131 BGB), JuS 2013, S. 9。
- 3) Etwa Münchener/Einsele, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl. (2012), § 130 Rz. 13; Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 30f. BGH (連邦通常裁判所) 2002年12月18日判決 (NJW-RR 2003, 384) によれば、「……書面の作成にとどまらず、いわゆる発行 (Begebung) がなされること、つまり当該表示が表意者の意思をもって流通させられていなければならない」とする。この、いわゆる「書面発送」前の「ただ頭の中に存在するだけの『心裡留保』は顧慮されない (BGB 116条 1 文)」のである (Ulrich Noack/Michael Beurskens, Abgabe und Zugang von Willenserklärungen im Wandel der Zeiten, Gedächtnisschrift für Manfred Wolf (2011), S. 689, 692)。

また、表示使者を利用する場合について、ファオスト (Florian Faust) はより詳細に、表意者が「当該使者に書面を交付→伝達を委託→相手方の住所など必要な情報を伝達」した時であるとする (Nomoskommentar/Faust, BGB Allgemeiner Teil, 2.Aufl. (2012), § 130 Rz. 6.8)。

なお「意思表示をしたこと」との関係で問題になるのは、夫が思案中のため書斎の机上に置きっぱなしにしておいた手紙を(たとえば夫が出し忘れていると)誤って妻が郵便ポストに投函したといった。意思表示が誤って、つまり表意者の認識・意思なしに(ohne Wissen und Willen)流 通 さ せ ら れ た 場 合(い わ ゆ る「紛 失 し た 意 思 表 示 (abhandengekommene Willenserklärung)」)であり、そもそも「発信」自体が認められるかどうかについて争いがある(とにかく「有価証券法の領域の外では、単なる作成(Ausstellung)では足りず発行が必要である」、Münchener/Einsele、a.a.O. (Fn. 3)、§ 130 Rz. 14)。起草者や通説は、外部に対する意思的容態が存在しない、つまり行為意思(Handlungswille)あるいは発信意思(Abgabewille)すら欠けていることから、意思表示

の発信自体を否定するが、少数説には、表示意識を欠く場合にも「過失」があればとりあ えず意思表示の存在を認める表示意識欠缺論(いわゆる潜在的表示意識論(Lehre vom potenziellen Erklärungsbewusstsein)) との均衡から発信自体は認めた上で BGB 119条 (錯誤に基づく取消可能性) 1項の類推適用による取消しと BGB 122条(取り消した者の 損害賠償義務) 1項の類推適用による信頼利益の損害賠償責任を認めるもの(最近では Nomoskommentar/Faust, a.a.O., § 130 Rz. 9; Staudinger/Schiemann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts, Neubearbeitung 2012-2013, C. Das Rechtsgeschäft Rz. 28; Jens Petersen, Examinatorium Allgemeiner Teil des BGB und Handelsrecht (2013), § 10 Rz. 5) もある (vgl. etwa Erman/Arnold, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13.Aufl. (2011), § 130 Rz. 4; Noack/Beurskens, a.a.O., S. 690f., 698f.; Münchener/Einsele, a.a.O., § 130 Rz. 14; Palandt/Ellenberger, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Aufl. (2012), § 130 Rz. 4)。判例は, ---わが国の民法109条に相応する---BGB 172条(代理権授与証書)の適用が妻による 窃取事例で問題となった BGH 1975年 5 月30日判決 (BGHZ 65, 13) において, (本稿で言 う「発信」を意味するところの)「交付を欠いていれば意思表示と一般に考えられない。 書面による『意思表示』」と述べて上記通説に従う(拙著『戦後ドイツの表見代理法理』 (成文堂, 2003年) 35頁以下)。なお、これを教材とする最新の演習書として、Jörg Fritzsche, Fälle zum BGB Allgemeiner Teil, 4. Aufl. (2012), Fall 4 Rz. 7ff...

- 4) ところで――効果意思を知らせる表示行為自体の完成としての――「発信」の時点は、意識的に規定されなかった(Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 7) が、BGB 130条 2 項によれば、表意者その人に法的属性が存在するかどうかにとって重要であり、この時点以降に表意者が死亡したり行為無能力となっても当該意思表示の有効性に影響を及ぼさない(後述の本文 b の条文訳参照)。この規定の考え方は、そこに掲げられた「死亡と行為無能力」事例にとどまらず、意思表示の主観的要件(たとえば BGB 119条以下の錯誤や138条の良俗違反性を左右する主観的事情)の存在を判断する場合にも妥当し、その基準時点となる(vgl. etwa Münchener/Einsele, a.a.O. (Fn. 3), § 130 Rz. 15)。
- 5) Etwa Frank Weiler, Der Zugang von Willenserklärungen, JuS 2005, S. 791; Jens Eisfeld, Der Zugang von Willenserklärungen, JA 2006, S. 851; Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 35. Aulf. (2011), Rz. 150; Münchener/Einsele, a.a.O. (Fn. 3), § 130 Rz. 3; Nomoskommentar/Faust, a.a.O. (Fn. 3), § 130 Rz. 20; Staudinger/Schiemann, a.a.O. (Fn. 3), C. Rz. 34.
- 6) Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 45.
- 7) Nomoskommentar/Faust, a.a.O. (Fn. 3), § 130 Rz. 1.
- 8) 伝達通信手段の発達 (たとえばすでに電話) によって, 隔地者間でも直接対話することが可能となるため (BGB 147条 1 項 2 文および RG (帝国最高裁判所) 1917年 4 月17日判決 (RGZ 90, 160) 参照), 「隔地者」という表現よりも「非対話者」と表現する方が適切であろう (vgl. auch Michael Kling, Sprachrisiken im Privtatrechtsverkehr—Die wetrtende Verteilung sprachenbedingter Verständnisrisiken im Vertragsrecht (2008), S. 277)。また本源的にも「『不在 (Abwesenheit)』概念は場所 (所在) 的観点」、つまり隔地かどうかで

はなく(わが国の起草者も同旨,大村敦志『民法読解 総則編』(有斐閣,2009年)355頁 参照)「とくに知覚的観点を有」し、「その本当の意味は,各取引相手方が直接具象的に(sinnlich)知覚できない点にある」(Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 18ff.)との分析がなされている。それゆえクリンク(Michael Kling)は、「両当事者の場所的関係ではなく表意者が使用した手段が決定的である」とする(a.a.O., S. 276. なお当該著書の書評として,Axel Flessner, Buchbesprechung, AcP 212 (2012), S. 971ff.。Ähnlich J. Eisfeld, a.a.O. (Fn. 5), S. 851)。ただこのような「了知の直接性」を持ち出すことに対して否定的な見解として,Noack/Beurskens, a.a.O. (Fn. 3), S. 705。Vgl. etwa auch F. Weiler, a. a.O. (Fn. 5), S. 789; Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. (2011), Rz. 605; Münchener/Einsele, a.a.O. (Fn. 3), § 130 Rz. 1f.; Nomoskommentar/Faust, a. a.O. (Fn. 3), § 130 Rz. 12.

BGB 147条 (承諾期間) 1項

(1) 対話者にした申込みは、即時にのみ承諾され得る。これは、電話またはその他の技術的な装置による手段で人から人にされた申込みにも当てはまる。

当該条文訳は、円谷峻(訳)ディーター・ライポルト『ドイツ民法総論――設例・設問を通じて学ぶ――』(成文堂、2008年)456頁から引用した。

- 9) わが国における判例・学説の状況については、小林・前掲注1)56頁以下参照。
 - なお「現民法97条1項が到達主義の原則を採用したのは」、「表意者はもちろん、その相手方もその意思表示に拘束される」という「効力の発生を認めるためには、相手方もまた、少なくともそのような効力が発生することを知りうる状態にあることが、原則として要求されてしかるべきである」との「考え方に基づく」と分析される(民法(債権法)改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針 I 序論・総則』(商事法務、2009年)163頁)。立法過程における激しい議論(とくに梅・穂積と富井の対立)については、たとえば大村・前掲注8)355頁以下参照。
- 10) また第一委員会では、明示の意思表示と黙示のそれとを区別した上で意思表示の効力発生要件について異なった規律を置いた、つまり後者の場合は了知主義によることとしたが、第二委員会(zweite Kommission)では削除され両者は同一の規律、つまり受領主義(Empfangstheorie)によることとされた(Benedikt Kühle, Der Dualismus von ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung (2009), S. 93f.)。
- 11) 敷衍すれば、相手方が実際に表示を了知した段階でようやく表示の効力を認める了知主 義では、当該了知を相手方が自分の思うがままにできるため、法取引が危殆化されるとと もに、相手方が実際に了知した事実について表意者は直接認識できないため、これを証明 することは困難である (Johannes Wertenbruch, BGB Allgemeiner Teil (2010), §8 Rz. 2)。
- 12) たとえば RG 1889年6月18日判決 (RGZ 23, 164)。 なおローマ法では問答契約 (Verbalkontrakt od. stipulatio) が通常形態であったため、 その継受は考慮されなかった (Ralf Brexel, Zugang verkörperter Willenserklärungen (1998), S. 3)。
- 13) Palandt/Ellenberger, a.a.O. (Fn. 3), § 130 Rz. 2; Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 17. 立法過程における議論状況を紹介したわが国の文献としては、小林・前

揭注1)64頁以下。

ところで、このように BGB 130条 1 項が契約締結・成立で問題になる「承諾表示にとどまらずすべての法律行為上の意思表示」を対象としたこと(いわゆる「規範を文言化する際の抽象化(Abstraktion)」)は、「BGB の総則の体系と同時に、その起草にとっても模範的である」(Filippo Ranieri, Europäisches Obligationenrecht, 3.Aufl. (2009), S. 173)。

なお例外的に到達が不要な場合として、BGB 151条1 文参照。

BGB 151条 (申込者に対する表示のない承諾)

契約は、承諾が取引上の慣行に従えば期待されないとき、または、申込者が承諾を放棄 したとき、承諾が申込者に対し表示されることなく、申込みの承諾によって成立する。第 2 文は省略。

当該条文訳は、円谷・前掲注8)456頁から引用した。

- 14) Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 17. それゆえジンガー, ベネディクトは、立法者がBGB 130条で上記隔地者に対する意思表示についてのみ規律を設けたことを正当であると評価する (Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 17)。
 - 小林(一俊)教授の分析では、「立法者は、対話者間の場合につき、通常事物の本性から……明らかになることで、わざわざ規定を設ける必要はなく、学説・判例に委ねられるべきであると考えられていたようである」とされる(前掲注1)18頁。 Ebenso M. Kling, a. a.O. (Fn. 8), S. 275£)。対話者間の詳細な分析については、小林・前掲注1)19頁以下参照。また拙見については、拙稿「受領使者に交付された書面表示の『到達』について――ザントマンの所説を中心として――」愛学43巻1号(2002年)19頁以下、36頁注(50)参照。ちなみに判例は、対話者間での意思表示についても BGB 130条1項の到達主義が妥当するとする(Torsten Schaumberg, Kündigungsschutzrecht und kollektives Arbeitsrecht, NJ 2012 S. 309)。
- 15) なお、BGB の意思表示法 (141条まで) の条文訳は、筆者の所属するドイツ法律行為論 研究会 (代表: 右近健男教授) の仮条文訳を参照している。
- 16) 立法者は、了知主義では到達が名宛人の意のままになることを、到達主義の採用により 阻止した(R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 9. 前掲注11)も参照)。
- 17) Etwa Florian Faust, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (2012), § 2 Rz. 15. なお立法段階での了知主義と到達主義の攻防については、たとえば F. Weiler, a.a.O. (Fn. 5), S. 790; Detlef Leenen, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre (2011), § 6 Rz. 21 参照。
- Dieter Medicus/Jens Petersen, Bürgerliches Recht, 23. Aufl. (2011), Rz. 46. Ebenso Staudinger/Schiemann, a.a.O. (Fn. 3), C. Rz. 39.
- 19) F. Weiler, a.a.O. (Fn. 5), S. 789.
- 20) わが国でも、たとえば北居教授は、「隔地者とは、……意思表示の伝達に発信者以外の 第三者が介在する場合と定義され得る」とした上で、民法97条1項は「選択した当該伝達 手段に内在するリスクは発信者が負担するというリスク配分」を定めているとする(北居 功「Ⅲ 民法改正フォーラム・学会編2——全国、民法研究者の集い 契約総論に関する 若干の検討」民法改正研究会編『民法改正 国民・法曹・学会有志案●仮案の提示』(日本

書面表示の「到達」を判断する際に相手方の事情を考慮に入れるべきか(臼井)

評論社. 2009年) 52頁以下)。

- 21) さらに表示が口頭でなされたときは、相手方が正しく理解しないという理解リスク (Verständnisrisiko) も生じうる (F. Weiler, aa.O. (Fn. 5), S. 789)。
- 22) たとえば J. Nord, a.a.O. (Fn. 1), S. 204; M. Kling, a.a.O. (Fn. 8), S. 274f.; R. Bork, a.a.O. (Fn. 8), Rz. 609, 619; D. Leenen, a.a.O. (Fn. 17), § 6 Rz. 40ff.; Bamberger/Roth/Wendtland, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. (2012), § 130 Rz. 10; Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 36. Aufl. (2012), § 6 Rz. 14; Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 8; Staudinger/Schiemann, a.a.O. (Fn. 3), C. Rz. 39, 小林・前掲注 1)77頁以下など参照。

なお本文の――到達主義に基づく――相手方が実際に了知することまでは要求されない。つまり「潜在的了知(potentielle Kenntnisnahme)」あるいは「仮定的了知(hypothetische Kenntnisnahme)」(いわゆる了知可能性)で足りるとする一般的理解は、表意者側で意思表示の成立要件が問題となる際に「潜在的表示意識」で足りるとする現在支配的な理解(前掲注3)参照)の「鏡絵(Spiegelbild)」であるとの興味深い分析(Noack/Beurskens, a.a.O. (Fn. 3)、S. 698, 711, 716)もある。

- 23) 小林・前掲注1)101頁注(24)。わが国の起草者も同様であった(川島武宜=平井宜雄編 『新版注釈民法(3) 絵則(3) 法律行為 I § 90~98』(有斐閣, 2003年) 520頁 [須永醇])。
- 24) R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 7f. なお本稿では、"Verkehrsanschauung"には「取引通念」、"Verkehrssitte"には「取引慣習」という訳語を当てたが、いずれも同義で用いられていると考えてよい。筆者は、旧稿で「取引慣習」と表記してきたが、本稿では最近利用頻度の高まった「取引通念」を使用している。
- 25) F. Faust, a.a.O. (Fn. 17), § 2 Rz. 16.
- 26) 当該条文訳は、円谷・前掲注8)464頁から引用した。 なお、本条をめぐる連邦政府と連邦参議院の議論については、半田吉信『ドイツ債務法 現代化法概説』(信山社、2003年)335頁参照。
- 27) BGB 130条の適用範囲自体についても、争いのあるところである(なお小林(一俊)教授の分析によれば、「ドイツにおいては、意思表示が隔地者間・対話者間のいずれにあたるものかを区別するにあたり、今日では有体化されたか否か……によっている」とされる、前掲注 1)18頁)。たとえばファオストは、――ジョーン(Uwe John)が首唱しメディクス(Dieter Medicus)などが有力に支持する――「注意深い表意者の視点から信頼でき、かつ、相手方にとって入手できるよう表示が保存されている」ことを分岐点とする「保存(Speicherung)」を基準に考え(後掲注106)も参照)、書面に代表される保存可能な意思表示は適用範囲に含まれると説明する(Nomoskommentar/Faust, a.a.O. (Fn. 3)、§ 130 Rz. 12. 同じくこの基準を支持するものとして、たとえば J. Nord, a.a.O. (Fn. 1)、S. 204; J. Eisfeld, a.a.O. (Fn. 5)、S. 851; Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10.Aufl. (2010)、Rz. 274f.; F. Faust, a.a.O. (Fn. 17)、§ 2 Rz. 22; J. Petersen, a.a.O. (Fn. 3)、§ 10 Rz. 6f.、小林・前掲注 1)98頁(後掲注177)も参照)、川島はか編・前掲注23)522頁以下 [須永])。この基準によれば、受領使者(Empfangsbote)に対してなされた口頭による意思表示も、――おそらく留守番電話と同様――「受領使者の記憶に」とどめられるため、BGB 130条が適用さ

れることになろう (Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 16. おそらく同旨, 小林・前掲注 1) 27頁, 30頁, 34頁注(35), 45頁, 70頁以下。ただし、ジンガー、ベネディクト自身は、「保存」基準については一定程度理解を示しながらも、この基準による「具体化は謎に包まれたままである」とする、Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 16。詳しくは 5 (4)参照)。保存基準に批判的なものとして、Ulrich Bugard、Das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen im Zeitalter moderner Telekommunikation, AcP 195 (1995), S. 74。

- Vgl. etwa Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 16; J. Petersen, a.a.O. (Fn. 3), § 10 Rz. 17ff
- 29) Vgl. etwa Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 16, 20f.

わが国でも、「Eメールによる送信等の電子的な方法により意思表示が行われる場合については、なお検討の余地が残っている」ことが指摘されている(詳しくは、民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注9)167頁以下参照。さらに山本敬三『民法講義 I 総則(第3版)』(有斐閣、2011年)132頁も参照)。現に電子的表示については、従来のような、「着信」による「到達」の判断には固執しないことも十分考えられる(後掲注169)も参照)。たしかに、「Eメール、ファックス、留守番電話など」は隔地者に対する意思表示と解せられるが、このような「『発信』と『到達』とを区別することの困難な意思表示が多数出現して」、とにかく「表白」、「発信」、「到達」、「了知」という「4段階の区別の通用の範囲が制限されるに至っていることに注意しなければならない」(川島ほか編・前掲注23)511頁 [須永])。

30) これらについては、各コンメンタールの参考文献リストを参照されたい。とくに壮大な本格的研究としては、Andreas Wiebe, Die elektronische Willenserklärung—Kommunikationstheoretische und rechtsdogmatische Grundlagen des elektronischen Geschäftsverkehrs (2002)、最近の研究としては、Peter Thalmair, Kunden-Online-Postfächer: Zugang von Willenserklärungen und Textform, NJW 2011, S 14ff. がある。

たとえばノアック(Ulrich Noack)とボイルスケンス(Michael Beurskens)は、「19世紀の民法典も現代の国際動産売買法(UN-Kaufrecht)も現代的なコミュニケーション手段・方法の現実・実体を十分写し取っていない。『隔地者』と『非隔地者』の区別は、『口頭による表示』と『その他の表示』の区別同様、ほとんど明確性を生ぜしめない」と述べている(a.a.O. (Fn. 3), S. 716)。

なおわが国における文献としては、たとえば大久保輝「契約の競争締結――インターネットオークションにおける契約の成立――」日本大学大学院法学研究年報31巻 (2001年) 258頁以下がある。

31) CISG 24条 (「到達」の定義)

この条約の第II 部の適用上、申込み、承諾またはその他の意思表示は、相手方に口頭で 伝達された時に、またはその他の方法で相手方本人、相手方の営業所もしくは郵便送付先 に配達された時に、相手方が営業所も郵便送付先も有しない場合にはその常居所に配達さ れた時に、「到達する」。

当該条文訳は、甲斐道太郎=石田喜久夫=田中英司編『注釈国際統一売買法 I ウィーン

書面表示の「到達」を判断する際に相手方の事情を考慮に入れるべきか(臼井)

売買条約』(法律文化社、2000年) 173頁 [筆者] から引用した。

- 32) CISG 27条 (通信伝達のリスク分配に関する発信主義)
 - 第Ⅲ部 (=売買契約の履行過程・履行障害のさいに行われる通信に関する規定:筆者挿入)に別段の明示の定めがないかぎり、当事者は、第Ⅲ部の規定に従い、かつ、状況に応じた適切な方法で、通知、要求、その他の通信を行ったときは、その伝達中に遅延や誤りが生じたり、それが到達しなくとも、通信したことによって有する権利を失わない。

当該条文訳は、甲斐ほか編・前掲注31)207頁[筆者]から引用した。

- 33) 前掲注14)1頁以下。
- 34) 「取引通念による受領使者」とは、最新の BAG (連邦労働裁判所) 2011年6月9日判決 (BAG NJW 2011, 2604 = NZA 2011, 847. 詳しくは後掲注35)の別稿で紹介する) によれば、「相手方の勢力圏 (Machtbereich) と通常接触を持ち、かつ、意思表示を相手方に転送するのに適格であると取引通念上認められる者」と定義される。
- 35) 当該問題については、本稿をベースにした別稿「取引通念による受領使者への書面表示 の手交と『到達』の判断(仮題)」(立命館法学次号投稿予定)にて詳しく論じる。
- 36) Der Zugang von Willenserklärungen im 21. Jahrhundert, Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts: Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009 (2009), S. 251ff.
- Vgl. Hans Christoph Grigoleit/Carsten Herresthal, BGB Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (2010),
 Rz. 136.
- 38) BGH NJW 2008, 843 = BB 2008, 229. この判決は、たとえば早速 Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil: Prüfe, dein Wissen, Rechtsfälle in Frage und Antwort, 25. Aufl. (2009), S. 58 や Brox/Walker, a.a.O. (Fn. 5), Rz. 150a の演習解説の中で参照されている。
- 39) 別の表現では、「了知の具体的可能性にふさわしい時の経過」とも言えよう(R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12)、S. 1)。
- 40) D. Leipold, a.a.O. (Fn. 36), S. 251ff.
- 41) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注9)160頁~168頁。佐瀬正俊=良永和隆=角田伸一編『民法(債権法)改正の要点 改正提案のポイントと実務家の視点』(ぎょうせい,2010年)36頁も参照。

これに対して、民法改正研究会(代表:加藤雅信教授)は、本文の委員会試案【1.5.20】とは異なり、対話者間の意思表示と隔地者間のそれとを峻別して、次のとおり効力発生時期を規定する(『民法改正と世界の民法典』(信山社、2009年)557頁)。対話者間の意思表示について、新たに、しかも隔地者間のそれとは別個独立に規律を設けた上で、本来原則たるべき了知主義に立ち返らず発信主義を採った点は――その当否はともかく――特筆すべきである。

(民法改正研究会・仮案〔平成21年1月1日案〕)

52条 意思表示の効力発生時期等

- ①:意思表示は、対話者間においては、表意者がその意思を発した時からその効力を生 ずる。
- ②: 意思表示は、隔地者間においては、表意者がなした通知が相手方に到達した時から

その効力を生ずる。

③及び④は省略。

- 42) たとえば平野裕之『コア・テキスト民法 | 民法総則』 (新世社 2011年) 61頁注(72)。
- 43) 『民法総則』(日本評論社, 2010年) 91頁。同旨, 佐久間毅『民法の基礎 1 総則(第 3 版)』(有斐閣, 2012年) 65頁など。
- 44) 前掲注29)129頁以下。
- 45) この模様については、立命館ロー・ニューズレター71号 (2012年) 6 頁以下 (http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/nl/nl71.pdf) 参照。
- 46) もとより当該分野についてはドイツ法も含めて、小林(一俊)教授の詳細な研究(集大成とも言うべき著書・前掲注1)総194頁)が存在する(ドイツの法状況、とくに通説・ブリンクマンの見解と小林研究を頻繁に参照する川島ほか編・前掲注23)509頁以下[須永]も参照)。したがって筆者としてはなるべく、小林教授(前掲注1)66頁以下)がフォローした(本稿で言えば後述2(1)dおよびeの途中まで)後の判決・文献を中心に参照することに重きを置いたつもりである。そのため、――小林教授が頻繁に引用・参照する――1984年に公表されたジョーンとブリンクマンの両文献は、注でもとくに掲げていない(ただ前者が主張した「保存説」は――前掲注27)で見たとおり――その支持を拡大しているし、また後者は、今日でも代表的文献として掲げられることが多い)。ちなみに小林教授(前掲注1)2頁)によれば、前者の特徴は「留守電・ファクシミリ・Eメールなどの新たな通信手段の発達を考慮」した点であり、後者のそれは「周到かつ平易な利益較量に基づくリスク配分」を行った点にあるとされる。

なお、上記小林研究の他にも、同じくドイツ法との比較において「了知可能性」を到達要件と位置づけた上で、これを「意思表示を相手方が現実に受領する場合における了知可能性」を意味する「本来的了知可能性」、「表意者と相手方の合意により基礎づけられる了知可能性」を意味する「合意的了知可能性」、および到達に関する「表意者と相手方の利益・不利益を衡量し」相手方に負担させるのが妥当であるとの観点から了知可能性が法律上または事実上擬制される「擬制的了知可能性」に区別して解約告知の意思表示の到達問題を検討するものとして、小西國友「所在不明の労働者に対する解約告知の意思表示――兵庫県事件を契機にして――」判評513号(2001年)164頁、とくに169頁以下がある。小西教授は、「これまでのわが国の判例・学説はこれらの了知可能性を区別することがなく……問題にすることも少なかった」が、兵庫県事件(最判平成11年7月15日判時1692号(2000年)140頁)のように「擬制的了知可能性の問題を意識することは重要であ」るとする(前掲172頁)。

- 47) R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 7. 詳しくは前述 1(1)b 参照。
- 48) 小林 (一俊) 教授は、"Machtbereich" とか "Einflußbereich" について「影響範囲とか 干渉範囲」という訳語をベターであるとする(前掲注1)128頁)が、本文の"Macht-od. Herrschaftsbereich"が「影響領域 (Einflußsphären) による危険分配」を意味することに 鑑みれば (vgl. R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 31ff.)、正当な指摘である。
- 49) R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 10.
- 50) RGZ 50, 191. なお本稿では以下,一度出てきた判決を再度引用・表記するに際しては,

同じ年に複数の判決が存在しない限り、たとえば RG 1902年判決と略称する。

- 51) R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 15f. その後の判例については、R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 16ff. 参照。
 - なおこの定義によれば、相手方は到達を任意に操作できない一方、表意者は到達の証明を比較的容易に行うことができる (F. Weiler, a.a.O. (Fn. 5), S. 790)。
- 52) Nomoskommentar/Faust, a.a.O. (Fn. 3), § 130 Rz. 23.
- Konrad Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 7.Aufl. (1922), S. 184 Beispiele I 3.
 Fall.
- 54) RGZ 99, 20.
- 55) ブレクセルの分析では、「どうやら衡平考量 (Billigkeitserwägungen) による」ものと される (R. Brexel. a.a.O. (Fn. 12), S. 33)。
- 56) R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 17f.; Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 40.
- 57) この形成・発展経過については、R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 11ff. 参照。ただし a で前述 したコザックは、RG 1920年判決以後もその立場を変えていない (vgl. K. Cosack, a.a.O. (Fn. 53), S. 184)。
- 58) Brox/Walker, a.a.O. (Fn. 5), Rz. 150.
- 59) BGH LM Nr. 2 zu § 130 BGB.
- 60) それゆえ「当該準備が夜間に行われるときは、相手方はようやく翌朝, 郵便局の営業が 始まってから手紙を読むことができる」ということになる (Brox/Walker, a.a.O. (Fn. 5), Rz. 149a)。
- 61) Etwa Wolfgang Nippe, Der Zugang der Kündigung bei Urlaubsabwesenheit des Arbeitsnehmer—LAG Berlin, BB 1988, 484, JuS 1991, S. 286; J. Nord, a.a.O. (Fn. 1), S. 101.
- 62) R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 19f.
- 63) BGHZ 67, 271 = NJW 1977, 194. その後同様の判決をするものとして、たとえば BGH 1989年 3 月15日判決 (NIW-RR 1989, 757)。
- 64) Staudinger/Coing, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl. (1957), § 130 Rz. 5; Münchener/ Förschler, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Aufl. (1978), § 130 Rz. 14ff. (ただし Münchener/ Förschler, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. (1984), § 130 Rz. 10ff. は、「取引の要請を正当に評価しない」ことを理由に通説へと改説したものと思われる); Soergel/Hefermehl, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl. (1987), § 130 Rz. 8, 11, 12a; Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: 2. Band-Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. (1992), § 14 3b. Vgl. etwa auch R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 14f.; Münchener/Einsele, a.a.O. (Fn. 3), § 130 Rz. 16; Nomoskommentar/Faust, a.a.O. (Fn. 3), § 130 Rz. 2, 23f. なお彼らの見解をベースに通説批判を展開するものとして、後述fのR. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 24ff.。
- 65) なおヘファーメールは、自らの分離的理解を「撤回の許容性 (BGB 130条 1 項 2 文) について 法律 上 意味 がある」だけで、「それ 以外 に 差違 はない」とする (Soergel/Hefermehl, a.a.O. (Fn. 64)、§ 130 Rz. 8)。つまり彼らの少数説によれば、表示が勢力・支配圏に入った時点ですでに撤回できなくなるが、それにもかかわらず表示の効力発生はこの

- 時点よりも遅らされる可能性があるため、「表意者を不利にする」。とにかく表示がすでに 到達したにもかかわらず、いまだ効力を生じていないのは複雑であろう (D. Medicus, a.a. O. (Fn. 27)、Rz. 275: Nomoskommentar/Faust. a.a. O. (Fn. 3)、§ 130 Rz. 26)。
- 66) D. Medicus, a.a.O. (Fn. 27), Rz. 275. それ以外にも、次のような批判がなされる。「意思表示の効力発生とは、欲されたものを法律上妥当せしめることである。到達時点前あるいは後に……効力発生を認めるには、……別のことを決める明確な規律が必要であろう。この理論的な精神の分裂 (Schizophrenie) は、とにかく BGB 130条からは看取されない」、と (Jörg Benedict, Versuch einer Entmythologisierung des Zugangsproblematik (§ 130 BGB) (2000), S. 101)。 Vgl. etwa Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 74.
- 67) F. Faust, a.a.O. (Fn. 17), § 2 Rz. 20.
- 68) BGH VersR 1994, 586.
- 69) OLG Hamm NIW-RR 1995, 1187.
- 70) BGHZ 137, 205 = BGH, NJW 1998, 976. 当該判決について詳しくは、拙稿・前掲注14) 29頁注(15)参照。
- 71) なおドイツの書留郵便には、いわゆる従来型の受領確認書 (Empfangsbestätigung) と 引き換えに名宛人に手交される「手渡書留郵便 (Übergabe-Einschreiben)」と、1997年に 導入された、通常郵便のように郵便受けや郵便私書箱に配達された事実を郵便配達員が記録する「郵便受けへの配達記録郵便 (Einwurf-Einschreiben)」の二種類がある (拙稿・前掲注14)25頁以下)が、本文の書留郵便は前者である。後者は名宛人不在の場合に有効な方法であるが、その証明価値は、本質的に前者のそれよりも劣る (F. Faust, a.a.O. (Fn. 17)、 § 2 Rz. 29)。
- 72) また BGH は、差出人 X が書留郵便の返戻を受けてからすぐに遅滞なく、表示使者などを使って何とか Y に表示を到達させようと試みていれば、表示が期間経過後に到達したことを Y が主張することは信義則上許されないとすることも可能であった(いわゆる遡及効的解決(R ückwirkungslösung))としながらも、本件では、X はもはや間に合わないと勝手に思い込んで、このような試みをしていないとする(拙稿・前掲注14)29頁(注)15))。このように「到達障害の場合には表意者に再度の伝達によって当該意思表示の有効化を企図するか再度の伝達を試みないで当該の意思表示を無効化するかの選択を認める」が、この判断について、須永(醇)教授は、とくに故意の受領拒絶事例を念頭に、「最初の到達障害で到達が擬制されると表意者の方も当該の意思表示に拘束されることになるから、これを避けさせたいという考慮が働いているようである」と分析する(川島ほか編・前掲注23)539頁以下〔須永〕)。
- 73) Vgl etwa Heinrich Dörner, Rechtsgeschäfte im Internet, AcP 202(2002), 367; R. Bork, a.a. O. (Fn. 8), Rz. 623; Brox/Walker, a.a.O. (Fn. 5), Rz. 150ff.; F. Faust, a.a.O. (Fn. 17), § 2 Rz. 16f; Nomoskommentar/Faust, a.a.O. (Fn. 3), § 130 Rz. 23 Anm. 31; Winfried Schwabe, Lernen mit Fällen: Allgemeiner Teil des BGB Materielles Recht & Klasurenlehre, 6. Aufl. (2012), S. 42; P. Thalmair, a.a.O. (Fn. 30), S. 14f; Boemke/Schönfelder, a.a.O. (Fn. 2), S. 9.
- 74) この表現は、「到達は二段階で (in zwei Stufen) 吟味されうる」というニッペ (Wolfgang Nippe) の叙述 (a.a.O. (Fn. 61), S. 286) を基にしたものである。

- 75) Nomoskommentar/Faust, a.a.O. (Fn. 3), § 130 Rz. 23.
- 76) Brox/Walker, a.a.O. (Fn. 5), Rz. 150.
- 77) Vgl. J. Benedict, a.a.O. (Fn. 66), S. 100.
- 78) Vgl. etwa Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 73. ただし本文の時点より前に、相手方が実際に了知するに至った場合には、もとより――了知主義の原則によれば――この了知時点に到達したことになる (たとえば小林・前掲注 1)85頁)。
- 79) Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 74. この点で、上記 c で見たとおり分離説が主張されたのは、それなりにうなづける。
- 80) J. Nord, a.a.O. (Fn. 1), S. 14f., 121.
- 81) なおブレクセルは、著書執筆当時(1998年)の学説状況について詳しく紹介している(vgl. R. Brexel, aa.O. (Fn. 12), S. 77ff.)。
- 82) CISG 24条も、BGB 130条同様、いつの時点で到達が認められるか、その詳細については定めていないが、CISG 7条1項によれば、少なくとも建前上は、一様でない各国の国内法の解釈に立ち戻らず CISG 独自の解釈により探求されることになる (R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12)、S. 1f.)。
- 83) R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 31ff., 34ff., 40ff.
- 84) BAG NJW 1989, 606 = JZ 1989, 295. 【判決要旨】「労働者の実家住所に宛てられた解約告知書面は原則、労働者が休暇中旅行に出かけていることを雇用主が知っていた場合であっても、労働者に到達する。」
- 85) R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 36ff.
- Vgl. etwa Münchener/Gruber, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl. (2008),
 Art. 24 CISG Rz. 12.
- 87) CISG 7条 (条約の解釈原則, 規定欠缺の場合の処理)
 - (1) この条約の解釈にあっては、国際的性格ならびに適用における統一および国際取引における信義の遵守を促進する必要性が考慮されるべきものとする。
 - (2) この条約により規律される事項で、条約中に解決方法が明示されていない問題については、この条約の基礎にある一般原則に従い、またこうした原則がない場合には、国際私法の準則により適用される法に従って解決されるべきものとする。

当該条文訳は、甲斐ほか編・前掲注31)60頁「中田邦博」から引用した。

- 88) すでに類似の指摘をしたものとして, Münchener/Förschler, a.a.O. (Fn. 64 [1. Aufl.]), § 130 Rz, 14。
- 89) なお現在も、ブレクセルの見解が CISG における通説である (vgl. Münchener/Gruber, a.a.O. (Fn. 86), Art. 24 CISG Rz. 12 Anm. 39)。
- 90) CISG 16条 (申込みの撤回)
 - (1) 申込みの相手方が承諾の通知を発する前に、撤回の通知が申込みの相手方に到達すれば、契約が締結されるまでは、申込みは撤回することができる。
 - (2) しかしながら、以下のいずれかの場合には、申込みの撤回はできない。
 - (a) 承諾期間の設定またはその他の方法で申込みが撤回されないことを示している場合、または、

立命館法学 2013 年 1 号 (347号)

(b) 申込みの相手方が申込みが撤回されないと信頼したことが合理的であり、かつ、 申込みの相手方が申込みを信頼して行動した場合。

当該条文訳は、甲斐ほか編・前掲注31)120頁 [田中康博] から引用した。

CISG 29条(合意による契約の変更および契約の解消)

- (1) 契約は当事者の合意のみで変更または解消できる。
- (2) 書面による契約が、合意によるその変更または解消は書面によるべき旨を定めるときは、その他の方法で合意により変更または解消することはできない。ただし、当事者は、自己の行動に対して相手方が信頼を置いたかぎりで、この定めを援用することができない。

当該条文訳は、甲斐ほか編・前掲注31)223頁[中田邦博]から引用した。

- 91) R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 92ff.
- 92) この事実を、ブレクセルは、CISG の礎となった――国際動産売買に関する統一法の――「ハーグ会議(Haager Konferenz)で、通常の営業時間外に意思表示が到着した場合に郵便受け……に投入された時点が到達にとって決定的であるべきか、あるいは通常の状況下で名宛人が当該表示を了知できた時点かという問題が審議されていた」ことから、ノイマイヤー(Karl H. Neumayer)同様、「奇異である(verwunderlich)」と述べる(R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 95f.)。
- 93) CISG 9条 (慣習および慣行の尊重)
 - (1) 当事者は、自らが合意した慣習、および当事者間で確立されている慣行に拘束される。
 - (2) 別段の合意がないかぎり、当事者は、当事者が知りまたは知るべきであった慣習であって、国際取引において関連する特定の取引分野で同種の契約をする者に広く知られ、かつ、通常遵守されているものを、黙示的に当事者間の契約またはその成立に適用することにしたものとされる。

当該条文訳は、甲斐ほか編・前掲注31)80頁「高嶌英弘」から引用した。

- 94) R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 97f.
- 95) R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 120.
- 96) BGH NJW-RR 1989, 757.
- 97) LAG Düsseldorf MDR 2001, 145.
- 98) Bernd Sandmann, Empfangsbotenstellung und Verkehrsanschauung, AcP 199 (1999), S. 470; Staudinger/Schiemann, a.a.O. (Fn. 3), C. Rz. 31; 小林·前揭注 1)92頁参照。
- 99) ザントマンの見解について詳しくは、拙稿・前掲注14)11頁以下参照。
- 100) 「相手方の住居は、常に到達規律の意味におけるこの者の受領領域 (Empfangsbereich) である」(J. Nord, a.a.O. (Fn. 1), S. 132)。
- 101) 同じようにヴェルテンヴルフ (Johannes Wertenbruch) も、午前に郵便が配達され郵便 受けを開閉した後で夕方に再度確かめることは普通一般に行われないことを理由に挙げる (BGB Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (2012), §8 Rz. 7)。
- 102) J. Nord, a.a.O. (Fn. 1), S. 121f., 176f.
- 103) 彼らの注釈は、すでに後者のベネディクトが――「理論的なアドホック―修正

(Adhoc-Modifikationen) と現存するカズィスティーク (Kasuistik) を終結させて、意思表示の効力発生時点に関する具体的基準を明らかにする」という観点のもと――前掲注66) のモノグラフィー『到達問題 (BGB 130条) の非神話化の試み』 (2000年) を公表していたことから、数ある注釈書の中でもとくに詳細である。

- 104) Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 41. 小林・前掲注 1)86頁以下も参照。
- 105) Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 65.
- 106) Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 40; J. Benedict, a.a.O. (Fn. 66), S. 70f., 77. 当該基準として主に、現在の判例・通説である「勢力・支配圏」基準、とくに RG 判例が採りチッツェ (Heinrich Titze) が支持した――「占有(取得)」概念に依拠した――「事実上の処分権能(tatsächliche Verfügungsgewalt)」基準、ディルヒャー(Hermann Dilcher)やブリンクマンが提唱した「受領配備」(あるいは「個別類型化」)基準、この受領配備基準を基本的に評価した上でその欠陥を補充し前進させようと発展的に継承する「保存」基準(前掲注27)参照)があるが、詳しくは、J. Benedict, a.a.O. (Fn. 66), S. 71ff., 小林・前掲注 1)66頁以下、86頁以下、とくに90頁以下参照。
- 107) Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 45.
- 108) J. Benedict, a.a.O. (Fn. 66), S. 79.
- 109) Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 47; J. Benedict, a.a.O. (Fn. 66), S. 79. なおより詳しくは、J. Benedict, a.a.O. (Fn. 66), S. 79f. 参照。
- 110) J. Benedict, a.a.O. (Fn. 66), S. 86.
- 111) J. Benedict, a.a.O. (Fn. 66), S. 74.
- 112) Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 49.
- 113) J. Benedict, a.a.O. (Fn. 66), S. 81f.
- 114) Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 52. なお当該「指定」の詳細については、 J. Benedict, a.a.O. (Fn. 66), S. 84ff.
- 115) Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 45. 詳しくは, J. Benedict, a.a.O. (Fn. 66), S. 76 参照。
- 116) J. Benedict, a.a.O. (Fn. 66), S. 86.
- 117) J. Benedict, a.a.O. (Fn. 66), S. 102.
- 118) Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 68ff. 詳細については、J. Benedict, a.a.O. (Fn. 66), S. 97ff., 100ff. 参照。
- 119) ただし、「書留郵便を郵便局に受取りに行かないことは、たいてい到達妨害に該当し」、 当該不作為を権利濫用と判断された相手方は到達を擬制されることになりうる。ただこの 結論をもってしても、シュヴァルツ(Günter Christian Schwarz)は、「到達を援用し証明 しなければならない発信者にとって、さらなる証明困難が生ずる、つまり、郵便預かりを 相手方に知らせる配達通知書がきっちりと配達されていることと、相手方が権利濫用行為 を行っていることを証明しなければならない」として批判的である(Kein Zugang bei Annahmeverweigerung des Empfangsboten?、NIW 1994、892f.)。

これに対して、フランツェン (Martin Franzen) は、配達通知書が投入される事例では

むしろ通常一般的に――ドイツでは差出人が分からないので――到達妨害には該当しないとした上で、表意者が証明などの点で有利になろうとして書留郵便という伝達方法を選択したことに鑑みれば、その引き換えに、相手方への手交が不在持ち帰りにより遅れた危険は、「輸送危険は表意者負担」原則からも表意者が負担しなければならないとする。その結果、「配達通知書が投入された後で、受取りに行くことのできる最初の日時に(amersten möglichen Abholtermin)到達したものとみなされる」。この帰結を受けて、決まった日時に到達を必要とする表示については、書留郵便という伝達方法を選択することの有効性が疑われる(Zugang und Zugangshindernisse bei eingeschriebenen Briefsendungen - BAG, NJW 1997, 146; BGH, NJW 1998, 194, JuS 1999, S. 431ff。)。

120) Karl Larenz/ Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. (2004), § 26 Rz. 28, 25. Ebenso Michael Behn; Reinhard Richard; Reinhard Singer (vgl. F. Faust, a.a. O. (Fn. 17), § 2 Rz. 21; Nomoskommentar/Faust, a.a.O. (Fn. 3), § 130 Rz. 29 Anm. (Fn. 40); Manfred Wolf/Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl. (2012), § 33 Rz. 16); Münchener/ Förschler, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. (1993), § 130 Rz. 13. ヴェルテンヴルフも、判例は実際に受取りに行った時点でようやく 到達を認めるが、「当該受取りは郵便受けから手紙を実際に取り出すのに匹敵する」ことから、当該判例は一般的な到達主義と相容れず、「到達については――自宅郵便受け……の場合のように――通常の状況による了知可能性で足りる」として類似の見解を主張する。さらに相手方は、書面の受取りを第三者に委ねようと思えば容易にできることも考慮されよう(J. Wertenbruch, a.a.O. (Fn. 101), § 8 Rz. 13)。なおわが国における類似の立場として、たとえば最判平成10年6月11日民集52巻4号1034頁。

他方で、「相手方の勢力・支配圏」基準に固執しつつも、フルーメは、郵便受けへの配達通知書の投入により受取りが可能になったことから(W. Flume, a.a.O. (Fn. 64), § 143c)、あるいはノイナー(Jörg Neuner)は、別の場所で受取りが期待できるときは(Wolf/Neuner, a.a.O., § 33 Rz. 24)、すでに手紙が相手方の領域に入ったと考える。

121) BGH NIW 2004. 1320 = MDR 2004. 560.

なお、当該 2004年判決は、賃貸借契約の解約告知は書留郵便により行われるべきとした合意の意味内容について、「解約告知表示に関する(法律上の)書式の約定と、さらに書留郵便によるという特別な発送方法の合意を内容として含む」「契約条項では、当該書式は、BGB 125条(方式の欠缺を理由とする無効)2 文の意味において本質的な(konstituiv) 意味を持つのに対し、書留郵便としての発送は、ただ単に解約告知表示の到達を保障すべきものでしかない」とする。それゆえ、「解約告知の有効性の要件としての特別の到達方法を合意していたと思われるような拠り所」が存在しない限り、「通常、書式のみが解約告知表示の有効性の要件として合意されているだけであるのに対し、その到達は、書留郵便によるのとは違う他の方法であっても行われうる」。

- 122) D. Leenen, a.a.O. (Fn. 17), § 6 Rz. 23.
- 123) 拙稿・前掲注14)34頁注(41)も参照。
- 124) 上記(1) c の分離説でさえ、この結論を支持する (vgl. Soergel/Hefermehl, a.a.O. (Fn. 64), § 130 Rz. 8. 11)。

- 125) ごく最近の判例として、たとえば BAG 2010年10月28日判決 (NIW 2011, 872)。
- 126) R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 24.
- 127) Nomoskommentar/Faust, a.a.O. (Fn. 3), § 130 Rz. 36.
- 128) Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 68; J. Benedict, a.a.O. (Fn. 66), S. 97.
- 129) Nomoskommentar/Faust, a.a.O. (Fn. 3), § 130 Rz. 47. Ebenso F. Faust, a.a.O. (Fn. 17), § 2 Rz. 26
- 130) F. Weiler, a.a.O. (Fn. 5), S. 792.
- 131) たとえば最近では、Brox/Walker, a.a.O. (Fn. 5), Rz. 150a; Staudinger/Schiemann, a.a.O. (Fn. 3), C. Rz. 34。またヴェルテンヴルフは、住所変更事例を掲げる(J. Wertenbruch, a.a. O. (Fn. 101), § 8 Rz. 23ff.)。

なおこの住所変更事例について、VVG(ドイツ保険契約法)13条(住所及び氏名の変更)1項は、「保険契約者が自己の住所の変更を保険者に通知していないときは、保険契約者に対してなされるべき意思表示については、保険者が最後に知った、保険契約者の住所に書留郵便を発信すれば足りる。当該表示は、当該書留郵便が送付されてから3日後に到達したものとみなす。第1文及び第2文は、保険契約者が氏名を変更した場合について準用する。」と規定しているのが、興味深い。

- 132) なおドイツの到達障害 (Zugangshindernisse) 問題に関する判例・学説の状況については、小林・前掲注1)139頁以下に簡潔な紹介がある。
- 133) Nomoskommentar/Faust, a.a.O. (Fn. 3), § 130 Rz. 47f.; F. Faust, a.a.O. (Fn. 17), § 2 Rz. 26. Ebenso Bamberger/Roth/Wendtland, a.a.O. (Fn. 22), § 130 Rz. 9. Vgl. auch Wolf/Neuner, a.a.O. (Fn. 120), § 33 Rz. 13.
- 134) G. C. Schwarz, a.a.O. (Fn. 119), S. 892. Ähnlich Staudinger/Schiemann, a.a.O. (Fn. 3), C. Rz. 34
- 136) Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 69.

なお起草過程の第二委員会では、到達障害につき名宛人に過失がない場合にこの者を保護することが検討されたが、多数には至らなかった (etwa R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 7. 小林・前掲注 1)65頁も参照)。ただ「この基本命題は、表意者が相手方の障害を知っていた場合、部分的に再び問題になる」(Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 69; J. Benedict, a.a.O. (Fn. 66), S. 97)。

137) 労働裁判所判例 (BAG, RAG (帝国労働裁判所) 双方を含む) の変遷について詳しくは、R. Brexel, a. a. O. (Fn. 12), S. 20ff. 参 照。Vgl. auch Manfred Herbert, Die Zugangsproblematik schriftlicher Willenserklärungen unter Einschaltung von Empfangsboten, NZA 1994, 391f.; J. Wertenbruch, a.a.O. (Fn. 101), § 8 Rz. 27.

138) この立場では、「休暇での不在は、到達の停止(Zugangssperre)ないし客観的な到達障害を意味する」ことになる(W. Nippe, a.a.O. (Fn. 61)、S. 287)。

ただし当初 RAG は、1932年 4 月22日判決(HR 40, Nr. 1427)において、普通郵便による解約告知書面が郵便受けに配達された時点ですでに到達を認めた(他方で書留郵便では、郵便配達人がその不在通知を置いてきただけで郵便自体は郵便局に留め置かれた場合に到達を認めなかった)が、1941年 2 月 4 日判決(RAG DR 41, 1796)において、判例・通説の二段階判断を採用し、これを BAG も踏襲してきた(R. Brexel, aa,O. (Fn. 12), S. 21f. 67)。

139) KSchG 4条 (労働裁判所への訴え) 1文

労働者は、解雇に社会的正当性がないことを確定させたい場合は、書面による解雇予告を受理してから3週間以内に、労働裁判所に対して、当該解雇によっても労働関係が消滅しないことの確認の訴えを提起しなければならない。

当該条文訳は、厚生労働省編『世界の厚生労働2010:海外情勢報告 [2008~2009]』の「第2章 各国にみる労働施策の概要と最近の動向(ドイツ)」(2010年) 152頁から引用した(なお2010年版は公刊されておらず、http://www.mhlw.go.jp/wp/hakusyo/kaigai/10/から閲覧・入手した)。

ちなみに上記「3週間」という期間は、「いわゆる実体法上の除斥(materiellrechtliche Präklusion)」である(Stephan Pötters/Johannes Traut, Aktuelle examensrelevante Probleme aus dem Arbeitsrecht: Teil II. Jura 2012. S. 416)。

なお上記期間の開始については、J. Nord, a.a.O. (Fn. 1), S. 191ff. が詳しい。

- 140) さらに「労働者が休暇中に新たな職場を探したり働く場所のことで心配したりしなければならないとすれば」、「解約告知パニックが労働者を襲い」「休暇の保養目的が危殆化され」「達せられない」ことになろう (W. Nippe, a.a.O. (Fn. 61), S. 288; J. Benedict, a.a.O. (Fn. 66), S. 98)。
- 141) BAG NJW 1981, 1470. この判決の立場を小林(一俊)教授は支持するが、詳しくは小林・前掲注1)80頁以下参照。

ただし当該判決に対しては、下級審ではあるが LAG Hamm 1981年7月30日判決 (MDR 1981, 965) が、法取引の要請を考慮して、労働者の住居宛になされた解約告知書面は、この者が休暇により不在の場合であっても到達し、その正確な到達時点は、労働者が不在にしていない場合に当該書面を了知し得たであろう時であるとしていた。

- 142) BAG NIW 1989, 606 = IZ 1989, 295. なお前掲注84)も参照。
- 143) BAG NJW 1989, 2213.
- 144) 「さもなくば、BGB 626条 2 項の表示期間を理由とする一般的でない解約告知は排除されている」(vgl. W. Nippe, a.a.O. (Fn. 61), S. 288f. ただしニッペ自身は、この理由づけに懐疑的である、W. Nippe, a.a.O. (Fn. 61), S. 289)。

BGB 626条 (重大な事由に基づく即時告知)

(1) 個々の場合における一切の事情を考慮し、かつ、契約当事者双方の利益を衡量して、告知期間の経過まで又は雇用関係の合意による終了まで雇用関係を継続させることを告知者に期待することができない事実が存在するときは、各当事者は、重大な事由に基づき告知期間の定めにかかわらず雇用関係を告知することができる。

書面表示の「到達」を判断する際に相手方の事情を考慮に入れるべきか(臼井)

- (2) 告知は、2週間以内にのみすることができる。第2文及び3文は省略。 当該条文訳は、右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂、1995年)401頁[青野博之]から引用した。
- 145) 本文のとおり「まさに労働法上、労働者が休暇中に解約告知されうるかという問題では ……表意者と相手方の法律関係の問題を到達要件で処理することがあからさまになる」 (J. Nord, a.a.O. (Fn. 1), S. 209) が、立法者は、解約告知保護の訴えを適時に提起することを通して過失のない到達障害事例を考慮し、解約告知保護の訴えの期間延長に関する KSchG 5条 (遅れた訴えの許可) (詳しくはたとえば Hans-Jochem Mayer, Arbeitsrecht, 2. Aufl. (2010), Rz. 557ff. 参照)により事情いかんで復職を認めることから、そもそも到達を制限するきっかけすらなかった (Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 71. Ebenso R. Bork, a.a.O. (Fn. 8), Rz. 626; J. Wertenbruch, a.a.O. (Fn. 101), § 8 Rz. 27. Vgl. auch R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 69f; J. Nord, a.a.O. (Fn. 1), S. 187f., 209f.)。

なおジンガー、ベネディクト自身の見解によれば、次のようになる。不在にする相手方は、表意者に対して従来とは別の受領設備を指定することにより、従来の受領設備(たとえば自宅郵便受け)での到達を自由に阻止することができる。相手方は本来、到達可能性(Erreichbarkeit)を伝えるのと同じ方法で、受領設備の到達不能性を表意者に伝えることができる(「指定」と反対の行為)が、これが行われないときは、「表意者は引き続き、表示が相手方に従来どおり到達することを当てにしてもよい」。表意者がただ単に休暇、療養、入院や勾留を知っていたとしても、「どのようにして、たとえば転送委託や受領者への代理権授与により自己に対する表示を了知する手はずを整えるかは、相手方自身に委ねられたままである」ことから、到達が妨げられることはない(Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1)、§ 130 Rz. 71; J. Benedict, a.a.O. (Fn. 66)、S. 98f.)。

- 146) R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 69. なお BAG の最近の見解では、労働者側には休暇中のアドレスを告げておく義務はない一方、雇用主側も、労働者の個人的な休暇行動に関する情報を収集しておくことを強いられない。また休暇計画を天候の悪化や同行者の病気など種々な理由から突然変更することも可能である(J. Wertenbruch, a.a.O. (Fn. 101), § 8 Rz. 27)。
- 147) Nomoskommentar/Faust, a.a.O. (Fn. 3), § 130 Rz. 49; F. Faust, a.a.O. (Fn. 17), § 2 Rz. 26.
- 148) R. Bork, a.a.O. (Fn. 8), Rz. 626.
- 149) Wolf/Neuner, a.a.O. (Fn. 120), § 33 Rz. 27.
- 150) 詳しくは、W. Nippe, a.a.O. (Fn. 61), S. 288ff. を参照されたい。 なおわが国でも、須永(醇)教授は、表意者が「相手方の了知不能……を知っていた場合でも」、「到達の実質的内容である『了知可能性』は相手方の個人的な特殊事情とは無関係に想定される一般的・客観的基準によって本来判断されるべき』であるとの立場から、表意者の上記悪意に加えて――ブリンクマンの見解を参照しつつ――「到達……が否定されるのは相手方の了知障害を回避する手段が表意者側に残されている場合、そうして、残されている局面に限られるべきであろう」とする(川島ほか編・前掲注23)525頁 [須永])。
- 151) Nomoskommentar/Faust, a.a.O. (Fn. 3), § 130 Rz. 51f.; F. Faust, a.a.O. (Fn. 17), § 2 Rz. 27. さらに利用されたコミュニケーション手段にも関わってくる (F. Faust, a.a.O. (Fn. 17), § 2

Rz. 27)

なお同様の区別を前提とする見解として、H. Köhler, a.a.O. (Fn. 22). § 6 Rz. 13。

- 152) Nomoskommentar/Faust, a.a.O. (Fn. 3), § 130 Rz. 51. わが国でも、(現実に了知しうるという意味の)「本来的了知可能性」を基軸に到達時点を判断する小西教授によれば、「帰宅する際に郵便受函を開函するのが通常である場合には、意思表示の本来的了知可能性の発生時点は帰宅に際しての開函時である」ので、郵便受函への投函時ではなく開函時が到達時点であるとされる(前掲注46)167頁,170頁)。
 - なお、表示が表意者自身または郵便とは違う配達サービスにより運ばれた場合については、Nomoskommentar/Faust、a. a. O. (Fn. 3), § 130 Rz. 51 参 照。Vgl. auch Palandt/Ellenberger, a.a.O. (Fn. 3), § 130 Rz. 6. 日曜日に投入された手紙については、相手方が一般私人の場合も企業同様、翌月曜日に到達する(J. Wertenbruch, a.a.O. (Fn. 101), § 8 Rz. 7)。
- 153) Nomoskommentar/Faust, a.a.O. (Fn. 3), § 130 Rz. 52.
- 154) RGZ 142, 402.
- 155) BGH NIW 2000, 1328.
- 156) BGH NJW 2008, 843 = BB 2008, 229.
- 157) なお事実関係については、1(2)a で前述したとおり当該判決を BGH 大晦日判決と称して主に検討した D. Leipold, a.a.O. (Fn. 36), S. 251f. を参考に、より分かりやすいよう補充した部分がある。
- 158) D. Leipold, a.a.O. (Fn. 36), S. 251.
- 159) BGB 193条(日曜日及び休日:土曜日)
 - 一定の日に又はある期間内に意思表示又は給付をなすべき場合において、その一定の日若しくはその期間の末日が日曜日に当たり、又は表意地若しくは給付地において国家的に認められた一般的休日若しくは土曜日に当たるときは、これらの日に次の平日が代わる。
- 160) レーネン (Detlef Leenen) も,「大晦日は国家的に認められた一般的休日でないととも に, 2003年12月31日は土曜日や日曜日ではなかったので, BGB 193条による期間の延長は 問題にならない」とする (a.a.O. (Fn. 17), § 6 Rz. 30 Anm. (17))。
 - これに対して土曜日に準じて考えるものとして、たとえば Medicus/Petersen, a.a.O. (Fn. 18). Rz. 46。
- 161) D. Leipold, a.a.O. (Fn. 36), S. 252.
- 162) なお本稿では割愛したが、Eメールに代表される電子的意思表示においては、その傾向 はより顕著である。この事情を反映してか、たとえばブロックス、ヴァルカーは、「E メールやオンライン-メールボックス (Online-Postfächer) では、相手方の了知可能性は 24時間(四六時中)存在する」と述べる (Brox/Walker, a.a.O. (Fn. 5), Rz. 149a)。つまり結 果的に、了知期待可能性は実際考慮されないのに等しい。
- 163) D. Leipold, a.a.O. (Fn. 36), S. 252f.
- 164) D. Leipold, a.a.O. (Fn. 36), S. 257f.
- 165) CISG 15条 (申込みの効力発生時期)
 - (1) 申込みは、申込みの相手方に到達した時にその効力を生ずる。

書面表示の「到達」を判断する際に相手方の事情を考慮に入れるべきか(臼井)

(2) 申込みは、たとえ撤回できないものであっても、その中止の通知が申込みの到達前、またはそれと同時に到達すれば、中止される。

当該条文訳は、甲斐ほか編・前掲注31)116頁「田中康博」から引用した。

CISG 18条 (承諾,承諾の効力発生時期,申込みの承諾適格)

- (1) 申込みに対して同意する旨を示す相手方の意思表示その他の行為は、承諾とする。
 沈黙または反応のないことは、それだけでは承諾とはならない。
- (2) 申込みに対する承諾は、同意の表示が申込者に到達した時にその効力を生ずる。同意の意思表示が申込者の定めた期間内に、または期間の定めのない場合には申込者が用いた通信手段の迅速性を含め取引の状況を十分に考慮した合理的な期間内に、申込者に到達しないときは、承諾は効力を生じない。口頭の申込みは、特段の事情のないかぎり直ちに承諾されなければならない。
- (3) 前項の規定にかかわらず、申込みにより、または当事者間で確立された慣行もしく は慣習により、相手方が申込者に通知することなく、物品の発送または代金の支払等に関 する行為を行うことにより同意を示すことができる場合には、承諾は、その行為が行われ た時に効力を生ずる。ただし、その行為が前項に規定した期間内に行われた場合に限る。 当該条文訳は、甲斐ほか編・前掲注31)130頁[山下登]から引用した。
- 166) 本文の条文訳は、前掲注31)同様、甲斐ほか編・前掲注31)173頁 [筆者] から引用した。
- 167) D. Leipold, a.a.O. (Fn. 36), S. 258.
- 168) 本条については、たとえば次のとおり説明される。「DCFR 第2巻第1:106条第1項乃 至第5項は、PECL (ヨーロッパ契約法原則:筆者挿入)第1:303条第6項、第1項、第 2項、第3項、第5項にそれぞれ対応している」(vgl. auch F. Ranieri, a.a.O. (Fn. 13)、S. 187f.)。「しかし、DCFR 第2巻第1:106条第6項と第7項は独自の規定で、代理人による通知または代理人に対する通知にも適用されることや事業者と消費者間の電子取引の場合には受信者がアクセスできた時に通知の到達を認める規定を排除・変更できないことを 定める」(角田光隆「ヨーロッパ私法の諸原則と日本法――第1巻乃至第3巻――」信法 11号(2008年)47頁以下)。

PECL 第1:303条 通知

- (1) 通知は、書面であれ、その他の方法であれ、当該の諸事情に適する方法を用いて行うことができる。
- (2)通知は、第4項および第5項の規定が適用される場合は別として、名宛人に到達した時にその効力が生じる。
- (3) 通知が名宛人に到達することになるのは、それが名宛人に手渡され、または、その住所、もしくは郵便先住所に配達された時とする。名宛人が住所や郵便先住所をもたないときは、常居所に配達された時とする。
 - (4) 省略。
- (5) 通知は、その到達前または到達と同時にそれを撤回する通知が名宛人に到達したときは、効力を生じない。
 - (6) 省略。

当該条文訳は、潮見佳男=中田邦博=松岡久和(監訳)オーレ・ランドー/ヒュー・

ビール編『ヨーロッパ契約法原則 I · II』(法律文化社,2006年) 5 頁および76頁以下から引用した。

なお、本文の DCFR(暫定概要版) II 編 1 章106条 1 項から 5 項は、2009年 2 月に公表された概要版(Outline Edition)のモデル準則(model rules)では、その場所(II 編から I 編へ移動)と若干の文言を変えて(1 項 2 文の「約束、申込み、承諾」を「情報(information)」に変更、「その他の法的行為」から「その他の」を削除)、I 編(総則) 1 章109条 1 項から 5 項に規律され、2009年11月に公刊された完全版(Full Edition)でも、そのまま維持されている(cf. Christian von Bar/Eric Clive (eds), Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition, Munich, sellier., 2009, Volume 1 pp. 112–116)。

- 169) D. Leipold, a.a.O. (Fn. 36), S. 258f. さらに本稿で割愛した電子的表示について、同条 4 項(c)は、相手方が呼び出し(いわゆるアクセス)できる時点で効力発生を承認し、――とにかく文言上は――そもそもその着信時点に焦点を当てていない。つまり電子的表示の効力発生については、相手方への到達を合理的に期待できるかという基準は明らかに放棄されている(D. Leipold, a.a.O. (Fn. 36), S. 259)。
- 170) なおこの規律は、ヨーロッパ法でも定められていて、1985年12月20日「事業所以外で締結された契約における消費者保護に関する EC 理事会指令85/577/EWG」(いわゆる訪問販売指令 (Haustürgeschäfts-Richtlinie)) 5条1項2文は、期間経過前に通知が発信されていれば期間は遵守されたとする (D. Leipold, a.a.O. (Fn. 36), S. 261)。
- 171) 本文の条文訳は、円谷・前掲注8)466頁から引用した。
- 172) D. Leipold, a.a.O. (Fn. 36), S. 261. なおジンガー、ベネディクトは、「幾つかの法秩序が今日まで発信で足りるとする」が、この発信主義は「規則正しい輸送が国有郵便により担保されていることに基づく」とコメントする (Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 8)。
- 173) D. Leipold, a.a.O. (Fn. 36), S. 261f.
- 174) 本稿で割愛したEメールの効力発生については、「伝統的な考察方法を……適用することは……完全に困難であることが判明する」。「さらに、将来的にEメールの呼び出しに関する、取引上通例の慣行(verkehrsübliche Gewohnheiten)が形成されることをほとんど期待できない。そういった慣行をある程度指示・決定することは、判例の任務ですらあり得ない」(D. Leipold, a.a.O. (Fn. 36), S. 262)。
- 175) D. Leipold, a.a.O. (Fn. 36), S. 262f.
- 176) D. Leipold, a.a.O. (Fn. 36), S. 263.
- 177) おそらく類似の見解として、小林・前掲注1)83頁以下。

「相手方への到達に対する表意者の信頼の保護」を重視する小林(一俊)教授によれば、相手方の了知期待可能性とは、「相手方が了知するであろうことに対する表意者の『期待可能性』」と言い換えられる。この期待可能性のない、つまり「相手方の了知に対する表意者の正当な信頼が欠ける場合」とは、「表意者が相手方の了知障害を知っていたか、当然に知るべきであったということ(重過失による不知)」を指し、この場合には例外的に

「客観的了知可能時点での到達を否認」し「相手方を保護する」(前掲注1)83頁以下)。すなわち、「相手方の了知期待可能性は、相手方の了知可能性を表意者側からみて、相手方の了知に対する表意者の信頼が欠ける場合に相手方の了知可能性を否定する基準としての意味をもち、したがって相手方の了知可能性に対する例外基準として位置づけられる」(前掲注1)96頁以下)。「相手方の『了知期待可能性』に関するこのような考え方は、判例で問題になったような相手方(労働者)の長期休暇による不在中になされる意思表示(使用者の解雇通知)の場合のみならず、病気入院や被疑者として勾留されたことによる不在など、他の了知障害の場合にも一般化してよいであろう」(前掲注1)83頁以下)。

なお小林教授は、上記信頼保護的観点と「到達主義的――影響範囲を基準にした――リスク配分の観点」から、「保存」基準をベースに次の定式化を提言する。

「隔地者に対する意思表示は、取引観念上相手方が了知できるように保存されたときに 到達する。ただし、相手方の了知を妨げる事由があることを表意者が知ったか重過失によ り知らなかったときは、表意者において相手方による了知を期待しうるときに到達する」 (前掲注1)98頁)。

ただし適時性の問題については、相手方の利益にも配慮して、「相手方にリスクを負担させるには、さらに相手方が到達を可能にするため障害を除去・回避するのに影響を与える(換言すれば、受領態勢を整える)ことを表意者において期待でき、かつ取引観念上期待されうるということ(当事者間に一定の契約関係ないし法律関係がある場合には、そのことが推認されよう)が必要である」とする。この観点から、夜間や営業時間外に書面表示を持参した場合は、「相手方の影響範囲に起因する到達障害でも、社会通念上やむをえないと考えられ、表意者において予期すべきものである場合には、相手方に帰責せしめえない」、つまり「そのリスクは表意者にとどまる」と結論づける(小林・前掲注1)147頁以下)。

なお表意者保護の観点を重視する小林教授でさえ、上記のとおり適時性の問題について は相手方に譲歩せざるを得ないと考えていることからも、本文(2)cで後述するとおり、当該問題はまさに空白期間の危険負担の問題であることを示している。

また――隔地者・対話者の区別について小林教授同様「有体化」ではなく「保存」基準に従う(前掲注27)参照)――須永(醇)教授も、「相手方が取り出して了知可能なように保存されることで『到達』は実現する」として、到達の判断基準としても「(取り出して了知可能な形での)保存」を重視し、当該概念は「社会観念上の――より具体的には表意者・受領者間の危険分配の考慮に基づく――規範的な概念とみるべきもの」であるとする。その上で、「保存自体の時点と取引観念上で相手方の了知するであろう時点とにズレの生じることがあ」るが、この問題については、「『到達』の本来的意義は現実の了知とは別の『了知可能性』の方にあり、『保存』はこの『了知可能性』を確保する手段にすぎないから、取引観念上『了知可能性』が生じるまでは『到達』そのものが……生じない、と解するのが最も妥当であろう」と述べる(川島ほか編・前掲注23)522頁以下、534頁以下 [須永])。

- 178) Nomoskommentar/Faust, a.a.O. (Fn. 3), § 130 Rz. 50.
- 179) BAG NJW 1984, 1651. 【判決要旨】「労働者が通常、病気の期間やその他の非労働期間

立命館法学 2013 年 1 号 (347号)

中に家で過ごす場合,取引通念上この者に一般的な郵便配達時間後にもう一度自宅郵便受けを点検することを期待することはできない。解約告知書面が,一般的な郵便配達後かなり経ってからようやく自宅郵便受けに投入されるときは(本件では16 [午後4] 時30分頃)、当該解約告知は、ようやく翌日に当該労働者に到達する。|

- 180) OLG Hamm NJW-RR 1995, 1187. この判決によれば、「相手方の了知期待可能性」要件 充足の観点から、「本件事例では、Y (名宛人:筆者挿入)は、X (解約告知をする表意 者:筆者挿入)がともかく1993年3月31日16時50分以降に……郵便受けを見て……当該手 紙を見つけることを取引通念上期待できなかったので、表示は同日中に到達していなかっ た」とされる。
- 181) BayVerfGH NJW 1993, 518. この判決によれば、「BGB 130条 1 項 1 文の意味における到達時点の問題は結局、意思表示の適時の到達危険をどのように発信者と相手方との間において期待できる範囲で、公正な正義感に従って分配するかという基本的な考え方のもとで判断されるべきである。それゆえ BGB 130条の意味における,支配的で全般的に通用する到達概念の決定は、そもそも初めから個別事例の諸事情の考慮を排除しない」とされる。なおシュヴァーベ(Winfried Schwabe)は、上記判決を参照しつつ、「今日、郵便局員はまだ18 [午後6] 時でも……配達」業務を行うとともに、「たいていの定職者は夕方、帰宅時にようやく郵便受けを開閉する」ことに鑑みて、とにかく18時に配達された郵便については同日中の到達を認める(a. a. O. (Fn. 73)、S. 47. Ebenso Bamberger/Roth/Wendtland、a.a.O. (Fn. 22)、§ 130 Rz. 13)。ノイナー(Jörg Neuner)は、「郵便配達人も相手方も習慣(Gepflogenheit)を変えた」ことからようやく18時に了知可能性が期待できるとして、たとえば解約告知表示が [午前] 10時に郵便受けに投函された場合であっても到達は18時であると考える(Wolf/Neuner、a.a.O. (Fn. 120)、§ 33 Rz. 24)。
- 182) それどころか古くは LG Hamburg が、大都市ゆえに、21 [午後9] 時30分に届けられた解約告知を同日中に効力を生じたものとした(R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 40)。
- 183) Vgl. auch W. Schwabe, a.a.O. (Fn. 73), S. 47.
- 184) Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 75. Vgl. auch J. Benedict, a.a.O. (Fn. 66), S. 101f. すでに同様の指摘をするものとして、R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 39。
- 185) J. Benedict, a.a.O. (Fn. 66), S. 101f.
- 186) J. Benedict, a.a.O. (Fn. 66), S. 101f.
- 187) BGB 187条 (期間の始期) 1項
 - (1) 期間の始めについて、出来事または日の終了となる時点が基準であるときは、期間の計算については、その出来事またはその時点がかかわる日は算入されない。

当該条文訳は、円谷・前掲注8)459頁から引用した。

- 188) Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 76; J. Benedict, a.a.O. (Fn. 66), S. 102f.
- 189) 送達制度の概要については、たとえば Jan Hupka/Steffen Kämper, Die Zustellung im Zivilverfahren, JA 2012, 448ff. 参照。
- 190) ZPO 180条 (郵便受けへの投入による補充送達) 第178条第1号又は第2号による送達が実行できないときは、書面は、住居若しくは営

書面表示の「到達」を判断する際に相手方の事情を考慮に入れるべきか(臼井)

業所に設置されている郵便受け又はそれに類する。名宛人が郵便の受領につき設置し、かつ、一般に通常の方法で安全な保管に適した設備に投入することができる。この投入により、書面は、送達されたものとみなされる。送達者は、送達されるべき書面の封筒に送達の日付を記載する。

- 191) Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 75.
- 192) その他に、たとえば小林・前掲注1)86頁以下参照。
- 193) 拙稿·前掲注14)21頁以下。
- 194) W. Schwabe, a.a.O. (Fn. 73), S. 42.
- 195) 「もっとも第一義的には、この要請は、加盟各国間で郵便配達制度・慣行に違いのおそれがある国際取引を前提とした、そうであるからこそ、その微妙な差違には目をつぶりできるだけ統一的・客観的な『到達』基準を設ける必要があったという、CISG 特有のものであろう | (拙稿・前掲注14)34頁注(43))。
- 196) 拙稿·前掲注14)25頁。
- 197) 拙稿・前掲注14)24頁。なお小林(一俊)教授は、ドイツ法の議論から示唆を得た「相手方の了知期待可能性」を――従来とは百八十度異なった――表意者保護という観点に立って「相手方が了知するであろうことに対する表意者の『期待可能性』」であると言い換えた上でこれを積極的に評価する(詳しくは前掲注177)参照)ため、これを到達要件としない拙見とは立場を異にする。さりとて拙見も、表意者保護を志向する点では共通し、本文で述べたとおり表意者を保護する必要のない場合には「信義則・権利濫用」の活用によりこれを否認するため、結論的には互いに多少なりとも歩み寄りを見せると思われるが、小林、小西両教授に代表されるわが国での議論については、今後の詳細な検討に委ねたい。
- 198) Etwa Erman/Palm, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13.Aufl. (2011), § 130 Rz. 8. ただし信義則上, ボルクによれば, 相手方は適時の到達を対抗されなくてはならない (R. Bork, a.a.O. (Fn. 8), Rz. 626)。A.A. Larenz/Wolf, a.a.O. (Fn. 120), § 26 Rz. 47. なお雇用主が解約告知書面を不在労働者宛に送付した到達障害事例において, このリスク負担の判断にあたっては当該障害が表意者, 相手方いずれの領域に属するかを精査すべきであるとした上で, 本文とは逆に, 労働者が雇用主への転送の申請手続を怠ったことから, この点を重く見て, フェルスター (Christian Förster) は適時の到達を認めている (Allgemeiner Teil des BGB-Eine Einführung mit Fällen, 2.Aufl. (2011), Rz. 176f. Ebenso J. Wertenbruch, a.a.O. (Fn. 101), § 8 Rz. 25)。
- 199) なお書留郵便返戻事例については、「……現在の郵便慣行を重視し、できるかぎり『普通郵便による郵便受けへの配達』と不均衡が生じないようにするとの立場から、配達通知書が郵便受けに入れられた時に『到達』した」と考えた(拙稿・前掲注14)34頁以下。いわゆる——典型的には BGB 162条(条件成就の妨害又は招来)1項や815条(結果の不発生)後段などで採用されている——擬制的解決(Fiktionslösung))。
- 200) W. Schwabe, a.a.O. (Fn. 73), S. 44.
- 201) R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 41.
- 202) ヴェントラント (Holger Wendtland) は、「相手方の個人的な習慣」にすぎないのであ

立命館法学 2013 年 1 号 (347号)

れば到達の判断に影響を与えないとする (Bamberger/Roth/Wendtland, a.a.O. (Fn. 22), § 130 Rz. 13)。

- 203) 拙稿·前掲注14)26頁以下。
- 204) HGB 377条 (瑕疵通知義務) 4 項 (4) 買主の権利を保持するためには、適時の通知の発信で足りる。
- 205) R. Brexel, a.a.O. (Fn. 12), S. 4f.
- 206) 「解雇については、解雇制限法(本稿では KSchG (解雇保護法)と称した:筆者挿入) (4条)や母性保護法(9条)による労働者の救済手段(労働裁判所への訴えや使用者に対する妊娠の報告)が期間付であることとの関係で解雇通知書の到達時点が争われるケースが多い」とされる(小林・前掲注1)104頁注(70))。
- 207) I. Nord, a.a.O. (Fn. 1), S. 178. 前掲注145)も参照。
- 208) ただしノイナーは、本文の、法的安定性を論拠とするライポルトのような見解については、むしろ逆に「ともかくまる一日 (24時まで)をまったく区別なくひとまとめにして」扱うことを疑問視して批判的である (Wolf/Neuner, a.a.O. (Fn. 120), § 33 Rz. 25)。
- 209) F. Weiler, a.a.O. (Fn. 5), S. 788.
- 210) Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 39.
- 211) さもなくば、表意者は、最低でも一日損することになりかねない。
- 212) Vgl. etwa F. Faust, a.a.O. (Fn. 17), § 2 Rz. 25.
- 213) Vgl. Noack/Beurskens, a.a.O. (Fn. 3), S. 714f.
- 214) Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 1), § 130 Rz. 52.
- 215) 前掲注27), 106)および177)参照。
- 216) 詳しくは、小林・前掲注1)92頁以下参照。
- 217) J. Benedict, a.a.O. (Fn. 66), S. 75.
- 【追記】 本稿は、本文1(2)cで前述したとおり、ドイツ・ハンブルクでの在外研究期間(2011年9月26日から2012年9月25日)中にその大半を執筆したため、帰国後に、小西飛鳥「民法債権法改正のための比較研究——電子的な方法による意思表示の到達について」平成国際11巻(2011年)39頁以下、大久保輝「意思表示の効力発生時期——民法起草者の議論を通じた考察——」中央学院25巻1号(2012年)95頁以下の存在を知り入手はしたが、応接できなかった。

また初校段階で、小西飛鳥「第7章 法律行為 第3 意思表示 7 意思表示 の到達及び受領能力」円谷峻編『民法改正案の検討第2巻』(成文堂, 2013年) 所収347頁以下に接した。