

# 無償委任の法的性質

## ——「契約成立」に関する一考察（1）——

一 木 孝 之

### 第1章 緒 言

### 第2章 ドイツにおける委任論の現状

1. 無償性の定義と委任の性質
2. 委任と報酬
3. 他の契約との境界づけ
4. 委任に対する「事務処理法」的アプローチ
5. 小 括

### 第3章 無償委任と好意の関係

#### 第1節 問題の所在

#### 第2節 委任関係と好意関係をめぐる判例

1. 委任関係が肯定されたもの (以上本号)
2. 委任関係が否定されたもの
3. 好意同乗
4. 小 括

#### 第3節 無償委任と好意をめぐる学説

1. 好意関係と債務関係の区別
2. 委任と好意
3. 小 括

### 第4章 結 語

## 第 1 章 緒 言

委任は、様々な事務処理契約の受け皿として、近時ますますその適用領域を拡大しつつあり、実務においては、本来当事者間に事務処理に関する合意が存在しないような場合にまで、委任の存在を推定しようとする動きすら見受けられる。<sup>(1)</sup>このように委任に対する関心が高まっていることの一因は、我が国の委任法が、受任者の費用前払請求権（民法649条）および費用償還請求権（同650条）、ならびに両当事者の任意告知権（同651条）といった、債務および契約の一般原則を補完・修正する規定を数多く含んでいる点に求められよう。

その一方で、契約としての委任が争われるケースは、従来有償委任が圧倒的多数を占めてきた。民法648条が報酬の請求を特約ある場合に限定しているにもかかわらず、訴訟に登場する委任は、いわゆる専門家契約を中心に、有償委任における両当事者の告知や、受任者の報酬請求権に関するものがほとんどであり、このことを受けて、委任をめぐる学説の関心も、<sup>(2)</sup>有償委任における告知および報酬に終始している。これに対して、受任者が報酬なしに委任者の事務を引き受ける、いわゆる無償委任は、これまで判例に登場することがほとんどなく、<sup>(3)</sup>学説においても十分に取り上げられていたとはいえない状態にある。

筆者はかつてドイツおよび我が国の民法典を材にとり、それぞれの起草過程をあたることで、条文上は原則として規定される委任の無償性が、実は事務処理契約中の一類型を委任として特徴づけるための相対的なメルクマールにすぎないとの結論を得た。そして、我が国の準委任規定（民法656条）が、ドイツにおける有償事務処理規定（ドイツ民法典（以下 BGB）675条）と同様に、もっぱら雇傭との関係で採用された委任の性質決定を無効化するものであり、したがって、我が国の民法典の定める委任とは、結局のところ、無償有償を問わず、また法律行為も事実行為も共に含むところの、

きわめて広範な事務処理概念であることを再確認した。<sup>(4)</sup>

このような規定の構造が、上述した委任概念の拡大現象を惹起していることに疑いはない。委任を無償に限定する必然性がないことは、改めて強調するまでもなく判例および学説の「常識」であって、「委任は無償を原則とする」という形式的理解には根拠がないことがわかる。<sup>(5)</sup> 法律家の関心が有償委任に向けられてきたことも、原則無償という形式上の命題が実務に対してなんらの実効性も持たないことの当然の帰結といえよう。

しかしながら、見方を変えたと、我が国の民法典は、無償委任を委任のカテゴリーから排除してはいない。つまり、委任の無償性という形式上の原則は確かに根拠を欠くものではあるけれども、そのことで無償委任の存在自体が完全に否定されるものではない。換言すれば、委任は無償でなければならぬわけではないが、無償で事務を処理することも委任という契約なのである。

そこで翻って考えるに、無償委任とはいかなる契約なのであろうか。そもそも、無償の事務処理が法的拘束力を持つ契約となり得るのであろうか。また、純然たる契約として明文上規定されている無償委任が、今日ほとんど省みられることがないのはなぜなのか。無償委任とは、法的には意味のない形骸化した契約として克服されるべきものであるのか。<sup>(6)</sup>

本稿の目的は、このようにいわば抽象的な概念にとどまっている無償委任の法的性質を検討することである。契約としての無償委任には、どのような意味があるのか、もっぱらその成立を中心に考えてみたい。すなわち、我々の日常において、他人にものをただで頼むということは、きわめてありふれた現象であって、当然のことながら、そのすべてが法律行為となることはあり得ない。それでは、これら無数の「依頼」のうち、どのような条件が備われば、それが契約たる無償委任となるのか。そのような無償委任への「昇華」の瞬間をとらえることが、日常生活と法的生活の境界を考える一助となるものと思われる。

無償委任に関してこれまで判例および学説の蓄積がないことに鑑みて、

今回も検討の手がかりをドイツに求めることとする。再述の禁をあえて犯すならば、彼の国において委任は無償に限定される。もちろん、そこでも、有償事務処理契約に委任規定の大半を準用するという BGB675条との関係で、ドグマとしての無償性には疑問や批判が集中しているが、判例に登場する委任とはすべて無償委任のことであり、したがって、これに関する豊富な学説の集積を期待することができる。なかんずく、ドイツにおいては、契約関係たる委任 (Auftrag) と、事実関係たる好意 (Gefälligkeit) の境界が、委任をめぐる 1 つのテーマとして、判例および学説の検討の対象となっている。我が国においても、かつて好意で引き受けた子供の監視をめぐり<sup>(7)</sup>判例を契機として、いわゆる「隣人訴訟」の枠内で好意関係が議論されたが<sup>(8)</sup>、ドイツにおける当該問題の論議は、好意関係と無償委任を考える上での有益な示唆を提供してくれるであろう。また、これらドイツにおける委任法の現状を考察することを通して、従来我が国であまり明確にイメージされることのなかった無償委任の具体的モデルが提示されるもの<sup>(9)</sup>と考える。

無償委任についてはさらに、とりわけ受任者が負うべき責任に対する根強い批判が存在する。曰く、好意から無償で事務を処理する受任者に対して、善管注意義務を要求し、すべての過失に対して責任を問うことは酷である、と。しかしながらこれについては以下のような反論が可能なのではないか。すなわち、いやしくも契約の成立が認められた以上、受任者に相応の責任を課すことは必ずしも矛盾することではない。それよりも、好意から事務を処理する者に上記の責任を負わせることがいきすぎであるように思われるのは、そもそも無償委任自体が成立していない場合なのではないか、と。このように考えることで、厳格な契約責任が妥当する無償委任と、そうでない好意関係の対比がより明確となる。その場合にはまた、単なる好意関係に留まる給付者が何らかの義務を負うか、そしてそれはいかなる範囲でかという点が問題となるだろう。

以上の作業を通じて、もっぱら契約成立の側面から無償委任「契約」の

外延を明確化し、それによって未だ成熟していない委任の性質論を考える  
上での1つの端緒を抽出することを、本稿の目標としたい。

- (1) 一例として、マンションの分譲型駐車場専用利用権に関し、マンションの管理組合が分譲業者に対して、主位的に不当利得返還請求権に基づき、また予備的に委任契約における受任者に対する委任事務処理上の金引渡請求権に基づき、駐車場利用権の販売代金の返還または引渡を求めた一連の事案が挙げられる。代表的なものとして、一審（福岡地小倉支判平6，2，1判タ876号186頁、判時1521号107頁）および原審（福岡高判平8，4，25判タ928号156頁、判時1582号44頁）が原告の予備的請求が認めたのに対し、最高裁はこれを破棄して管理組合から分譲業者に対する分譲代金引渡請求を棄却した最一小判平10，10，22民集52巻7号1555頁（ミリオンコーポラス高峰館事件）、同様に一審（福岡地裁小倉支判平6，2，1判タ876号192頁）および原審（福岡高判平8，4，25判タ926号189頁、判時1582号44頁）による予備的請求認容判決を最高裁が破棄した最一小判平10，10，30判タ991号125頁、判時1663号90頁（シャルム田町事件）がある。
- (2) 委任と解除をめぐる論説は数多くあるが、特に広中俊雄「委任契約の「解除」」『契約法の理論と解釈 広中俊雄著作集2』198頁以下（創文社、平4）、岡孝「民法651条（委任の解除）」『民法典の百年Ⅲ 個別的観察（2）債権編』439頁以下（有斐閣、平10）を挙げておく。また、委任と報酬に関しては、明石三郎「委任と報酬」松坂佐一・西村信雄・船橋諄一・柚木馨・石本雅男選『契約法大系Ⅳ 雇傭・請負・委任』244頁以下（有斐閣、昭38）、岡孝「委任—報酬請求権を中心に」星野英一ほか『民法講座5 契約』473頁以下（有斐閣、昭60）を参照。
- (3) もっとも、無償委任をめぐる判例が皆無であったわけではない。具体的には、婚約者と仲人の関係に関する東京地判昭47，3，11判タ277号224頁、子供の監視についての神戸地判昭51，2，24判時831号75頁および有名な津地判昭58，2，25判タ495号64頁、判時1083号125頁、そして税理士が無償で行った相続税修正申告手続が問題となった東京高判平7，6，19判タ904号140頁などがある。
- (4) 一木孝之「委任の無償性—その史的系譜（一）（二）（三）（四・完）」早稲田大学法研論集第89号29頁以下、第90号51頁以下、第91号29頁以下、第92号31頁以下（平11）参照。
- (5) しかしながら、委任の無償性原則が否定されるからといって、無償性の持つ意義が直ちに没却するわけではない。我が国の委任規定は、全体としては確かに本文で述べたような構造を持っているけれども、各条文は、無償有償を問わずすべての委任に適用されるもの、もっぱら有償委任を対象とするもの、および本来は無償委任を念頭に置くものの3つに分類され、今日適用が問題となる規定のほとんどが、3番目の類型に属するものである。したがって、これらの規定に関しては、有償委任への当然適用を前提にその制限を図るのではなく、本来の無償委任との距離を基準に、適用の可否および範囲を考えるべきである。詳しくは、一木・前掲（注

(4)) (四・完) 44頁以下を参照のこと。

ただここで注意すべきは、たとえば当事者の「告知」に関する651条は無償委任にのみ適用がある、といった解釈をすべきではないという点である。なぜならば、現行651条はそのような極端な理解のもとで制定されていないし、同条のモデルとなったBGB671条が有償事務処理契約に対して適用される可能性を、BGB675条は完全に排除していないからである。有償委任の「告知」に関して651条の適用を問題とする広中俊雄教授も、1998年度私法学会シンポジウムの席上にて、651条適用を無償委任に限定するとの理解は誤りであると明言している（私法第61号64頁参照）。

- (6) この問題に関して想起されるのが、広中教授の一連の研究である。広中教授の主張は、その業績、とりわけ「契約とその法的保護—歴史的基礎」「ローマの委任法とその現代諸法への影響」（ともに『契約とその法的保護 広中俊雄著作集1』（創文社、平4）所収）、および「有償契約と無償契約」『契約法の理論と解釈 広中俊雄著作集2』1頁以下（創文社、平4）によれば、次のようなものである。すなわち、原始的共同体からローマ社会への移行に際して、商品流通と貨幣経済の発達を背景に、契約は、当事者の意思に対してではなく、その有償性によって法的保護を受けるに至った。他方、本来共同体内の好意に出自を持つ無償委任も、やがて階層意識、他の共同体との交流、および専門職の発達により普及した有償委任にその座を追われた。古代ローマにおいて、売買、賃約、組合と並んで委任が4大諾成契約とされたのも、もっぱら有償委任が注目されたからである、と。
- (7) 前出津地判昭58. 2. 25および同じく津地判昭58. 4. 21判時1083号134頁、判タ494号156頁。前者は、隣人が好意で預かった3歳の子供が住宅地内の農業用溜池で溺死した事故につき、被告の準委任に基づく契約責任は否定されたが、不法行為に基づく損害賠償が認められた事案であり、評釈として、加藤雅信・季刊民法法研究4（判タ507号）103頁（昭58）、古崎慶長・季刊実務民法5号230頁（昭58）、野村好弘・石津広司・加賀山茂・地方財務350号174頁（昭58）がある。後者は、子供会のハイキングに参加した9歳の児童が川遊び中に水死した事故につき、引率にあたったボランティアの不法行為に基づく損害賠償責任が認められた事案で、古川祐士・季刊教育法51号146頁（昭59）、地方自治判例研究会・判例地方自治2号60頁（昭59）、野村好弘・石津広司・福井和彦・地方財務3502号98頁（昭58）などの評釈がある。なお、両事案とも7ないし8割と大幅に過失相殺がなされている。
- (8) 隣人訴訟に関しては、ジュリスト793号（昭58）が「隣人訴訟と法の役割」と題する特集を組んでいる（後に同タイトルでジュリスト選書）。主な論説としては、同特集所収のものおよび上記判例評釈のほか、小島武史「隣人訴訟論議の生みだしたもの（法と現代）」判タ517号1頁（昭59）、同「事件で見る裁判100年——津隣人訴訟——裁判と国民意識（特集 裁判制度100年）」法教121号82頁（平2）、柴田光蔵「隣人訴訟“訴えでること”の意味をめぐって（現代の視点）」法セミ28巻9号114頁（昭59）、同「法学部生の法感覚——隣人訴訟をとともに考える」法セミ31巻11

号29頁（昭61）、同「ローマ法こぼればなし（2）——金でカタをつけることにについて（現代のなかのローマ法）」時の法令1304号52頁（昭62）、米倉明「法律行為（6）（基礎講座 民法講義——総則36）」法教49号62頁（昭59）、藤倉皓一郎「外からみた隣人訴訟（法と現代）」判タ525号1頁（昭59）、同「隣人訴訟・近隣紛争——よき隣人たる法的義務・アメリカ不法行為の視点から（特集 現代社会と民法学）」ジュリ828号24頁（昭60）、伊藤高義「隣人訴訟——子の預託に限定して」『民法の争点（2）——債権総論・債権各論（法律学の争点シリーズ3-2）』206頁（昭60）、井戸田博史「隣人訴訟」と日本人の法意識」法政論叢21巻49頁（昭60）、森島昭夫「隣人訴訟」『法律事件百選—これらの事件が戦後史を語る（ジュリスト900号記念特集）』270頁（昭63）、松村雅司「故意・過失と違法性——善意による隣人訴訟と違法性——子の預託を中心に」『現代民事裁判の課題（7）—損害賠償』345頁（平元）、小島武司・Atias, Christian・山口龍之「隣人訴訟の研究——論議の整理と理論化の試み」『日本評論社、平元）、中村亀雄「いわゆる「隣人訴訟」の顛末（事件の現場から）」法教119号96頁（平2）、龍崎喜助「隣人訴訟のその後（ロー・ジャーナル）」月刊民事法情報93号2頁（平4）、吉田勇「近隣紛争の社会的波紋（1）（2完）——新聞報道に現れた津地裁「隣人訴訟」」熊法86巻31頁、87巻37頁（平6）、対談として、木村治美・森島昭夫・六本佳平・星野英一・矢郷恵子「隣人訴訟と法の役割（上）（下）〈座談会〉」ジュリスト上記特集12頁、79569頁（昭58）、星野英一・青山善充「隣人訴訟と法〈対談〉」法教40号32頁（昭59）、書評に山田卓生「星野英一編「隣人訴訟と法の役割」」季刊実務民事法8号126頁（昭60）などがある。

- (9) この問題に関するものとしては、広中俊雄「徳義上の契約」『契約法の理論と課題 広中俊雄著作集2』66頁（創文社、平4）および米倉明「民法講義—総則（第三十六回）法律行為（六）」法教49号62頁以下が好意関係一般について論じており、また瀬川信久「子供を好意で預かった場合の保護義務—ドイツにおける好意関係論の一斑—」四宮古稀『民法・信託法理論の展開』65頁（弘文堂、昭61）が、表題の示すように、子供の監視に問題を特化させた上で、ドイツにおける学説を照会する。また、大村須賀男「好意協定関係について」民商62巻3号361頁（昭45）は、もっぱら当事者の効果意思に依拠して、法律行為・非法律行為的協定関係・事実行為の3類型を区別した上で、第2類型に属する好意的協定関係に関する考察を行う。

## 第2章 ドイツにおける委任論の現状

無償委任に関する具体的な考察に入る前に、BGBの委任規定に対する現代ドイツ学説の解釈をここで概観しておくこととする。

委任に関する BGB の規定<sup>(11)</sup>については、すでに多くの論考において紹介されており、ここにそのすべてを改めて列記する煩を避けるものであるが、本稿の目的との関連でぜひとも挙げておかねばならない2つの規定<sup>(12)</sup>がある。すなわち、委任の無償性を定める662条、および、有償事務処理契約への委任規定の準用を述べる675条1項がそれである。

#### 662条〔委任の本質〕

委任の承諾により、受任者は、委任者から委ねられた事務を、この者のために、無償で処理する義務を負う。

#### 675条1項〔有償事務処理〕

事務処理を目的とする雇傭契約または請負契約に対しては、663条、665条ないし670条、672条ないし674条の諸規定が準用され、かつ、告知期間を遵守することなく告知する権利が義務者に発生する場合には、671条2項が準用される。

これら両規定からは、2つの主要なキーワードを抽出することができる。その1つは「事務処理 (Geschäftsbesorgung)」であり、そしてもう1つが「無償性 (Unentgeltlichkeit)」である。前者は、雇傭や請負といった他の事務処理契約や、事務管理といった一定の事務処理関係と、また後者は贈与や使用貸借といった無償契約と共通の要件であり、委任という契約を特徴づけるものである。このような両者は本来切り離して考えるべきではないが、それぞれが膨大かつ重大な論点を含むものであるため、同時・併行的観察により問題の焦点が曖昧化する危険がある。そこで、両者の相關関係<sup>(13)</sup>についての理論的考察は別の機会に譲ることとし、本稿においては、関心をもっぱら後者に絞った上で、前者については、必要に応じて言及するにとどめる。以下、ドイツにおける無償委任論を概説する。

### 1. 無償性の定義と委任の性質



委任が無償であるとは、受任者がその活動に対して対価ないし反対給付を要求しないことを意味している。無償性は受任者が委任遂行のために行う労務提供にのみ関係し、そしてそれゆえに、契約の締結に際して当事者が委任者の財産に基づく反対給付を明確に意思表示している場合には、もはや委任が問題となることはない。<sup>(14)</sup>これに対して、事務の遂行に受任者自身が利益を有するとしても、そのことで委任の存在が否定されることはない<sup>(15)</sup>が、受任者のためだけの事務処理は委任ではない。<sup>(16)</sup>

有償契約に対する無償契約一般の特質は、委任についても当てはまる。

第1に、委任は好意契約である。<sup>(17)</sup>委任者のために受任者が無償で事務を処理するということは、とりもなおさず、委任が受任者の好意に基礎を置くことを意味する。また、好意は、受任者自身による委任遂行の原則（664条）および両当事者による任意告知（671条）の前提となる特別な人的信頼関係とも密接に関わっている。

第2に、委任は不完全な双務契約である。<sup>(18)</sup>前述の通り、委任は受任者のみを義務づけるのであり、したがって、受任者の事務処理義務は委任者の反対給付と牽連関係に立つものではない。また、委任者による費用の前払（669条）や償還（670条）は、受任者の事務処理に対する報酬ではなく、委任関係の法的帰結としてはじめて生じうる。さらに、全ての事務処理が費用を必要とするわけではなく、全ての受任者がその前払を要求するわけではない。それゆえ委任は、受任者の事務処理を主たる債務として終局的に義務づけ、しかしながら、事務の遂行に対する権利をこの者に与えるものではない点で一般的な双務契約ではなく、受任者と委任者の双方が重層的に義務づけられるという、いわば二方向の義務が交差するという構造を持っている。

第3に、委任に関する規定は、上述の有償事務処理契約以外にも、他の無償の法律関係についても適用されることが明文で定められており、<sup>(19)</sup>したがって、委任は、無償の事務処理関係を支配する一般原則的地位を獲得する<sup>(20)</sup>に至っている。

## 2. 委任と報酬

前述するように、受任者の活動に対して委任者による何らかの対価が取り決められる場合、無償を原則とする本来の委任は存在しない。ここにいう対価には、現金、現物給付、権利譲渡といった有価的なものの一切が含まれる。委任者による費用の前払や償還が義務づけられるのは、受任者は労働給付のみを行えば足り、それ以上の財産的犠牲を蒙るべきではないという理念のゆえであって、これらが反対給付を意味することはない。<sup>(21)</sup>

報酬は、それに関する明示の取決が存在しなくても、個々の状況から黙示で合意されたものとみなされる。とりわけ、労務が給付者の職業や商売に属する場合 (612条、632条、653条、689条、ドイツ商法典354条)、いわゆる事務処理者が商人や専門家である場合には活動が有償で引き受けられるのが常であり、原則として相手方の反対給付が想定されう。<sup>(22)</sup>

他方、無償で合意された委任に対して事後的に対価が支払われた場合、当該契約はどのように性質決定されるのかが問題となる。これについては、受任者がその活動に対して委任者からなんらかの反対給付を受けるにもかかわらず、報酬が問題とならない場合がある。対価を意味しない「謝礼 (Anerkennung)」が存在するに過ぎないとされるケースがそれである。反対給付の性質については、報酬 (Entgelt) が文字どおり無償 (unentgeltlich) 委任契約を有償 (entgeltlich) 事務処理契約へと変質させるのに対し、謝礼は委任の存在をなんら危うくするものではないといった違いが存するとされる。

反対給付が報酬を意味する場合と、謝礼を意味する場合とを区別するにあたっては、次のようなことがいわれている。<sup>(23)</sup>

(1) 報酬と謝礼のいずれが存在するかに関しては、当事者がどちらの意味に重きを置いていたかが判断される。たとえば、当事者は、おおよそ等価ではない反対給付が当然に報酬を意味するものではない旨の合意をなし

うるが、客観的に等価の給付に関してはこのような合意は認められない。このような意思表示については、以下のように、個別事案におけるあらゆる状況が顧慮されねばならない。

① 給付についての表示が基準とされる。「お礼 (Belohnung)」、「酒代 (Trinkgeld)」、「祝儀 (Gratifikation)」といった表現が用いられている場合、これらは無償委任における謝礼を意味するものと解される。

② 給付の価値についても区別される。1 回限りの酒代や祝儀のように、給付が合意した者の恣意にかかる場合、支払に対する法的拘束の意思が欠けるゆえに、これは謝礼であって報酬ではないとされる。

③ 支払合意の時期が基準となる。これについては、特に契約の変更 (305条) が問題になる。

契約締結時、あるいは事務処理実行前に既になんらかの反対給付の合意がある場合、これはそもそも有償事務処理契約であり、このような給付は受任者の活動に対する報酬であって、謝礼が問題となることはない。

これと異なり、事務処理実行後の給付の合意に関しては、このような合意の存在によって委任の法的性質が直ちに變更されるものではないとする説と、委任は有償事務処理契約に變更されることがあるとする説とに分かれる。<sup>(25)</sup> 当該問題に関していえば、前者によれば給付は単なる謝礼であり、これに対して、後者によれば給付が報酬になりうるということになる。<sup>(26)</sup> ただ、前者によっても、それ以前は委任法に従った両当事者の権利義務はなんらの遡及的影響も受けることなく、662条以下が引き続き妥当するが、契約の終了可能性は後発的な給付合意により變更されうするため、その場合にはもはや671条に当然に服するものでないといわれている。したがって、契約の終了可能性が變更されない場合には委任が存続し、これが變更される場合には独自の性質をもった契約が認められる。

④ 事務処理に対する当事者の利益や両当事者間の関係の親密度が考慮される。事務処理がもつばら委任者の利益となる場合には、報酬が義務づけられるべきであると一般に推定される。これに対して、友人関係、社交

上の関係、単なる血縁関係といった親しい間柄では、通常報酬の存在は当事者意思にそぐわないゆえに、そのような推定がはたらくことはない。この場合、報酬が確かに合意されていたことは、受任者がこれを証明しなければならない。

(2) 委任の費用との関係では、両当事者が賠償すべき費用に関する合意をしていたところ、これが単なる費用償還の域を出てしまう場合に、超過分によって受任者の尽力がどの程度まで報われることになるのか、そして、謝礼とはこのような尽力をどの程度まで含むものであるのかが解釈の過程で確定されねばならないとされる。<sup>(27)</sup>

(3) 第三者による報酬に関しては、それによって委任者の財産を減少するものではないが、個別事案においては有償性を根拠づけることがある。これについての判断の基準としては、第三者から少なからぬ給付が確実にもたらされること、および、受任者がこのような給付を得ることを委任者が承認していることといった客観的要件と、このような第三者給付が事務処理に対する報酬そのものであると当事者が想定したことといった主観的要件とがある。具体的には、第三者の給付ゆえに、受任者が事務処理について単なる副次的域を越えた利益を有する場合、あるいは、第三者給付を顧慮して、委任者が通常は有償でのみなされる事務処理について報酬義務を負わない場合には、このような合意は有償性を根拠づけるものであるといわれる。<sup>(28)</sup>

### 3. 他の契約との境界づけ

さらに、委任と他の契約類型の区別に対する無償性の役割が問題となる。これについては、もう 1 つのキーワードである事務処理との関係で顧慮されるべきであり、次のような 2 つのパターンが考えられる。

## (1) 他の無償契約との境界づけ

無償性は、委任が贈与（516条以下）、使用貸借（598条以下）、無利息消費貸借（607条以下）、無償寄託（688条以下）と共有する要件であり、これら他の無償契約と委任の区別が問題となる。

このうち主に取り上げられるのは、委任と贈与との関係である。かつて普通法は、通常ならば報酬に対してのみ事務が引き受けられるような場合の委任を贈与と解していた。しかしこの考え方では、上述の場面で実際には報酬なしに事務が処理された場合に、事務が無償で処理されるときにはもっぱら委任が存在するという BGB の理念と合致し得ない。<sup>(29)</sup>

このことを受けて、贈与に関する516条1項にいうところの、受贈者に利得を与え贈与者の財産を減少させる出捐を両契約の区別の徴表とすることの是非が問われることになる。その場合、このような出捐を区別のメルクマールと認めた上で、事務処理の引受は法律上の出捐とはみなされず、したがって委任の締結において贈与が存在することはないとする説が有力である。<sup>(30)</sup> しかし一方で、そうした出捐が受任者の無償の活動によって生じる可能性もあるとの理由から、この区別自体を否定するものもある。<sup>(31)</sup>

また、前述の通り、事後的な報酬については議論のあるところであるが、贈与との関係においては、疑わしい場合、無償贈与の意思を欠くゆえに贈与は存在しないとされ、<sup>(32)</sup>ただ、例外的な事例において、法的義務を伴うことなく委任に対して与えられた謝礼は、委任法から独立し、534条に基づいて、報酬を与えるための贈与と見なされることがあるとする見解がある。<sup>(33)</sup>

このほかの無償契約に関しては、目的等についてそれぞれ明確な定義があり、したがって、それら特殊な給付義務は、予定される契約の種類から決定的な影響を受けるので、委任法が介在する余地はない。<sup>(34)</sup>

## (2) 他の事務処理契約との境界づけ

次に、他の「事務処理」を共通項に持つ契約、いわゆる事務処理契約と

委任の区別が問題となる。ここでは、675条に基づき、委任規定の大部分が有償事務処理契約に対して適用されることを受けて、特に雇傭および請負との境界づけに対する無償性の関わりが取り上げられる。換言すれば、委任の無償性を他の事務処理契約との区別の徴表とすることの是非をめぐる根本的な問題といえる。<sup>(35)</sup>

これについては、無償性は委任を雇傭および請負のみならず仲買とも区別する有効な徴表であるという見解と、662条以下を直接適用するための要件に過ぎず、事務処理契約の境界づけのためのメルクマールたり得ないという見解とがある。<sup>(36)</sup><sup>(37)</sup>

前者は、報酬ある場合の契約は有償事務処理契約であって、662条以下が規定する無償委任とは性質上異なるとする。すなわち、675条は単に委任規定の適用を有償事務処理契約に拡張するだけであって、662条が予定する無償事務処理としての委任という領域自体が変質するわけではない。それゆえ、無償性は委任と雇傭および請負とを分ける徴表たり得る、と。

これに対して、後者によれば、事務処理に対して報酬ある場合にも委任規定が適用されることで、法的効果に注目すれば、あたかも有償委任という事務処理契約が結果として肯定されうることになる。すなわち、委任を無償のみならず有償の事務処理も含むものとして捉えることができる。したがって、無償性は委任と雇傭および請負とを区別する徴表たり得ない、と。

#### 4. 委任に対する「事務処理法」的アプローチ

加えて、委任法の機能の推移に関する考察において、以上の理解と異なる方法論を採るものもある。<sup>(38)</sup>判例において662条以下が実際に適用される状況の分析、BGB 施行時に基礎となった概念と今日の教義上の概念との比較、および事務処理法の「客観領域」の分析等による当該問題へのアプローチがそれである。

この見解は次のように述べる。すなわち、現代の経済システムにおいて

第3の領域（tertiärer Sektor）というべきものが発展してきたこと、そして675条の有償事務処理契約に関係する労務提供は全てこれに含まれることが出発点となる。このような展開によって、労働の過程およびサービス提供の分化が進み、それに伴い、新たな知識の発揮、ひいては特殊な技能集団や職業が登場することになり、いわば専門家の事務処理が出現する。ところがこの場合、662条以下が前提としていた古典的な当事者意思はもはやふさわしくないものとされ、代わって上述の集団の持つ機能や役割に向けられた取引の期待が重要となる。そして、このような期待の範囲を確定するのは職業的専門的基準である、と。<sup>(39)</sup>

## 5. 小 括

以上、（無償）委任に関するドイツの学説を簡単にまとめておく。

(1) 662条の文言に忠実な解釈に基づき、委任それ自体は無償と定義された上で、その法的性質につき、無償契約一般に妥当する原則が当てはめられている。その際、立法過程においてほとんど重視されなかった好意契約性の視点が挙げられている点は興味深い。<sup>(40)</sup>

(2) 委任は無償でなければならないとの見解に立てば、そこに何らの対価もあってはならず、あらかじめ事務処理に対して報酬が約束される場合には、そもそも委任は存在しないことになる。しかしながら、当初無償で合意された委任に対して、事後的になんらかの反対給付がなされた場合、その時点で委任は別の契約へと変質するのか、もし変質しないのであればこの反対給付をいかに位置づけるべきかが問題となる。そこで、この点につき、ドイツにおいては、受益者の給付には当該契約の委任性を否定する「報酬」と、これを必ずしも排除しない「謝礼」との2種類があるとの理解が一般的である。そして、反対給付が両者いずれにあたるかは当事者意思の解釈に求められ、その際には、用いられた文言、当該給付の価値、支

払合意の時期、両当事者の関係やそれぞれの利益などが重要とされる。「謝礼」としての反対給付は委任を排除しない、という考え方は、事務処理を委任としつつ受任者への対価を認めるための一種の抜け穴的方策といえるが、反面、事後的な反対給付が委任の性質を変更するものではないとする立法者の見解とも合致する。ここに委任の無償性が持つ曖昧さを改めて確認するとともに、事務処理に対して反対給付がある場合＝有償委任という図式への1つの懐疑を見ることもできよう。

(3) 「無償」と「事務処理」という2つの要件について、それぞれを共有する他の無償契約および事務処理契約との境界が問題となる。このうち、他の無償契約との境界については、各契約の目的等から、区別はそれほど困難ではない。

一方、他の事務処理契約との境界については、675条の存在により、無償性が区別の徴表として有効か、という問題が生じる。そして、ドイツの学説においては、無償性は依然として有効なメルクマールであるという見解と、675条により無償性は効力を失ったとする見解が対立している。前者は、受任者の活動に対する報酬の合意は委任法と両立し得ず、その様な報酬合意を伴う契約は雇傭もしくは請負であるという。これに対して後者によれば、委任は、雇傭、請負、あるいは、仲立、寄託といった有償の事務処理契約の対立概念ではなく、675条の存在ゆえにその固有の適用領域を失うことになる。

ここでこれら両見解の対立を整理すると、次のようなことがいえる。無償の事務処理は委任であるか、という点については両者ともに肯定しており、委任は無償でなくてはならないか、という点については、前者は肯定、後者は否定していることになる。

結局、区別の徴表としての無償性の有効性に関する問題は、「662条の忠実解釈」対「現実の重視」という、すでに立法当初からあった議論の蒸し返しであり、両説とも満足いく解答を提示しているとはいえない。<sup>(42)</sup>ただ、



後者からは、委任とも雇傭とも請負ともつかない一個の有償事務処理関係が存在するという考え方を導くことが可能であり、西ドイツ債務法改正におけるムジーラク<sup>(43)</sup>（Musielak）の有償事務処理に関する立法試案も、このような背景を踏まえてのことであったものと推測される。

（4）このことと関連して、ドイツにおいても近時注目されるところの、「事務処理法的アプローチ」が挙げられる。なかんずくここで注意すべきは、この見解では関心の焦点が662条という本来の無償委任から675条の意味での有償事務処理に移っていることである。従来の議論では、報酬に対する委任の存続というように、無償委任という枠組みが取り払われることはなかったのに対し、この見解における出発点は、もはや無償委任それ自体ですらないのである。無償委任を原則とし有償事務処理を例外と構成した BGB 立法者の考え方は誤りであって、今後は有償事務処理について詳細な規定を置き、その中から適当なものを無償委任に適用するのがよいとする一部の学説<sup>(44)</sup>およびムジーラクの立法試案もこれに親和的である。

これら有償事務処理を議論の中心に据える考え方は、解釈論としては委任の無償性の原則を明文でもって規定する662条との整合性に難があり、立法論として有償事務処理を原則と明言する規定を必要とするものであることから、そのような規定の創設が停滞したことにより、これらの見解も一応後退したものと考えられる<sup>(45)</sup>。ただ、明文で委任を無償に限定しているドイツにおいても、原則たる無償委任と例外たる有償事務処理の立場の逆転の意識が強く持たれ始めている点は非常に興味深い。このことは、委任の無償性が原則と定められたことによる社会的実態からの乖離、および、現代社会における事務の多様化・複雑化による委任の変質にその原因がある。その結果ドイツでさえも、他の事務処理契約との境界づけ、および契約の意義それ自体の両側面から、委任は無償でなくてはならないという「原則」に疑念を呈する見解が登場するという状況が生まれている。

しかしながらいずれにしても、以上の議論において、契約として無償委

任が存在することは否定されていない。確かに、報酬と謝礼の区別は無償性の貫徹を疑わしいものとするが、原則として何らの対価も存在しない場面に委任「契約」の存在を認める BGB の姿勢は、学説もこれを肯定するところであって、換言すれば、無償の事務処理を委任と特徴づけることそれ自体は維持されている。したがって、問題は、どのような場面で無償事務処理が委任という契約性を獲得するかという点に帰着することになる。

- (10) 以後、本稿を通じてドイツの委任学説の整理につき主に使用する資料として、Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band4 Schuldrecht · Besonderer Teil II (§§607-704), 3. Auflage (1997), Zehnter Titel. Auftrag (*Hans Seiler*, 以下 MünchKomm/Seiler); J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse §§652-704, Dreizehnte (1995), Zehnter Titel Auftrag (*Roland Wittmann*, 以下 Staudinger/Wittmann); Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes Band II, 4. Teil §§631-811, 12., neubearbeitete Auflage (1978), Zehnter Titel Auftrag (*Erich Steffen*, 以下 RGRK/Steffen); Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bis zur 4. Auflage herausgegeben von Walter Erman · herausgegeben von Harm Peter Westermann 1. Band, 9., neubearbeitete Auflage (1993), Zehnter Titel Auftrag (*Horst Ehmann*, 以下 Erman/Ehmann); Reihe Alternativkommentare Gesamtherausgeber Rudolf Wassermann Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch In sechs Bänden (1979), Zehnter Titel. Auftrag (*Christian Joerges*, 以下 Wassermann/Joerges); Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, begründet von Dr. Hs. Th. Soergel, Band4/2 Schuldrecht III/2 (§§651a - 704), Zwölfte neuarbeitete Auflage (2000), Zehnter Titel Auftrag (*Volker Beuthien*, 以下 Soergel/Beuthien); *Dieter Medicus*, Schuldrecht II Besonderer Teil, 9. Auflage (1999), §104. Auftrag (以下 Medicus SchuldR); *Karl Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts Zweiter Band Besonderer Teil 1. Halbband, Dreizehnte, völlig neubearbeitete Auflage (1986), §56. Geschäftsbesorgung auf Grund eines Auftrags (以下 Larenz); *Walter Eduard Beck*, Der Begriff der Unentgeltlichkeit im bürgerlichen Recht, Diss. München, 1973 (以下 Beck) を用いる。
- (11) 以下ドイツ法に関しては、特に記載なき限り、条文は BGB のそれを指す。
- (12) もっとも、BGB 委任規定に関しては、近時若干の改正が行われた。すなわち、1999年7月21日振替法 (Überweisungsgesetz, 1999年8月14日施行) 1条に基づき、第11節は「委任および類似の契約」と改められ、款として従来の「委任」

- (662条から674条)とは別に「事務処理契約」が設けられた。その上で従来の675条と676条は、有償事務処理契約(675条1項)ならびに助言および推奨(同2項)を規定する675条に統合された。さらに「越境的振替に関する1997年1月27日EC指令」、「払込システムにおける決算の有効性、ならびに有価証券の振替および決算システムにおける有効性に関する1998年5月19日EC指令」を受けて新たに、675a条(報酬費用、およびその他の条項に関する情報提供業務)、676条(有価証券譲渡に関する事務処理契約の告知)、676a条から676c条(振替契約 *Überweisungsvertrag*)、676d条から676e条(払込契約 *Zahlungsvertrag*)、676f条から676g条(当座取引契約 *Girovertrag*)が挿入された。BGB 委任規定の詳細な注釈については、右近健男ほか『注釈ドイツ契約法』482頁以下(三省堂、平7)を参照。
- (13) 実際、ドイツにおいては、(無償)委任における「事務処理」の範囲は、有償事務処理契約におけるそれよりも広いという説が有力に展開されている。
- (14) RGRK/*Steffen* Vor §662 Rdn. 23; *Medicus SchuldR* Rdnr. 417.
- (15) MünchKomm/*Seiler* §662 RdNr. 22; *Staudinger/Witmann* Vorb. §662 Rn. 13; RGRK/*Steffen* Vor §662 Rdn. 15; *Erman/Ehmann* Vor § 662 Rdnr. 7; *Soergel/Beuthien* Vor § 662 Rz. 7, §662 Rz. 10; *Larenz* S. 410.
- (16) RGRK/*Steffen* Vor § 662 Rdn. 16; *Soergel/Beuthien* §662 Rz. 10.
- (17) MünchKomm/*Seiler* §662 RdNr. 25; *Erman/Ehmann* Vor § 662 Rdnr. 5.
- (18) MünchKomm/*Seiler* § 662 RdNr. 5; *Staudinger/Wittmann* Vorbem. zu §§ 662ff. Rn. 2; RGRK/*Steffen* Vor § 662 Rdn. 3; *Erman/Ehmann* Vor § 662 Rdnr. 3; *Wassermann/Joerges* Vor §§ 662ff. 2; *Soergel/Beuthien* Vor §662 Rz. 5.
- (19) 27条3項(理事会)、48条2項(清算人)、713条、712条2項(業務執行組合理員)、1835条(後見人)、1915条(保佐人)、2218条(遺言執行者)、681条(事務管理者)。
- (20) *Erman/Ehmann* Vor § 662 Rdnr. 6; *Larenz* S. 408. また、*Siegbert Lammell*, Kapitel Verträge auf Interessenwahrung, 1. Abschnitt; Allgemeiner Teil-Auftragsrecht, in: *Vahlens Rechtsbücher Reich Zivilrecht · Band 3 Vertragsschuldverhältnisse (ohne Kaufrecht)*, 1974, (以下 *Lammell*) S. 263ff. では、章題が示すように、委任が、弁護士契約、公認会計士および信託会社(契約)、コンサルティング契約、建設管理契約、銀行契約、投資会社(契約)、信託的財産管理契約など主に専門家を中心とする利益代表契約の総則として位置づけられている。
- (21) MünchKomm/*Seiler* § 662 RdNr. 26; *Staudinger/Witmann* Vorbem. § 662 Rn. 3; RGRK/*Steffen* Vor § 662 Rdn. 23; *Soergel/Beuthien* § 662 Rz. 12; *Medicus SchuldR* Rdnr. 426; *Larenz* S. 411, 417.
- (22) MünchKomm/*Seiler* § 662 RdNr. 26.; *Staudinger/Wittmann* Vorbem. zu § § 662ff. Rn. 7; *Soergel/Beuthien* § 662 Rz. 11; *Lammell* S. 266.
- (23) MünchKomm/*Seiler* § 662 RdNr. 26-29; *Staudinger/Wittmann* Vorbem. zu § § 662ff. Rn. 7; RGRK/*Steffen* Vor § 662 Rdn. 24-25; *Lammell* S. 266.

- (24) MünchKomm/Seiler §662 RdNr. 29.
- (25) 受任者の権利義務の拡張がその証拠であるとされ (Staudinger/Wittmann Vorbem zu §§ 662ff. Rn. 7; RGRK/Steffen Vor § 662 Rdn. 25)、また、このような事後的報酬によって当然に委任が変質するものではないが、当事者の意思によって有償債務関係、すなわち雇傭、請負、または有償事務処理契約へ移行するという (Soergel/Beuthien § 662 Rz. 12)。
- (26) MünchKomm/Seiler § 662 RdNr. 30.
- (27) RGRK/Steffen Vor § 662 Rdn. 26
- (28) MünchKomm/Seiler § 662 RdNr. 60.
- (29) RGRK/Steffen Vor § 662 Rdn. 43.
- (30) MünchKomm/Seiler § 662 RdNr. 60.
- (31) RGRK/Steffen Vor § 662 Rdn. 25; Erman/Ehmann Vor § 662 Rdnr. 3.
- (32) それゆえに返還請求権や撤回が排除されることになる (MünchKomm/Seiler § 662 RdNr. 32; Staudinger/Wittmann Vorbem zu §§ 662ff. Rn. 7)。
- (33) 他の者に物の使用を委ねること (使用貸借)、引き渡された物を保管すること (無償寄託)、財産の一時使用の目的で、同種・同質・同量の物の求償義務と引き換えに物が与えられること (無利息消費貸借) など。
- (34) なお、これとは別に、雇傭についても無償雇傭が想定されうがゆえに、無償性は区別の徴表たり得ないとするものもある。Beck, S. 118ff. によれば、この見解は611条、612条の文言に依拠するもので、労働法において継承され、以後そこでの通説的位置を占めている。Beck 自身、無償／有償の区別に懐疑的であるように思われる。この場合は当然に、無償性に代わるメルクマールが検討されることになり、雇傭の継続性指向や、委任の信託的結合が挙げられる。
- (35) Staudinger/Wittmann Vorbem zu §§ 662ff. Rn. 5; Soergel/Beuthien Vor § 662 Rz. 6; Medicus SchuldR Rdnr. 417; さらに RGRK/Steffen Vor § 662 Rdn. 43 は、このほかに双務性の欠如を区別の徴表に加える。
- (36) MünchKomm/Seiler § 662 RdNr. 25; Lammel S. 263, 266.
- (37) Wassermann/Joerges Vor §§ 662ff. 10-19.
- (38) この点についてはさらに、経済的視点、とりわけ市場のメカニズムに着目しながら、正当性の保障に関する契約とは別の行為基準の必要性、契約法の経済政策的規範および社会政策的規範との調和、信頼責任、なにかんずく職業責任または役割責任の意義、市場における行為規範等が検討されている。
- (39) 無償性が要件として採用された経緯、なにかんずくそこに好意の視点が存在しなかった点については、一木・前掲 (注 (4)) 参照。
- (40) この点に関して、立法者は、662条において無償性を要件と定めるにつき、次のように考えていた。すなわち、委任が報酬請求権なしに付与され、引き受けられることが委任制度にとって決定的でなければならないが、受任者の労務に対する事後的な報酬によって委任の法的性質が変更されるものではない、と。詳細について

は一木・前掲（注（4））（三）32頁参照。

- (41) 職業関連の事務という側面から委任を検討する Wassermann/*Joerges* Vor §§ 662ff. 33は、事務処理の有償か無償かの区別を無意味なものとしている。
- (42) *Hans-Joachim Musielak*, *Entgeltliche Geschäftsbesorgung*, in: *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts* Band II, 1981. *Musielak* の立法提案に関しては、新井誠「有償の事務処理契約に関するムジーラクの立法的提言」下森定ほか『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究（法政大学現代法研究所叢書九）』345頁以下（日本評論社、昭63）。
- (43) *Staudinger/Wittmann* Vorbem. zu §§ 662ff. Rn. 6
- (44) ムジーラクの有償事務処理規定に関する立法試案（注（42））は、「債務法改正委員会最終報告書」（Bundesminister der Justiz(Hrsg.), *Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrecht*, 1992, *Bundesanzeiger*, 以下ドイツ債務法改正委員会草案）では見送られている。ドイツ債務法改正委員会草案については、下森定ほか『ドイツ債務法改正委員会草案の研究（法政大学現代法研究所叢書一五）』（法政大学出版局、平8）。なお、近時のBGB委任規定改正（注（12））は、EC指令の影響下でとりわけ越境的取引に関する特殊な有償事務処理契約についての規定が挿入されたものであって、「委任」および「事務処理契約」という款の併設を、そのまま両者の対置というように理解することはできない。

### 第3章 無償委任と好意の関係

#### 第1節 問題の所在

以上、事務処理に関する委任が既に存在している場合の反対給付の意義や効果を概観した。そこにおいては、それが有償事務処理契約に移行するのであれ、あるいは独自の契約となるのであれ、それ以前に、無償の事務処理に関する合意によって委任が締結されていることが前提となっていた。それに対して、本章では、この前提、すなわち委任の成立それ自体を考えてみたい。

これに関連して、ドイツにおいてはすでに述べたように、委任をめぐる判例の1つの大きな論点として、委任関係と好意関係（*Gefälligkeitsverhältnis*）の境界づけが問題とされ、かつ学説においても詳細な議論が集積している。委任が諾成不要式の契約である点はドイツも我が国と何ら変わると

ころはなく、加えて好意契約であるというその性質上、契約の根底には常<sup>(46)</sup>に一定の好意が存在するわけで、一見したところでは、契約関係たる委任関係と単なる事実関係に過ぎない好意関係を区別することは困難である。

しかしながら、契約法が妥当する委任という法律関係と、不法行為法に服する好意という事実関係とでは法律効果、特に当事者の責任に関して差異が生じ、両者の間に一定の境界線を引く必要性が生じるといわれる。具体的には、受任者は、契約に従って履行するよう義務づけられ、契約の一般原則に基づきすべての過失について責任を負い (276条)、有責な義務違反に対しては損害賠償の責に任ずることになる。これに対して、単に事実的好意を示すにすぎない者には、約束について履行義務はなく、相手方の財産を違法かつ有責に侵害した場合 (823条 1 項) に不法行為責任を負うにすぎない。さらに純粹財産損害については、前者が契約責任に基づき原則として賠償責任を負うのに対し、後者は不法行為責任に基づき故意に侵害した場合 (826条) にのみ賠償責任を負う。

このように、受任者と単なる事実上の好意を示す者とは、履行の強制<sup>(47)</sup>および損害賠償の範囲が異なっており、ある事務処理関係を委任関係とみなすか、それとも好意関係と見るかで結果に大きな違いが生じることになる。

以下では、まず両者の区別に関する判例を概観し、次いでこの問題に関する一連の学説を考察することで、いかなる場合に無償の事務処理が委任「契約」となるのかという問題について検討することとする。

## 第 2 節 委任関係と好意関係をめぐる判例

ドイツにおいては、ある事務処理関係をめぐって、それが契約上の委任関係であるのか、それとも単なる事実的な好意関係であるのかが争われた<sup>(48)</sup>ケースが数多く存在する。委任成立の存否については、後述する連邦通常裁判所 1956 年 6 月 22 日判決 (以下単に「連邦通常裁判所 1956 年判決」という) をもっぱら先例として、これを肯定するものと否定するものとに分かれてい

る。そこで、これら一連の判例を、委任関係が肯定されたもの、否定されたもの、および肯定否定の判断が分かれる「好意同乗（Gefällkeitsfahrt）」に分類し、特に前二者については、連邦通常裁判所1956年判決以前と以後で判断基準に変更があったかという点を中心に概観する。

また、もう1つ忘れてはならない視座として、訴訟当事者は、（無償）委任の存在に基づいて何を争ったのかという点が挙げられる。なるほど、以下の諸事案における主な争点は、損害賠償義務の存否であるが、委任を前提とする当事者の請求がそれにとどまらない場合もいくつか散見される。そこで、委任を前提に何が請求され、これに対して裁判所がいかなる判断を下したかという点も併せて見ていくこととする。

## 1. 委任関係が肯定されたもの<sup>(49)</sup>

### （1）連邦通常裁判所1956年判決以前

[1] RG LZ 1923, 275

—ライヒ裁判所1922年12月4日判決

#### <事案の概要>

食堂（Gastwirtschaft）を経営する被告は、旅行中の原告からの依頼を受けて、中身の詰まった旅行鞆を一晩保管することを引き受けた。その際報酬の取決はなかった。ところがこの鞆が夜間何者かによって持ち出され、翌朝空の状態で放置されているのが発見された。そこで原告が被告に対し損害賠償を請求した。

上級ラント裁判所は、鞆を盗んだのが赤の他人である場合と、被告自身またはその家族である場合とに分け、前者の場合については委任に基づく注意義務違反を理由に、また後者の場合については不法行為を理由に被告の責任を認めた。これに対して被告が上告し、鞆を一晩保管することについて意思表示した時点では、単なる好意に基づいて行動していたにすぎないとして委任の存在を争った。

#### <判旨>上告棄却

ライヒ裁判所は、まず第1に、被告が引き受けた鞆の保管が、原告への配慮

を義務づけ、かつ原告の利益を促進するような経済的種類の活動を含むとの理由から、662条所定の他人のための事務処理にあたるとする。第2に、示された好意が義務の引受を伴わない日常生活上のそれである場合には、たとえ給付が経済的性質を備えていても委任に関する規定は適用されないとした上で、当該事案においては、原告の鞆の中身を被告が知っていたことから、両当事者が契約上の権利および義務の創設を想定していたことは明らかであるとして委任の成立を認め<sup>(50)</sup>、受任者たる被告について、664条3文に基づき、履行補助者として鞆の収納を任せた家族の過失に対する責任を肯定した。

## [ 2 ] BGH MDR 1955, 283

一連邦通常裁判所1954年12月17日判決

### < 事案の概要 >

原告および被告（被告の単独負債が原因で離婚）の婚姻中、被告は、A 銀行からの借入金を保証するため、以前は彼の所有であったが原告に譲渡していた一切の負担なき土地に、原告の承認を得て、原告の名で抵当権を設定した。しかしながらその後、被告の支払遅滞を理由に抵当権を実行されることを危惧した原告は、離婚に先立ち、被告に対して当該抵当権「告知」の意思表示をしていた。本訴訟において原告は被告に対し、主位的には弁済していないの債務額を自分のために支払うよう求め、また予備的に、当該抵当権設定が委任にあたるとした上で、670条に基づく費用償還を理由に、抵当権ならび転換土地債務(Umstellungsgrundschuld)からの解放を請求した。

地方裁判所は予備的申立を認容、控訴審裁判所も被告の控訴を退けた。被告が上告。

### < 判旨 > 破棄差戻

連邦通常裁判所は、保証人と主たる債務者の内部関係は一般的に委任とされるところ<sup>(51)</sup>、物的保証を引き受ける土地所有者と主たる債務者の関係についても同様の評価することができるとする。そして、被告が自己の名で抵当権を設定することを承認した原告は、「この者の事務を処理する義務を引き受け」たのであり、かつ原告は無償で行為していたのであるから、662条の要件は全て満たされ、したがって両者の内部関係は委任とみなされうるといふ。そして、被



告の依頼により自己の土地に設定した抵当権は670条にいう「費用」にあたる<sup>(52)</sup>として、同抵当権からの解放を償還として認めたが、当該「費用」と負担調整税（Abgaben für den Lastenausgleich）による財産上の負担の減少の関係についての問題を原審に差し戻した。<sup>(53)</sup>

### 〔3〕 BGHZ 16, 265

一連邦通常裁判所1955年2月9日判決

#### <事案の概要>

半壊家屋 A の 1 階に入居していた原告の夫は、A および別の廃屋 B の共同相続人兼遺言執行者である被告と共に、A の 2 階部分を撤去する際に使用する木材を B から運び出す作業に従事した。原告の夫は、同作業によりさらに広い住居を手に入れることができるものと期待していた。ところが、原告の夫は作業中 2 階の天井から墜落して受傷、やがて死亡した。同作業に際して何らの安全措置も講じられていなかった点については争いが無い。

そこで原告が、同作業は、自己の扶養者である夫が被告の利益のために引き受けた委任であると主張し、毎月の定期金を要求した。原審が訴えを認容したため、被告が上告。

#### <理由>上告棄却

連邦通常裁判所は、委任の存否判断にとって重要なのは、何らの報酬も合意されず、かつ「現実の義務意思」が受任者に存在することであるとして、被告と原告の夫の関係につき、原告の夫の義務意思を認定して委任の成立を認める原審の判断を相当とする。そして、事務処理者固有の利益が、無償性との関係で委任の存在を排除するかという問題については、受任者が無償の義務を負うということは、ほとんどの場合、報酬なしに義務を引き受けてもよいと思わせるような何か別の動機がこの者にあるからであり、委任の実行によって自分自身の利益が促進されるとの理由で、ある者が委任を承諾し、したがって無償給付につき義務を負うことは法律とも生活経験とも合致するとして、これを否定している。

その上で連邦通常裁判所は、従来の判例を<sup>(54)</sup>変更し、受任者が、支払合意があるならば雇傭契約的性格を持つような給付を引き受ける場合、委任者は受任者

の生命および健康に関する損害につき、彼が雇用者である場合と同様の責任を負うとして、遺族たる原告への定期金の支払を認めた。<sup>(55)</sup>

(2) 連邦通常裁判所<sup>(56)</sup>1956年判決

1956年、連邦通常裁判所は、委任と好意の関係に対して画期的な判決を下している。本件は、好意による自動車運転手の調達に関する法律行為の性格の有無、および、同行為が事業者の同意のもとで契約締結のための代理権を持たない社員により行われた場合における事業者の法律行為上の責任が問題とされた事案である。

[ 4 ] BGHZ 21, 102=BGH NJW 1956, 1313

一連邦通常裁判所1956年 6 月22日判決

<事案の概要>

運送業者である原告は、運送業労働共同体（船倉配分署）の斡旋を受けた A 運送会社（被告の姉妹会社）から貨物の発送を依頼された。ところが、トラックの運転手である原告の夫が、トラックとトレーラーの連結事故によって死亡したため、運送業務が不可能となった。そこで原告の代理人たる上記労働共同体議長から運転手調達を依頼された A 社社員 B が被告の社員 C に連絡を取り、同じく被告の従業員である自動車運転手 D が原告に紹介された。D は、それまでトレーラートラックによる長距離運送の経験がないにもかかわらず、原告のトラックで運送業務を行ったところ、トラックは帰路エンジン故障により立ち往生してしまい、牽引されねばならなかった。

そこで原告は被告に対し、受任者としての義務に反して信頼に値しない運転手を調達したことに対する責任を負うとして、修理費用および逸失利益の賠償を求めた。これに対して被告は、B および C は運転手調達契約締結のための代理権を授与されてはならず、法的義務引受の意思なくただ人道的な同情に基づいて行為したに過ぎないから、被告自身は信頼に足る運転手を提供する義務を負うものでもない<sup>(57)</sup>と主張した。

一審は一部認容判決を下したが、控訴審は訴えを棄却した。原告が上告。

## ＜判旨＞破棄差戻

連邦通常裁判所は、Dの派遣は被告の法律行為上の義務を何ら生ぜしめるものではなかったという原審の判断について、不幸な事故により窮地に陥った原告を救済すべく、Cが好意からDを原告に紹介するのは当然であると被告自身信じて疑わなかったのであるから、CおよびBの代理権の存在は重要ではなく、また、Cが好意に基づく給付に際して被告のために行為していることもまた疑問の余地はないとの理由から、被告が好意に基づいて自己の運転手を提供したことから法的効果は生じるのか、そしてそれはいかなる範囲でかという点に関する検討を原審が怠った以上、判決の破棄は免れないとする。

そして連邦通常裁判所は、運転手の派遣に基づく被告の法的義務の検討に際し、委任と好意の関係について以下のように述べている。すなわち、

「給付者が自己の行為に法的効果を生ぜしめる意思、つまり法的拘束意思を有しており、かつ給付の相手方が給付者の行為をそのような意味に受け取っていた場合にのみ、示された好意は法律行為としての性格を獲得する。これらの点が欠けている場合には、それが行為の性格や示された状況からして拘束意思を認めるに足らないのであれ、あるいは拘束意思が明示または黙示で排除されていたのであれ、法律行為の観点からの評価はなされない。法的拘束意思の存否は、給付者の表面化しない内面的意思によってではなく、むしろ相手方が、当該状況下で、信義則上、取引慣行を顧慮すれば、そのような意思を推定したに違いないかという点に基づいて判断されるべきである。したがって、客観的な観察者の目に給付者の行為がどのように映るかが重要である。

好意の種類、動機と目的、経済的および法的意義、とりわけ相手方にとってのそれ、好意が示された状況、ならびにその際に存した両当事者の利益状況次第で、当該好意は純粋な事実的領域を超越することになり、それゆえに、拘束意思の存否および給付の法律行為の性質を判断するためには、これらの要素が斟酌されねばならない。日常生活上の好意は通常は法律行為の領域外にとどまる。同様のことは、純粋な社交上の取引に根ざす好意についても当てはまる。委ねられたものの価値が高いこと、当該事務が経済的意義を有す

ること、受益者に明白な利益があること、および瑕疵ある給付によって相手方が危険に陥り得ることを相手方自身は知らないが、給付者には認識可能であったことといった事情から、法的拘束意思が推定されうる。それゆえ、取引関係の枠内で付与される説明は、法の要求する誠実義務に合致しなければならない。相手方への援助について給付者自身が法的または経済的な利益を有するならば、通常は給付者の法的拘束意思が肯定されることになろう。」

連邦通常裁判所は、このような基準に照らして次のように判断する。すなわち、運転手を準備する義務は、被告にも、そして原告に運送を依頼した A 社にも決して生じてはいなかったが、被告が原告、または代理人たる運送業者労働共同体の求めに応じて実際に運転手を派遣する時点で、被告は信頼に足る運転手を提供する義務を負った。原告が求めた好意に際して問題となったのは経済的・商業的活動に関係する仕事であったし、トレーラートラックは原告にとってまさに貴重品であるのみならず大切な収入源でもあるから、原告は、被告が自分に信用のおける運転手を提供するものと信頼することができたし、被告はこの信頼を裏切ってはならなかった。適当な運転手がいなかった場合、被告は原告の要請を拒絶しなければならなかったのであり、さもなくば、少なくとも、D の使用を原告に思いとどまらせるべきであった、と。<sup>(58)</sup>

以上の点から、連邦通常裁判所は、被告の法的拘束意思、および信頼に値する運転手の選任についての責任を肯定した上で、当該事案における過失について委任規定が適用されるとした。<sup>(59)</sup>

### (3) 連邦通常裁判所1956年判決以後

[5] OLG Celle NJW 1965, 2348

一ツェレ高等裁判所1965年7月7日判決

#### <事案の概要>

ベルリン封鎖当日の1961年8月13日に被告と東ベルリンから西ベルリンへと脱出した被告の夫(すでに死亡)は、以前からの知人である原告に対して、東ベルリンの自宅に衣類を取りに行き、そこで義母に150東ドイツマルクを手渡すよう依頼した。原告はこれを承諾し、自分の妻とともに被告夫婦の自宅から

衣類を持ち出したが、帰路逮捕され、被告の夫の西ドイツ脱出援助を理由に 4 ヶ月の懲役判決を受けた。東ベルリンへ運転していった自動車は没収された。

原告は、死亡した夫の相続人である被告に対し、自分が受任者として被告の夫のための事務を処理する上で自動車を失ったことによる逸失収入、および被告の夫らが原告の妻のために支払うことになっていた支援金の支払を要求した。地方裁判所は中間判決により原告の請求を正当と判断したため被告が控訴。

#### <判旨>一部認容

ツェレ高等裁判所は、連邦通常裁判所1956年判決の基準を引用し、原告が引き受けたりスクによって当該好意はもはや日常生活や社交上の取引における好意の範疇を逸脱することになったこと<sup>(60)</sup>、無一文で西ベルリンにやってきた被告の夫は、原告に取りに行くよう頼んだ衣類一式に重大な経済的利益を有していたこと、および衣服の運び出しを依頼したのは被告の夫であり、原告はむしろこれに応じたに過ぎなかった点で、好意を示す者の方から申出があることが多い日常生活上の好意とは異なっていることなどを理由に、原告はその行為に法的効果を生ぜしめようとしており、かつ、被告の夫は、所与の状況下において、信義則上、そのような意思を推定したに違いなかったとする。その結果、原告と被告の夫の間には662条に基づく委任が成立していたとの判断を下した。<sup>(61)</sup>

### [ 6 ] OLG Nürnberg OLGZ 1967, 139

—ニュルンベルグ高等裁判所1966年10月7日判決

#### <事案の概要>

原告は、1952年12月に、戦時犠牲者援護庁（Versorgungsamt）への戦争未亡人年金の申込を、当時 A 年金協会地方支部理事長であった被告に依頼した。申請期限は当初1952年12月31日であった（後に1953年12月31日まで延長）が、その後1954年になっても申請に関する通知がなかったため、原告が戦時犠牲者援護庁を訪れたところ、いまだ申請がなされていないことを知った。その後の原告本人による申請は、期限徒過を理由に受理されなかった<sup>(62)</sup>。そこで、原告が被告に対し、委任上の義務違反を理由に逸失年金の賠償を要求した。地方裁判所は訴えを認容したため、被告が控訴。

<判旨>一部認容

ニュルンベルグ高等裁判所は、連邦通常裁判所1956年判決の基準を引用し、被告が示した好意の種類、またなканずく原告のために適宜申込をなすことの有する経済的・法的意義、とりわけ、たとえば時機を逸した申込のような瑕疵ある給付によって原告が陥りうる危険といったものから、原告が所与の状況下で信義則上被告の法的拘束意思を推定しうるのは明白であるとする。そして、これらの状況に照らすと、法律行為的性格を伴わない単なる好意関係が問題なのではなく、1952年12月に原告が被告に対して戦争未亡人年金の申込を戦時犠牲者援護庁に送付するよう依頼したことで、両当事者間に662条の意味での委任が発生したものと認定した。<sup>(63)</sup>

[7] LG Köln NJW 1977, 1969

ーケルン地方裁判所1977年2月2日決定

<事案の概要>

両当事者（離婚した夫婦）は、婚姻当時それぞれ自分専用の自動車进行所有していたが、公務員である被告の方が有利な特別料金を主張できたため、2台とも被告がA保険会社の保険に加入し、原告は自分の車の保険料を支払っていた。離婚後、原告は自分の車の新規保険契約を自らA保険会社と結んだが、過去9年間1度も事故を起こしていなかったにも関わらず2分の1の無損害等級（保険料率125%）に位置づけられた。しかしながら、同社の保険料規定によれば、以前の保険契約者である被告が、契約の更新に際し、従前の事故および損害に関する諸状況を顧慮してより有利な条件をとりつけるよう求める権利を放棄する場合に限り、先の無損害期間が当該自動車の所有者である原告について顧慮されることになっていた。

そこで原告が、被告に対して、上記のような保険契約上の請求権を自分のために放棄するよう求めた。区裁判所は、原告の要求には何らの法的な請求権も存しないと判断を下した。原告が地方裁判所に訴えを提起し、委任、なканずく667条に基づく保険契約上の有利な条件の「引渡」を求めた。

<判旨>認容

ケルン地方裁判所は、連邦通常裁判所1956年判決を引用することなく、以下

のような独自の理由づけによって、当該事案において被告が原告の自動車の保険加入者となったことを被告による原告のための委任と認定した。<sup>(64)</sup>すなわち、たとえば、両親が自分たちの子供のために、あるいは夫婦の一方や婚約者が相手方のために保険契約を締結する場合のように、ある自動車につき真の所有者や運転者ではなく、より有利な保険条件を自由に主張できる人間が保険加入者となることは稀ではないが、この行為は単なる好意ではなく、法律行為である。また、こうした保険の処理については、本件のような家族関係に特有なものではなく、むしろ債権法上一般の関係が問題なのであるから、この場合に妥当するのは婚姻生活共同体についてのルールではなく、とりわけ667条などの委任に関する諸規定である、と。

そして、原告自ら新規保険契約を締結したことによって当該委任は終了し、被告は受任者として、667条に基づき、委任の処理によってはじめて獲得されたところの、無損害期間により発生する契約上有利な法的地位を委任者たる原告に引き渡す義務を負うとの判断を下した。<sup>(65)</sup>

(45) もっとも、ドイツでは、一定の場合に委任の方式が問題となることがあり、特に不動産取得と登記の関係で313条1文所定の方式強制の是非が顧慮されることになる（肯定：MünchKomm/Seiler § 662 RdNr. 6; Staudinger/Wittmann Vorbem. zu §§ 662ff. Rn. 22; RGRK/Steffen Vor § 662 Rdn. 30; Larenz S. 409; 否定：Erman/Ehmann Vor §662 Rdnr. 2; Soergel/Beuthien § 662 Rz.. 5）。

(46) ただし、委任の法的拘束力に関しては、当事者の任意告知権を定める671条との関連で、これを疑問視する見解が学説から寄せられている。この点については後述。

(47) 以下の事例の紹介は、MünchKomm/Seiler § 662 RdNr. 63に挙げられた判例、およびそれらが引用する判例に依った。ただし、脱出援助（Fluchthilfe）については、成功報酬が事前に合意されているものがほとんどで、無償委任とは言い難いためここでは除外した。このほか、委任を含む好意契約一般に関する最近の判例の動向に関しては、Dietmar Willoweit, JuS 1986, 96ff. に詳しい。

(48) 本文中で紹介したものほかに、RGRK/Steffen Vor § 662 Rdn. 28は、判例上無償委任とされたものとして、商事会社と代表機関との間の法律関係（RGZ 146 145, 152; Brox NJW 67 801; RGZ 96 53）、無償の信託（BGHZ 32 67, 70）、第三者のための生計費の支払（OLG Hamburg MDR 62 525）、銀行による顧客の手形や小切手の無償の引受（BGH LM 662 Nr. 5; LG Hambrug MDR 63 216; Soergel NJW 64 1943）、立往生した乗用車の牽引（BGH NJW 63 251）、遺産管理（KG NJW 71 566）、賃貸借に伴う道路凍結回避義務の引受（OLG Köln VersR 66 453）、

信用を超過する金額を保険契約者に引き渡す委任としての、保険契約者の担保提供者に対する船体保険者の給付 (OLG Köln OLGZ 66 525)、被害者による事故車の修理 (BGH NJW 73 1647: 原告所有の自動車が第 2 被告の自賠責保険が付いた第 1 被告の乗用車との追突により損害を蒙ったところ、自動車修理工であった原告がこの損害を自ら修理し、損害の金銭賠償を第 1 被告に要求した事案)、金銭的に余裕のない当事者と国選弁護士もしくは試補見習 (Referender) の内部関係 (BGH NJW 73 757; RG WarnRspr. 14 Nr. 204)、第三者のための不動産取得 (BGH Warn-Rspr. 70 Nr. 212) などを、また家族関係、なかんずく夫婦間で生じる委任として、受益を夫婦で分担する取決のもとで夫がなした妻の財物の管理 (BGHZ 6 1)、妻自身は携わっていない夫の業務に対する妻による信用付与 (BGH WM 72 661) などを挙げる。

- (49) 上級ラント裁判所が考える 2 つの可能性につき、ライヒ裁判所は、委任が肯定され、被告が受任者として責任を負うならば、被告自身が窃盗に関与していたに違いない場合にも、委任に基づく責任で全てが処理されるという。
- (50) その根拠として引用された RGZ 59, 207 は、このように解する理由を特に明確に述べてはいない。また、同判例のほかにも、当時同旨であった学説がいくつか挙げられている。
- (51) まず、原告による抵当権「告知」につき、当事者を離婚へと至らしめた被告の一連の行為は 671 条 2 項にいう「重大な事由」にあたるとして、委任の告知が認められ、信用関係の自然清算に合致するようなやり方で、信用の基盤たる当該抵当権を被告に自由に処分させるという原告の義務を定める銀行の貸付条件との関係では、受任者たる土地所有者は、先の告知の場合にはたとえ事前であっても、「主たる債務の自然清算の枠内」で、費用償還として 257 条に基づく物的責任からの解放を要求することができるとされた。
- (52) もともとは被告の利益のために抵当権が設定されたところ、両当事者の内部関係において原告自身が負担するはずであった負担調整課税額の減少へと至るならば、結果として事後的に原告の相当な費用を軽減しているのであるから、事実審が 670 条の観点から原告の請求権を再検討する際には、原告が自己の土地に当該抵当権を設定したことにより、負担税 (財産税) を相当程度免れる可能性があることを顧慮しなければならないという。
- (53) RG JR 1925 Nr. 247 を指す。本件は、ある犯罪者の監視を公共の利益において警察官から委任されて引き受けた者が、警察官が応援を要請している間に逮捕者によって刺殺されたというものであり、ライヒ裁判所は、雇傭以外の契約への 618 条の適用を否定した。この点につき連邦通常裁判所は、同判決理由を、当該事案には適合していたとしても普遍性は獲得し得ず、そしてまたその後の法発展によってその意義を失ったとする。
- (54) この点につき連邦通常裁判所は次のように述べる。すなわち、618 条 3 項の基本思想は、被用者は、契約上の義務に基づき、生命の危険を伴うような使用者の職



場で、または設備を使って作業しなければならないことがあり、使用者は、そのような職場または設備から可能な限り危険を除去する契約上の義務を負うというものである。使用者またはその履行補助者がこの義務に違反し、その結果被用者が死亡事故に遭遇する場合、契約当事者は被用者であって遺族自身ではないといった形式的な理由で、遺族から契約上の損害賠償請求権を奪ったり、死亡事故が使用者の契約上の過失に基づくものであるにもかかわらず、遺族に不法行為法上の証明責任を課したり、または使用者に設備補助者に対する831条の免責可能性を認めることは甚だ不当である。しかるに、連邦通常裁判所大法廷はかつて請負契約につき、一定条件下では618条が適用されうると明確に判断している（BGHZ 5, 62）ところ、当該事案のように、通常であれば被用者が履行しなければならないような給付をまさに受任者が行うべき場合には、請負の場合にもまして同条の委任への適用が肯定されねばならない。ただし、「委任の目的は雇傭契約形式にも、請負契約形式にも、そしてまたこれらとは別の混合契約形式にも合致し得る」ところ、「委任は存在するが目的それ自体は雇傭契約類型に合致する」場合、委任との違いは無償性ではない。そして「請負契約においては、少なく雇傭契約とは異なり、問題となるのは他人が定めた労働ではなく固有の事業者であり、その結果注文主と請負人は原則として労働関係内では対等の立場に立つのに対し、これに相当する事案における受任者は、被用者同様委任者の指示に従う」からである、と。

(55) MünchKomm/Seiler §662 RdNr. 63はこれを委任が否定された事案に分類しているが、本文でも述べるとおり、本判決は被告の法的責任を認めるにあたって、これを不法行為責任ではなく「運送委任」に基づく責任としている。学説においても、本判決で委任が肯定されたか否かについての評価は分かれているが、この点については後述。

(56) このほかに被告は、Dの履行補助者性を争うとともに、自己の有責な義務違反の不存在およびDの行為の違法性の欠如を抗弁し、また原告の共働過失も合わせて申し立てた。このうちDの履行補助者性については、当該運送契約の当事者はA社と原告であるとの理由で、トレーラートラックに関する被告の保護義務、およびトラック保護に対するDの278条に基づく過失を理由とする被告の責任が否定されている。

(57) 被告の法的拘束意思の推定に際しては、被告とは別の法人格を有するものの、資本面および経営面に関して実質上一体的な姉妹会社Aが運送委任に基づいて原告と契約関係に入ったという事実も顧慮された。

(58) 連邦通常裁判所は、受任者の責任と過失につき次のように述べる。すなわち、

「無償契約における過失責任ルールのあり方は様々であるところ（BGB521条、599条：重過失に対する責任；BGB690条：自己の業務における注意に対する責任；BGB662条（および276条）、既存の取引関係内での説明：軽過失に対する責任）、法的に重要な好意関係の責任の範囲に関する問題は、個別事案

の諸状況および性質に基づいて判断されねばならず、好意責任が信頼関係に起因し、かつ経済的ないし営業的な意義を有する対象に関するものであるような場面、とりわけ、両当事者に一定の取引関係が存する場合には、給付者に対して、委任における法律上の責任 規定に基づき、取引において必要とされる注意が要求されねばならない。」

そして、両当事者に対して実質的責任を負う立場としての運送業労働共同体によって原告の要請が伝えられたという状況は、当該事案には無償の労務調達契約に妥当する委任規定が準用されることを正当化するものであるところ、法律上の規定によれば存在する責任を、大なり小なり仮定的な責任制限合意を承認することによって制限する謂れはなく、被告は軽過失についても責任を負うべきである、と。

- (59) 仮にこのようなリスクが実際に現実化することはないと考えられていたとしても、それは重要ではないという。
- (60) ツェレ高等裁判所は、受任者の損害賠償請求権につき、委任者は、発生の危険が委任の実行そのものと結びつき、かつこのような事務処理特有の危険として両当事者があらかじめ考慮すべきであった受任者の損害を賠償しなければならない、ということに関して重要なのは、委任の実行が損害の相当原因でなければならないことであって、請求権の根拠ではないとし、670条、当事者意思の「擬制」に基づく黙示の保障合意の推定、被告の夫による積極的契約侵害のいずれも否定する。また、請求権の範囲に関しても、受任者に認められるべきは真正な損害賠償請求権ではなく、個別事案の様々な状況が信義則や正当性に基づいて算定されるべき単なる適正補償金にすぎず、しかも事案の特殊性からして、委任に通常妥当する適正費用全額賠償の原則が貫徹され得ないという。そして、賠償請求権算定に際して特に顧慮されるべきものとして、両当事者の財産状況に基づく利益衡量、および254条に基づいて被害者が責任を負うべき自己の行為、とりわけ軽率な自己の危殆化という意味での受任者の共働過失を挙げる。

これらを顧慮した結果、ツェレ高等裁判所は、原告が頼まれた以上の衣類を持ち出そうとしたことにより損害を有責に共働惹起したことは顧慮されないが、委任の引受において被告の夫よりも遙かに軽率に行動したこと、その一方で原告の4ヶ月間の服役は顧慮すべきであるとして、原告に発生した損害の3分の2に対する賠償請求権を適当と認めた。

- (61) もっとも、本訴に先立って原告が提起した別訴に基づき、社会裁判所は、バイエルン共和国に対し、1960年6月1日以降の年金を支払うよう命じる判決を下している。
- (62) 被告の責任と過失の関係についても、連邦通常裁判所1956年判決が引用され、原告にとって年金の申込が著しい経済的意義を持っていたこと、および原告は年金協会の地方支部理事長たる被告が適切な事務処理してくれるものと特別な信頼を寄せていたことなどの状況からして、当該事例においても責任基準として委任規定

を類推適用することが正当化されるとし、被告は、委任の遂行から生じるところの取引において必要とされる注意義務（276条）に有責に違反するとしたが、その一方で、申込期限を徒過するに先立ち、自分の申込が実際に戦時犠牲者援護庁に到達していること、あるいは、少なくとも送付したことにつき十分な証拠があることにつき、被告に対して必要不可欠な確認をしなかった点では原告にも過失があるとして、損害の3分の2のみが相当と認められた。

- (63) このようにして推定された委任において、保険契約者として保険契約に加入する者は、引き受けた任務を注意して遂行する義務を負い、また、相手方との話し合いの機会を持たず、その結果新たな契約を締結する機会を与えることなく当該保険を告知することは禁じられるが、他方、保険契約者が必要な保険料を立て替える場合には、リスクをカバーされる者がその金額を償還しなければならないとする。
- (64) この点については、契約上有利な条件の譲渡は原告の自動車に関する保険契約にのみ関係するもので、被告自身の自動車に関して被告の無損害割引が損なわれることはなかったのであるから、被告の利益に反するものではないとする。

#### 付記

本稿は、1999年度早稲田大学特定課題研究助成費（99A-810）による研究成果の一部である。