

# 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

臼 井 豊\*

## 目 次

- 1 はじめに——問題の所在——
- 2 三つの重要判例とザントマンの見解
- 3 最近の判例・学説の動向
- 4 BAG 2011年6月9日判決
- 5 R. シュヴァルツェの判例解説
- 6 おわりに——BAG 2011年判決を中心に、拙見の再検証もかねて——

## 1 はじめに——問題の所在——

(1) a わが国の民法97条が倣った BGB (ドイツ民法) 130条は、隔地者に対する受領を要する意思表示の効力発生 (Wirksamwerden von empfangsbedürftigen Willenserklärungen gegenüber einem Abwesenden) について、その1項1文で、「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。」<sup>1)</sup>と規定する。これは、立法者が法取引の要請を受けて表意者による証明の困難性を理由に了知主義 (Vernehmungstheorie) ではなく受領・到達主義 (Empfangs- od. Zugangstheorie) を採用したことを意味している。ただしBGBは、肝心の「到達 (Zugehen od. Zugang)」概念について定義規定を置かず、その判断を解釈に委ねてしまう<sup>2)</sup>。たとえば本稿で扱う「受領使者 (Empfangsbote)」, 敷衍すれば——2(1) a で紹介する BGH

---

\* うすい・ゆたか 立命館大学法学部教授

（連邦通常裁判所）1989年3月15日判決<sup>3)</sup>の定義するところでは——「名宛人（Adressat）自身の伝達道具（Übermittlungswerkzeug）として、意思表示を受領し、かつ、名宛人に転送する（weitergeben）、つまり、名宛人に了解可能性（Vernehmungsmöglichkeit）を得させるために（当該受領後：筆者挿入）なおも活動を展開すべき立場にある」者の介在する場合が、とりわけ当該判断の難しい一例である<sup>4)</sup>。すなわち——旧稿「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——」<sup>5)</sup>（以下、単に旧稿と称する）で紹介した——ザントマン（Bernd Sandmann）が鋭く批判したとおり、BGB 130条が採用した受領・到達主義の基礎にある「影響領域（Einflußbereich）による危険分配」、つまり「伝達・輸送リスクは表意者負担、了解リスクは相手方負担」という考え方を具体化した、到達判断に関する伝統的かつ支配的な「相手方の勢力圏（Machtbereich）」基準は、「本来……『場所—即物的』なもの、敷衍すれば書面表示がある場所の物的受領設備に交付された場合に到達の有無を判断する基準であったのではないか、そうであるとすれば、物的設備『郵便受け』ではない、中間者が介在する場合において、この者に書面表示が交付されたときに受領使者としての適格性を判断する基準として、有効に機能するのだろうか」<sup>6)</sup>。「受領使者と考えられる人は、物とは違い、勢力圏の対象たり得ず、これとある一定の関係を有しうるにすぎない。だが到達の定式は、どの程度の関係が必要かについて示唆を与えない」<sup>7)</sup>のである。

**b** そこで筆者は、10年あまり前に旧稿で、本稿表題の問題について、BAG（連邦労働裁判所）1992年11月11日判決<sup>8)</sup>およびBGH 1994年3月17日判決<sup>9)</sup>という二つの重要判例と、上記aのとおり興味深い問題提起を行ったザントマンの論文「受領使者としての地位（Empfangsbotenstellung）と取引通念（Verkehrsanschauung）」<sup>10)</sup>を取り上げて比較的詳細な考察を行ったわけであるが、奇しくもその過程で、たとえば——すでに両判決より前に当該問題を初めて詳細に扱った——上記aのBGH 1989年判決が意識して丁寧に説明するように、中間者（Mittelsperson）の介在しない基本

事例で隔地者に対する書面による意思表示（以下、書面表示と略称する）の到達をどのように判断するかという議論の行く末が受領使者をめぐる議論にも少なからぬ影響を与えていることを認識するに至った<sup>11)</sup>。そのことは、たとえば——危険移転を生ずる「到達」から効力を発生させる「到達時点」を分離した上で「相手方の了知期待可能性 (Erwartbarkeit der Kenntnisnahme)」に基づいて後者の時点のみを後ろに遅らせる——フルーメ (Werner Flume) に代表される分離説を見れば一目瞭然であろう。当該分離説は、受領使者に手交された書面表示について、名宛人が当該表示を客観的に了知できれば足りるという意味において、受領使者が名宛人本人に書面表示を客観的（抽象的）に転送できる時点ですでに危険は相手方に移転するとしつつ、効力発生は、名宛人に了知することを期待できないからではないという意味において、相手方への転送を受領使者に期待できる時点であると考えている<sup>12)</sup>からである。

c それゆえ筆者は、10余年ぶりに前稿「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——『通常の下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——」<sup>13)</sup>（以下、単に前稿と称する）にて、当該表題の基礎的問題に立ち返り、とくに——旧稿ではフォローできなかった——2000年前後以降の判例・学説の動向を中心に考察した上で旧稿執筆当時の拙見を再検証することにしたわけである。

上記前稿によれば、現在の支配的見解は、たとえば BGH 2007年12月 5 日判決<sup>14)</sup>（いわゆる BGH 大晦日判決 (Silvester-Entscheidung des BGH)）に如実に表れている。本判決は、賃貸借契約の期間を延長する書面表示が表示使者 (Erklärungsbote) により最終期日の大晦日午後（相手方の受働代理人 (Passivvertreter) である）賃貸管理会社の郵便受け (Briefkasten) に投入された場合の到達について、「(たとえ平日でも) 大晦日午後には営業されない」という賃貸管理会社側の業界の閉鎖慣行を理由に、当日中の到達を認めず、結果的に上記延長はなされなかったと判示した。伝統的かつ支配的な BGB 130条の到達要件は、当該判決が踏襲すると

おり、「書面表示が通常の状況下で（unter normalen Umständen, より平易な表現では、通常であれば）取引通念を考慮して相手方が客観的（抽象的）に了知しうる程度にその勢力・支配圏（Herrschaftsbereich）に入ったこと」という場所的要件事実と、「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こと（以下、単に相手方の了知期待可能性と略称する）」という時間的要件事実で構成されている。つまり到達の判断は、通常であれば取引通念を考慮した上で、書面表示が相手方の勢力・支配圏に入ったか否かという「到達自体の有無」の判断に加えて、相手方に当該了知を期待できるか否かという——到達を前提にした——正確な当該時点（いわゆる「到達の適時性（Rechtzeitigkeit od. Aktualität）」）の判断の二段階に分けて行われているのである。この二段階判断が、現在の判例・通説の考え方である<sup>15)</sup>。

この二段階判断が浸透するのに伴い、書面表示が中間介在者に手交された場合の到達時点について、旧稿執筆当時は、受領権限に重きを置いて、「受領権限を有するという点では受働代理人も受領使者も差違はないから……受領使者にすぎなくても書面表示を手交しさえすれば、それだけで表示は到達する」との説明が一般に見受けられた<sup>16)</sup>が、むしろ現在は、2(1)、3(1)および(2)a aaなどで後述するとおり、とくに受領使者について、所詮は郵便受け同様——もとより人的な意味においてだが——単なる受領設備（Empfangseinrichtung）でしかない（「生ける郵便受け（lebender Briefkasten）」<sup>17)</sup>とも言われるが「受領機関」あるいは日常用語では「郵便受付窓口」とでも言うべきか）というその矮小化した役割・機能論に着目する。その結果、中間介在者が受領使者にすぎない場合については、相手方本人への到達が必要となるため、結論のみ先取りすれば、（物的）受領設備たる郵便受けに配達・投入された場合と同様、上記二段階判断における第二段階の「適時性」判断に依拠して——「相手方の了知期待可能性」が形を変え——「物事が通常どおり経過すれば（bei regelmäßigem Verlauf der Dinge）名宛人への表示の転送（Weiterleitung）を受領使者に

期待できたこと」(以下、「名宛人 (=相手方) への(受領使者による) 転送期待可能性」と称する) が到達時点の判断基準とされる。敷衍すれば、「意思表示が(適格な) 受領使者に手交されるとき、それで相手方の勢力・支配圏には入った」(換言すれば、相手方は客観的に当該表示を了知できるようにはなった) が、「通常の下況下で当該受領使者に相手方への転送を期待できる時点<sup>18)</sup>で初めて、相手方に当該了知を期待することができる<sup>19)</sup>」ということである。ヘルベルト (Manfred Herbert) も、受領使者の場合は最終的に「相手方への到達」が必要となることに鑑みて、「到達は、通常の下況下で存在する相手方の了知可能性」、つまり相手方による了知期待可能性「を前提とするので、相手方への転送が通常期待できる時に初めて、上記可能性が存在する」という丁寧な説明を試みる<sup>20)</sup>。

d aa しかしながらこのような判例・通説の二段階判断に対して、そもそも——「名宛人への受領使者による転送期待可能性」を導く、その前提となった——「相手方の了知期待可能性」を第二の到達要件事実とするかについては、前稿で見たとおり、主に法的安定性 (Rechtssicherheit) の観点からプレクセル、ジンガー (Reinhard Singer)、ベネディクト (Jörg Benedict)、さらにはライポルト (Dieter Leipold) までもが異論を唱えている<sup>21)</sup>。筆者も、旧稿および前稿で検討した結果、書面表示の「到達」判断基準として、——相手方の客観的了知可能性の言い換えでしかなく所詮は取引通念を価値規範的支柱とするにすぎないと何かと批判を受ける——「相手方の勢力・支配圏」に代えて、「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事実的基準を採用した上で、この基準のみにより到達を客観的に判断し「相手方の了知期待可能性」要件を不要とする立場を再確認するに至った<sup>22)</sup>。この立場から、受領使者に書面表示が手交された場合を考えると、この者は郵便受け同様に受領設備に準じた受領機関としての役割・機能を担っていて、両者には物か人かという以上の差違は認められないことから、すでに

当該手交時に到達を認めてもよさそうである。

bb ただ受領使者に関する問題は、この「適時性」だけにとどまらない。そもそも受領使者とはいかなる者を指し、その判断はどのようにして行われるのであろうか。この、いわゆる「受領使者としての地位（適格性）」あるいは——「相手方の客観的（抽象的）了知可能性」を生じさせる——「名宛人への受領使者による客観的（抽象的）転送可能性」の判断が、受領使者に関するもう一つの、しかもむしろ前述した「名宛人への受領使者による転送期待可能性」の前提となる基礎的問題であり、——書面表示が隔地者たる相手方に手交された場合の到達に関する——判例・通説の二段階判断における第一段階に対応する。

受領使者は、2(1)aや3(2)a aaで後に詳述するとおり、代理権を有しない点で受領代理人(Empfangsvertreter. 受働代理人と同義)とは決定的に異なり、むしろ郵便受け同様ただ単に「(人的)受領設備」、つまり受領機関としての役割・機能しか果たさないと一般に説明される。この説明によれば、書面表示が受領使者に手交された場合の到達に関する問題は、BGB 164条以下の代理の問題ではなく、所詮は130条の「到達」固有の問題でしかない。つまり「受領使者としての地位・適格性」判断は、判例・通説の「相手方の勢力・支配圏」基準に依拠することになりそうである。ただ問題がそう簡単でないことは、すでに(1)aで見た、伝統的かつ支配的な当該基準は物的受領設備を前提とした場所的要件事実に関するものでしかないというザントマンの批判を今一度想起すれば容易に想像がつくであろう。また、「ある者が受領使者としての地位を有するかどうかは、必ずしも簡単に突きとめられない」<sup>23)</sup>。とくに本人が明示に受領権限を付与していないときは、解釈の問題となる<sup>24)</sup>が、その際に基準となるのは何かである。

cc このような問題が指摘される中、判例・通説は、受領使者について、相手方から受領権限を付与されている者や、いわゆる「表見(的)受領使者<sup>25)</sup>」にとどまらず、到達判断に関する「相手方の勢力・支配圏」基準を支える取引通念を根拠に、——最近では4で詳しく紹介する BAG

2011年6月9日判決<sup>26)</sup>が定義するように——「名宛人の勢力圏と通常接触を持ち、かつ、自己の資格と能力 (Reife und Fähigkeiten) に基づいて表示を名宛人に転送するのに適するであろう人」(以下、取引通念による受領使者 (Empfangsbote kraft Verkehrsanschauung) と称する) も含まれると解した上で、その具体例として配偶者や両親などの同居家族や会社従業員を挙げる<sup>27)</sup>。家事使用人についても従来は、取引通念による受領使者に含むと解されていた<sup>28)</sup>が、3(2) a bb で後述するとおりこれを否認する見解も主張され始めていて、これは、取引通念が奇しくも白地概念であることを物語っている。ザントマンも、中間者が介在する場合の到達問題では、表示が通常状況下で相手方により了知されうる程度にその勢力圏に入ったかどうか (勢力圏の確定) のみならず、表示が当該介在者への手交によりおよそ相手方の勢力・掴取圏 (Zugriffsbereich) に達していたかどうか (受領使者としての地位の決定) についても、取引通念により判断されることになるため、「その曖昧さが倍加する」ことを危惧した上で、結局、取引通念の決定は「実務上およそ裁判官の法学的見解によ」らざるを得ないとする<sup>29)</sup>。いずれにせよ、このような取引通念という価値規範に支えられた受領使者論の拡大については、「手紙が玄関戸の下に差し込まれた」あるいは「通常あまり出入りしない勝手口に届けられた」場合に到達を認めるのに等しく危うさを孕んでいることから、果たして本当にそのような取引通念自体が存在するのかということも相俟って、大いに議論の余地があろう。ただこの点、判例・通説は、「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、相手方の勢力・支配圏に入ったと判断していること<sup>30)</sup>からすれば、一応辻褄は合っているのかもしれない。

(2) このような状況下、上記 BAG 2011年6月9日判決<sup>31)</sup>が、とくに旧稿で取り上げた二つの重要判例とザントマンの論文を随時参照しつつ「受領使者としての地位・適格性」と「名宛人への受領使者による転送期待可能性」という受領使者をめぐる二つの重要論点について——「受領使者による受領拒絶 (Annahmeverweigerung)」問題にも (ただ本件ではその認定

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（臼井）

がなされなかったため）若干触れながら——論ずるとともに、翌年この判決について、シュヴァルツェ（Roland Schwarze. 以下、後述のシュヴァルツ（Günter Christian Schwarz）との混同を避けるためにそれぞれ R. シュヴァルツェ, G. C. シュヴァルツと表記する）が判例解説<sup>32)</sup>を執筆している。この判決は早速、複数の注釈書<sup>33)</sup>でも追加収録され、——その性格上ごく簡単にはあるが——一方配偶者が「共同の住居外で」他方配偶者に対する書面による解約告知の意思表示を受領した場合であっても前者を取引通念により後者の受領使者と認めた判決などとして紹介されている<sup>34)</sup>。また BAG 2011年判決は、BGH 1994年判決とセットで演習教材とされていたり<sup>35)</sup>、すでにその原判決である LAG（州労働裁判所）Köln 2009年9月7日判決<sup>36)</sup>も、事例豊富で明解なヴェルテンブルフ（Johannes Wertenbruch）『民法総則』<sup>37)</sup>で設例として掲げられていたりしている<sup>38)</sup>。さらに、わが国において「その効力発生要件である到達（民法97条）に関して争われるケースでは、書面表示が相手方本人に直接にはなく、相手方の親族・同居人・従業員などに手交されたが……相手方本人がそれを知らなかったと主張するケースが多く、またときとして、それらの者により受領を拒絶されて相手方本人に届かなかったとして問題になることもある」と分析されている<sup>39)</sup>ことに鑑みれば、なおさら BAG 2011年判決と R. シュヴァルツェの判例解説は興味深いものと言えよう。

(3) ところでわが国では、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（国際物品売買契約に関する国際連合条約）24条と27条<sup>40)</sup>を関連条文に掲げて、現民法97条1項に代わる試案【1.5.20】を提示している。

**【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。
- 〈イ〉 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。

このように当該委員会試案【1.5.20】は、——すでに前稿で指摘した<sup>41)</sup>とおり——〈2〉〈イ〉で、伝統的な「支配圏」という到達の判断基準については、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「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。とくに本稿主題との関連では、〈2〉で文言上「相手方のために意思表示を受領する権限を有する者」（以下、受領権限者と略称する）の存在を認めた上で到達規律を設けた点は、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。

ただ当該試案【1.5.20】〈2〉は、受領権限者を「相手方」と同置して、前者の了知可能性があれば到達を認めるわけだが、——2(1), 3(1)および(2) a aaなどで後述するとおり——ドイツでは判例・通説ともに、受領権限者を「受働代理人」と単なる「受領使者」に二分した上で、これらの者の法的性質・機能の違いに鑑みて到達時点を議論している。また後者の受領使者の外延として、表見代理の類推適用により「表見」受領使者を含むのか、さらに「取引通念」による受領使者まで含むのかについては、規律

されていないため、この点は従来どおり解釈論に委ねられたままである。以上のとおり、書面表示の発信から了知に至る過程で中間者が介在する場合について、到達がどのように判断されるのかは、いまだ不明な点が多いと言わざるを得ない。

ところで——本稿では深入りを避けるが——受領権限者が受領を拒絶した場合に到達が擬制されるのか、擬制されるとして——2(1)bで後述するBAG 1992年判決に代表されるように——一定の場合に限定されるのかについても、当該委員会試案【1.5.20】〈3〉は明確に規律していない。

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、すでに前稿で見た<sup>42)</sup>とおり、受領権限者に関する部分も含めて基本的な規律内容に大きな修正・変更は見られない。

(4) そこで筆者としては、条文自体は旧態依然だが解釈論、とくに中間介在者に書面表示が手交された場合の到達判断に関する議論では先行する<sup>43)</sup>ドイツの法状況に特化して、いわば旧稿の続編、前稿の特別各論（応用）編として本稿表題の——「受領使者」概念の外延とも言うべき——「取引通念による受領使者」論について考察を進めたい。具体的には、まずはお復習いをかねて、旧稿で紹介した二つの重要判例とザントマンの見解を簡単に振り返り、その際あらたにBGH 1989年3月15日判決<sup>44)</sup>を重要判例の一つに追加補充することにした(2)。なぜなら、「BGHは——RG（帝国最高裁判所）同様——さしあたり受領使者という法形態を用いないで判決を下し」たが「後の判決で、学説上展開された受領使者論に関する原則を持ち出すことを余儀なくされ」<sup>45)</sup>、「結局1989年3月15日判決で詳細に扱った」との分析が、ブレクセルによりなされていた<sup>46)</sup>からである。続いて、受領使者をめぐる最近の判例・学説の動向を補足した上で<sup>47)</sup> (3)、最新の——(2)で前述したとおり——注目を集めるBAG 2011年判決が従来判例・学説との関係でいかなる判決を下したのか(4)、当該判決についてR. シュヴァルトツェがいかなる解説をするのか

(5) を中心に、筆者が2002年旧稿で示した拙見の再検証もかねて考察を行う(6)。なお本稿では、BAG 2011年判決と R. シュヴァルツェの解説については、外国判例という性格上丁寧に(前者判決については引用・参照判例や文献を把握する意味からこれらも含めて)紹介することにした。また本稿は、前稿同様、大半をドイツ・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)中に執筆したため、その制約上、わが国の法状況、とりわけ——(3)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、前稿の問題も含めて今後の課題としたい。

## 2 三つの重要判例とザントマンの見解

ここでは、4および5で中心となる BAG 2011年判決の基礎となった BGH 1989年判決、BAG 1992年判決および BGH 1994年判決と、——たとえばシュタウディングー注釈書 (Staudinger Kommentar) でピックアップされた「受領使者」関連文献を見る限り——比較的新しく<sup>48)</sup>今なお当該論点で影響力を保持し続けるザントマンの論文について、その概要を振り返ることで、現在の基礎となる理論状況を簡単に確認しておく。

(1) RG「判例上は『受領使者』という概念に依拠して判決したものはみられず」、「一般的な到達の基準によって解決されている」。すなわち、「意思表示が補助者への手交により相手方の勢力範囲におかれたかどうかが決定的な基準とされてい」て、「相手方の同居の親族・家事使用人または商業使用人に手交されるときは、勢力範囲におかれたとされ」てきた。

BGH も、「当初は受領使者の概念を用いないで解決していたが、その後、学説により認められた受領使者論に依拠し」た——リーディング・ケースである——BGH 1965年1月27日判決<sup>49)</sup>が登場した<sup>50)</sup>。当該判決は、「書面が『取引上通常の方法で名宛人または書面の受領を代理し得た

他人の事実上の処分権限 (tatsächliche Verfügungsgewalt) に達し、かくして当該名宛人または代理人が了知可能性となった』と同時に、到達は認められる (RGZ 50, 191, 194)」、つまり中間介在者が「受領代理権を有していたときは、当該代理人への書面の手交によりすでに到達している (BGB 164条3項)」とする。これに対して、——新たに導入した「受領使者」概念を前提とした上で——これに中間介在者が該当するときは、「到達にとって決定的なのは、物事の通常の経過によればY（相手方：筆者挿入）の中央営業所への書面の投入……を期待することができた時点である」として、受働代理人と受領使者という各中間介在者の権能に着目して、異なった到達時点の判断方法を提示するに至った。この考え方によれば、中間者が介在する場合の到達判断は、この者が「履行しなければならなかった委任の内容および範囲」、つまり受働代理人であるかそれとも受領使者であるかにかかっているということになる。

これ以後、BGH が、相手方の勢力・掘取圏についてより詳細に定義することなく言及する場合、受領使者拡大の傾向を示す<sup>51)</sup>。なお、BAG「判例には『受領使者』概念はみられない」が、「実質的には、受領使者説を前提にしている」<sup>52)</sup>。BAG は、場所的な支配圏を狭きに失するであろうとして、好んで相手方の「生活領域 (Lebenskreis)」を持ち出す<sup>53)</sup>。

**a** BGH 1989年3月15日判決<sup>54)</sup>

BGH は、本判決において、受領使者概念を初めて判例上導入した上記BGH 1965年判決を参照しつつ「詳細にこのテーマを扱った」<sup>55)</sup>。本判決は、Y（表意者）の意思表示を受領した会社R（中間介在者）について、原審がX（相手方）から代理権を授与された受働代理人 (BGB 164条3項) であったのか受領権限を付与された受領使者であったのか、確認・判断しなかった点を批判した上で、「原審の見解に逆らって、意思表示の到達に関する法状況は、両事例では同様でない」とする。

すなわち、「会社Rが受領代理権 (Empfangsvollmacht) を有したときは」、意思表示は、その書面が「会社Rに手交されたことによりXに到達

している (BGB 164条 3項)。それに対して、会社 R が受領使者にすぎないときは、到達にとって決定的なのは、通常の物事の経過により X の事務所への当該書面の到着 (Eintreffen) またはその内容に関する X の業務執行者 (Geschäftsführer) の情報取得 (Unterrichtung) が期待できた時点である。これは、当民事部の判例 (NJW 1965, 965 unter II 3 = LM §346 [Ea] HGB Nr. 8/9) と一致する」。

敷衍すれば、「意思表示は、通常の状況下で名宛人が当該表示を了知しうるように名宛人の勢力・支配圏に入ると同時に、到達している (BGHZ 67, 271[275] = NJW 1977, 194 = LM 132 BGB Nr. 3; Soergel-Hefermehl, BGB, 12. Aufl., §130 Rdnr. 8)。——本件のように——中間者が介在する場合に、この到達要件がいつ個別事例において存在しうるかは、一概には答えられない。表示の手交される中間者が名宛人の代理人としてその受領につき権限を付与されているときは、本人に代わって行為する代理人その人において到達の要件が充足される時点が、基準となる。それに対して、受領使者が問題であるときは、当該要件は、表示の名宛人本人により決定される。この名宛人が通常の状況下で了知の (理論的) 可能性を有する時に初めて、受領使者に手交された意思表示は、到達する。受領使者は、本人 (名宛人) の、擬人化された (いわば「生ける」: 筆者挿入) 受領設備の機能 (Funktion einer personifizierten Empfangseinrichtung) を有する」。

ところで「受領使者は、名宛人自身の伝達道具として、意思表示を受領し、かつ、名宛人に転送する、つまり、名宛人に了知可能性を得させるためになおも活動を展開すべき立場にある。それゆえ……名宛人には、受領使者が伝達活動につき通常必要とする時間の経過によって初めて、表示の了知可能性が期待される。いずれにせよこの時間は、受領使者が名宛人の場所的な勢力・支配圏で、つまり名宛人の住居 (Wohnung) や——営業時間中は——名宛人の事務所受領する場合、ゼロにまで縮減しうるので、受領者による当該表示の受領によりすでに表示の到達は効力を生ずる、要するに当該事例は、当該表示が名宛人の郵便受けに投入された、あるいは

は住居または事務所の戸の下に差し込まれた場合に類似する。けれども、難なく受領使者への当該表示の手交時点ですでに表示を了知する……可能性は、受領使者が表示を受領する際に上記空間の外——たとえば自己の住居や事務所（傍点筆者）あるいは路上——にいた場合には欠けている。このような場合には、当該表示が到達したとみなされ、ゆえにBGB 130条1項の意味で効力を生ずる時点の決定については、使用者が自己の使者機能（Botenfunktion）を実情に即して果たす際に当該表示を名宛人に実際伝達するのに通常要する時間が考慮される」。

**b** BAG 1992年11月11日判決<sup>56)</sup>

事案は、Y（表意者）が（休暇として認めなかった）海外旅行中のX（相手方）に解約告知書面を書留郵便で送ったところ、郵便職員が、散歩中のXの叔父に手交し、この叔父が当該書面をXと同じ建物だが別の住居に住む母に手渡したが、母は、開封せず郵便局に突き返したため、その返戻を受けたYが、今度は（表示）使者を使ってXの夫に書面を手交させたというものである。Xの母への解約告知書面の手交をもってXに到達したと言えるかが、争われた<sup>57)</sup>。

原審は、次の理由から、「Xの母に手交された時点」での到達を認めた。

Xの母は、たしかに「世帯や住居で表示相手方（Erklärungsgegner）と生活する家族」ではなかったが、「Xの住居は……母も共同所有者であった、母の住居と同じ建物にあった」こと、「その建物内でXの兄弟も住居を構えていた」こと、「家屋共同体（Hausgemeinschaft）は家族から構成されていた」こと、さらには「Xの母は職業を持つ娘（X）とその夫が不在の時は……代わりに郵便を受け取ってきた」という事実認定に基づいて、最終的には「世帯においてXと生活している家族と同視されうる」と判示して、Xの母が取引通念（Verkehrsauffassung）による受領使者であることを認めた。その上で、「通常ならば、Xの母は受け取った日にXに手渡し、Xは了知し得たはずであろう」から、「Xの母への書留手交により、解約告知は、通常であればXが通知を了知しうる程度にその勢力・支

配圏に到達している」とした。なお、X が海外旅行中で当該書面の内容を知らないこと、書留がそもそもは叔父に手交されていたという PostO (ドイツ郵便令) 違反の事実も、結局は X の母への手交により実際 X の勢力・支配圏に届いていたため、到達を妨げるものではない。

これに対して、BAG は、X の母を取引通念による受領使者と認定した原審の判断を受け入れつつも、「母が郵便局に解約告知書面を返却し受取りを拒ん」だ事実を重く見て、次の理由から、当該書面の X への到達を認めなかった。相手方本人が理由なしに受取りを拒絶した場合は異なり、単なる受領使者でしかない第三者が受領拒絶した場合においては、相手方が第三者「と通じて意図的に受領を拒絶」することにより当該拒絶に影響を与えていない限り、BGB 242条<sup>58)</sup>による信義則違反(いわゆる到達妨害(Zugangsverhinderung))を問題にして到達を擬制することはできない<sup>59)</sup>。

なお表見代理(帰責論)との関係について、BAG は、「取引慣習に重点が置かれるため、いわゆる認容代理(Duldungsvollmacht)(という判例上の表見代理:筆者挿入)原則を持ち出す必要すらない」と判示し、取引通念による受領使者は表見受領使者を包含するばかりか、それを限界としないことを明らかにした<sup>60)</sup>。ただし、原審は「従来から相手方の受領使者として活動し、それを相手方が認容してきたか」否か(=認容代理の帰責要件)という過去の役割的状況を考慮している<sup>61)</sup>。

c BAGH 1994年3月17日判決<sup>62)</sup>

争点は、X(表意者)がY(相手方)の妻に手交した催告・契約解除書面が現在Xに対する契約上の債務を履行する目的で海上沖に滞在中のYに到達したと言えるか、であった。原審は、上記書面の到達を認めて、Xの請求を認容した。

これに対して、BGH は、取引通念により夫婦を互いの受領使者であるとみなす判例・通説を一般論として基本的には支持しつつも、「この取引通念は、一方配偶者に対する表示は、他方配偶者への手交により、前者が了知可能な程度にその勢力および拮取圏に達しているという常識的な生活

上の経験則（Lebenserfahrung）によるものである」が、本件では、Yが海上沖に滞在中であったという特殊事情に鑑みれば、直ちにYの妻を取引通念による受領使者とは認められないとした。その上で、「他方配偶者の受け取った表示が、一方配偶者が了知し得た程度にその勢力・掴取圏に達していたという結論を許すような事実認定（たとえば夫婦間で（電話やテレグラムによる）相互連絡が行われること）が必要であるが」、原審では「そのような事実認定はなされていない」と判示している。

またBGHは、たとえYの妻がその受領使者であるとみなされるとしても、「受領代理の場合とは異なり、相手方その人が重要であり」、「受領使者に手交された表示が到達するのは、相手方が通常の伝達状況により了知の理論的可能性を有する場合にほかならない」とする。したがって到達時点については、「物事の通常の経過によればYへの転送が期待されるべき時」、換言すれば「相手方が了知できるよう」「人的受領設備として」「意思表示を受領し、相手方に転送すべきである」受領使者が「表示を相手方に実際伝達するため、現状において通常であればその役割を事実適格的に果たすのに要するであろう期間」を考慮に入れて当該「活動に必要な時間が経過した時」であるとする。「ただこの点でも、必要な認定は行われていない」と原審を評価している。

結局、Xは、自己に対する契約上の債務を履行するためにYが海上沖に滞在していることを知りながら、とにかく職務上現地を離れられないYに対してわずかな猶予期間しか与えなかったという特殊な事実関係のもとでは、「催告・契約解除書面をYのドイツ国内住所宛に出した行為が権利濫用であったかどうかを審理しなければならない」<sup>63)</sup>。

#### d 三判決のまとめ

まずBGH 1989年判決は、「到達」判断において受働代理人と受領使者の法的差違を無視し両者を混同した原判決を否定し、リーディング・ケースであるBGH 1965年判決の正当性を確認する。その上で、受領使者として書面表示を受領した場合については相手方本人への到達、つまりもとよ

り当該受領使者ではなく相手方自身の了知可能性が問題となること、それゆえ受領使者はさらに当該表示を相手方に転送しなければならないことから転送に要する時間、つまり転送期待可能性が考慮されること、ただし受領場所が相手方の勢力・支配圏の外ではなく内であったときは郵便受けへの配達・投入の場合と同様に考えて、たとえば営業時間内であれば手交と同時に到達が認められる可能性があることを判示して、受領使者論を深化させ現在の礎を築いたものと評価できよう。すなわち、介在する中間者が書面表示を受領する場合の到達について、伝統的な「勢力・支配圏」基準から離れ、当該中間者の法的性質・権限に基づいて判断していると言えよう。「勢力・支配圏」は、受領使者が書面表示を受領した場合に、上記転送期待可能性との関係で到達時点を確認するに際して意味を持つにとどまるようである。

次に BAG 1992年判決、BGH 1994年判決はいずれも、問題の「取引通念による受領使者」という存在について、相手方の母や妻といった近親者は——たとえ受領権限を付与されていなくとも——常識的な生活上の経験則によれば通常これに含まれるという傍論を示して「受領使者」拡大路線を志向しつつも、どうやら実際は当該身分的理由のみを根拠とするわけではなさそうである。むしろ、相手方の勢力・支配圏と近親者との場所的位置関係、相手方との連絡可能性・容易性、近親者が相手方との関係で果たしてきた過去の役割的状況などを加味して、個別事件における結果の具体的な妥当性の観点から実質的判断を行っていると考えられる。

また BGH 1994年判決は、先の1965年判決、1989年の両判決を踏襲して、受領使者が書面表示の手交を受けた場合、相手方本人への転送が期待できる時点で初めて到達することを前提に、相手方と受領使者との相互連絡の可能性すら最低限確保されていないときは、そもそも当該転送をまったく期待できないことから、その受領使者としての地位（適格性）自体を否定すべきであると考えている。

なお——本稿では深入りしないが——、受領使者が書面表示の受取りを

拒絶した場合については、到達したとみなすことも十分考えられるが、むしろ BAG 1992年判決は、拒絶した原因が相手方の指図によるなどの帰責事由が存在しない、つまり到達妨害に当たらない限り、BGB 242条の信義則違反による到達擬制は認められないとした点にも留意しておく必要がある<sup>64)</sup>。

(2) a 他方学説にあってザントマンは、1(1)aで前述したとおり、書面表示が受領使者に手交された場合における到達の判断について、「相手方の勢力・支配圏」基準は適切でないことを指摘した上で、受領使者としての資格的機能に着目して、中間者の介在しない場合における書面表示の到達に準じて考えることを主張する。これによれば、中間介在者が、相手方本人または法律により受領権限を与えられ「有権または表見」受領使者として「郵便受けへの配達」同様「(人的)受領設備」のごとく機能している場合と、ただ単に取引通念上「(受取りは通常期待できる)玄関戸の下への差し込み」同様そのように判断されるにすぎない場合とに区別して考えることになる。ちなみにザントマンは、中間者の介在しない場合における書面表示について、「表示が相手方の勢力・支配圏に入っていて、かつ、相手方が実際に表示を呼び出す (abrufen) ことのできる」態勢が整えば到達を認める<sup>65)</sup>。

そして前者の有権または表見受領使者については、とにかく——相手方本人であれ法律であれ付与された——受領権限があることから、この使者が相手方の勢力・支配圏内にいるかどうかにかかわらず、この者に書面表示を手交すれば、到達は認められる。これに対して後者の取引通念による受領使者については、「伝達・配達危険は表意者負担、了知危険は相手方負担」という BGB 130条の事実適合的な危険分配によれば前者に属する問題であることから、取引通念による受領使者を安易に認定したり、かりに認定したとしてもこの者に書面表示が手交されれば直ちに到達を認めるという従来の立場に慎重な態度を示す。この場合は、もはや受領権限の問題ではないことから、この者が相手方の勢力・支配圏内で書面表示を受領していたか、当該圏外で受領していたときは当該圏内に運び込んだ場合に

しか、到達は認められない。したがって（取引通念による受領使者である）妻が買い物の最中に、表意者から手紙の手交を受けたが、帰り道で落としてしまったような場合には、手紙自体いまだ夫の勢力・支配圏にすら入っていなかったため、このリスクは表意者負担となる。また、当該圏内にいる取引通念上の受領使者であっても、この使者に相手方への表示の転送を期待できない特別な事情がある場合において、この主張・証明に相手方が成功するときは、到達は認められない<sup>66)</sup>。

**b** 最後にこの立場から、ザントマンは、上記(1)bおよびcで見た BAG 1992年判決, BGH 1994年の両判決について次のようにコメントする。

前者の判決については、たしかに（取引通念による受領使者である）母親は同じ建物にいたが、住居は別にしていたから、表意者が母親に書面表示を手交したとしても、いまだ相手方たる娘の勢力・支配圏に達してはいない。

後者の1994年判決についてはまず、相手方たる夫、妻とも一つの郵便受けを利用していただけから、妻は夫から受領権限を事実上（黙示に）与えられていたと考えられる<sup>67)</sup>。ただ問題の、妻への手交時に、夫は海上沖に出ていて住居への接触可能性すら有しておらず、もはや住居の郵便受けは夫の物的受領設備ではなかったから、それに伴い妻の受領権限も消滅してしまっている。表意者は、自己に対する債務を履行するため夫が沖にいて連絡不能状態にあることを知っていた以上、「表見」受領権限を主張することもできない。また、妻はたしかに取引通念による受領使者とみなされるが、もはや夫の勢力・支配圏でなくなった住居にいたことから、表示を新たな夫の勢力・支配圏に届ける、つまり夫が妻から実際に受け取ることができるようになるまでは到達は認められない<sup>68)</sup>。

**c** 以上のとおりザントマンは、後述 3(2)b cc で紹介するノルト (Jantina Nord) が分析・指摘するように、「取引通念による受領使者」という存在をたしかに原則否認こそしないが、ただ上記二つの限られた、しかも受領使者としての活動が結果的に成功した場合にしか到達を認めない。結局ザントマンの見解では、「取引通念による受領使者という法形態

の独自の意義は明らかにはならない<sup>69)</sup> と言えようか。

またこれ以外にも問題点として、最終的には個別具体的事例の判断によらざるを得ないにせよ、ザントマンの見解では、必ずしも積極的な判断基準が示されているとは言えないこと、彼の見解でも——1(1)aで前述したとおり到達基準として疑問視された——相手方の「勢力・支配圏」がとにかく一定の役割を果たしていることが挙げられよう<sup>70)</sup>。

### 3 最近の判例・学説の動向

(1) **a** ここ最近10年弱の判例では、たとえばBSG（連邦社会裁判所）2004年10月7日判決<sup>71)</sup>は、判決の送達（Urteilszustellung）が受領配達証明付きの書留郵便（Einschreiben mit Rückschein）でなされた（ZPO〔ドイツ民事訴訟法〕175条）が、名宛人（本件では母親）不在で当該書面がドイツ郵便株式会社（Deutsche Post AG）の約款で掲げられた補充受領者（Ersatzempfänger、本件では名宛人の世帯に暮らす成人した娘）に手交された事件において、当該送達の効力発生およびその時点については、「ZPOには規律がない」ため、「比較しうる法的状況に該当するBGB 130条1項1文の規律」から考慮されとする。その上で、当該到達については、適格性を有する受領使者に手交されたことと、相手方本人への転送を当該使者に期待できることが必要であるとして、2(1)aで前述した判例法理を踏襲する。そして第一の「適格性を有する受領使者」については、「書面表示の場合は、少なくともZPO 178条<sup>72)</sup>に該当するすべての者、したがって相手方の住居で生活する家族（Angehörige）および世帯構成員（Haushaltsmitglieder）も含まれる」とした<sup>73)</sup>。したがって本件では、名宛人の娘は受領使者として適格性を有するとともに、通常の物事の経過を想定するなら書面手交の当日中に母親への転送が期待できるとしてその到達を認めた。

**b** また——下級審ではあるが——OLG（上級地方裁判所）Köln 2006年1月18日決定<sup>74)</sup>は、郵便配達人（Postzusteller）が同じ多世帯用住宅

(Mehrfamilienhaus) だが別の住居に住む賃借人Yの義姉 (あるいは義妹) に賃貸人Xの解約告知の書留郵便を手交した事例で、次のように2(1)で見た三つの重要判例を参照しつつ到達を認めた。

**【判決理由】**

「……相手方に代わり書留郵便を受領する第三者を受領使者とみなすことができるかという問題を判断するにあたっては、取引通念が基準となる (たとえば *BGH v. 17.3.1994, NJW 1994, 2613* 参照)。その限りで、ドイツ郵便株式会社内部の配達規則 (Interne Zustellbestimmungen) は、ただドイツ郵便と職員間の雇用関係を規律するにすぎないので……決め手にはならない (*BAG v. 11.11.1992 - 2 AZR 328/92, NJW 1993, 1093f., li. Sp.*)。相手方の近親者を個別事例で受領使者とみなすことができるという取引通念は、近親者が相手方に代わって受領した書面を直ちに相手方に転送すると通常想定してもよいという生活経験 (Lebenserfahrung) に基づいている (*BGH v. 17.3.1994, a.a.O.*)。それについて、受領者 (Empfangsperson) が相手方の住居にいることは必ずしも必要でない。受領使者が同じ多世帯共同住宅の別の住居に住みその住居で書面を受領することでも足りることがある (*BAG v. 11.11.1992, a.a.O.; Staudinger/Singer/Benedikt, BGB, §130 Rz. 57* をその他の文献とともに参照)。

この原則によれば、相手方の義姉、すなわち同じ住宅においてY住居の下階に……住み、……Yに対するXの解約告知書面を受領したとされる本件Yの義姉も受領使者であった。なぜなら、Xも、受領使者 (= 相手方Yの義姉: 筆者挿入) が書留郵便を直ちにYに手渡すであろうと考えてよかつたからである。……同じ日に義姉が母の重病を知らせる電話を聞いて、Yに対する書留郵便の存在を数週間忘れ去ってしまうという不測の事態が生じていたため、当該書留郵便は直ちに届けられていなかった。このような特別の事情がなければ、転送の遅滞には至らなかつたであろう。とにかく通常の物事の経過により期待されるべき相手方への到達時点が重要であるので、上記遅滞は……問題でない (*BGH v. 15.3.1989 - VIII Rz*

303/87, MDR 1989, 807 = NJW-RR 1989, 757; Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl., §130 Rz. 9 をその他の文献とともに参照)。さらに当時、Yとその義姉との間により親しい個人的なつながりが存在していなかったとされたことも、重要でない。なぜなら、そのことで、本件では通常の物事の経過により、書留郵便を転送するつもりで受領した義姉がこの郵便を遅滞なくYに転送したであろうことが期待され得たことは少しも変わらないからである。……」

c OLG Hamm 2008年1月25日判決<sup>75)</sup>は、保険代理商 (Versicherungsagent) について、受領代理権を有しない場合であっても「表示の受領につき選任されているか、取引通念により選任されているとみなされうる」受領使者たりうるとした上で、当該代理商が保険契約者 (Versicherungsnehmer) からなされた表示を保険者 (Versicherer) に転送しなかった場合について、法的な意味では、物事の通常の経過により保険者への転送を期待できた時点での到達を擬制した。

d BAG 2008年4月9日判決<sup>76)</sup>は、受領使者について、前述2(1)bのBAG 1992年判決を引用しつつ、「相手方に代わって書面による表示を受領した第三者に特別な代理権または権限が与えられていることは必要とされておらず、「取引慣習が重視される結果、いわゆる認容代理に関する(判例上の表見代理：筆者挿入)原則を持ち出す必要がない」ことをあらためて確認する。その上で具体的に、BGH 2001年12月12日判決<sup>77)</sup>を引用して、商人の被用者は取引通念上通常は商人の受領使者であると述べる。また到達時点についても、この受領使者に当該表示が手交された時点で直ちに到達を認めるわけではなく、「通常の物事の経過によれば名宛人への転送を期待することができた時点」を基準とする。なおこの実体法上の到達ルールは、ZPO 178条1項の民事手続ルールによる補充送達 (Ersatzzustellung) の可能性とも一致することが指摘されている。

(2) a aa 他方で最近の学説も、中間者が介在する場合における書面表示の到達については、前述2(1)aのBGH 1989年判決に従い、たとえばプロッ

クス＝ヴァルカー (Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker) の教科書『民法総則』<sup>78)</sup>、エレンベルガー (Jürgen Ellenberger) が執筆担当するパランド注釈書 (Palandt Kommentar)<sup>79)</sup> やヴェントラント (Holger Wendtland) らが執筆担当するバンベルガー注釈書 (Bamberger Kommentar)<sup>80)</sup> は、中間介在者を受働代理人 (BGB 164条 3項<sup>81)</sup>、受領使者、(表意者から相手方への表示の伝達を委託された) 表示使者 (120条<sup>82)</sup>) の三つに分類・類型化した上でそれぞれの法的性質・特徴・役割 (Funktion) を踏まえて整理・説明する。上記バンベルガー注釈書でファレンティン (Michael Valenthin) は、「この受働代理と受領使者の区別は、とくに意思表示の到達に関して重要である」と述べる<sup>83)</sup>。ただしベネディクトが指摘するように、そもそも「代理と使者の区別は困難である」<sup>84)</sup>。また使者とは、そもそも「伝統的な慣用語によれば、本人の『口と耳』である。したがって、使者は本人の表示のみならず本人に対する表示も運びうると言われる。第一の事例では表示使者が、第二の事例では受領使者が語られる」<sup>85)</sup>。

第一に、受働代理人が問題であるとき<sup>86)</sup> は、名宛人本人に表示を転送するまでもなく、BGB 166条 1項<sup>87)</sup>によれば、到達の要件は当該代理人その人において充足されれば足りる (つまり代理人が了知できればよい) ことから、当該代理人への到達によりすでに名宛人本人に到達している。BGH 2003年 7月31日判決<sup>88)</sup>も、意思表示が有限会社の法定代理人である業務執行者<sup>89)</sup>に到達すれば、この者が営業上の領域あるいは私的な領域にいたかどうかとは無関係に、つまり名宛人たる有限会社の勢力・支配圏の内外を問わず、すでに有限会社に到達しているとする。

第二に、中間介在者が受領使者にすぎないときは、相手方自身への到達が必要となるため、「受領使者に手交された書面表示の到達について基準となるのは、これより前の到達が確認されない限り、通常の物事の経過により名宛人への表示の伝達が期待できた時点」である。当該表示を受領使者が誤ってもしくは当該転送見込時点よりも遅れて転送した、あるいはそもそも転送しなかったとき、このリスクは相手方の負担となる<sup>90)</sup>。

第三に、中間介在者が受領使者ですらなく表意者側の表示使者（いわゆる「生ける手紙 (lebendiger Brief)」<sup>91)</sup>）でしかないときは、表意者が正当かつ時宜を得た伝達の危険を負担するため、当該表示は、相手方本人に伝達された時によりやく到達する<sup>92)</sup>。「表示の伝達は表意者の社会生活上の義務 (Obliegenheit) でありこの者の危険領域に属する」という BGB 130 条より導き出される原則からも、表示使者という中間者を介在させたことから生ずる危険は、表意者が負担しなければならない<sup>93)</sup>。

このように通説<sup>94)</sup>は、この中間介在者の三分類を前提とした上で、とくに——本稿主題の——「受領使者」に書面表示が手交された場合の「到達」判断基準として、受領使者は郵便受け同様「人的に擬制された受領設備機能」を有するため、郵便受けに配達・投入された場合同様「相手方の了知期待可能性」が要求されることから、「名宛人本人への受領使者による転送期待可能性」に焦点を当てていることが分かる。もっとも、前述 2 (1) a の BGH 1989年判決が、受領使者が相手方の領域で書面表示を受領していた場合には、上記転送期待可能性を受領と同時に認めうる、つまり受領と同時に到達を認めうるとしていた点には留意すべきである。ただこの判断について、ファオスト (Florian Faust) は、相手方が（仕事で外出中であるなど）常に自己の領域にいるとは通常考えられないことから、説得力を欠くと一蹴する。とくに相手方が一般私人である場合は通常、受領使者を置くことは要請されていないので、当該使者が表意者に転送見込時点を知るときは、この見込時点が基準となり、この通知がなされないときは、郵便と同様の時点、つまり同日の23時が基準になるとする<sup>95)</sup>。

bb 残された問題は、「受領使者」概念の外延であるが、これについても、通説<sup>96)</sup>は、判例の動向に追随し、受領に関する「真正または表見」権限に固執せず、ここでも——aa で前述したとおり——受領使者への書面手交は所詮 BGB 130条固有の問題であることを理由に、「相手方の勢力・支配圏」の抽象的な（価値）規範的支柱である取引通念を根拠にその範囲を拡大してきた（いわゆる「取引通念による受領使者」論の拡大展開）。

「取引通念による受領使者」に該当するか否かの判断については、さすがに個別事例を度外視して「一様には答えられない」<sup>97)</sup> ことから、たとえばシュタウディンガー注釈書では、「名宛人と中間介在者との場所的および／または人的緊密度 (räumliche und/oder persönliche Nähe)」が判例上当該基準になっているとして、これに着目した類型化がなされている<sup>98)</sup>。ショウセンの分析によれば、判例・学説は、「相手方との個人的な関係および契約上の関係に立ち、かつ、一定期間その場所的支配圏にとどまる」あるいは——前述 2(1)c の BGH 1994年判決では——「名宛人の生活領域に属する」という基準で判断しているとされる<sup>99)</sup>。またボルク (Reinhard Bork) は、当該判断に際して「補助者 (Hilfsperson) の社会的地位、適格性 (Qualifikation)、専門的能力・権限 (Kompetenz)、年齢」や、「表示の種類、つまり口頭表示か書面表示か、容易に理解できる表示か複雑な表示か」が考慮されるとする。具体的には、「企業の場合、意思表示の受領がそこで活動する者たちの管轄領域 (Kompetenzbereich) に含まれるかどうかは、対外的事情から看取されうる」として、「倉庫労働者はおよそ受領使者ではなく、秘書は通常受領使者とみなされうるのに対して、守衛 (Pfortner) や郵便を扱う職員はたしかに書面表示については受領使者だが、口頭表示については違う」とする。また前述 2(1)c の BGH 1994年判決によれば、「一方配偶者は通常、他方配偶者に対する意思表示の受領につき権限を付与されている」し、「非婚生活共同体 (nichteheliche Lebensgemeinschaft) でも同様である」。相手方と同じ「建物で生活する家族構成員 (Familienangehöriger) の場合にも、表意者は、関係者が意思表示を受領することができ、かつ、そうすることが許されると考えてよい」が、「子どもの場合には、当該年齢および意思表示の種類がとくに考慮されうる」<sup>100)</sup>。さらに「家事使用人 (Hauspersonal) について、主人は今日通常もはや意思表示の情報運搬に介在させないので、通常は受領使者ではない」<sup>101)</sup> が、相手方のところで常勤する者に手交された書面表示についてはその限りでないかもしれない<sup>102)</sup>。上記以外にも個

別の裁判例（すでに前述した裁判例を含む）を参照しつつ、取引通念による受領使者として一般には、多世帯用住宅の中の別住居で暮らす名宛人の義姉（妹）、家主、賃借人にとっての賃貸人<sup>103</sup>、ホテル支配人にとっての営業の会計係、企業にとっての——支配権や商事代理権もその他の代理権も有しない——従業員、営業の電話交換手、建設業者にとっての現場の左官職人頭、病院長にとっての医長、店主にとっての販売主任、旅行主催者にとっての旅行社、旅行者にとっての旅行社、保険会社にとっての保険代理商、弁護士事務所の職員などが掲げられる<sup>104</sup>。

このように中間介在者に書面表示が手交された場合、この者がとにかく取引通念により受領使者とみなされるか否かという危険、つまり中間介在者に関する選択リスク（Auswahlrisiko）は、BGB 130条の基礎にある「伝達・輸送リスクは表意者負担、了知リスクは相手方負担」という影響領域による危険分配の考え方によれば、表意者が負担することになる<sup>105</sup>。

**b** ここでは、2000年前後以降にモノグラフィーや論文で公表されたブレクセル、ベネディクト、ノルトの見解を中心に時系列順に紹介する。

aa ブレクセルは、受領使者への書面表示の手交について、人的受領設備としての機能・役割を果たすという支配的な受領使者像に鑑みれば、BGB 130条の意味での「到達」と理解される「郵便受けへの配達・投入」とまったく同様に判断すべきことは明らかであるとする。そしてこのような「物的受領設備と人的それをまったく同列に置く」考え方については、——BGB 130条の基礎にある「影響領域による危険分配」という考え方と問題となる——「影響領域という到達の基準となる概念」は、「場所的—即物的な影響（作用）領域（räumlich-gegenständlicher Einwirkungsbereich）のみならず表示の有体化と、それと結びつけられた抽象的了知可能性に関するあらゆる影響可能性」を含んでいることから、次の段落で述べるとおり、正当であるとする<sup>106</sup>。この主張は、あらかじめ前述 1(1)a のザントマンの批判に備えたものと言えようか。ところで受領使者が介在しない場合における書面表示の到達については、相手方が抽象的な了知可能性を有

する程度に当該表示がこの者の影響領域に入った時点であり、「相手方の了知期待可能性」は原則考慮されないとブレクセルが考えていたことは、すでに前稿で紹介したとおりである<sup>107)</sup>。

したがって、「物的受領設備と人的それをまったく同列に置く」ブレクセルが、次のように書面表示が受領使用者に手交された時点ですでに到達を認めるのは自然の成り行きである。受領使用者は名宛人の影響領域下にあり「名宛人はこの者の活動につき表意者との関係ではとにかくより大きな影響（作用）および危険支配可能性（Einwirkungs- und Gefahrbeherrschungsmöglichkeit）を有する」ことから、BGB 130条の基礎にある影響領域による危険分配という考え方によれば、受領使用者の「介在により生ずる、表示の紛失、歪曲または遅れた了知という危険（Risiko des Erklärungsverlustes, der Erklärungsverstümmelung oder der verspäteten Kenntniserlangung）は、名宛人が負担しなければならない」。その上で、介在する「当該中間者が当該表示を相手方の住居（Wohnräume）または営業所で受領したか、受領場所がその外であったかは、到達の時点にとって重要なのではなく、受領場所に関する問題は、そもそも受領使用者としての地位・適格性を判断する際に意味を持つとして、「相手方の了知期待可能性」同様、これと対応関係にある「名宛人本人への受領使用者による転送期待可能性」も考慮しない。結局、ブレクセルによれば、判例・通説とは異なり、中間介在者が受働代理人であろうと受領使用者であろうと区別なく、これらの者に書面表示が手交された段階で、直ちに到達が認められる結果となる。この結論について、ブレクセルは、利益較量の観点でも、「表意者は、受領者が名宛人の代理人として……あるいは単なる使用者として受領表示につき選任されていたどうかをしばしば判断することができないであろう」ことから、「まったく適合的であろう」と言う。また、表示の受領について代理人であれ使用者であれとにかく補助者を意図的に介在させるわけであるから、「両事例において区別なく名宛人に伝達危険を負担させる」のに十分である。

ところでブレクセルは、受領使用者の外延について、取引通念による受領

使者の存在を認めた上で、個別事例において存在する（中間介在者と名宛人との）信頼関係（Vertrauensverhältnis）に着目して、名宛人の家族構成員について、同居する場合は「受領権限の付与（Empfangsermächtigung）は一般に通常想定される」とするが、当該家屋の外で暮らす場合は「客観的な信頼基礎（objektive Vertrauensgrundlage）」の欠落を理由に隣人同様<sup>108)</sup>、懐疑的な見方を示す。従業員やその他の被用者については、これらの者たちに委ねられた、名宛人の営業所での職務執行が意思表示の受領を伴う場合に限り、取引通念による受領使者であると認められる。これに対して、名宛人とほとんど緊密な関係を保たず住居や営業所の外にとどまる中間介在者については、具体的な抛り所がない限り、取引通念による受領使者であるとは認められず、所詮は（表意者側の）表示使者でしかない。この場合は、当該表示使者が手交を受けた書面表示を、相手方が客観的に了知できるようその勢力・支配圏に運び込まない限り、到達は認められない<sup>109)</sup>。

bb ベネディクトは、まず——彼によれば後述するとおり受働代理人、受領使者双方を包摂するところの——受領者（Empfangsperson）について、「相手方が……自己の了知領域（Wahrnehmungsbereich）を拡大しうる」存在であると説明するが、この「受領者を（表示）使者から区別することがとにかく重要である」と言う。なぜなら、表示使者による伝達行為は表意者の伝達リスクに割り当てられるのに対して、受領者による表示の転送は相手方の了知リスクに分類されるからである。その上でベネディクトは、両リスクは、BGB 120条が表意者のみに有利な規律であることを除けば同等・等価であることから、受領者の介在により高まった危険を相手方が負担すべき理由については、明確な理由づけが要求されるが、それはいわば（一般的な意味での）「授権（Bevollmächtigung）」という「指定行為（Akt der Widmung）」にはかならないとする。なお、受領者の地位に就ける行為を「法的に代理権授与（Bevollmächtigung）とするか権限付与（Ermächtigung）とするかは、重要でない。名宛人とその受領者間の（内部）関係は、法的性質（事務処理；委任など）を有するものかもしれない

し、ともかく純粋に事実的性質（好意）のものかもしれないが、「指定行為はどちらでもよい」。なおベネディクトは、おそらく授權、受領権限の付与を同義で用いていると思われることから、本稿では混乱を避けるため、直接引用した部分を除いて受領権限の付与という表現に統一した。

ところでベネディクトは、「受領代理人ないし受働代理人および／または受領使者と称される」者について、「法律専門用語が一様でない」ことから、すでに冒頭よりこれらすべての者を包含する意味で「受領者」という術語を用いている。その上でベネディクトは、前述 2(1)などの判例によれば、受領代理人であるか受領使者であるかという区別・分類により到達の判断に違いが生ずるが、「いずれの法形態も、そのつど表示の受領について名宛人から権限を付与されている」という同様の本質的特徴を有しているため、本質的差違はもっぱら権限付与の方法にあるとする。つまり、受領代理人は相手方本人または法律により積極的に権限を付与されているのに対して、受領使者では取引通念により権限付与を擬制して「取引通念による受領使者」なる存在が認められている点にあると言う。

その上でこの「取引通念による受領使者」なる法的存在について、ベネディクトは、いかなる法律上の拠り所もないどころか、むしろ BGB 120 条、164 条 3 項、180 条 3 文<sup>110)</sup>など、とくに送達に関する 132 条（送達による到達の代替）や ZPO 181 条（預置き [Niederlegung] による補充送達）からは、受領権限を有しない者に対する表示は通常の事例では承認されないことが推論されるので、根本的に疑わしいとする。それゆえ、理論的根拠づけが必要となるが、BGB 130 条から導き出せないことは明らかである。他人の容態を帰責するには、自己決定と自己責任に重きを置く法秩序では、明示の帰責規範、つまり法律あるいは法律行為による基礎が必要であるが、BGB 130 条はその規範とはならないからである。それにもかかわらず実際は、「到達」を判断する規範的概念「勢力・支配圏」に基づいて取引通念による受領使者が創造・展開されている。この一般的な規範的考量について、ベネディクトは、伝達されるべき受領設備は「相手方の私的自治に基

づく」指定行為、とくに受領者の場合には受領権限の付与により決せられるという「必要不可欠な重要事を無視している」と批判するわけである<sup>111)</sup>。

さらに、判例・通説は受領使者を——すでに2および3(2)aで見たとおり——（たしかに人ではあるが）「擬人化された（いわば生ける）受領設備」と位置づけるわけだが、このような郵便受けと受領使者を——物か人かという違いがあるにせよ——受領設備・機関としての共通の役割から同置する整序に従えば、ベネディクトは、次の二つが結論づけられるとする。第一に、ベネディクトが、中間者が介在しない場合における到達について相手方の「指定」という私的自治的行為を軸に、具体的には「相手方の了知期待可能性」を不問に付し「相手方の指定した物的受領設備への配達・投入」という客観的事実のみにより判断することは前稿で紹介したとおりである<sup>112)</sup>が、この考え方を前提にすれば、郵便受けに代表される物的受領設備への配達・投入同様、受領使者への手交と同時に到達が認められる。つまり、判例・通説が到達の「適時性」判断につき要求する「名宛人本人への受領使者による転送期待可能性」は不要となる。第二に、受領使者という人的領域の決定についても物的受領設備同様、もっぱら「名宛人が自己に表示を了知させるために人を選任したか、その選任はいかなる範囲か」、つまり「授権による指定（Widmung durch Bevollmächtigung）」こそが重要であり、取引通念による受領使者という「権限付与の擬制」は帰責要件とはならないため否認される<sup>113)</sup>。「万一のときは、たしかに具体的証明を必要とするが、黙示の権限付与」の活用が考えられる<sup>114)</sup>。なおこの「黙示の権限付与」の活用については、R. シュヴァルツェも後述5(2)a aaで好意的な見方を示している。

ところでベネディクトは、（とくに黙示の）受領権限付与の認定について、相手方は当該権限付与を通して新たに自己の了知可能性を拡大するわけだが、法律行為による表示の解釈に関する一般原則によれば「表意者の視点から見て、受領準備（Empfangsbereitschaft）を拡張するという（相手方の：筆者挿入）法律行為上の意思を推論することが正当化される場合

にのみ承認されうる」<sup>115)</sup>とする。つまり、物的受領設備の指定同様、表意者が表示の手交により紛失および遅延リスクは名宛人に移転すると信頼した、その信頼が正当であったことを裏付ける客観的基準として、「一般に知られていること (Publizität)」が必要である。この信頼は、相手方が表意者に受領者をはっきりと指名していたか、受領者が自己の権限付与を表意者に明らかにしていた場合に正当であったとされる。これが疑わしいときは、権限付与の欠缺リスクは、中間介在者に関する選択リスクを負担する表意者に帰せしめられることになる。ただし、認容および外見代理 (Anscheinsvollmacht) という (判例上の) 表見代理原則が適用される余地は残されている。したがって、たとえば隣人が名宛人不在時に郵便物を日常的に受領してきたときは、この事実を知る表意者ないしその表示使者 (郵便配達人など) は、今後も隣人による受領が相手方の (少なくとも認容された) 同意をもって行われると考えてよい。また受領権限の付与が受領者と名宛人との内部関係から生ずる場合であっても、この事実が対外的な組織構造 (Organisationsstruktur) に基づいて周知されるときは、当該付与が明示されている必要はない (BGB 164条 3項, 1項 2文の考え方)。かくして、たとえば秘書が通常、表示の受領につき権限を付与されていることを強調するには及ばない<sup>116)</sup>。また、「いつでも名宛人の他の受領設備 (郵便私書箱, テレファックスや留守番電話機 (Anrufbeantworter)) にアクセスすることを許された者は、自ら表示を受領することについても権限を付与されている」<sup>117)</sup>。

他方、家族の結合や家庭的共同生活 (familiäre Bindung oder häusliche Gemeinschaft) からだけでは上記組織構造が認められない——2(1)cのBGH 1994年判決で露見した——問題事例について、次のようにコメントする。夫婦関係の存在のみに基づいた「取引通念による受領使者」という存在を結果的にBGHは否認したが、その結論は正当である。なぜなら、当該事件において到達が認められるかどうかはもっぱら、むしろ表意者側が「とくに……相手方との関係でいかなる受領の準備措置を講じていた

か、この相手方の妻を本件に関与させていたか、それはいかなる範囲かということにかかっているからである」。表意者が「何ら準備もしていなかった場合、伝達の負担および危険はなおも表意者にとどまる。ただ単に受領者と名宛人が個人的に親密な間柄であるという事実だけでは、伝達負担の転嫁を正当化しない。これと異なる結論は、婚姻（BGB 1353条）……制度からも出てこない。この規定は、社会生活上第三者に義務づけられた責務やリスクを家族構成員に負担させることには適さないからである」<sup>118)</sup>。ただしBGB 1357条（生活に必要なものを満たすための法律行為）1項による帰責（いわゆる法定の共同債務負担授權（gesetzliche Mitverpflichtungsermächtigung）を意味する日常家事代理・処理権（Schlüsselgewalt））は考慮されるため、一方配偶者に対する意思表示が適切な生活必需（Lebensbedarf）に関する行為である限り、他方配偶者は受領代理権を有することになる<sup>119)</sup>。しかし上記BGH 1994年判決事件では、問題の催告・契約解除という意思表示は日常家事の範囲ではなく営業上の取引範囲に関するものであった<sup>120)</sup>。

最後にベネディクトは、法律専門用語上、「受働代理人」と「受領使者」という不毛かつ混乱させる区別は放棄し、「受領設備」概念に倣って「受領者」という中間的概念（neutraler Begriff）を使用すべきであることと、了知領域を拡大するにあたり、「受領媒体（Empfangsmedium）」として人が介在する場合にも物的受領設備同様、（黙示であれ）相手方による指定、つまりここでは受領権限の付与が必要であることを強調して終える<sup>121)</sup>。

cc 到達について「相手方への帰責（可能）性」を重視するノルト<sup>122)</sup>は、「取引通念による受領使者」について、「補助者が本人から（使者）権能を付与されていた場合に限り、この者の行為を本人に帰せしめることができる」という理由から、その存在を認めない。したがって、取引通念を根拠に受領使者を認定する判例・通説とは、帰責根拠を本人の権能付与行為に求める点で一線を画することになる。ただし、取引通念による受領使者を否認する立場にあっても、使者権能（Botenmacht）の付与について

は、明示のみならず諸般の事情から推断的になされてもよく（また認容代理という表見代理原則でも構わない）、現に「取引通念による受領使者」という支配的理論で説明されてきた事例（たとえば OLG Celle 1959年12月1日判決<sup>123)</sup>）は、上記 bb のベネディクト同様、「実際は本人により使者権能が推断的に授与されている」ことから、黙示の受領使者権能の付与を認めれば適切に解決できたはずであると言う。それよりもむしろ、次の具体例を挙げて、取引通念による受領使者論が「ともかく許容されない方法で相手方の危険領域を拡大する」ことを危惧する。たとえば親戚が同じ建物で同居する場合において、相手方が受領設備と居住空間を（親戚とは）分けて自己の勢力・支配圏を限定すると決めた場合を考えれば、それにもかかわらず当該親戚を受領使者と認める結論は必ずしも当然であるとは言えない。

以上が、「使者権能の付与」を重視するノルトの受領使者論であるが、彼が次の例外的事例の存在を認めている点には十分注意しておく必要がある。

すなわち、相手方から使者権能を付与されていない者が相手方の場所的な勢力・支配圏で表示を受領したが適切な方法で相手方に転送しなかった事例について、本来ならこの中間介在者はもちろん受領使者から除外されるはずであるが、ノルトは、当該事例では實際上この者の権能付与ばかりか、外見代理という表見代理原則による帰責さえ問題でなく、つまり「本来の意味での帰責問題（Zurechnungsproblem）が重要ではなく」、当該リスクは相手方が負担すべき勢力・支配圏内の危険であると考ええる。「相手方の住所（Adresse）でもって、表意者またはその使者（表示使者：筆者挿入）に戸を開けて表示を受領し、その転送につき客観的に見て適格であるように思われる者は、受領設備の機能・役割を果たす（Funktion einer Empfangsvorkehrung ausüben）」。

結局、この者は、相手方の領域に属する物的受領設備（郵便受け）と同様に考えてよい、つまり人的受領設備たる受領使者とみなされるがゆえに到達を認めてよいというわけである。この考え方によれば、事務所や住所で従業員や同居人が書面表示の手交を受けた場合には、上記受領使者論の限界である「表見代理原則」によるまで

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（臼井）

もなく、到達が認められる。ただし、玄関戸を開けたのが明らかに相手方の領域に属さない者や受領に適さない者（たとえば職人や子ども）については、郵便受けでない新聞受けに投入された場合と同様、人的受領設備たる受領使者とはみなされない<sup>124)</sup>。

dd 上記学説以外にも、たとえばメディクス (Dieter Medicus) は、ベネディクトやノルト同様、「名宛人が当該表示の受領について選任していたこと」を要求しているようである<sup>125)</sup>が、ベネディクトからは、取引通念による受領使者を否認するかについては「どっちつかず (unschlüssig)」<sup>126)</sup>との評価を受けている。またケーラー (Helmut Köhler) も、所詮「取引通念は……受領権限付与の存在を示唆しうるにすぎない」ことから、相手方は、当該受領使者とされる者による意思表示の受領を了承していなかったときは、その反証ができると言う<sup>127)</sup>。

他方でショウセンは、取引通念による受領使者について、賃貸人や掃除婦が含まれるか争われているようにその判断は「難しく個別事例しだいである」とした上で、——3(2)a bb で前述したとおり——「相手方との人的および契約上の関係に立ち、かつ、一定期間その場所的支配圏にとどまる」あるいは「名宛人の生活領域に属する」という判例・学説上有力な基準が「各事例で充たされるかどうか」を重視する<sup>128)</sup>。また、相手方への転送期待可能性についても、次の理由から、これを要求する判例・通説を支持する。「受領使者は、擬人化された、名宛人の受領設備の機能を有するがゆえに、たとえば留守番電話機のような機械設備の状況に相応する：ともかく当該機械設備の場合には、……相手方による了知を期待できる時に初めて」到達を認めることができる<sup>129)</sup>。

#### 4 BAG 2011年6月9日判決

このような状況下、BAG 2011年6月9日判決が、2で前述した重要判例とザントマンの論文を随時引用・参照するとともに、3で概観した最近

の判例・学説状況をも踏まえつつ、「受領使者としての地位（適格性）」と「名宛人本人への受領使者による転送期待可能性」という受領使者をめぐる二つの重要論点について——「受領使者による受領拒絶」問題にも若干触れながら——再び検討している。

BAG 2011年 6 月 9 日判決 (BAG, Urteil vom 9. 6. 2011, 6 AZR 687/09)<sup>130)</sup>  
解約告知の到達—受領使者としての配偶者

### 【判決要旨】

配偶者が共同の住居で生活し、かくして取引通念上相互に受領使者とみなされうるときは、一方配偶者に対する意思表示は、他方配偶者に住居外で伝達される場合でも、原則として一方配偶者の勢力および圏取圏に入る。

### 【主文】

1. LAG (州労働裁判所) Köln 2009年 9 月 7 日判決 (LAG Köln, Urteil vom 7. 9. 2009 - 2 Sa 210/09 -) に対する X の上告は、棄却する。

2. 上告費用は、X の負担とする。

### 【事実関係】

X, Y はともに、2008年 1 月 31 日に Y が正規に行った解約告知（以下、本件告知とする）がその当日あるいはようやく翌日に X に到達していて、かくして (BGB 622条 2 項 1 文 1 号<sup>131)</sup> に規定された) 「暦月の末日までの 1 月」の本件告知期間<sup>132)</sup> が 2008年 2 月 29 日あるいはようやく同年 3 月 31 日に満了しているのかについて争う<sup>133)</sup>。

…… X (1981年 1 月 20 日出生) は、2003年 2 月 3 日から Y のところで……働いてきた。本件労働関係について、KSchG (解雇保護法) 1 条<sup>134)</sup> は、23条 1 項<sup>135)</sup> の小規模経営条項 (Kleinbetriebsklausel) により適用されない<sup>136)</sup>。2008年 1 月 31 日、X は、Y とのいさかい後、職場を出た。Y は、その同日付の書面にて、正規に 2008年 2 月 29 日をもって解約告知をし X の労務給付義務を消滅させた。Y は、従業員 (Mitarbeiter) G に、解約告知書面（以下、本件告知書面とする）を X の夫まで届けるよう指示した。G は、2008年 1 月 31 日午後、個人的に懇意にする (X の) 夫をその勤

めるホームセンターの職場まで訪ねた。

（Xの主張）

Xは、夫がGに対して密封された封筒に入った本件告知書面をXに転送することを約束していないと主張している。夫は、自己とYではなく妻（X）とYとの間に労働関係が存在すると説明している。人は、正式の手続きを内々に処理することを好む。かくしてGは、Xの夫の職場に本件告知書面を置いてきた。Xの夫は、さしあたり職場にこの書面を放置しておいた。したがってXには、本件告知書面は、夫の手渡しによりようやく2008年2月1日に到達している。Xの夫は、Xの受領使者ではない。Xは、夫に対して、自己のために意思表示を受領する権限を与えていない。配偶者を取引通念による受領使者であると認めることは、原則として疑わしい。いかなる受領設備を意思表示の受領につき準備しておくかは、意思表示の仮想相手方（potentieller Empfänger）の決定の自由に委ねられている。意思表示の伝達リスクは、意思表示の相手方（以下、表示相手方と略称する）ではなく発信者が負担しなければならない。配偶者に関する「対外的な郵便受けの属性（externe Briefkasteneigenschaft）」は、GG（基本法）6条1項<sup>137)</sup>と一致せずにもたらされる不利益を意味するであろう。婚姻住居（Ehewohnung）外で一方配偶者に書面が手渡されるときは、とにかく意思表示は、当該書面が他方配偶者に手渡された時に初めて、他方配偶者に到達している。結局Xの夫は、2008年1月31日に職場でGに対して、当該書面の到達のためにYは直接妻（X）を相手取るべきであると十分はっきりと言葉にしている。

Xは、……本件労働関係が2008年2月29日で終了しておらず（本件告知期間の不遵守を理由に）同年3月31日まで存在していることを確認するよう申し立てた。

（Yの反論部分）

Yは、自己の本件告知書面は2008年1月31日中にXに到達していて、本件労働関係は2008年2月29日で終了していたとして、請求棄却を申し立て

た。Xの夫は、2008年1月31日午後、職場でYの従業員Gに対して本件告知書面を妻に転送することを約束している。取引通念によれば、Xの夫は、Xの受領使者である。本件告知書面が住居外で夫に手渡されていたことは、問題ではない。物事が通常経過すれば、Xに本件告知書面を転送することは期待できる。

(訴訟経過)

ArbG (労働裁判所) は、……請求を認容し、X Y間の労働関係が……ようやく2008年3月31日で終了していたことを認めた。

LAG は、Yの控訴を受けて……1審判決を一部変更し請求を棄却した。

Xは、……2008年3月31日まで本件労働関係が存在することを確認するよう求めて上告した。これに対してYは、Xの上告を棄却するよう求めた。

**【判決理由】**

Xの上告には理由がない。LAGが請求を棄却したのは、正当である。X Y間の本件労働関係は、Yの本件告知により……2008年2月29日ですでに解消されている。

I. Xの主張に反して、Yの本件告知書面は、Xの夫がようやく2008年2月1日にした当該書面の引渡しを待つまでもなく、2008年1月31日中にXに到達している。Xは、2003年2月3日からYのところで働いており、かくして本件労働関係についてYはBGB 622条2項1文1号に従い月初から月末までの本件告知期間により正規に解約告知をすることができたことから、本件労働関係は、Yの2008年1月31日付の本件告知書面により同年2月29日で終了していた。

1. BGB 130条1項によれば、隔地者間でなされた受領を要する意思表示は、表示相手方に到達した時点で効力を生ずる。書面により表示がなされた場合は、この表示が取引上通常一般的な方法で表示相手方または受領権限ある第三者の事実上の処分権限に達し<sup>138)</sup>、表示相手方に通常の下況下で書面の内容につき了知する可能性があると同時に効力を生ずる (BAG 11. November 1992 - 2 AZR 328/92 - AP BGB § 130 Nr. 18 = EzA BGB § 130 Nr. 24)。

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 (臼井)

2. 本件告知書面は、2008年1月31日午後、Yの依頼で従業員GによりXの夫に届けられた。雇用主が郵便に代えて介在させた中間者による本件告知書面の到達は、とくに定められた本件告知期間を確保することができたり、本件告知を行う雇用主が証人としての使者の助力で本件告知の到達と到達時点を証明しようとしたりする場合、取引上通常一般に行われている。かくしてYの本件告知書面は、取引上通常一般的な方法で2008年1月31日に、Xの夫の事実上の処分権限に達している。

3. Xは、夫に受領権限を与えていない、わけても夫は受領使者ではなかったと主張するが、これは認められない。

a) とにかく本件では、Xが明示にも黙示にも意思表示の受領につき夫に権限を与えておらず、そういった権限付与 (Ermächtigung) について権利外観を作出してもいない。また受領使者概念は、法律から看取することもできない。それにもかかわらず判例 (BGH 17. März 1994 - X ZR 80/92 - NJW 1994, 2613; BSG 7. Oktober 2004 - B 3 KR 14/04 R - NJW 2005, 1303; BAG 16. Januar 1976 - 2 AZR 619/74 - AP BGB § 130 Nr. 7 = EzA BGB § 130 Nr. 5; 13. Oktober 1976 - 5 AZR 510/75 - AP BGB § 130 Nr. 8 = EzA BGB § 130 Nr. 7; 11. November 1992 - 2 AZR 328/92 - AP BGB § 130 Nr. 18 = EzA BGB § 130 Nr. 24; 9. April 2008 - 4 AZR 104/07 - AP TVG § 1 Nr. 43 = EzA ZPO 2002 § 259 Nr. 1; OLG Köln 18. Januar 2006 - 22 U 164/05 - MDR 2006, 866 参照) および学説上完全に支配的な見解 (KR/Friedrich 9. Aufl. § 4 KSchG Rn. 106; APS/Ascheid/Hesse 3. Aufl. § 4 KSchG Rn. 64a und Rn. 72; Kittner/Däubler/Zwanziger/Däubler 8. Aufl. §§ 130 - 132 BGB Rn. 14 und Rn. 18; Thüsing/Laux/Lembke/Wiehe KSchG 2. Aufl. § 4 Rn. 164; HaKo/Fiebig 3. Aufl. Einleitung Rn. 48; Stahlhacke/Preis 10. Aufl. 2010 Rn. 130; Schwarze in Schwarze/Eylert/Schrader KSchG Einleitung Rn. 42; ErfK/Müller-Glöge 11. Aufl. § 620 BGB Rn. 55; DFL/Löwisch 3. Aufl. § 130 BGB Rn. 4; MünchKommBGB/Einsele 5. Aufl. § 130 Rn. 25; Palandt/

*Ellenberger 70. Aufl. § 130 Rn. 9; Larenz/Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 9. Aufl. § 26 Rn. 41; Medicus Allgemeiner Teil des BGB 10. Aufl. § 22 Rn. 285 f.; Sandmann AcP 199 [1999] S. 455 ff.; Schwarz NJW 1994, 891; Joussem Jura 2003, 577; Herbert NZA 1994, 391 参照*; 異なった見解として, *Staudinger/Singer/Benedict [2004] § 130 Rn. 58*) は, 受領代理人 (*BGB 164条3項*) と並び, 法律行為により選任された受領使者のみならず, 法の継続形成 (Rechtsfortbildung) により原則として取引通念による受領使者をも承認する。法律行為により選任された受領使者については, その受領使者としての地位は, *BGB 164条以下*<sup>139)</sup> に関する, いっそう大きなものからいっそう小さいものへの論証 (argumentum a maiore ad minus)<sup>140)</sup> を根拠とする (*Joussem Jura 2003, 577, 578; Sandmann AcP 199 [1999] S. 455, 456*)。判例および学説が, 取引通念に基づく受領使者を名宛人に整序する (zuordnen) 限りで, その受領使者としての地位は, 意思表示の到達における危険分配に関する原則を根拠づける *BGB 130条*の法的評価から導き出される (*BAG 13. Oktober 1976 - 5 AZR 510/75 - AP BGB § 130 Nr. 8 = EzA BGB § 130 Nr. 7; Sandmann AcP 199 [1999] S. 455, 457; Schwarz NJW 1994, 891, 893*)。

b) それによれば, 受領を要する意思表示については, 通常的狀況下で取引通念を考慮して表示相手方が表示の内容を了知しうる程度に勢力圏に入ったと同時に, その到達が認められるとき, 適切な伝達リスクの分配が達成される。この定式は, 当該表示が取引通念上権限を付与された者とみなされる受領使者に伝達される場合にも基礎となる。名宛人は, 自己の勢力圏に入った表示を了知すべきであるのと同様に, この表示が名宛人の勢力圏と通常接触を持ち, かつ, 自己の資格と能力に基づいて表示を名宛人に転送するのに適するであろう人に手渡されるとき, 自ら当該表示を了知していないことを主張できない (*MünchKommBGB/Einsele 5. Aufl. § 130 Rn. 25; Sandmann AcP 199 [1999] S. 455, 457*)。

c) いずれにせよ, 表示相手方の勢力圏という概念は明白でない。同様

のことは、表示相手方の通常の場所的一即物的な握取圏あるいは生活圏（räumlich-gegenständlicher Zugriffsbereich oder Lebensbereich）が勢力圏と解される場合にも言える。なぜなら、受領使者でありうるという地位は、一定期間置かれた、名宛人との場所的關係のみならず人的あるいは契約上の關係にも依るからである（Herbert NZA 1994, 391, 392; Joussem Jura 2003, 577, 578）。ある人が取引通念により受領使者とみなされるように、前述した關係が十分緊密であるかどうかは、取引通念は絶え間なく変化するからなおさら、個別事例では不確かであるように思われる。

d) 取引通念により受領使者としての地位を根拠づけたり排除したりする基準と詳細については、完全に一致していないとしても、とにかく判例およびきわめて有力な学説は、一定の核心部分では一致する。したがって、共同の住居で生活する配偶者は原則として相互に受領使者とみなされる（BGH 17. März 1994 - X ZR 80/92 - NJW 1994, 2613; Joussem Jura 2003, 577, 578; Sandmann AcP 199 [1999] S. 455, 457; Münch-KommBGB/Einsele 5. Aufl. § 130 Rn. 25; Herbert NZA 1994, 391, 392）。この取引通念は、一方配偶者に対する表示は他方配偶者に手渡されることよって一方配偶者が当該表示を了知しうる程度にその勢力および握取圏に入ると通常はそのまま考えてもよいという生活経験に基づいている（BGH 17. März 1994 - X ZR 80/92 - aaO）。

4. Xの主張に反して、共同の住居で生活する配偶者を原則として受領使者であると認めることは、GG 6条1項には違反しない。このように考えることにより、配偶者は、生活パートナー（Lebenspartner）あるいは婚姻せずに共同で生活するパートナー（unverheiratet zusammen lebende Partner）との關係で不利に扱われることはない。取引通念によれば、さらに表示相手方の住居で生活する成人した世帯構成員（Haushaltsmitglieder）（MünchKommBGB/Einsele 5. Aufl. § 130 Rn. 25; Herbert NZA 1994, 391, 392）、とくに生活パートナーや非婚生活共同体のパートナー（Partner in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft）も受領使者とみなされるの

で、もとより X の論拠は採用できない (*Joussen Jura* 2003, 577, 578)。

5. X は、Y の本件告知書面が夫の職場であるホームセンター、つまり共同の住居外で夫に手渡されたことから、自ら本件告知書面を受け取った 2008 年 2 月 1 日に初めて到達したと主張するが、これは認められない。意思表示は、住居外で受領使者に伝達される場合にも、原則として名宛人の勢力圏に入っている。生活経験に基づく取引通念によれば、通常は一方配偶者が他方配偶者に対する口頭による表示をこの者に直ちに伝達する、あるいは他方配偶者のために受領した書面をこの者に直ちに手渡すと考えてもよいが、この取引通念は、受領使者が意思表示を受領する際に配偶者の住居にとどまっていることを必要としていない (同じ住居で生活しない受領使者については、*BAG 11. November 1992 - 2 AZR 328/92 - AP BGB § 130 Nr. 18 = EzA BGB § 130 Nr. 24; OLG Köln 18. Januar 2006 - 22 U 164/05 - MDR 2006, 866* 参照)。いかなる場所で意思表示が受領使者に対してなされたかは、とにかく意思表示がいつ名宛人に到達したか、その到達時点にとって重要でありうる。

a) 意思表示が受領使者への伝達によりすでに名宛人に到達したか、受領使者が名宛人に当該表示を転送することを期待できる場合に初めて到達するのかは、たしかに争われている (見解の対立については、*Joussen Jura* 2003, 577, 579 f.; *Herbert NZA* 1994, 391, 392 参照)。しかしながら、後者の見解を採用すべきである (*BGH 17. März 1994 - X ZR 80/92 - NJW* 1994, 2613 も同様)。表示が受領使者に対してなされるときは、受領代理権の場合とは違い、名宛人その人が重要である。名宛人が通常の伝達状態に基づいて了知という (理論上の) 可能性を有する場合に初めて、その受領使者に対してなされた表示は到達している。なぜなら、受領使者は、擬人化された、名宛人の受領設備の機能しか果たさないからである (*BGH 17. März 1994 - X ZR 80/92 - aaO*)。表示相手方の伝達道具として、受領使者は、意思表示を受領し表示相手方に転送する、つまり、名宛人に了知可能性を得させるためにさらに活動を展開することになる。した

がって、到達について問題となる名宛人には、受領使者が伝達活動につき現状で通常必要とする時間が経過して初めて、表示を了知しうることを期待できる。この見解のみが、通用している到達の定義を正当に評価し、それに従って、意思表示が、表示相手方が了知しうるあるいは通常の下で了知することを期待できる程度にこの者の領域に入っている場合には、到達を承認することができる（*Herbert NZA 1994, 391, 392; Jousseen aaO; Schwarz NJW 1994, 891*）。

b) 通常の下では、本件告知書面のXへの手交を2008年1月31日中に期待することができた。LAGは、何時間Yの夫が2008年1月31日にホームセンターで働いていたか、通常の下で2008年1月31日何時に婚姻住居への帰宅、ひいてはXへの本件告知書面の転送を期待することができたかについて、たしかに確認していなかった。とにかくLAGは、2008年1月31日にXに本件告知書面が到達していることに加えて、受領使者に書面が手交された場合、到達の時点については、さらに受領使者が通常の物事の経過で当該書面を名宛人に手渡すのに要するその時間を加算することも認める。それについてLAGは、Xが通常の下で2008年1月31日中に夫から本件告知書面の引渡しを受けることができたであろうと考えている。さらにLAGは、Yが夫の住居への帰宅後その日中にXへの本件告知書面の手渡しを期待できたことに詳しく言及している。この認定に対して、Xは、責問により攻撃しなかった（hat nicht mit Rügen angegriffen）。

6. LAGが、Xの夫は2008年1月31日に本件告知書面をXに転送することを拒絶しなかったと認定したのは妥当である。

a) BAG判例（*11. November 1992 - 2 AZR 328/92 - AP BGB § 130 Nr. 18 = EzA BGB § 130 Nr. 24*）によれば、受領使者とみなされるべき不在労働者の家族構成員が雇用主の本件告知書面の受領を拒絶するときは、労働者は、本件告知を原則到達したのものとして自己に対抗させられてはならない。ただし、労働者が受領拒絶に対して、たとえば当該構成員との事前の申し合わせにより影響を及ぼすときはその限りでない。賛成

(*Sandmann AcP 199 [1999] S. 455, 474 f.*), 批判 (*Herbert NZA 1994, 391, 393 ff.*; *Schwarz NJW 1994, 891*) 双方ある上記判例に固執されるべきかどうかについては、判断を要しない。Xのために、夫が本件告知書面をXに転送するのを拒絶していたのであれば、XにはYの本件告知書面は2008年1月31日には到達していなかったであろうと考えることができる。(しかし本件では) Xの主張に反して、夫は、2008年1月31日Yの従業員Gに対して、本件告知書面をXに手渡すことを断っていなかった。

b) 意思表示の内容は、BGB 133条(意思表示の解釈)によれば、個別事例の諸般の事情を考慮して表示相手方の視点から客観的に決定されることになる。裁判所は、両当事者が解釈のために主張した諸般の事情を慎重に考量しなければならない。判決では、いかなる理由から裁判所がその結論に至ったのか、実感をもって理解できるように(nachvollziehbar)証明されるべきである。解釈されるべき表示ないし容態の中で具体的に現された、法律上基準となる意思が探求されることになる。これが確認できないときは、各事例の当事者の表示ないし容態は、個別に表示相手方ないし他方当事者の視点から信義則上取引慣習を考慮して理解することが許された趣旨で解釈されることになる(*Senat 24. Juni 2010 - 6 AZR 75/09 - ZTR 2010, 646* 参照)。その際、典型的でない意思表示(nichttypische Willenserklärungen)の解釈は、制限された上告法上のコントロール(revisionsrechtliche Kontrolle)にのみ服する。その解釈について、上告裁判所(Revisionsgericht)は、BGB 133条、157条(契約の解釈)の解釈規律違反があったか、思考法則・方法(Denkgesetze)または一般的な経験則(Erfahrungssätze)違反があったか、解釈につき重要たりうる諸般の事情が無視されていたかという点のみを審査することになる(確定判例, *Senat 24. Juni 2010 - 6 AZR 75/09 - aaO*; *17. Dezember 2009 - 6 AZR 716/08 - Rn. 19 mwN, EzTöD 120 TVöD-K § 8.1 Nr. 3* 参照)。

c) この制限された審査基準に、LAGの解釈は抵触しない。

aa) LAGが、Xの夫はYの従業員Gに対して本件告知書面をXに転送

するのを明示に拒絶していなかったとしているのは妥当である。LAGは、当該問題が妻（X）とYとの間で規律されなければならないという夫の説明について、本件告知書面を自宅へ持ち帰らずXに手渡さない旨の拒絶であると評価しなかったが、これについて、Xは、上告審において異議を唱えることはできない。

bb) LAGは、Xの夫が2008年1月31日に本件告知書面を置き忘れてしまったことを認め、この事実から、夫が原則として本件告知書面をXに転送する態勢を備えていたと結論づけた限りで、上記事実認定が何に基づくのか、詳細に理由づけていない。Xは、このことを主張しておらず、夫がさしあたり2008年1月31日は職場に本件告知書面を放置しておき、同年2月1日ようやく自己に手渡されたことをただ申述しているにすぎない。Yは、2008年10月6日付の書面で、この申述を援用し、Xの夫が本件告知書面を置き忘れていたか、故意に職場に放置したかは重要でないという考えを主張している。2009年4月26日の控訴理由（Berufungsbegründung）で、Yは、とにかくXの夫が本件告知書面の持ち帰りを忘れていたと主張していたことを申述している。たとえLAGがこの申述を争いが無いものとみなしたことが不当であり、Xの夫が2008年1月31日に本件告知書面の持ち帰りを忘れていなかったとしても、LAGが、Xの夫は本件告知書面をXに転送するのを明確に言葉で拒絶を表示しなければならなかったであろうとしたのは妥当であり、これが基準となるであろう。本件では、その拒絶表示が認められない。Xが攻撃しなかったLAGの認定に従えば、Xの夫は、Yの従業員Gに本件告知書面を再度持参するよう求めることも、この書面をXに転送しないであろうことを表示することもしなかった。そういった表示をXの夫がしていない以上、Yが、2008年1月31日中にXに本件告知書面が転送されると考えたのは正当である。

II. ZPO 97条（上訴の費用）1項により、Xが、棄却された上告の費用を負担しなければならない。

## 5 R. シュヴァルツェの判例解説

上記 BAG 2011年判決について、R. シュヴァルツェはいかなる論点整理と解説を行っているのであろうか。R. シュヴァルツェの判例解説を通して、当該判決の内容に迫ってみたい。

(1) まず前提として X Y の本件労働関係については、とにかく KSchG 23 条 1 項の小規模経営条項により 1 条は適用されない、つまり X は 1 条 2 項および 3 項による特別法上の解約告知保護を受けられない<sup>141)</sup>。

そこで X は、BGB 622 条 2 項 1 文 1 号の解約告知期間が遵守されていないことを理由に、2008 年 2 月 29 日満了時に本件告知はいまだ効力を生じていないと主張する<sup>142)</sup>。BGB 622 条 2 項 1 文 1 号によれば、解約告知期間は「暦月の末日までの 1 月」となるが、この算定期間がいつになるかは、X に本件告知が到達した正確な時点により決まる<sup>143)</sup>。なおこのことから、ペーターズ (Stephan Pötters) とトラウト (Johannes Traut) も、BAG 2011 年判決事件では、「純粋に民法上の問題がただ労働法上の衣にくるまれているにすぎ」ず、その核心はもっぱら「到達の問題」である、つまり「BGB 130 条 1 項の一般的な規定が当該解決の出発点である」とする<sup>144)</sup>。

したがって本件では、次の二つのシナリオが考えられる。

一つは、本件告知が X の夫に手渡された 2008 年 1 月 31 日中に辛うじて到達したと考えるならば、「暦月の末日までの 1 月」という解約告知期間は、(2008 年は閏年のため) 同年 2 月 29 日で満了することになる (初日不参入を規定した BGB 187 条 1 項, 188 条 2 項および 3 項<sup>145)</sup>)。このように解すれば 2008 年 2 月 29 日の満了ですでに、本件告知は効力を生ずるため、X は、3 月分につき BGB 615 条 1 文<sup>146)</sup>、611 条 (雇用契約の意義) による「受領遅滞の際の賃金 (Annahmeverzugslohn)」を請求できない。

これに対して、もう一つのシナリオは、本件告知が 2008 年 2 月 1 日に初めて到達したと考えるならば、解約告知期間は、暦月の末日、つまり同年

3月31日の経過によりようやく満了する。このように解すれば2008年3月31日が経過するまでは本件告知は効力を生じないため、Xは、当該3月分の上記賃金を請求できることになる。

このように本件では、YがGを介してXの夫に本件告知書面を手渡した行為をXへの到達と評価できるかどうか、Xが2008年3月分の上記賃金を請求できるか否かの分水嶺となる点で決定的に重要であった。この到達の判断は、Xの夫が受領権限を有していたか、当該権限が認められるとしてそれでは正確にいかなる時点で本件告知がXに到達していたとみなすことができるかにかかっている。

この点について、BAG 2011年判決は——すでに4で紹介したように——取引通念を根拠にXの夫の受領権限を肯定した上で、Xへの本件告知の到達時点をGがXの夫に書面を手渡した当日であると判示している<sup>147)</sup>。

(2) そこでR. シュヴァルツェは、上記論点整理に基づいて、到達を判断するための「Xの夫の受領権限（あるいは受領使者としての地位（適格性）」（第一の論点）、到達を前提とした「正確な時点（いわゆる適時性）」（第二の論点）について順を追って詳しく考察する。

**a** Xの夫の受領権限について（第一の論点）。

労働関係の解約告知は、受領を要する意思表示であるため、その効力発生には、相手方への到達が必要となる（BGB 130条1項<sup>148)</sup>）。BAGは、到達について、判例・通説同様、解約告知につき遵守されるべき書式（BGB 623条）に留意しつつ「書面により表示がなされた場合は、この表示が取引上通常一般的な方法で表示相手方または受領権限ある第三者の事実上の処分権限に達し、表示相手方に通常の状況下で書面の内容につき了知する可能性があると同時に効力を生ずる」（判決理由I 1参照）と定義する。

aa 判例によれば、第三者の受領権限が受領代理権（BGB 164条3項）に基づくときは、この第三者に意思表示が到達した時に効力を生ずるとされるが、BAG 2011年判決事件では、Xの夫は、Xの法律行為、法律いづれによっても受領代理権を付与されていない。ただ第三者が受領権限を有

する可能性として、「受領使者としての地位 (Stellung als Empfangsbote)」を有することが考えられる。

ところでこの使者としての地位 (Botenschaft) は、表意者の「権限付与」により根拠づけられる。ただ BAG 2011年判決事件では、X は、自らに代わり表示を受領する権限を夫に明示でも黙示でも付与していなかった。だがこれにとどまらず受領使者としての地位は、通説によれば、「取引通念によっても」根拠づけられる。

しかし、まさに問題の「取引通念による受領使者」については、「いかなる帰責事由がこの曖昧な表現の後ろに隠れているか、まったく明らかにされていない」。これについて、一部学説 (前述 3(2) b bb のベネディクトの見解) は、黙示の権限付与の問題にすぎないとし、「『取引通念』が……法的基礎でないことを強調する」が、当該指摘は妥当である。

これに対して BAG 2011年判決は、「判例および学説が、取引通念に基づく受領使者を名宛人に整序する限りで、その受領使者としての地位は、意思表示の到達における危険分配に関する原則を根拠づける BGB 130条の法的評価から導き出される」(判決理由 I 3 a) 参照), あるいは「……受領を要する意思表示については、通常状況下で取引通念を考慮して表示相手方が表示の内容を了知しうる程度に勢力圏に入ったと同時に、その到達が認められるとき、適切な伝達リスクの分配が達成される。この定式は、当該表示が取引通念上権限を付与された者とみなされる受領使者に伝達される場合にも基礎となる。名宛人は、自己の勢力圏に入った表示を了知すべきであると同様に、この表示が名宛人の勢力圏と通常接触を持ち、かつ、自己の資格と能力に基づいて表示を名宛人に転送するのに適するであろう人に手渡されるとき、自ら当該表示を了知していないことを主張できない」(判決理由 I 3 b) 参照) と判示している。

以上から、R. シュヴァルツェは、BAG 2011年判決について、——彼自身好意的な——受領権限の付与に重きを置く上記一部学説ではなく、「まさに使者としての地位は……BGB 130条の意味での『到達』という要件事

実の解釈に基づく、つまり結局は法律に基づくという見解に傾いているように思われる」と分析する。

なお BAG は、通説同様、家屋共同体において相手方である一方配偶者とともに生活する他方配偶者を「取引通念による受領使者」とみなすが、これがGG 6条1項に違反するというXの主張については、たとえば非婚生活共同体のパートナーなど相手方世帯で生活する他人も受領使者とみなされるであろうことを理由に退けている<sup>149)</sup>。

bb ところで R. シュヴァルツェは、BAG 2011年判決が上記 aa で見た論点にとどまるものであったならば、すでにその判断は固まっているため、わざわざ「当該事件は BAG が扱う必要はなかったであろう」と述べた上で、「解約告知書面がXの夫に、共同の住居ではなく」その外の（夫の）「職場で手渡された」という当該事件を特別なものにした事情の存在に注目すべきであると言う。この特殊事情の存在により、「配偶者の受領権限は場所的観点で限定されるか、つまり、配偶者は共同の住居内でのみ受領する権限を与えられているにすぎないのか」という問題が提起される。住居外での表示の受領権限を肯定するときは、相手方にとって、ともかく表示の紛失リスクや相手方への不転送リスクが増大することになる。これに対して、受領権限を共同の住居内に限定すれば、解約告知書面は、少なくとも共同の住居へ運ばれるまではXに到達していないことになる。

R. シュヴァルツェは、受領使者としての地位が——BAG 2011年判決事件のように——取引通念により受領領域 (Empfangsbereich) を法律上決定する BGB 130条1項により根拠づけられている場合には、「当該問題は、取引通念により判断されるとこれまた同様に言われるところの、『到達』概念の解釈により探求されるべきである」とする。

この点について、BAG は、「意思表示は、住居外で受領使者に伝達される場合にも、原則として名宛人の勢力圏に入っている。生活経験に基づく取引通念によれば、通常は一方配偶者が他方配偶者に対する口頭による表示をこの者に直ちに伝達する、あるいは他方配偶者のために受領した書面

をこの者に直ちに手渡すと考えてもよいが、この取引通念は、受領使者が意思表示を受領する際に配偶者の住居にとどまっていることを必要としていない」(判決理由 I 5 参照) と判示して、配偶者が住居外でも受領権限を有することに疑念を持たない。

そして BAG 2011年判決のように考えたとき、次に「Xの夫は解約告知書面の受領を拒絶したか、そして拒絶したときはいかなる法律効果を有するのであろうかという問題が提起される」。すでに以前に後者の問題については、BAG (2(1)b の1992年判決参照) は、名宛人が影響力を行使して拒絶させた場合でない限り、世帯構成員による表示の受領拒絶は名宛人に帰せしめられ得ないと判示していた。この点、本件でXは夫に影響力を行使していないことから、もしかりに夫の本件容態が受領拒絶と評価できたとするならば、X自身が受領拒絶した場合と同置する(つまり到達を擬制する)ことはできないため、解約告知は、Xへの解約告知の転送により早くても2008年2月1日に効力を生じたということになる。それゆえ、「自らはYのところで就業しておらず問題になっているのはXY間の正式な手続きである」というXの夫の表示について、Yの表示使者である従業員Gがどのように理解しなければならなかったかが、問われるべきである。この点、「BAG は、当該表示に受領拒絶を看取しないが」、R. シュヴァルツェとしては、もとより結論を左右するだけに「この点はよりはっきりと説明されなければならないであろう」として不満を口に<sup>150)</sup>する。

**b** 到達の時点について (第二の論点)。

これに関しては、「その処理が BAG 2011年判決にとどまらず一般に争われているところの、受領使者としての地位 (Empfangsbotenschaft)」をどのように考えるかが問題となる。

aa ある学説 (前述 3(2)b bb のベネディクトの見解) は、受領使者に表示がなされた時点、書面表示の場合には受領使者に手交された時点で当該表示は名宛人に到達すると説明する。この説により——あくまでXの夫が受領使者であると仮定しての話だが——BAG 2011年判決事件を処理す

れば、解約告知は2008年1月31日に到達しているため、同年2月29日で効力を生じ、Xの請求は棄却されることになろう。

これに対して、BAG 2011年判決も支持する通説は、受領使者を単なる伝達道具、つまり「生ける郵便受け」（＝郵便受付窓口）とみなした上で、到達については——受働代理人とは異なって——相手方その人が重要であると考えている。このことから、「到達」については、受領使者に対する表示——書面表示の場合は受領使者への手交——に加えて、通常の下での「相手方による了知の理論的可能性」、つまり受領使者から相手方本人への転送期待可能性が必要となる。すなわち、相手方が「通常の伝達状態に基づいて了知という（理論上の）可能性を有する場合に初めて、その受領使者に対してなされた表示は到達している。……到達について問題となる名宛人には、受領使者が伝達活動につき現状で通常必要とする時間が経過して初めて、表示を了知しうることを期待できる。この見解のみが、通用している到達の定義を正当に評価し、それに従って、意思表示が、表示相手方が了知しうるあるいは通常の下で了知することを期待できる程度にこの者の領域に入っている場合には、到達を承認することができる」（判決理由 I 5 a）参照）ということである<sup>151)</sup>。

bb 以上の点を踏まえて、BAG は、2011年判決事件では、Xの夫は通常の物事の経過では仕事を終えて帰宅してから、つまり2008年1月31日中に何とか妻Xに解約告知書面を転送できたと判示した原審の立場が正しいことを確認する。これによれば、Xの夫がさしあたり当該書面を職場に放置したことは、Xのリスク負担ということになる。その結果、解約告知は、2008年1月31日に到達していたこととなり、解約告知期間、ひいては労働関係は同年2月29日の満了により終了する。以上から、原審がXの請求を棄却したのは正当である<sup>152)</sup>。

(3) このように R. シュヴァルツェは、BAG 2011年判決の結論を基本的に支持しつつも、ただその射程については、「いずれにせよ共同住居の外でも夫を受領使者とみなす BAG 判決を、共同世帯の他の構成員 (andere

Mitglieder eines gemeinsamen Haushaltes) に何の問題もなく簡単に転用することはできない」と述べて、次のようにきわめて慎重な立場を示す。

BAG 2011年判決は、たしかに配偶者間では、毎日接触し連絡をとること (tägliches Kontakt) が自明であるがゆえに、取引通念上 (たとえば夫から妻への) 即日の伝達を期待してもよいと結論づけたが、この接触・連絡の自明性については、各事例ごとに名宛人とその世帯構成員の関係に即して慎重に判断されなければならない。共同世帯の構成員である子どもについては、おそらく日々の接触・連絡が自明であるとして夫と同様に考えてよいであろうが、それ以外の同じ世帯の構成員、たとえば同居する遠い親族や単なる知人については逆の結果となろう<sup>153)</sup>。

なお BAG 2011年判決について、シャオムベルク (Torsten Schaumberg) は、「使用者が受領使者たる配偶者を介した配達方法 (Zustellungsweg) も取りうる」と判示したものであり、「企業実務の見地から無制限に歓迎されうる」と評する<sup>154)</sup>。

## 6 おわりに——BAG 2011年判決を中心に、拙見の再検証もかねて——

(1) a BAG 2011年判決に見られたように、いまだに判例・学説は、受領使者なる存在を根拠づけ正当化するに際して代理法、とくに BGB 164条 3 項を根拠に「受働代理人が認められる以上ましてや受領使者が認められるのは当然である」という法解釈論 (いわゆる勿論解釈) を展開している<sup>155)</sup>が、かりにこのような受領権限を重視する考え方を貫徹すると、本稿が主題とする「取引通念による受領使者」なる存在は、もはやこの代理法を逸脱してしまっているということになろう<sup>156)</sup>。現に—— 3(2) b bb および cc で見たとおり——、「受領権限の付与」を基軸に受領使者論を展開するベネディクトやノルトは、表見代理人に準じて表見受領使者を受領使者の外延・限界としている。

しかし判例は、受領使者については、むしろ受働代理人 (BGB 164条 3

項) との本質的差違 (166条) に着目・強調して、受領使者が介在する場合にはこの者自身ではなく相手方本人が問題となるため、この相手方への到達が必要であることを指摘する。その上で、受領使者は所詮(物的)受領設備たる郵便受け同様「(人的)受領設備」としての機能・役割を果たすにすぎないことを理由に、BGB 164条以下の代理ではなく130条の「到達」固有の問題であるという論理を展開するわけである。最新の BAG 2011年判決も、R. シュヴァルツェによる——5(2)a aa の——分析では、「まさに使者としての地位は……BGB 130条の意味での『到達』という要件事実の解釈に基づく、つまり結局は法律に基づくという見解に傾いているように思われる」とされる。ということは、現在支配的な、取引通念に支えられた「相手方の勢力・支配圏」基準により判断されることになる。まさにここに、受領使者が介在する場面における到達を判断するにあたって取引通念が引き合いに出される契機・端緒が看取されるというわけである。

しかし、この取引通念という白地概念こそが受領使者論を現在の混迷状況へと導いた張本人であることは、すでに見てきたとおりである。BAG 2011年判決も、最終的に取引通念による受領使者の存在意義を認めつつ、相手方の勢力圏という考え方を受領使者が介在する場面に転用すること自体に懐疑的な見方を示し、またその前提となる取引通念が時代とともに変遷し、ゆえに不確かである点も指摘している(判決理由 I 3 c) 参照)。まさに R. シュヴァルツェが正當にも指摘したとおり、「取引通念による受領使者」というこの曖昧な表現の背後に隠れている帰責原因が何なのかが本来問われるべきなのであるが、この点は明らかにされていない。

**b aa** これを解明すべく行われたのが、とくに3(2)b bb 以下で紹介した、他ならぬベネディクトやノルトの専門研究であると言えよう。前述したとおり、ベネディクトやノルトは、他人である受領使者の容態を名宛人本人に帰責するには理論的根拠づけが必要不可欠であるとの立場から、「名宛人による受領権限の付与」を基軸に据えて、表見受領使者を「受領使者」の外延・限界としている。

bb この見解については、最終的に不支持を表明するものの、たとえばザントマンは、取引通念なるものの曖昧さゆえにこれを判断基準から排除しようとする点に一定の理解を示している。すなわち、「取引通念による受領使者」を完全否定し表見代理の（類推）適用を考える学説の存在は、なんら不思議でない。理論的根拠づけにおいても、BGB 130条の危険分配と取引通念が結びつくより違和感がないし、相手方側に存在する受領使者の勢力圏は、代理法の解決を導入することで展望されやすくなり一般に明確な線引きが期待できるという利点もあるとしている。

ただしザントマンが、「相手方の行為や権利外観の作出がなくても、到達は生ずるとされていて」、むしろ「重要なのは到達リスクの事実適合的分配であること」から上記見解は支持できないとして<sup>157)</sup>、取引通念による受領使者を原則否認しないのは2(2)で前述したとおりである。このザントマンの論文について、BAG 2011年判決は、取引通念による受領使者を承認する学説を「完全に支配的な見解」とした上で頻繁に引用・参照する。しかしザントマン自身は、当該使者が相手方の勢力・支配圏内で書面表示を受領していたか、当該圏外で受領していたときは当該圏内に運び込んだ場合、つまり受領使者としての活動が成功裏に終わった場合にしか到達を認めておらず、彼が自覚しているかどうかはともかく、結果としてその独自の存在意義は乏しいと言わざるを得ない。さらに留意すべきは、この見解に忠実に従えば、BAG 2011年判決事件は、受領使者への手交日当日の到達が否定される、「勢力・支配圏」の外で書面表示が手交されていた場合に相当するということである。

(2) 以下では、受領使者に書面表示が手交された場合における到達の判断プロセスについて、2002年当時の拙見の再検証も交えながら順を追って考えていくことにする。

a まずそもそも受領使者であるためには、中間介在者が——受働代理人ではなく——ただ他人の表示を転送するにすぎない者であるとともに、この使者が表意者側ではなく相手方側の領域に振り分けられる、換言すれ

ば「受領使者としての地位・適格性」を有することが必要である<sup>158)</sup>。ただこの受領使者への振り分けは、実務上そう簡単にはいかないことが予想されるが、通常は外部的事情により判断するほかない。もとよりこの者が受働代理人であればまさに相手方本人に代わり本人のために受領するわけであるから、言うまでもなく当該代理人への手交と同時に到達が認められるし、また表示使者ということになれば、この者から相手方自身（もしくはその受領使者）が書面表示の手交を受けない限り到達は認められない。

ところで判例および大多数の学説は、受領使者をその「人的受領設備」としての機能・役割から郵便受けに代表される「物的受領設備」と同置して到達問題へとアプローチするが、この基本姿勢は、受働代理人との決定的差違に鑑みれば、基本的に正しいと言えよう。

**b** それでは、中間介在者が——相手方側の領域に属する——受領使者としての地位・適格性を有するかどうかは何を基準に判断されるのか、つまり相手方による受領権限の付与か、それとも取引通念による受領権限の擬制か（しかも後者の場合には取引通念による擬制の正体）が問題となる。

aa 前述 3(2)b bb 以下の一部有力説（ベネディクトやノルト、古くはプリンクマン）は、相手方本人に到達の効力を生じさせる意味から、相手方による受領権限の付与を重視する。とくにベネディクトは、前稿で紹介した<sup>159)</sup>とおり、物的受領設備が問題となる場面でも「指定」という私的自治に定礎された行為の重要性を指摘する。この指定は、人的受領設備で問題になるときは「受領権限の付与」ということになる。そしてこのように受領権限の付与を基準に受領使者に該当するか否かを判断する以上、——すでに(1)aでも指摘したとおり——その外延が表見受領使者を限界とするのはむしろ自然の成り行きである。とくに受領使者のルーツを受働代理に求めたこと（いわゆる勿論解釈）を強調するならば、論理必然的にこのような結論となろう。ただこの見解に従うときは、従来「取引通念による受領使者」として処理されてきた事例群の取り扱いが問題となろうが、「黙示の付与」を活用すれば問題なく処理できるとされる。たしかに名宛

人たる娘の母親が書面を受領した BAG 1992年判決事件（2(1)b 参照）については、ヘルベルトも、原審が「Xの母は職業を持つ娘（X）とその夫が不在の時は……代わりに郵便を受け取ってきた」という事実を認定しておきながら、BAG が「(場合によっては黙示の) 受領権限の付与」に言及しなかった点を指摘した上で、「この問題を解明するよう本件を差し戻さなければならなかったであろう」とコメントしている<sup>160)</sup>。また、この「黙示の権限付与」の活用については、すでに5(2)a aa で紹介したとおり、R. シュヴァルツェも好意的な見方を示していた。

bb これに対して、判例・通説は、中間介在者が相手方の勢力・支配圏にとどまるかどうかにかかわらず、取引通念により受領権限を擬制する、つまり取引通念による受領使者を承認する範囲を拡大してきた。ただ現在、このような説明が必ずしも妥当しない可能性が浮上する。なぜなら R. シュヴァルツェによれば、BAG 2011年判決が当該事件を扱ったのは、名宛人である妻の夫が共同の住居ではなく自己の職場（つまり相手方の勢力・支配圏外）で書面の手交を受けたという特殊事情によるものと分析されていたからである。かりにこの分析が正しければ、取引通念による受領使者を承認する支配的見解にあっても、たとえば「配偶者の受領権限は場所的観点で限定されるか、つまり、配偶者は共同の住居内でしか受領する権限を与えられていないのではないか」という問題が提起されたことになる。すでにこれに該当する判例として、前述 2(1)b の BAG 1992年判決や、この判決を参照する前述 3(1)b の OLG Köln 2006年判決があるが、配偶者や義兄弟姉妹といういずれの近親者間でも、即時の転送を期待できることから、受領使者としての地位・適格性は否認されなかった。また BAG 2011年判決も結局、少なくとも配偶者については従来どおり住居外であってもその受領権限を肯定したことに変わりはない。ヴェルテンブルフも、すでに——BAG 2011年判決と同旨の原判決たる LAG Köln 2009年判決について——夫は名宛人たる妻との関係で住居にとどまらず彼自身の職場においても家族構成員である以上は受領使者であるとした上で、夫が

手交を受けた書面を職場に放置し転送が遅れたことは妻に帰せしめられるため請求棄却を正当としている<sup>161)</sup>。

ただこのように受領権限が場所的に限定されないと考えることは、相手方から見れば、表示の紛失リスクや不転送・転送遅延リスクが増大することを意味する。この点に鑑みて、R. シュヴァルツェは、当該判決の射程については慎重に見極める必要があると警告を発している<sup>162)</sup>。判例・通説のように取引通念により受領使者論を拡大する方向性を志向する場合には、当該使者の実態いかんによって場所的にその受領権限を限定するということは、相手方保護の観点からも十分ありうる選択肢のように思われる。だが判例・通説によれば、勢力圏外で書面が中間介在者に手交された場合の相手方保護は、あくまで——取引通念による受領使者論の拡大により到達を前提としつつ——「相手方への転送期待可能性」により場合によってはその時点を後ろにずらすという手法で斟酌されうるにすぎないのである。ただし、前述 2(1)c の BGH 1994年判決によれば、さすがに上記「転送期待可能性」自体がまったくないときはその限りでないとして受領使者としての適格性を否認する余地が残されていた点には、注意を要する。

ところでとくに「機能不全」を理由に通説内部からも批判され、また最近では BAG 2011年判決でも疑問視された「相手方の勢力・支配圏」基準であるが、このような否定的評価についてはどのように考えるべきであろうか。前述のとおり受領使者が相手方の勢力・支配圏外であってもその受領権限を肯定されていることに鑑みれば、たしかに上記批判は的を射ている。ただ BAG 2011年判決の受領使者の定義を見ても分かるとおり、「名宛人の勢力圏と通常接触を持ち……」と認められる者であることが必要であり、また——前述 3(2)a bb のショウセンらの分析によれば——判例・学説は、相手方と人的または契約上の関係に立つ者が「一定期間その場所的支配圏にとどまる」という基準により判断しているとされる。それゆえ、「相手方の勢力・支配圏」がまったく機能せず看過されていると言うのは言い過ぎであろう。単なる「人的受領設備」（いわゆる受領機関）で

しかない受領使者に書面表示が手交された場合には、あくまで相手方本人への到達、つまり相手方の了知可能性が必要となるため、相手方の勢力・支配圏は何らかの形で考慮されることになる。

cc aaa このような理論的対立がある中、筆者は、旧稿にて——いささか漠然とではあるが——、基本的には相手方による受領権限の付与を、例外的には郵便慣行を、受領使者としての地位の源泉であると考えた。これを前提に受領権限を付与された使者といっても、当該権限付与の解釈により、相手方の住所や営業所（つまり相手方の勢力・支配圏）外でも書面表示の受取りを許可された者と、「会社の受付嬢や総務部受付係など……むしろその場所内でしか受取りを許されていない」者という二種類の存在を指摘した。その上でおそらく受領使者の大半は後者であろうことから、特定の場所を基点にした「相手方の勢力・支配圏」という考え方がいまだ有効なのではないかとの感触を得て、そもそも中間者が介在しない書面表示において「到達」が相手方の勢力・支配圏によりどのように判断されているか、その判断構造を再考することにしたわけである。

まず場所的に、相手方が影響（作用）を及ぼしうる勢力・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。ただその役目はこれで終わらない。次にこの圏内であっても、「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絞られる<sup>163)</sup>。この説明が判例・通説によれば曖昧であるからこそ批判を受けるわけだが、相手方が影響を及ぼしうる勢力・支配圏を場所からさらにその圏内の物的受領設備へと再度絞り込む際、当該設備に「受領資格・機能」を付与するという相手方の意思、さらには当該設備の「取引通念上の受領機能」を考慮に入れて、「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される。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、かりに郵便受けに当該機能を与えていなかったとしても、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<sup>164)</sup>。

以上のとおり「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、さらに前稿にて誤解なきよう、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、「相手方によりあるいは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を主張した<sup>165)</sup>。

そしてこの基準を中間介在者に応用して、受領使者としての地位（適格性）を判断すれば、——すでに旧稿で指摘した<sup>166)</sup>とおり——相手方本人から人的受領設備として機能することを認められた、つまり受領権限を与えられた（または法律により「表見」受領権限を認められた）使者についても、私書箱のごとく通常一般的な配達場所「住所や営業所」外の配達場所「郵便送付先」であると同時に受領機関としての機能も兼ね備えた、「通常の配達場所以外で受領権限を有する使者」と、「郵便受けのごとく住所や営業所内でしか受領権限のない使者」という二種類の存在も、十分説明することが可能である。そして前者については、書面表示の手交を受けた時点で到達が認められるのに対して、後者については、書面表示を受け取った場所が住所や営業所内であれば、直ちに到達は認められるが、当該場所の外であった場合には、表示が当該場所に持ち帰られるまで、依然として到達は認められない。

さらに拙見によれば、受領使者については受領権限を付与された者にとどまらず、郵便慣行上受領権限を付与されたとみなされる者という例外的な、ただ実際には重要な類型が存在することも指摘した。具体的には、住所玄関や営業所受付から応対に出た者は、郵便慣行上、たとえ「表見」受領使者ではカバーしきれない、相手方本人への書面表示の転送をおよそ期待できないような無関係の部外者であっても、表意者（あるいは表示使者）側に立って「郵便受け」のごとく「受領権限を与えられた者」のよう

に見えれば、つまり明らかに部外者と判別できない限り、「人的受領設備」として何ら問題はないと考えたわけである<sup>167)</sup>。

bbb このような拙見については、本稿の考察を行ったことでその正当性が裏付けられたとともに、旧稿執筆の2002年当時に不十分で詰め切れていなかった部分が補足され、より明確になったと考えている。

まず筆者が、相手方の勢力・支配圏という考え方を再考した上で中間者が介在する場合の到達問題への応用を試みようとした出発点については、前述3(2)b aaのブレクセルの説明が大変有意義である。すなわち、到達について規定したBGB 130条は、「影響領域による危険分配」という考え方を基礎にしているが、ここに言う「『影響領域』という到達の基準となる概念」は、「場所的一即物的な影響領域のみならず表示の有体化と、それと結びつけられた抽象的・了知可能性に関するあらゆる影響可能性」を含んでいるため、受領使者問題についても十分対応することが可能である。

次に筆者は、受領権限の付与を基準に受領使者としての地位を判断し、この点では、たしかに前述3(2)b bbおよびccのベネディクトやノルトと同様であるが、必ずしもその説明が同じでないことが判明した。ベネディクトやノルトは、相手方本人に到達の効力を生じさせることを重視して、あたかも本人への代理効帰属を論じるがごとく、私的自治や帰責重視の観点から受領権限の付与に焦点を当てるが、筆者は、受領使者の問題は所詮BGB 130条の「到達」固有の問題にすぎないため、相手方本人への到達が必要であると考えている。なぜなら、判例や大多数の学説同様、受領使者は受働代理人との峻別から明らかなおと、郵便受けのように——もとより物的な意味ではないが——人的受領設備としての機能・役割を果たすにすぎないからである。それゆえ筆者の言う「受領権限の付与」は、相手方が自己の客観的（抽象的）な了知可能性につき影響を及ぼしうる範囲を画するという意味であるため、厳密にはショウセンが指摘したとおり、「法律行為上の事象ではなく」「『受領する地位・役割 (Empfangsstelle)』としての単なる第三者の決定を意味するにすぎない」<sup>168)</sup> ものと考えられる。

ただし、郵便受けと受領使者との本質的差違には注意を要する。物的設備は独りで歩き回ることができず、おのずと勢力・支配圏と受領設備としての指定は場所的に符合するため、郵便受けが住居内から（勝手に移動して）その外で書面表示の配達・投入を受けるということはおよそ考えられないが、受領使者の場合には、たとえば住居内でしか受領権限を与えられていない使者が散歩中に（つまり住居外で）書面表示の手交を受けることが考えられる。この受領使者特有の問題が生ずる場合には、当該使者が書面を携えて住居に戻ってきた時点で初めて到達が認められることになる。たとえば住居に戻るまでの間に書面を落としてしまったり名宛人に渡し忘れてしまったりしたときは、このような紛失あるいは転送遅延リスクは、表意者が引き続き負担することとなる。つまり、住居に帰還するまではあくまで表意者の表示使者にすぎないのである。

ところで、筆者のように受領権限の付与に焦点を当てて受領使者問題にアプローチしておきながら、前述のとおり、相手方の勢力・支配圏内に限っては、郵便慣行上受領権限を付与されたのみなされる者の存在を例外的に認めるのは背理ではないかということが危惧される——現にベネディクトは取引通念を持ち出すことを批判する——が、この点については、筆者同様、ノルトの説明が役立つ。すなわち、相手方の住所で玄関戸を開けて表示を受領し、その転送につき客観的に見て適格であると思しき者は（人的）受領設備としての機能・役割を果たすことから、かりにこの者に受領権限がなかったとしても、このリスクは相手方が負担すべき勢力・支配圏内の危険である。なぜなら相手方は、住居という勢力・支配圏内については、受領権限がなくてもそこにいる者について事実上影響を及ぼすことが可能だからである<sup>169)</sup>。これまで繰り返してきたように、受領使者の問題は、所詮 BGB 130条の「到達」固有の問題にすぎないのである。

c 次に「相手方への受領使者による転送期待可能性」をさらなる到達の要件とするかが、とくに——期間厳守が求められる場合に争いとなる——到達時点の確定との関係で問題となる。

aa 判例・通説は、受領使者は郵便受け同様「人的に擬制された受領設備機能」を有することから、郵便受けへの配達・投入の場合に問題となる「相手方の了知期待可能性」を生じさせるという意味で「名宛人本人への受領使者による転送期待可能性」を要求している。たとえば4で見た最新の BAG 2011年判決は、受領使者への手交のみで到達したとするか相手方への転送期待可能性まで要求するかについて学説の対立があることを承知した上で、「(人的) 受領設備」、つまり受領機関としての支配的な受領使者像を前提とした「中間介在者の三分類」(3(2)a aa 参照)に基づいて、受働代理人とは異なり受領使者への手交のみでは到達せず、転送期待可能性により相手方本人に了知期待可能性が生ずることが必要となることを理由に、後説を支持する。これは、——1(1)c で前稿を振り返った際に見た——中間者が介在しない場合の到達に関する支配的な二段階判断に忠実に従った判断であると言えよう。ただし、受領使者が相手方の勢力・支配圏内で書面表示を受領していたときは、上記転送期待可能性を受領と同時に認める、つまり受領と同時に到達を認める場合がありうることも指摘されている。これは、上記 b cc bbb で指摘した物的受領設備との違いを踏まえたものと言えよう。なぜなら、郵便受けは自ら動いて名宛人本人に書面を手渡してはくれないため、不適切な時刻に郵便受けに投入された書面表示の到達時点については、前稿で見たとおり激しく議論されていたが、これとは対照的に、受領使者には——しかも配偶者の場合には手交を受けた当日中に——当該転送を期待できるからである。さらに BAG 2011年判決はこれを一歩進めて、受領した場所が当該圏外であっても相手方と受領使者が夫婦関係にある場合には、受領当日中の転送を期待できるとして同日中の到達を認めている。ただ他方で、前述 2(1)c の BGH 1994年判決は、相手方と受領使者との相互連絡の可能性すら最低限確保されないときは、当該転送期待可能性自体がないことから、そもそも受領使者としての地位・適格性を否定していた。

このように「相手方本人への転送期待可能性」要件が実際に効果を発揮

するのは、たとえば前述 2(1)a の BGH 1989 年判決が判示したとおり、（取引通念による）受領使者が名宛人の勢力・支配圏の外で書面表示の手交を受けた場合ということになる。これは、判例が、取引通念に基づいて、中間介在者が相手方の勢力・支配圏の内にいるか外かに関係なく受領使者の外延を拡大する一方、当該使者が上記圏外にいる場合には転送期待可能性を考慮して相手方の保護にも配慮することを意味する。BAG 2011 年判決も、「いかなる場所で意思表示が受領使者に対してなされたかは、とにかく意思表示がいつ名宛人に到達したか、その到達時点にとって重要でありうる」として、名宛人の勢力・支配圏の外で書面表示の手交を受けたことは到達時点（いわゆる適時性）との関係で重要たりうることを認めている。ただいずれにせよ、この「相手方への転送期待可能性」を要件とするかという問題が、中間者が介在しない、オーソドックスな場面での到達判断における伝統的かつ支配的な二段階判断（とくにその二段階目の「相手方の了知期待可能性」）の妥当性いかんという根本的問題に還元・集約されることは間違いない。

bb これに対して、筆者を含む有力学説は、法的安定性の観点などから到達の判断を客観的かつ一律に行うため、そもそも中間者が介在しない場合における書面表示の到達について、前稿で見た<sup>170)</sup>とおり、相手方による了知期待可能性を必要としない。したがって中間者が介在する場合についても、受領使者への書面表示の手交があれば、当該手交時点で到達を認めることになる。ショウセンの言うように、「このような方法でのみ、十分な法的安定性が担保され、表意者が十分保護される」<sup>171)</sup>からである。ただ念のため誤解のないように言っておくと、受領使者への書面表示の手交のみで到達を認めるのは、何も当該手交により受領使者が了知可能性を有したからではない。受領使者は受働代理人ではないので、受領使者その人は問題にならず（BGB 166 条 1 項参照）、相手方への到達が必要になる。そうではなくその機能・役割的観点に着目して、受領使者を郵便受け同様「もちろん人的な意味でだが）受領設備（つまりは受領機関）」と見立て

たからにはかならない。つまり受領使者への書面表示の手交があれば、相手方は客観的に了知することが可能となるからである。プレクセルが前述 3(2) b aa で説明したように、受領使者は名宛人の影響領域下にあり、名宛人は当該使者の活動について表意者よりもとにかくより大きな影響を及ぼし当該危険を支配しうることから、BGB 130条の基礎にある影響領域による危険分配とも合致する。

その上でプレクセルが指摘したとおり、受領使者が書面表示を相手方の勢力・支配圏内で受領したかその外であったかという受領場所に関する問題は、正確な到達時点（いわゆる「到達の適時性」）の問題ではなくそもそも受領使者としての地位（適格性）自体を判断する際に考慮されている。この意味で、とくに相手方の勢力・支配圏の外では、受領使者の認定にきわめて慎重であり、例外を除けば受領権限の付与（表見代理原則の類推適用を含む）を要求するため、「転送期待可能性」を要求するまでもなく相手方の利益が害される懸念は生じない。

ところで——前述 3(1) b の OLG Köln 2006年判決のように——、受領使者が個人的理由から相手方への転送を失念していたり相手方との人的接触が疎遠であったりしても、これら事情は相手方側の個人的事情であるため、受領使者が介在しない場合に準じて<sup>172)</sup>、原則として到達の判断には影響を及ぼさないと考える。ただし、当該事情を表意者が知りまたは知りうべき場合、——たとえば前述 2(1) c の BGH 1994年判決事件のように——表意者との契約関係に基づいて相手方が住居を不在にしているにもかかわらずその住所に宛てて契約解除書面を送付したという特別な事情が加わる場合については、BGB 242条による信義則違反（あるいは権利濫用）により到達を否認する余地は残されている。

**d** なお付随的問題として、取引通念による受領使者が受領を拒絶したことが争われることが多いが、最新の BAG 2011年判決は、そもそも「受領拒絶」の認定基準として当該拒絶が明示に表示されることを要求しているようであり、まずこの点が、前述 5(2) a bb で R. シュヴァルツェも不満

を感じていたように、とくに受領使者の範囲を拡大する立場を採るのであれば問題であろう。むしろ BAG 2011年判決事件において、解約告知書面の名宛人である妻は、（取引通念による受領使者であるとの認定を受けた）夫が自己と表意者ではなく妻と表意者との間に労働関係が存在することを理由に妻への転送を約束した覚えはないと主張したものの認められなかったが、この主張内容の方が実際の経験則に合致するようにも思われる<sup>173)</sup>。もし当該主張を認めて受領拒絶を認定するのであれば、問題は受領使者による受領拒絶の法律効果へと移ることになる。

判例は、すでに前述 2(1)b の BAG 1992年判決で見たとおり、単なる受領使者でしかない第三者が受領を拒絶していたとしても、相手方と通謀した意図的な場合でない限り、到達妨害として BGB 242条の信義則違反により到達を擬制することはできないとしている。とにかく本稿ではこの問題に深入りしなかったが、現時点で筆者は、次の G. C. シュヴァルツの批判的論調に賛成である。すなわち——受領使者であると判断された以上——この者は相手方の領域に位置することから、この「受領使者が惹起した」「相手方の領域内での到達障害」、つまり理由のない受領拒絶は「もはや表意者の伝達危険」の問題ではなく「相手方に帰せしめられる」<sup>174)</sup>。

(3) 最後に BAG 2011年判決事件について、拙見を簡潔に述べて前稿より続く、「書面表示の到達」に関する一連の考察を終えたい。

雇用主（Y）が、従業員（G）を表示使者として解約告知書面を労働者である妻（X）の夫に、彼の職場にて手交させた場合における到達については、この中間介在者たる夫がいかなる法的地位を有したか、つまり妻の受働代理人か受領使者かそれとも雇用主側の表示使者にすぎなかったのかが、まず問題となる。

夫は、妻から書面の受領につき代理権を授与されていなかったし、さらに当該解約告知は BGB 1357条にいう日常家事に関する事項にも含まれないことから、とにかく受働代理人とは認められない。

それでは夫は、BAG 2011年判決が判示するように、妻の受領使者であっ

たと言えるであろうか。BAG は、「本件では、妻が明示にも黙示にも意思表示の受領につき夫に権限を与えておらず、そういった権限付与について権利外観を作出してもいない」と判示していることから、「真正ならびに表見」受領使者とは認められない。また、夫が当該書面を受領した場所は、妻と暮らす住居ではなく自らの職場であった、つまり相手方の勢力・支配圏の外であったことから、拙見によれば、郵便慣行上受領使者と認められる例外的事例 ((2) b cc bbb 参照) にも該当しない。あくまで夫は、奇しくも事実関係で記載されていたとおり、表意者である雇用主に代わって当該書面を持参した従業員と親しい関係にあったにすぎず、雇用主側が一方的にその懇意関係に基づいて内々に解約告知の手続きを進めようとしていたにすぎないことから、夫も上記従業員同様、所詮は（雇用主側の）表示使者にすぎないと考えられる。したがって、解約告知書面は夫に手交された2008年1月31日中は自宅に持ち帰られず職場に放置されたままであったことから、上記 BAG 2011年判決とは異なって、この転送遅延リスクは雇用主側が負担すべきであり、とにかく手交当日中の到達は認められないとの結論に至った。

- 1) BGB の意思表示法 (141条まで) および代理法の条文訳については、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) の仮条文訳を随時参照している。
- 2) 起草者がどのように考えていたかについては、ブリンクマン (Franz-Josef Brinkmann) やブレクセル (Ralf Brexel) により——違った論調の——分析がなされているが、詳細については、拙稿「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——『通常状況下で取引通念を考慮した相手方の了解期待可能性』を中心に——」立命 347号 (2013年) 247頁参照。

ところで——わが国では最近話題になっている (有賀恵美子「[11] 意思表示の効力に関する諸規定の強行法規性」椿寿夫編著『強行法・任意法でみる民法』(日本評論社, 2013年) 所収41頁以下) が——BGB 130条の強行法規性については、Franz Jürgen Säcker/Jochen Mohr, Fallsammlung zum BGB Allgemeiner Teil: mit Verbindungslinien zum Schuld- und Sachenrecht (2010), S. 151; Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 10. Aufl. (2010), Rz. 131f. 参照。たとえば BGH 1995年6月7日判決 (NJW 1995, 2217) は、その任意規定性を前提に合意による到達要件の緩和的変更を認めている。

- 3) BGH NJW-RR 1989, 757. Vgl. etwa auch Winfried Boecken, BGB - Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (2012), Rz. 226.

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（臼井）

なお本稿では、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BGH 1989年判決と略称する。

- 4) わが国でも、判例分析を行った須永（醇）教授により、「『到達』の成否がことさらに問題となる事件では多くの場合に中間者が介在している」とされる（川島武宜＝平井宜雄編『新版注釈民法（3）総則（3）法律行為Ⅰ §§90～98』（有斐閣，2003年）527頁〔須永醇〕）。
- 5) 愛学43巻1号（2002年）1頁以下。
- 6) 旧稿・前掲注5）3頁参照。
- 7) Bernd Sandmann, Empfangsbotenstellung und Verkehrsanschauung, AcP 199 (1999), S. 458. 同旨の批判として、小林一俊『意思表示了知・到達の研究』（日本評論社，2002年）125頁。
- 8) BAG NJW 1993, 1093 = NZA 1993, 259.
- 9) BGH NJW 1994, 2613.
- 10) B. Sandmann, a.a.O. (Fn. 7), S. 455ff. なお，“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。前稿に引き続き本稿でも、最近利用頻度の高い「取引通念」の方を使用している。
- 11) 同様の指摘をするものとして、たとえば Staudinger/Singer/Benedict, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2012, § 130 Rz. 59.
- 12) Vgl. Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: 2. Band - Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. (1992), § 14 3b. 前稿・前掲注2）255頁以下も参照。
- 13) 前掲注2）244頁以下。
- 14) BGH NJW 2008, 843 = BB 2008, 229. 詳細については、前稿・前掲注2）272頁以下参照。
- 15) 詳しくは、前稿・前掲注2）254頁以下参照。
- 16) 旧稿・前掲注5）2頁以下。Vgl. auch Friedrich Schade, Arbeitsrecht (2010), Rz. 335.
- 17) Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. (2011), Rz. 1350.
- 18) なお本文の転送が期待できる時点は、ファオスト（Florian Faust）によれば、「転送見込時点（voraussichtlicher Zeitpunkt der Weiterleitung）」と換言される（NomosKommentar/Faust, BGB Allgemeiner Teil, 2.Aufl.(2012), § 130 Rz. 59）。
- 19) R. Bork, a. a. O. (Fn. 17), Rz. 1356. Ebenso etwa Wolfgang Nippe, Der Zugang der Kündigung bei Urlaubsabwesenheit des Arbeitnehmers — LAG Berlin, BB 1988, 484, JuS 1991, S. 287; Bamberger/Roth/Wendtland, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. (2012), § 130 Rz. 19; Manfred Wolf/Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl. (2012), § 33 Rz. 46.
- 20) Die Zugangsproblematik schriftlicher Willenserklärungen unter Einschaltung von Empfangsboten, NZA 1994, 392.
- 21) 詳しくは、前稿・前掲注2）258頁以下，264頁以下，275頁以下参照。
- 22) 詳しくは、旧稿・前掲注5）20頁以下，前稿・前掲注2）282頁以下参照。
- 23) R. Bork, a.a.O. (Fn. 17), Rz. 1350. Ebenso Jacob Jousen, Abgabe und Zugang von Willenserklärungen unter Einschaltung einer Hilfsperson, Jura 2003, S. 578.
- 24) R. Bork, a.a.O. (Fn. 17), Rz. 1350.

- 25) OLG Stuttgart DRZ 1950, 470 mit Anm. Konrad Zweigert.  
 26) BAG NJW 2011, 2604 = NZA 2011, 847.  
 27) ところで小林（一俊）教授は、本文の「同居の親族・家事使用人や相手方の事務所で働く使用人」を一般に「取引観念上相手方のために書面表示を受領する権限があると認められる」として「表見受領権者」と呼ぶ（小林・前掲注7）79頁）が、本稿では、表見代理の類推適用により受領権限が（法律上）認められる者を「表見受領使者」、その限界をこえて（つまり表見代理の帰責要件に縛られることなく）取引通念上受領権限があると認められる使者を「取引通念による受領使者」と呼んでより細分化している（後述2(1)bのBAG 1992年判決参照）。

なおわが国では、たとえば須永（醇）教授は、「同居の家族員の受領権限の根拠については、黙示の受領授権と構成されえないでもないであろうが、より率直に『事実上の授権』と解してはどうであろうか」とする。すなわち——代理権に関する、川島（武宜）博士の「事実上の授権」概念を参照して——、家族員「本人と受領者との間には——黙示にせよ——本人の書状を受領する権能を与えるとか与えないとかの意識すらなく、むしろ、一定の家族関係にある者が一定の形で同居しているという事実そのものに基づいて相互に他の者に宛てられた書面表示を受領する権限が社会観念上認められることになる、と解するのが最もよく当該の事態に適合するのではないか」として、「事実上の授権」概念の転用を主張する（川島ほか編・前掲注4）532頁〔須永〕。

- 28) たとえば Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 35. Aufl. (2011), Rz. 151, 小林・前掲注7）112頁。  
 29) B. Sandmann, a.a.O. (Fn. 7), S. 458f. 旧稿・前掲注5）11頁も参照。  
 30) たとえば——2(1)aで後述する——BGH 1989年判決は、「郵便受けへの投入」と「住居または事務所の戸の下への差し込み」を同一視する。もっとも「相手方の然るべき保護は、相手方が通常の状況下で当該表示を認識したであろう場合に限り、初めて到達が生ずることにより達せられる」、つまり「住居または事務所の戸の下への差し込み」では、相手方の了知期待可能性が否定されることになろう（vgl. Florian Faust, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (2012), § 2 Rz. 25）。

また通説によれば、「相手方により設置された郵便受函を表意者が利用しなかった場合にも、郵便受函が設置されていない場合と同様、別の方法で意思表示が相手方に了知可能になるよう相手方の領域（前例でいえば、玄関ドアの下）におかれるときに到達するとされ」る（小林・前掲注7）92頁参照。Vgl. auch B. Sandmann, a.a.O. (Fn. 7), S. 470）。

- 31) BAG NJW 2011, 2604 = NZA 2011, 847.  
 32) Zugang einer Kündigung — Ehegatte als Empfangsbote, JA 2012, S. 67ff.  
 33) Palandt/Ellenberger, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Aufl. (2012), § 130 Rz. 9; Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 11), § 130 Rz. 57. Vgl. auch Stephan Pötters/Johannes Traut, Aktuelle examensrelevante Probleme aus dem Arbeitsrecht: Teil II, Jura 2012, S. 415f.; Torsten Schaumberg, Kündigungsschutzrecht und kollektives Arbeitsrecht, NJ 2012, S. 309f.  
 34) すでに——非公表判決ではあるが——BAG 1978年8月25日判決（Urteil vom 25. 8. 1978 - 2 AZR 693/76 -）は、受領使者の範囲を相手方の「場所・空間的支配圏」内にいる者に限

定することについて、相手方たる賃借人と賃貸人の関係では拒絶した。「このような限定的理解は、上記判決で詳しく述べられているように、占有に関する物権法上の規定を非常に重視する。1976年1月16日判決（NJW 1976, 1284 L = AP § 130 BGB Nr. 7）からは、賃貸人が賃借人との関係で賃借人の受領使者とみなされるのは……共同で一軒家に生活する場合に限られるという結論は出てこない」（vgl. BAG NJW 1993, 1094 = NZA 1993, 259）。

35) Jörg Fritzsche, Fälle zum BGB Allgemeiner Teil, 4. Aufl. (2012), Fall 6; Jens Petersen, Examinatorium Allgemeiner Teil des BGB und Handelsrecht (2013), § 10 Rz. 8ff.

36) LAG Köln BB 2010, 180.

37) BGB Allgemeiner Teil (2010), § 8 Rz. 32.

38) なお第2版（2012年）への改訂時には早速、BAG 2011年判決に差し替えられている（vgl. Johannes Wertenbruch, BGB Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (2012), § 8 Rz. 32）。

39) 小林・前掲注7)108頁。

40) 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 ウィーン売買条約』（法律文化社、2000年）173頁〔筆者〕から引用した。

CISG 27条（通信伝達のリスク分配に関する発信主義）の条文については、甲斐ほか編・前掲書207頁〔筆者〕または前稿・前掲注2)301頁注32)参照。

なお前稿、本稿では電子的意思表示は考察の対象から除いた（その理由については前稿・前掲注2)248頁参照）が、これとの関連では、たとえば曾野（裕夫）教授が訳出・連載した「CISG-AC 意見第1号『CISGの下における電子的通信』（民商134巻1号（2006年）107頁以下）の、とくに次の【CISG 24条に対する意見】（曾野（訳）・前掲資料紹介121頁）などは興味深い。

「本条にいう『到達』とは、電子的通信が名宛人のサーバーに入った時点を目指す。ただし、名宛人が、明示的または黙示的に、当該種類の電子的通信を、当該フォーマットで、当該アドレスにおいて受領することに同意している場合に限る。……」

41) 前稿・前掲注2)250頁以下。より詳しくは、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）160頁～168頁参照。

42) 前稿・前掲注2)252頁参照。

43) 須永（醇）教授は、わが国では、小林（一俊）教授の研究という「唯一の例外」を除けば、そもそも受領使者概念について「これまでほとんど言及されることすらなかった」とした上で、当該概念が「意思表示伝達の過程の法的処理に際して有用である」と指摘する（川島ほか編・前掲注4)531頁〔須永〕）。

なおわが国における中間者紹介事例については、たとえば須永（醇）教授が、川島ほか編・前掲注4)527頁以下で紹介をし、続いて同書531頁以下で検討を加えている。

44) BGH NJW-RR 1989, 757.

- 45) 詳しくは後述 2(1)冒頭部分を参照。
- 46) Zugang verkörperter Willenserklärungen (1998), S. 51.
- 47) 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）教授の研究（集大成とも言うべき著書・前掲注 7）総194頁）が存在する（その他にも、ドイツの法状況、とくに通説とプリンクマンの見解を参照する川島ほか編・前掲注 4）509頁以下〔須永〕がある）。したがって筆者としてはなるべく、小林教授（前掲注 7）110頁以下）が中間者介在について簡潔にフォローした後の判決・文献を中心に参照するよう心がけたつもりである（あわせて前稿・前掲注 2）302頁注46）参照）。
- なおオーストリアの議論については、片桐善衛「意思表示の中間者介在と到達——オーストリアの一事例を素材として——」小林一俊博士古稀記念論集編集委員会『財産法諸問題の考察』（酒井書店、2004年）239頁以下を参照。
- 48) Staudinger/Singer/Benedict, a. a. O. (Fn. 11), § 130 Schrifttum. Vgl. auch Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl. (2010), Rz. 285 Anm. 24.
- 49) BGH NJW 1965, 965.
- 50) 小林・前掲注 7）113頁。
- 51) B. Sandmann, a.a.O. (Fn. 7), S. 459.
- 52) 小林・前掲注 7）113頁。
- 53) B. Sandmann, a.a.O. (Fn. 7), S. 459.
- 54) BGH NJW-RR 1989, 757.
- 55) R. Brexel, a.a.O. (Fn. 46), S. 51.
- 56) BAG NJW 1993, 1093 = NZA 1993, 259.
- 57) なお、解約告知書面の名宛人たる労働者が（休暇）旅行中で不在であったことも論点となりうるが、本判決は、1988年以降の BAG の判例変更を受けて、「休暇不在を雇用主が知っている場合であっても、労働者の住所宛の解約告知書面は労働者に到達している」と判示する（旧稿・前掲注 5）6 頁参照。BAG 判例の変遷については、前稿・前掲注 2）269 頁以下参照）。
- 58) BGB 242条（信義誠実に従った給付）  
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。
- 59) G. C. シュヴァルツは、BAG が受領使者による受領拒絶を「到達」とみなすには本文のとおり相手方に帰責事由（Zurechnungsgrund）が必要であるとしたが、独自の理由づけを試みたわけではなく、戦前の RAG（帝国労働裁判所）判例（DR 1941, 1796 [1797]）や LAG Hamm 1981年 7月30日判決（MDR 1981, 965）に関連づけた（M. Herbert, a.a.O. (Fn. 20), S. 393）ことから、これら両判決に言及している。「RAG は、BGB 278条を重視する：『しかしとにかく妻は、夫宛書面の受領について、BGB 278条の意味における夫の履行補助者であるとみなすことはできない。これが認められるのは、妻がたとえば予期された書面の受領につき夫からとくに委任を受けていた場合や、商人の妻が一般に特定書面の受領を委任されていた場合に限られるであろう。このような事実はないので、夫は、BGB 130条により到達していたという効力をもって、解約告知到達の有責な阻止、たとえば妻による根拠のない書面の受領拒絶さえ自己に対抗されるには及ばない』。LAG Hamm は、受領

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（臼井）

を拒絶した受領使者が相手方の依頼で行動していたかどうかを重視する」（Kein Zugang bei Annahmeverweigerung des Empfangsboten?, NJW 1994, 891）。

BGB 278条（第三者に対する債務者の責任）

債務者は、その法定代理人およびその債務の履行のために用いる者の故意・過失について、自らの故意・過失と同じ範囲で責任を負わなければならない。第2文は省略。

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）462頁から引用した。

なお参考までに、戦後の上記LAG Hamm 1981年判決の要旨を掲げておく。

【判決要旨】「1. 労働者の住所番地に宛てた解約告知書面は、当該労働者が休暇で不在であったとしてもこの者に到達する。到達の基準となるのは、労働者が不在でなければ当該書面を了知できたであろう時点である（BAG MDR 1981, 524 = Wenzel の評釈があるBB 1981, 1030 に反対して）。

2. 書留郵便で送付された解約告知表示は、労働者の休暇旅行不在中にその妻がその受領を拒絶したときは、当該労働者に到達しない。」

またヘルベルトは、上記両判決事件とも受領使者がそもそも受領自体を拒絶していたのに対して、当該BAG 1992年判決事件では受領使者は書面を一度は受領した上で返しているが、この違いをBAGが黙殺した点を批判する（なお本稿では当該「受領拒絶」問題には深入りしないため、詳しい検討についてはM. Herbert, a.a.O. (Fn. 20), S. 393f. 参照）。

60) なおドイツの表見代理法理の概要については、たとえば拙稿「戦後ドイツの表見代理論——わが国における法的構成の再考に備えて」私法68号（2006年）153頁以下参照。

61) 旧稿・前掲注5）4頁以下。

62) BGH NJW 1994, 2613.

63) 旧稿・前掲注5）7頁以下。

64) 旧稿・前掲注5）9頁以下。これに対してわが国では、内縁の同居妻が夫不在を理由に郵便の受取りを拒んだ事件で、拒絶時に到達を認めた判決（たとえば大判昭和11年2月14日民集15卷158頁）がある。これとは異なる判断をした判決として、大判昭和9年10月24日新聞3773号17頁。

65) 詳細については、旧稿・前掲注5）11頁以下、前稿・前掲注2）262頁以下参照。

66) 旧稿・前掲注5）10頁以下、とくに15頁以下。たとえば、相手方が別の適当な受領使者を用意して了解りリスクを最小限にとどめようとしていた場合である。この場合について、ザントマンは、「玄関戸の下に差し込んだ手紙が玄関マットの下に潜ってしまった場合」に準じて考えるべきであり、「表意者が、相手方備えつけの物的受領設備を使用しなかったことが原因で、たしかに相手方の勢力・支配圏に達してはいるが、相手方の了解りリスクを増大させているがゆえに、いまだ伝達・配達リスクを負担し続けなければならない」とする（旧稿・前掲注5）16頁）。

67) 前掲注27)も参照。

68) 旧稿・前掲注5）17頁。

69) Jantina Nord, Zugang und Fristwahrung — Der Wirksamkeitseintritt empfangsbedürftiger Willenserklärungen gemäß § 130 BGB(2004), S. 111.

- 70) なお旧稿・前掲注 5) 20頁以下も参照。
- 71) BSG NJW 2005, 1303.
- 72) ZPO 178条 (住居, 事務所および施設における補充送達)  
(1) 送達されるべき者が, その住居, 事務所又は自らが居住する共同施設にいないときは, 文書は, 第 1 号から第 3 号に掲げる者に送達することができる。  
1. 住居においては, 成人した家族構成員, 家族に雇用されている者または成人した常在の同居者,  
2. 事務所においては, そこで雇用されている者,  
3. 当該共同施設においては, その長または当該権限を付与された代理人。  
第 2 項は省略。
- 73) Vgl. auch Hans Christoph Grigoleit/Carsten Herresthal, BGB Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (2010), Rz. 19.
- 74) OLG Köln MDR 2006, 866.
- 75) OLG Hamm NJW-RR 2008, 982.
- 76) BAG NZA-RR 2009, 79.
- 77) BGH NJW 2002, 1565. 【判決要旨】「……通話転送接続 (Schaltung einer Anrufweiterleitung) において, 疑わしいときは, 電話に出た同僚は取引通念上——企業内での地位にかかわらず—— (本来の電話相手であった: 筆者挿入) 表示相手方に対する効力をもって意思表示またはこれと同等の通知の受領につき権限を与えられたものとみなされることになる。」
- 78) Brox/Walker, a.a.O. (Fn. 28), Rz. 151. なお小林・前掲注 7) 111頁も参照。
- 79) Palandt/Ellenberger, a.a.O. (Fn. 33), § 130 Rz. 8.
- 80) Bamberger/Roth/Wendtland, a.a.O. (Fn. 19), § 130 Rz. 16ff.
- 81) BGB 164条 (代理人のした表示の効果)  
(1) ある者がその有する代理権の範囲内において本人の名であることを示してした意思表示は, 本人に対して直接にその効力を生ずる。その表示が本人の名であることを明示してなされたか, 本人の名であることを示してなされたことが諸般の事情から明らかになるかは問わない。  
(2) 省略。  
(3) 本条第 1 項の規定は, 相手方に対してなされるべき意思表示がその代理人に対してなされた場合に準用する。
- 82) BGB 120条 (誤った伝達を理由とする取消可能性)  
伝達のために用いられた人または設備によって不正確に伝達された意思表示は, 第 119 条に基づいて錯誤によりなされた意思表示と同一の要件のもとで取り消すことができる。
- 83) Bamberger/Roth/Valentini, a.a.O. (Fn. 19), § 164 Rz. 46. なおアイスフェルト (Jens Eisfeld) は, 「受領使者の場合には——受領代理人とは異なって——法律または任意代理権による受領権限の付与 (Empfangsermächtigung) が存在しない」ことを理由にする (Der Zugang von Willenserklärungen, JA 2006, S. 852)。わが国でも同旨, 川島ほか編・前掲注 4) 532頁 [須永]。
- 84) Jörg Benedict, Versuch einer Entmythologisierung der Zugangsproblematik (§ 130 BGB)

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（臼井）

(2000), S. 88; Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 11), § 130 Rz. 56. 小林（一俊）教授も、「意思表示の受領は全く消極的な行為であるため」、受働代理人と受領使者の区別は「受領行為の外観からは区別しがた」く、「結局は、中間者が相手方から与えられた権限を基準にするほかないであろう」とする（前掲注7）113頁。なお前述2(1)のBGH 1965年判決も参照）。

85) R. Bork, a.a.O. (Fn. 17), Rz. 1350.

86) なお法律行為を行う代理権は通常、表示の受領に関する代理権をも含む（J. Joussen, a.a.O. (Fn. 23), S. 578; Bamberger/Roth/Wendtland, a.a.O. (Fn. 19), § 130 Rz. 16; Münchener/Einsele, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl. (2012), § 130 Rz. 27）。

87) BGB 166条（意思の瑕疵；知っていたことの帰責）1項

(1) 意思表示の法律効果が意思の瑕疵又はある事情を知っていたこと若しくは知るべきであったことによって影響を受ける限り、本人その者ではなく、代理人自身について考慮する。

88) BGH NJW 2003, 3270.

89) なお本文中の「業務執行者の主要な職務は、会社の業務執行および会社を裁判上または裁判外で代表することにあり」、「業務執行と代表は日本法上の概念とほぼ同じである」（高橋英治『ドイツ会社法概説』（有斐閣、2012年）351頁）。

90) ただし、受領使者が書面表示の受領を拒絶するときは、2(1)bで前述したBAG 1992年判決、これを踏襲する4で紹介するBAG 2011年判決によれば、当該表示は到達していないとされる。

これに批判的なものとして、たとえばG. C. Schwarz, a.a.O. (Fn. 59), S. 891ff.; M. Herbert, a.a.O. (Fn. 20), S. 391; J. Joussen, a.a.O. (Fn. 23), S. 581。具体的にショウセン（Jacob Joussen）は、判例・多数説が詳細な根拠づけもせず相も変わらず同じ結論を繰り返すことを批判した上で、相手方自身が理由なく受領拒絶した場合には到達が擬制されることとの不均衡、相手方の生ける受領設備であるという受領使者の法的性質・特徴に鑑みれば、当該使者の容態は相手方に帰せしめられることなどから、到達を認める（a.a.O. (Fn. 23), S. 581）。

91) J. Joussen, a.a.O. (Fn. 23), S. 577.

92) 表示使者は、「表意者が到達を生じさせるために置いた伝達者（Übermittlungsperson）であり」（Martin Franzen, Zugang und Zugangshindernisse bei eingeschriebenen Briefsendungen - BAG, NJW 1997, 146; BGH, NJW 1998, 194, JuS 1999, S. 431）、「人的に擬制された輸送手段（Transportmittel）」としての役割を果たすが、具体的には——受領使者とみなされない——名宛人の家屋で働く職人などがこれに該当する（Münchener/Einsele, a.a.O. (Fn. 86), § 130 Rz. 26. Ebenso etwa Erman/Arnold, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl. (2011), § 130 Rz. 17）。

なお表示使者が相手方に誤って表示を伝達したときは、BGB 120条による取消しが問題となりうるため、当該誤伝リスクは120条の限度で表意者が負担することになる（Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 11), § 130 Rz. 54）。

93) R. Brexel, a.a.O. (Fn. 46), S. 49. Vgl. etwa Stefan Hanloser, Stellvertretung und Botenschaft (2004), S. 105ff.; Jens Petersen, Stellvertretung und Botenschaft, Jura 2009, S. 905.

- 94) Etwa Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil: Prüfe, dein Wissen, Rechtsfälle in Frage und Antwort, 25. Aufl. (2009), S. 61; Rolf Schmidt, BGB Allgemeiner Teil, 6. Aufl. (2009), Rz 354ff.; Erman/Arnold, a.a.O. (Fn. 92), § 130 Rz. 16ff.; Münchener/Einsele, a.a.O. (Fn. 86), § 130 Rz. 25; Säcker/Mohr, a.a.O. (Fn. 2), S. 154f. Vgl. auch R. Brexel, a.a.O. (Fn. 46), S. 49ff. なお小林 (一俊) 教授は、わが国においても当該「類型を基準にして到達の有無を判断する方がより明確かつ適切であらう」として、その有用性を指摘する (前掲注 7) 111頁, 126頁, 詳しくは111頁以下参照)。
- 95) NomosKommentar/Faust, a.a.O. (Fn. 18), § 130 Rz. 59ff. 郵便の場合については, 前稿・前掲注 2) 271頁参照。
- 96) Etwa Karl Larenz/Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. (2004), § 26 Rz. 41f., 46, 80; Münchener/Einsele, a. a. O. (Fn. 86), § 130 Rz. 25; Palandt/Ellenberger, a.a.O. (Fn. 33), § 130 Rz. 8.
- 97) R. Brexel, a.a.O. (Fn. 46), S. 55.
- 98) Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 11), § 130 Rz. 57. もっとも, 当該注釈をジנגーとともに担当したベネディクトは, 当該基準による「線引きは行われず, これに関するカズイステーク (Kasuistik) が相対的にむき出しである」と憂慮する (J. Benedict, a. a.O. (Fn. 84), S. 89)。
- 99) J. Joussen, a.a.O. (Fn. 23), S. 578. Ebenso W. Nippe, a.a.O. (Fn. 19), S. 287; M. Herbert, a.a.O. (Fn. 20), S. 392. これに該当する, 相手方との関係で特別な立場にある者は, 「受領した書面表示を通常の下で名宛人に転送することを期待される」 (W. Nippe, a.a.O. (Fn. 19), S. 287)。なお類似の見解として, J. Petersen, a.a.O. (Fn. 35), § 10 Rz. 13。
- 100) たとえば社団理事の12歳の娘は, 制限行為能力者であるが, 自ら意思表示をする代理人にさえることができる (BGB 165条) ことに鑑みれば支障はなく, 家族構成員であることから, 取引通念による受領使者であるとされる (Christian Förster, Allgemeiner Teil des BGB — Eine Einführung mit Fällen, 2. Aufl. (2011), Rz. 140, 168f)。  
さらに書面表示の場合には, 口頭表示とは異なり転送につき適性が認められさえすればよい (etwa J. Wertenbruch, a.a.O. (Fn. 38), § 8 Rz. 33. わが国でも同旨, 川島ほか編・前掲注 4) 532頁 [須永])。たとえば——「通常一般的に相手方 (= 父親: 筆者挿入) の世帯で生活する構成員」は書面表示の受領につき少なくとも取引通念上権限を有する受領使者であることを前提に——9歳の息子であっても, 書面を父親に転送することは期待できるので受領使者としての適格性を認めた裁判例として, AG (区 [簡易] 裁判所) Friedberg 1992年1月23日判決 (AG Friedberg WuM 1992, 596)。
- 101) 類似の見解として, 掃除婦 (Putzfrau) を取引通念による受領使者とした OLG Karlsruhe 1977年2月23日判決 (OLG Karlsruhe VersR 1977, 902) に反対する Frank Weiler, Der Zugang von Willenserklärungen, JuS 2005, S. 791; D. Medicus, a.a.O. (Fn. 48), Rz. 286. Vgl. auch J. Joussen, a.a.O. (Fn. 23), S. 578.
- 102) R. Bork, a.a.O. (Fn. 17), Rz. 1350ff.
- 103) ただし, ヘルベルトは, 賃貸人の受領使者的地位について, 「賃貸人と賃借人ないし家屋所有者と居住者間では, たとえ彼らが同じ建物に居住していても, しばしばいかなる個

人的関係も存在しないという経験上おそらく疑われ得ない事実を考慮すれば、……賃貸人ないし家屋所有者を受領使者とみなしうる取引慣習をほとんど肯定できないであろう」ことから、「この事情のみに基づいて……法取引は、賃貸人が賃借人のために意思表示を受領してよいといまだ信頼してはならない」とする（M. Herbert, a.a.O. (Fn. 20), S. 393）。

- 104) Erman/Arnold, a.a.O. (Fn. 92), § 130 Rz. 17; Bamberger/Roth/Wendtland, a.a.O. (Fn. 19), § 130 Rz. 17; Münchener/Einsele, a. a. O. (Fn. 86), § 130 Rz. 25; Staudinger/Singer/Benedict, a. a. O. (Fn. 11), § 130 Rz. 57. Vgl. auch J. Benedict, a. a. O. (Fn. 84), S. 89; Stahlhacke/Preis/Vossen, a.a.O. (Fn. 2), Rz. 130. さらに本文以外にも, BGH 1997年9月10日決定 (BGHZ 136, 314) は, 住居共同体の構成員 (Mitglieder einer Wohngemeinschaft) に書面表示が手交された場合, とくに受領権限が付与されていなくても, 共同の賃借と居住は緊密な関係 (Näheverhältnisse) の現れであることから, 賃借人と当該構成員, つまり共同賃借人 (Mitmieter) どうしは互いに受領使者とみなされうると判示した。
- 105) Etwā G. C. Schwarz, a.a.O. (Fn. 59), S. 891.
- 106) R. Brexel, a.a.O. (Fn. 46), S. 53f.
- 107) 詳しくは, 前稿・前掲注2)258頁以下参照。
- 108) たとえば同旨, J. Eisfeld, a.a.O. (Fn. 83), S. 852.
- 109) R. Brexel, a.a.O. (Fn. 46), S. 53ff. なお CISG における中間者が介在する場合の到達にまで, プレクセルは考察対象を広げるが, 本稿では割愛した (詳しくは R. Brexel, a.a.O. (Fn. 46), S. 101ff. を参照されたい)。
- 110) BGB 180条 (単独法律行為)  
代理権のない単独行為は, 許されない。単独行為の相手方が, 法律行為の時に, 代理人が主張した代理権に異議を唱えず, 又は代理人が無権代理を行うことに同意するときは, 契約に関する規定を準用する。単独行為が無権代理人に対して, その同意をもって行われたときもまた同様である。
- 111) J. Benedict, a.a.O. (Fn. 84), S. 87ff.; Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 11), § 130 Rz. 58.
- 112) 詳しくは, 前稿・前掲注2)264頁以下参照。
- 113) J. Benedict, a.a.O. (Fn. 84), S. 91.
- 114) Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 11), § 130 Rz. 58. なお前掲注27)も参照。
- 115) Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 11), § 130 Rz. 60.
- 116) J. Benedict, a.a.O. (Fn. 84), S. 91f.
- 117) Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 11), § 130 Rz. 61.
- 118) J. Benedict, a.a.O. (Fn. 84), S. 92f.; Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 11), § 130 Rz. 61.
- 119) わが国でも同旨, 小林・前掲注7)112頁。
- 120) Staudinger/Singer/Benedict, a.a.O. (Fn. 11), § 130 Rz. 61. わが国でも, ——解約告知の意思表示の到達問題をドイツ法との比較から検討する——小西 (國友) 教授は, 民法761条との関係で, 「労働者が生活共同体の構成員の了知可能性をもって本人の了知可能性とする旨を使用者と当然に合意しているとは考えられず, また, 意思表示の受領権限も当然に授与しているとは考えられない」とする (「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) 168頁参照)。また, 賃貸借

解除の意思表示の受領が民法761条の範囲に含まれるかについて、須永(醇)教授は、「賃料の支払い——こちらが日常家事債務に含まれることは明らか——と異なり、やはり『日常家事債務』の範囲外と解せられるべきであろう」とする(川島ほか編・前掲注4)532頁〔須永〕。

- 121) J. Benedict, aa.O. (Fn. 84), S. 93.
- 122) なお、受領使者が介在しない場合における書面表示の到達について、ノルトは、帰責可能な相手方の客観的知可能性、つまり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て、たとえば一般私人の住所内の郵便受けが問題になる場合は、郵便慣行を重視して「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」を到達時点の基準とするが、詳細については、前稿・前掲注2)263頁以下参照。
- 123) NJW 1960, 870. 【判決要旨】「a) 建設業者の工事現場で建築資材が引き渡されるに際して、当該給付(配達)証書(Lieferschein)が当該現場で働く当該業者の左官職人頭に手交される場合、この証書は、その職人頭への引渡しにより到達している。b) は省略。」
- 124) J. Nord, aa.O. (Fn. 69), S. 107ff., 205.
- 125) D. Medicus, aa.O. (Fn. 48), Rz. 286.
- 126) J. Benedict, aa.O. (Fn. 84), S. 91.
- 127) BGB Allgemeiner Teil, 36. Aufl. (2012), § 6 Rz. 16.
- 128) J. Jousen, aa.O. (Fn. 23), S. 578f. Vgl. auch W. Nippe, aa.O. (Fn. 19), S. 287; M. Herbert, a. a.O. (Fn. 20), S. 392; Pötters/Traut, aa.O. (Fn. 33), S. 416.
- 129) J. Jousen, aa.O. (Fn. 23), S. 579f.
- 130) BAG NJW 2011, 2604 = NZA 2011, 847. 本判決については、その内容を報道向けに簡略化し発表する Pressemitteilung Nr. 48/11 vom 9. 6. 2011 (BAG の HP [<http://www.bundesarbeitsgericht.de>] の本判決掲載ページの上部にリンクが張られている)がある。  
なお本判決中の判例や文献の表記は、上記の掲載するところに従った。
- 131) BGB 622条は、前条の621条とともに、「告知することができる時期とその告知によって雇用関係が終了する時期を規定している」(右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂, 1995年) 396頁以下〔青野博之〕)。

BGB 622条(労働関係の通常告知期間) 2項 1文 1号・2号および2文

(2) 事業所又は企業において労働関係が以下の規定の期間存続したときは、使用者による告知については、告知期間は、以下の規定の通りである、

1 2年間継続したときは、暦月の末日までの1月、

2 5年間継続したときは、暦月の末日までの2月、

第3号から7号まで省略。

在職期間の算定については、労働者の25歳未満の期間を参入しない。

当該条文については、右近編・前掲396頁以下〔青野〕から引用した。

なお上記条文との関係では、その前提となる BGB 620条2項を掲げておく必要があると思われるので、そのようにした。

BGB 620条(雇用関係の終了) 2項

(2) 雇用関係の存続期間について定めがなく、労務の性質又は目的からも明らかにならないときは、各当事者は、第621条から第623条までの規定により雇用関係を告知する

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（臼井）

ことができる。

当該条文訳は、条文に一部修正があったが、右近編・前掲393頁〔青野〕を参考にした。

- 132) 当該告知期間とは、当該表示の到達により開始し雇用関係が終了するまでの期間をいう（F. Schade, aa.O. (Fn. 16), Rz. 337, 右近編・前掲注131)396頁〔青野〕）。
- 133) 解約告知期間の計算については、BGB 186条（適用領域 [Geltungsbereich]）以下が適用される。たとえば BGB 187条 1項により、解約告知が到達した日は参入されない（etwa Sächer/Mohr, aa.O. (Fn. 2), S. 143f.）。ただし、BGB 193条（日曜日及び休日；土曜日）は適用できない。詳しくは、Stahlhacke/Preis/Vossen, aa.O. (Fn. 2), Rz. 436ff. 参照。
- 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。
- なお BGB 193条の訳については、前稿・前掲注 2)312頁注159)参照。
- 134) KSchG 1条（社会的正当性のない解約）
- (1) 同一の事業所内又は企業内において6か月以上労働関係が継続している労働者の労働関係の解約は、社会的正当性がない場合は無効となる。
- (2) 労働者の個人若しくはその行為に原因がある場合又は当該事業所内で引き続き雇用することに支障のあるような緊急の経営上の必要性がある場合でない限り、当該労働関係の解約には社会的正当性がない。以下省略。
- 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）151頁から引用した（<http://www.mhlw.go.jp/wp/hakusyo/kaigai/10/> から閲覧・入手）。
- なお解雇保護法とは、その名称および上記条文訳を見れば分かるように、「労働者に対する労働関係の解除（解雇）に対して規制を設ける法律である」（高橋・前掲注89)149頁脚注334)）。Vgl. auch Münchener/Hergenröder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. (2005), Einl. KschG Rz. 11)。
- 135) KSchG 23条（適用範囲） 1項
- (1) KSchG 第1章（一般的解雇保護）は、労働者10人以下（職業訓練性を除く）の事業所には適用されない。この10人の労働者数の算定に際し、週20時間以下の所定労働時間の短時間労働者は0.5、同20時間超30時間以下は0.75として算定する。
- 当該条文訳は、厚生労働省編・前掲注134)151頁から引用した。
- 136) Vgl. etwa F. Schade, aa.O. (Fn. 16), Rz. 428ff.; Stahlhacke/Preis/Vossen, aa.O. (Fn. 2), Rz. 860ff.
- 137) GG 6条（婚姻、家族、母及び子の保護） 1項
- (1) 婚姻及び家族は、国家秩序の特別の保護を受ける。
- 当該条文訳については、高田敏＝初宿正典編『ドイツ憲法集（第5版）』（信山社、2007年）214頁以下〔初宿〕から引用した。
- 138) 判例における「事実上の処分権限」基準について詳しくは、小林・前掲注 7)75頁以下参照。
- 139) つまりここでは、代理に関する規定の存在を指す。
- 140) これは、使者については、たしかに表示使者しか法律上規定されていない（BGB 120

条) が、表示を受領しかつそれに対する法的判断・対応を任された受働代理人が法律上承認されている (BGB 164条 3項) 以上、それよりも狭い、受領権限しかない使者、つまり受領使者が認められるのは「ましてや当然 (“erst recht”）」であること (いわゆる勿論解釈) を意味する (旧稿・前掲注 5) 1 頁以下、R. Schwarze, aa.O. (Fn. 32), S. 68 参照。Vgl. auch R. Brexel, aa.O. (Fn. 46), S. 50)。

141) なお、Y のところの正確な就業者数については、BAG 判決はもとより原審の LAG 判決でも記載されておらず、KSchG 1 条の不適用の結果のみが判示されている (vgl. R. Schwarze, aa.O. (Fn. 32), S. 68)。

142) 解約告知の到達時点で 2 年間働いていた被用者、つまり X については、BGB 622条 2 項 1 文 1 号による解約告知期間「暦月の末日までの 1 月」が当てはまる。なお X は、BGB 622条 2 項 1 文 2 号の適用要件である 5 年間の就業を充足したと勘違いしたようであるが、かりに X にとって最も有利な、解約告知表示の到達時点「2008年 2 月 1 日」によっても、採用日付「2003年 2 月 3 日」に鑑みると、X はいまだこの時点で 5 年間就業していないことになる。ただこの問題について、BAG は詳しく言及していない (vgl. R. Schwarze, aa. O. (Fn. 32), S. 68)。また「2003年 2 月 3 日」の採用時点で、X は 22 歳であり、BGB 622条 2 項 2 文 (条文訳は前掲注 131) 参照) によれば、25 歳になるまでの期間は計算上参入されないため、5 年の就業にはほど遠いということになろう。

もともと上記 2 文については、EuGH (ヨーロッパ司法裁判所) 2010年 1 月 19 日先決裁定 (DB 2010, 228 = NZA 2010, 85) が、いわゆる Kúçükdeveci 事件で、2000年 11 月 27 日に採択された「雇用及び職業における均等取扱いのための一般的枠組みの設立に関する EU 理事会指令 2000/78/EG」(いわゆる一般雇用機会均等指令。当該指令の日本語訳は、たとえば労働政策研究・研修機構 (研究調整部研究調整課) 編『欧州における高齢者雇用対策と日本——年齢障壁是正に向けた取り組みを中心として——』労働政策研究報告書 13 号 (2004 年) 129 頁以下参照) の差別禁止 (Diskriminierungsverbot) に違反しているため適用できないとしている (F. Schade, aa.O. (Fn. 16), Rz. 338. その他、たとえば庄司克宏『新 EU 法 基礎編』(岩波書店、2013 年) 251 頁も参照)。

143) R. Schwarze, aa.O. (Fn. 32), S. 68.

144) Pötters/Traut, aa.O. (Fn. 33), S. 415f.

145) BGB 188 条 (期間の終期)

(1) 日をもって定めた期間は、期間の末日が経過した時に終了する。

(2) 週、月または数月を含む時間——1 年、半年、4 分の 1 年——をもって定めた期間は、第 187 条第 1 項の場合においては、最後の週または最後の月において……経過した時に終了し…… (以下省略)。

(3) 月をもって定めた期間の場合において、最後の月に応当日がないときは、期間は、この月の末日が経過した時に終了する。

146) BGB 615 条 (受領遅滞の際の報酬) 1 文

労務給付権利者が労務の受領について遅滞に陥るときは、義務者は、追給付をする義務を負うことなく、遅滞により給付しなかった労務に対して合意した報酬を請求することができる。当該条文訳については、右近編・前掲注 131) 385 頁 [青野] から引用した。

- 147) R. Schwarze, a.a.O. (Fn. 32), S. 68.
- 148) Vgl. etwa auch Stahlhacke/Preis/Vossen, a.a.O. (Fn. 2), Rz. 122ff.
- 149) R. Schwarze, a.a.O. (Fn. 32), S. 68f.
- 150) R. Schwarze, a.a.O. (Fn. 32), S. 69.
- 151) R. Schwarze, a.a.O. (Fn. 32), S. 69f.
- 152) R. Schwarze, a.a.O. (Fn. 32), S. 70.
- 153) R. Schwarze, a.a.O. (Fn. 32), S. 70. なお（相手方である）子どもが成人の場合、BGH 1989年2月28日判決（BGH NJW 1989, 1671）は、「成人した……名宛人の両親も原則……適格な受領使者として考慮されうる」としつつも、ただ本件事例ではその特殊性から、原判決である OLG Saarbrücken 1988年2月23日判決（OLG Saarbrücken WM 1988, 1227）とは異なり、両親さえ受領使者ではないとした。
- 154) T. Schaumberg, a.a.O. (Fn. 33), S. 310.
- 155) Vgl. etwa J. Joussen, a.a.O. (Fn. 23), S. 578. 前述 2(1)b の BAG 1992年判決は、受領使者は「受領において相手方を代理する（Empfänger in der Empfangnahme zu vertreten）権限を取引通念上与えられたとみなされる」者であるという表現でもって「非常に強く代理法と関連させる」（W. Boecken, a.a.O. (Fn. 3), Rz. 226 Anm. 141）。なお、前掲注140）も参照。
- 156) B. Sandmann, a.a.O. (Fn. 7), S. 456.
- 157) B. Sandmann, a.a.O. (Fn. 7), S. 461f.
- 158) C. Förster, a.a.O. (Fn. 100), Rz. 140, 168ff.
- 159) 詳細については、前稿・前掲注2）265頁以下参照。
- 160) M. Herbert, a.a.O. (Fn. 20), S. 392.
- 161) J. Wertenbruch, a.a.O. (Fn. 37), § 8 Rz. 32. なお、BAG 2011年判決に差し替えて改訂した第2版でも、その評価を変えていない（vgl. J. Wertenbruch, a.a.O. (Fn. 38), § 8 Rz. 32）。
- 162) もっとも R. シュヴァルツェ自身が、受領使者いかんによってはその受領権限が場所的に限定されうると考えているのかは断言できない。おそらくは次に論じる「転送期待可能性」との関連で、同居人であっても夫婦間のような日々の接触・連絡可能性がないことから、到達を前提にしつつもその時点を遅らせるだけかもしれない。
- 163) 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、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」（前稿・前掲注2）291頁以下）。
- 164) 旧稿・前掲注5）18頁以下、とくに20頁以下。
- 165) 前稿・前掲注2）291頁。
- 166) 旧稿・前掲注5）22頁。
- 167) 旧稿・前掲注5）22頁以下。
- 168) J. Joussen, a.a.O. (Fn. 23), S. 578.
- 169) なおこの会社バージョンとでも言うべきが、——わが国であまりにも有名な——表示使者が書面表示を相手方たる会社の事務室に持参し、遊びに来て事務室にいた代表取締役の娘に手渡した事件に関する最判昭36年4月20日民集15巻4号774頁ということになろうか。
- 170) 詳細については、前稿・前掲注2）258頁以下、264頁以下、275頁以下、282頁（とくに

289頁) 以下参照。

- 171) J. Joussen, a.a.O. (Fn. 23), S. 579.  
172) 詳細については、前稿・前掲注 2) 268頁以下参照。  
173) それゆえ問題の本質は、受領拒絶というよりも——とくに本件では夫による受領自体は認められるから——夫が妻への転送を拒絶したかどうかであるように思われる。  
174) G. C. Schwarz, a.a.O. (Fn. 59), S. 892.

**【追記】** 前稿、本稿ともにその大半をドイツ・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）中に執筆していたが、帰国直後から6か月の間に数度の手術・入院を余儀なくされたため、公表の時期が遅くなってしまった。リハビリも兼ねて公表に踏み切ったが、講義との両立は思いのほか厳しく、妻 陽子の献身的な看護と校正の手助けなくしてはとうてい叶わなかった。「ありがとう。ご苦労様。」と労いの言葉をかけてやりたい。

また今回の件でご心配とご迷惑をお掛けした法学部執行部・教職員の皆様と、京都学園大学の右近（潤一）先生のご親切に対しまして、この場をお借りしましてあらためてお礼を申し上げます次第です。

なお校正段階で、意思表示の到達に関する証明問題を取り扱う Martin Mrosk, Der Nachweis des Zugangs von Willenserklärungen im Rechtsverkehr, NJW 2013, S. 1481ff. に接した。

最後に前稿の誤植につきまして、お詫びして訂正いたします。

- 244頁本文下から7行目  
[誤] äußeren → [正] äußern
- 245頁上から19行目  
[誤] Rechtsgeschäftsgebiet → [正] Rechtsgeschäftsgebiets
- 247頁上から19行目  
[誤] Empfänger → [正] Empfängers
- 295頁上から14行目  
[誤] Entgültigkeit → [正] Endgültigkeit
- 304頁上から8行目  
[誤] des Zugangsproblematik → [正] der Zugangsproblematik