

無償委任の法的性質

——「契約成立」に関する一考察（2）——

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76巻2号）
2. 委任関係が否定されたもの
3. 好意同乗
4. 小 括 （以上本号）

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 3 章 無償委任と好意の関係

第 2 節 委任関係と好意関係をめぐる判例

2. 委任関係が否定されたもの

(1) 連邦通常裁判所1956年判決以前

[8] RGZ 128, 39

—ライヒ裁判所1930年 3 月17日判決

<事案の概要>

訴外 A とともに、被告が主催しガイドを務める追い出し猟に参加した原告は、A の散弾射撃によって、片目の視力を失い、右半身が麻痺するに至った。⁽¹⁾そこで原告は、被告に対し、猟のガイドを目的とする委任契約上の債務不履行または不法行為に基づく損害賠償を請求した。控訴審裁判所は、被告と原告ら招待客の関係を委任と認定したが、被告の注意義務違反の有無を検討した結果⁽²⁾その責任を否定した。原告が上告。

<判旨>破棄差戻

ライヒ裁判所は、以下のように述べて委任の成立を否定した。⁽³⁾すなわち、

「そもそも、狩猟の主催者が狩猟の開催を引き受けた点に、猟客による委任の付与を見出そうとする上級ラント裁判所の理解からしてすでに誤りである。追い出し猟の主催者が猟に参加する場合には、通常は慣行により猟のガイドを引き受けるものであり、かつこのことに対して猟客の同意を確認するのが常である。しかしながら、契約の締結は以上の点に認められるのではなく、同様に、主催者が客を招待し、客がこの招待を受ける点に認められるのでもないのであって、たとえば主催者が招待客に対し、BGB662条以下の意味で、鳥獣の狩り込みを依頼する点に求められねばならない。…追い出し猟は、いかなる場合にも社交的な催事であり、そこにおいて問題となるのは当事者相互の法的性格を伴わない好意である」。

(2) 連邦通常裁判所1956年判決⁽⁴⁾以後

[9] BGH NJW 1968, 1874

一連邦通常裁判所1968年7月2日判決

<事案の概要>

ある2組の夫婦が、自分たちの子供がお互いの家を往来することを黙認し、その行動を監視するようにしていた。ある時被告の家で遊んでいた子供らが通行中の原告の頭上に物を落とし重傷を負わせた。そこで原告が被告に対して、832条⁽⁵⁾2項に基づき、未成年の監督を（委任）契約によって引き受けた者の責任を追及し、損害賠償を請求した。控訴審判決が原告の主張を認めたため被告らが上告。

<判旨> 破棄差戻

連邦通常裁判所は、まず最初に、832条2項の意味での監督契約の成立に關しては常に個別事案の状況が問題となるとしながら、監督が長期に渡る場合⁽⁶⁾と、出費と結びつかない短時間の場合⁽⁷⁾とに分け、前者については契約成立を認め、これに対して後者においては、義務の引受を欠く単なる純粋な好意しか存在しないという。

次に、当該事案における監督義務の引受に関して、両家の契約的拘束意思の存否を問題とし、連邦通常裁判所1956年判決を引用する。そして、監督契約の成立を認める原審の判断について、両当事者の真の意思を認識させるような事実認定が欠けており、黙認から特別な法的義務を導く考え方は許されないといい。さらに、日常生活上の好意および社交上の取引に基づく好意が通常は法的領域外にあるという点につき、客観的な観察によれば、隣人の子供の監視は、親たちが法的拘束および給付義務を引き受ける意思を持つことのない、日常においてありふれた好意にすぎないとみなされざるを得ないとした。⁽⁸⁾

[10] BGHZ 56, 204=NJW 1971, 1404

一連邦通常裁判所1971年5月17日判決

<事案の概要>

以前よりソヴィエト占領区で単独テロ活動を行っていた原告は、さらなる実

効性を求めて、被告（ドイツ社会民主党）東部事務所ベルリン支局に協力を申し出た。同事務所は、原告がテロ活動をやめて政治活動を行うこと、および同事務所の命令を厳守することを条件にこれを承諾した。原告は、以後 8 ヶ月間情報収集をはじめとする様々な活動に従事したが、後に逮捕され、強制収容 14 年の実刑に服した。そこで原告は被告に対し、その間に失った収入の一部を賠償するよう求めた。

ボン地方裁判所は、原告の活動は、ソヴィエト占領区の政治システムに対する政治的・イデオロギー的抵抗運動であると同時に民法にいうところの委任上の事務であり、⁽⁹⁾ 逮捕および実刑はこのような委任関係につきものである危険状態によって生じた 1 つの結果であるから、原告が服役期間に被った収入の損失もまた 670 条の意味において賠償されるべき費用に含まれるとして訴えを認容した。被告が跳躍上告（Sprungsrevision）し、委任の存在を争った。⁽¹⁰⁾

＜判旨＞破棄自判

連邦通常裁判所は、委任成否の判断に先立ち、政治的抵抗活動の引受が 662 条以下の意味における「他人のための事務処理」に当たるか検討し、原告の活動により被告の利益が促進されていた点でこれを肯定する。また、事務処理の引受と事務処理者自身の利益が矛盾するものでないこともあわせて確認する。

次に、委任が存在するための前提として、法律行為上の義務を引き受ける意思が当事者双方にあることを問題とし、以下のようにいう。すなわち、

第 1 に、政治的抵抗活動は、いわゆる日常生活上の好意、純粋な社交上の約束、またはこれに類似する事柄でないことは明らかであるが、他人の経済的利益が⁽¹¹⁾ 図られていることを理由に受任者の法的拘束意思が推定された事務処理とも異なるものである。

第 2 に、法的拘束意思存否の判断は、連邦通常裁判所 1956 年判決が示すとおり客観的観察によってなされるべきである。その際、給付の相手方が有する本質的な経済的利益が危険にさらされており、かつこの者が約束を当てにしていたと認められうる場合は特に事務処理者の法的拘束意思が肯定されるが、⁽¹²⁾ そうでなければこのような意思は特別な事情のもとでしか推定されない。

第 3 に、当該事案に関しては、①以前の単独活動歴、および被告への協力による実効性の向上という動機からして、原告は被告のために活動するという意

思を有していなかったこと、②被告の指示への服従も、政治的目標達成のためであって、契約上の意思ではないこと、③原告には良心および政治的信条に基づいて個別活動実行の諾否および範囲を決定する自由があり、被告も活動の従事に関する法的拘束性は全く考えていなかったこと⁽¹³⁾、④被告という組織の庇護と団結に預かろうという考えの原告は、自己の活動における過失について被告に対し責任を負うつもりはなく、そしてまた自分が活動に際して被った損害の補償を被告に対して期待していなかったこと、⑤逮捕および実刑という抵抗活動に特有の危険は活動家によって引き受けられるものであり、原告も自己のリスクとして行動していたと認定されることなどからして、原告の活動に対して被告が利益を有していたことだけでもって、双方に法律行為上の義務を引き受ける意思が存在したとの認定が正当化されるわけではないと⁽¹⁵⁾。

このように検討した結果、連邦通常裁判所は、被告東部事務所のための原告の活動につき委任的性格を否定した⁽¹⁶⁾。

[11] BGH LM §762 Nr.4 = BGH NJW 1974, 1705

一連邦通常裁判所1974年5月16日判決

<事案の概要>

原告らと被告は、毎週総額50マルクを取り決めた一定の数列に賭けるロトくじクラブを結成し、被告は、ロトくじ用紙に自己の名で数列を記入し、参加者から集めた賭け金と一緒に取扱所に提出する役目を引き受けた。ところが、ある日の賭けにおいて被告がこれを怠ったところ、同クラブは総額10,550マルクの儲けを逸した。このため各原告は、被告による右行為が委任上の事務であるとした上で、債務不履行を理由に、取り分に応じた損害賠償を求めた。

地方裁判所および高等裁判所は請求を棄却したため、原告が上告。

<判旨>上告棄却

連邦通常裁判所は、ロトくじ用紙の記入および提出における法的拘束力の存否を判断するにあたって、連邦通常裁判所1956年判決がいうところの、両当事者の利益状況を問題とする。そして、「委任者」にとって本質的な諸利益、とりわけ経済的利益が危険にさらされているか否か、つまり、約束された給付がなされず、またはなされた給付が取決どおりではなかった場合に、重大な損害

の蓋然性が見込まれるに違いないかという点、および、引き受けられた事務の無償性からして、法的義務およびそこから生じる損害賠償のリスクを「受任者」に課することができるかという点が重要であるという。

そして第 1 に、利益衡量に関して、くじの記入と提出による賭けへの参加においては、法律行為上の拘束力は一般的に否定されうるとする。

第 2 に、仮に、例外として法的拘束力が肯定された場合に事務処理者が負う損害賠償のリスクは著しいものであるところ、①本件において事務処理者の取決違反から通常生じる逸失利益は些細なものであること、② 1 等または 2 等賞金といった例外的に重大な損害が実際に生じた場合、これは逸失労働収入や業者の逸失利益のような蓋然性の高い通常利益ではなく、当事者が予想だにできなかった特別利益であり、このような損害の賠償を命じられることは、事務処理者にとっては経済的な破滅を必然的に招来せしめること、③賭けの緊張感や成功を共有し、賭け金を高額化することで利得の機会を増やすといった賭けクラブの動機からして、いずれの参加者も損害賠償リスクを負うつもりもなければ、他のメンバーにこれを求めるものではないと考えられることなどの理由から、たとえ高額の利益が期待されとしても、経済的な目的や必然性のない自由な娯楽である博戯において、一般的に、無償でくじ用紙への記入を引き受けて賭けを行う者に対し、場合によっては生じうる損失について賠償責任を課することはできないとする。⁽¹⁷⁾

以上の理由から、連邦通常裁判所は、ロトくじ用紙の記入と提出の引受の法的拘束力を否定した。

3. 好意同乗

(1) 委任関係が肯定されたもの⁽¹⁸⁾

[12] BGH VersR 1964, 239

一連邦通常裁判所1963年12月10日判決

<事案の概要>

自動車販売会社の従業員である A は、社用車で遠方まで出かけることになり、高齢だが優秀なドライバーである知人 B を交代要員として同乗させた。

ところが、帰路アウトバーンを走行していた B 運転の自動車が対向車用車線を逆走して対向車と衝突、A と B は即死した。

そこで A の遺族である原告らは、B の遺言執行者である被告に対して、B の重過失的な運転により A が死亡したことを理由に、運搬および葬儀費用の償還、ならびに自身の扶養損害（社会保険給付額を除く）の賠償を請求した。これに対して被告は、好意で運転を引き受けた B に責任はないと反論した。⁽¹⁹⁾

地方裁判所は、原告らの請求を認容し、被告の損害賠償義務を肯定した。これに対する控訴が退けられたため、被告が上告。

<判旨>⁽²⁰⁾破棄差戻

連邦通常裁判所は、1956年判決を引用することなく、以下のように判断する。すなわち、当該運転は A の経済的利益に資するものであった。また、予定ではおよそ1000キロの長距離をわずか1日で移動するというような運転は、A が自己の他に運転交代要員を確保して初めて実行可能なものである。したがって、B は A に運転の交代を確約することで、662条に基づき A から委ねられた事務を無償で処理する義務を負ったのであり、両者の間には委任関係が認定されるべきである。両者は友人であったとか、B が引き受けたのは自動車の運転を好きだったからといった諸事情は、当該関係の法律行為の性格を変更するものではない、と。

(2) 委任関係が否定されたもの

[13] RGZ 65, 17

—ライヒ裁判所1906年12月13日判決

<事案の概要>

ある自動車クラブ主催の「テスト競走」に出走した自動車に同乗して事故に遭った原告が、同車の所有者である被告に対して、損害賠償を請求した。

原審は、当該事故を有責に惹起したのは当時被告から運転を任されていた A であると認定し、被告の不法行為責任を否定したが、他方で、被告が引き受けたのは原告の輸送という給付であったとして「固有の性質の契約」または委任契約の成立を認め、かつ A は当該契約における被告の履行補助者にあたるとして、同人の過失に対する被告の責任を認めた。被告が上告。

<判旨>破棄差戻

ライヒ裁判所は、被告が原告に対して負っていたのは、レースに参加する際に、事前の約束に従って原告の同乗を承諾する義務に過ぎず、原告をレース開催地まで輸送する義務や、長距離ドライブという娯楽を原告に提供する義務ではないとする。また、いかなる事実的給付も委任の対象となり得るが、それは常に行為、たとえば旧プロイセン法の「行為に関する契約」におけるような狭義の行為でなくてはならないと⁽²¹⁾、自動車への同乗を認めることは単なる事実の問題であって上にいう行為ではないから、662条以下の意味における委任関係を考慮する余地は全くないとした。⁽²²⁾

[14] RGZ 128, 229

—ライヒ裁判所1930年4月14日判決

<事案の概要>

被告の従業員である A とその友人である原告の息子は、被告所有の自家用自動車の試運転を兼ねて、ワイン産地巡りドライブに出発し、大量のワインを飲んだ。ところが、帰路高速で走っていた自動車が運転者 A のハンドル誤操作によって縁石に衝突し転覆、その結果 A と原告の子が即死した。そこで原告は被告に対し、子の死亡損害ならびに利息を賠償するよう求めた。一審は請求を認容したが、原審がこれを棄却したため、原告が上告。

<判旨>上告棄却

ライヒ裁判所は、原告の子は無償の好意に基づくドライブに招待されたのであり、したがって、たとえば輸送の引受といった契約上の根拠に基づく被告の責任は問題とはならないとした。⁽²³⁾

[15] LG Düsseldorf NJW 1968, 2379

—ドュッセルドルフ地方裁判所1968年9月29日判決

<事案の概要>

友人である A と酒を飲んだ被告が、帰路飲み過ぎた A に頼まれて彼の乗用車 (A 本人が保険会社である原告の車両保険に加入) を運転していたところ、小

雪のためスリップし、別の乗用車に追突した。そこで原告が被告に対して、委任上の注意義務違反等を理由に、当該車両事故につき支払った保険金の償還を請求した。⁽²⁴⁾ 区裁判所が訴えを認容したため、被告が控訴。

<判旨>控訴認容

デュッセルドルフ地方裁判所は、原告の請求権の前提として、原告の保険に加入していた A に対する被告の賠償義務を問題とし、そのうち委任に基づく債務不履行責任について、連邦通常裁判所1956年判決を引用して次のようにいう。すなわち、本件において自動車を運転する旨の意思表示をした被告は、たとえば無償の輸送に関する何らかの法的拘束を引き受けるのではなく、むしろただ自分の友人を窮状から救おうとしたに過ぎない。このような好意は日常生活における純粋な交誼上のものであって、法律行為の領域外にあるから、損害賠償請求を根拠づけるような委任契約上の履行義務違反または付随義務違反は発生しない、と。⁽²⁵⁾

[16] LG Karlsruhe VersR 1981, 143

—カールスルーエ地方裁判所1980年4月29日判決

<事案の概要>

姉と共に幼稚園に通園していた当時3歳の原告は、同じ幼稚園に通う子供の母親である被告が運転する自動車に同乗し、家まで送り届けてもらうことがあった。ところがある日、被告の自動車から降りた原告が、被告や姉の制止も聞かず歩道から車道に飛び出し、後ろから走ってきた別の自動車に跳ねられ重傷を負った。そこで原告は被告に対し、受任者として負うべき注意義務に違反して当該事故を発生させたことなどを理由に、被った損害の賠償および慰謝料を求めた。⁽²⁶⁾

<判旨>一部認容

カールスルーエ地方裁判所は、被告が原告らを自動車に同乗させたのは好意から発したことであって、そこには法的拘束意思が欠けているから、契約上の責任は何ら発生しないとした。

[17] BGH NJW 1992, 498⁽²⁷⁾

一連邦通常裁判所1991年11月14日判決

<事案の概要>

被告は、職場の同僚である A と、出勤時と帰宅時に自動車で送迎してもらおうという合意を取りつけ、それによって生じる諸費用に対して、毎月30マルクを支払っていた。ある日勤務時間中に帰宅しなければならなくなった被告を送り届けるため原告所有の自動車を借りた A が、職場への帰路事故を起こし、同車は廃車となった。そこで、A から被告に対する請求権を譲り受けた原告が、当該運転は、先の合意の枠内でもっぱら被告の利益のために行われた委任であるとして、被告に対して自動車に生じた損害の賠償を請求した。これに対して被告は、A による運転は、純粋な好意によるものであると主張した。

1 審は訴えを一部認容したが、控訴審はこれを棄却した。原告が上告。

<判旨>上告棄却

連邦通常裁判所は、本件における好意同乗を、被告および A の間で通常行われていたものと、事故当日急遽行われたものに分け、それぞれについて委任の成否を考える。

被告と A の合意に基づいて恒常的に行われていた好意同乗に関しては、被告が毎日 A の自動車に同乗して職場と自宅を往復していたことが単なる非拘束的な約束を超越している可能性はあり、A が月30マルクの雑費の支払を受けて被告を同乗させていたこと、被告が会社に対して定時に出勤する義務を負っていたことなどからして、A は法的拘束意思を有していたものであり、このような同乗は委任に当たるとする。

しかしながらその一方で、事故当日の運転は勤務時間中に行われたもので、朝の出勤時と終業後の帰宅時という合意された時間外のことであり、通常のものとは異なるとする。そして、先例を引用しながら、本件のように、給付の相手方の本質的経済利益が危険にさらされておらず、また給付者自身が当該行為に対して法的または経済的利益を有するわけでもない場合に法的拘束意思が認められるためには、特別な事情が必要であるところ、当該運転においてそのような事情は認められないとして、委任の成立を否定した。

4. 小 括

以上、委任が肯定された事例、否定された事例、および肯定否定の判断が分かれる好意同乗に関する事例を概観した。一見して推知されるように、無償委任に関する訴訟はきわめて多くの要素を包含し、判例の動向を理解するためには、一定の整理が必要である⁽²⁸⁾。具体的には、第1に、無償委任をめぐる訴訟とはどのようなものであるかを考える。この場合、いかなる事柄についての争いであったか、当事者は委任の存在（不存在）を前提に何を求めていたか、および委任存否の判断に際して何が争点となったかといった点が問題となる。第2に、裁判所がどのような観点から委任の肯定または否定の判断をしているかについて検討する。そこでは、連邦通常裁判所1956年判決を軸として、それ以前にはいかなる決定がなされていたか、同判決をどう評価すべきか、および以後の判決はいかなる影響を受けたか、そこにさらなる視点が加えられてはいないかといった観点に基づく考察が必要となるだろう。

(1) はじめに、無償委任をめぐる訴訟とはいかなるものであろうか。

①当然のことながら662条が前提となるため、少なくとも外形上は報酬を伴わない事務処理が問題となる。また、非法律行為的な好意との境界線上に位置する事案であるため、必然的に、報酬を前提とする専門家の事務処理が除外されることになる⁽²⁹⁾。

当事者間の「事務」は、旅行鞆の管理や子供の監視といった極めて日常的なものから、運転手の調達や年金申請の代行、物的担保の提供や自動車保険の加入といった経済性の高いもの、さらに占領区における抵抗活動といった政治的特殊性を帯びたものにまで及んでいる。また、一定期間に反復して事務処理を行う継続的關係が築かれている場合（[7] [9] [10] [11] [17]）もあるが、全体としてみるとむしろ単発的行為であることの方が多い。これに関しては、事務処理の反復性および継続性の視点から、とりわ

け継続的な事務処理関係があれば、それだけ委任の成立は肯定されやすいかが問題となる。

事務処理における当事者間の関係については、事案によって濃淡があるように思われる。当事者間の結びつきが最も強いものとしては、家族、なかんづく夫婦関係があり ([2] [7])、友人または知人間の関係 ([3] [5] [8] [9] [12] [14] [15] [16] [17])、および事務処理者と相手方の間に一定の利害関係がある場合 ([4] [10] [11] [13]) が続き、最後に、両者が初対面の場合 ([1] [6]) がある。このことは、事務処理における当事者の結合状態とは関係なく、委任の成立が問題となることを示している。委任に関しては通常、委任者と受任者の間の特別な人的信頼関係が強調されるが、事務処理における当事者間に密接な人間関係があれば委任は肯定されるかという問題を検討する必要がある。また、初対面の当事者がなした事務処理であっても委任として認められうるか、そしてそのためには何が必要かという点は、無償委任の成立を根拠づける要素を確定する際の大きな手がかりとなろう。

②訴訟当事者に関しては⁽³⁰⁾、事務処理の相手方が事務処理者を訴える場合 ([1] [4] [6] [7] [8] [11] [12] [13] [14] [16])、事務処理者が事務処理の相手方を訴える場合 ([2] [3] [5] [10])、ならびに、事務処理と直接関係を持たない第三者が、事務処理者または事務処理の相手方を訴える場合 ([9] [15] [17]) とに分かれる。最も多数を占めるのは、事務処理者に対する責任追及であるが、比較的少数ながら、事務処理者からの訴えも存在する。このことは、本来委任者の利益のためになされる無償委任も、訴訟においては、訴えの根拠として受任者に有利に働くことを示している。

しかしながら、ここではとりわけ第 3 の場合が注目される。ある一定の事務処理が委任であるとして、それに基づく請求権を行使できるのは当該契約の当事者であり、事務処理により損害を被った第三者が、当事者の契約責任を追及することは原則として許されないが、一方当事者から他方当

事者に対する契約上の請求権を譲渡され（[17]）、あるいは追求する請求権の前提として委任の存在が不可欠である場合に、第三者が自己と直接関わりのない契約の成立を主張するという事態が、例外的ではあるが発生しうる。⁽³¹⁾このうち後者の場合につき特に問題となるのが、不法行為に関する規定であるところの832条2項であろう。

832条2項は、監督契約上の義務者が、⁽³²⁾要監督者によって第三者に加えられた損害につき、同条1項にいう法定監督義務者と⁽³³⁾同様の責任を負う旨を定めている。この場合、法定監督義務者が第三者に対して負うのは、潜在的な危険源（Gefahrquelle）とみなされる行為無能力者が第三者に対して危害を加えないよう配慮するという社会生活上の義務に違反した⁽³⁴⁾こと由来する不法行為責任であるから、監督契約上の義務者に課されるのも同様の不法行為責任であって、損害を被った第三者に、⁽³⁵⁾監督契約上の債務不履行に直接依拠した請求が許されるわけではない。しかしながら、以上のような第三者に対する不法行為責任の前提となる義務を創設するものは法であり、監督契約である。そして、そのような監督契約が無償で締結された場合、⁽³⁶⁾右契約は委任と解される。その結果、第三者が未成年者などを監督する立場にあった者の不法行為責任を追及する上で、委任という契約の存否が争点となる。換言すれば、不法行為責任の有無を検討する前提として、無償委任契約の成立が重大な意味を持ちうるのである。

③訴訟の目的は、損害賠償請求であることがほとんどである。その場合、委任者の損害賠償請求権の根拠は受任者による債務不履行であり、249条以下が規定するところの債務一般に関する損害賠償ルールに服する。これ⁽³⁷⁾に対して、受任者が事務処理の過程で実際に損害を被る場合、本質的に不完全双務契約である委任においては、受任者に対する委任者の「主たる債務」を觀念することはできず、債務不履行に基づく損害賠償という構成を採ることは⁽³⁸⁾困難である。このような受任者の賠償請求権の根拠について、ドイツでは、670条の適用また準用により委任者の費用償還義務の枠内で

検討する説と、他人の利益のための危険な活動におけるリスク配分の原則⁽³⁹⁾に依拠せしめる説とが対立しているが、両説のいずれを採っても、賠償されうる損害の範囲については争いがない⁽⁴¹⁾。契約締結時または締結後の委任者の過失に由来する損害は、委任者が受任者に対して当然に賠償義務を負う⁽⁴²⁾。受任者が事務処理に際して被ったもので、かつそのことに関して当事者いずれにも責任がないような「偶然損害」については、賠償されるべきは事務処理と結びついた特定の認識可能な危険から結果的に発生した損害であり、事務処理の結果として相当因果的に生じた全損害ではない⁽⁴³⁾。最後に日常生活上の危険、すなわち一般的生活危険から生じた損害は受任者自身が負担するもので、賠償の対象とはならない⁽⁴⁴⁾。

他方、委任をめぐる訴訟において当事者が求めるものは、以上のような損害賠償に尽きるものではない。このほかにも、「委任者」または「受任者」から、自己の権利または相手方の義務に対する主張がなされることがある。注目すべきものとしては、事務処理者が、670条に基づく自己負担費用の償還、具体的には自己の土地に設定させた抵当権の抹消を請求した事案〔2〕や、事務処理の相手方が、667条を理由に、「事務を処理することによって取得したもの」として保険契約上有利な地位を引き渡すよう要求した事案〔7〕がある。このことは、こと訴訟において、無償委任の存在が、単に委任関係内外の損害賠償を根拠づけるにとどまらず、事務処理における当事者の「関係」を確定し、そこから生じる権利および義務の射程を明らかにする役割を果たすことを示唆している。

④上記いずれの訴訟においても、当事者間にある一定の事務処理関係があったことについては争いがない。事務処理の依頼と承諾という意味での合意は存在している。問題は、当該事務処理が委任という契約的性格を獲得するためには、以上の合意とは別に何が必要であるかという点である。

また、委任の存否に関しては、このほかにも、無償性という要件との関連で、事務処理の対価は存在しないが、事務処理者自身は当該行為に利益

を有する場合を無償とみなしてよいかという点が問題となる。事務処理者自身の利益を実質的報酬と解するならば、仮に事務処理関係が契約であるとしても、それは有償事務処理契約であって無償委任ではないということになるからである。具体的には、旅行鞆の保管（〔1〕）、運転手の調達（〔4〕）、東ベルリンからの衣類の持ち出し（〔5〕）、年金の申請（〔6〕）、猟のガイド（〔8〕）、子供の監視（〔9〕）、友人のための運転代行（〔12〕〔15〕）、娯楽としてのドライブ（〔14〕）、および知人の子供を自動車に同乗させること（〔16〕）のように、表面上は事務処理者の側にいかなる利益も存在しないものと、よりよい住まいを求めて家屋貸主の廃屋解体を手伝う場合（〔3〕）、ロトくじに記入し提出する場合（〔11〕）、および職場の同僚を自動車に同乗させて自宅と職場を往復する場合（〔17〕）のように、事務処理者が事務処理に対して固有の利益を有するもの⁽⁴⁵⁾とに分かれる。さらに後者には、政治的抵抗活動の引受（〔10〕）のように事務処理者が当初から自身の利益のためだけに行動しているものも含まれる。「無償」委任とは前者に限定されるものか、それとも金銭や現物の給付、または債務免除という意味での反対給付が存在しなければ後者でも認められるのか、さらに、事務処理の主たる目的が事務処理者の利益にある場合はどうか問題となりうる。

(2) 以上のような特徴を有する無償委任に関する訴訟において、契約の存否はいかにして判断されるのだろうか。これについては、先例としての地位が確立されている連邦通常裁判所1956年判決（〔4〕）を中心に、その先後で区分する。連邦通常裁判所1956年判決以前のものとして〔1〕〔2〕〔3〕（以上肯定）〔8〕〔13〕〔14〕（以上否定）、以降のものとして〔5〕〔6〕〔7〕〔12〕（以上肯定）〔9〕〔10〕〔11〕〔15〕〔16〕〔17〕（以上否定）がある。

①連邦通常裁判所1956年判決以前では、委任の成否を判断するに先立って、当該事務処理が662条の要件を満たしているかが問題とされることが

ある。たとえば、引き受けられた給付が経済的活動を含み、給付の相手方への配慮を必要づけ、かつ相手方の利益を促進するという意味で、他人のための事務処理というメルクマールを満たすか〔1〕、事務処理者が無償で行為していたか〔2〕〔3〕といった点が顧慮されている。また、いかなる事実的給付も委任の対象となり得るが、それは常に狭義の行為でなくてはならないとしたうえで、承諾はそのような行為に当たらないとするものもある〔13〕。

しかしながら、要件充足性の観点から直ちに委任の成否に関する結論が導かれるわけではなく、一見すると662条の要件を満たしており、そうであるにもかかわらず委任の成否が争われる上述の事務処理が委任に当たるとされ、または当たらないとされるためにはさらに別の理由を要する。この点については、次の2つの姿勢が見受けられる。

第1に、一般論の立場から委任の成否が断じられる場合がある。保証人と主たる債務者の関係、および物的担保を引き受ける土地所有者と主たる債務者の関係は一般的に委任と解されるとするもの〔2〕や、狩猟のような社交上の催事は委任ではないとするもの〔8〕がこれに当たる。

第2に、事務処理者の義務の観点から決定が下されることがある。たとえば、レースに参加する自動車に同乗させたことは、開催地までの運搬やドライブという娯楽の提供に関する義務を所有者に負わせるものではないとするもの〔14〕がそれである。しかしながらこれだけでは、事務処理者に課され、委任の成立を根拠づける法的義務がどこから生じるのかという点がなお不明である。そこで、このような義務に対する当事者の意識が問題とされる。すなわち、両当事者による「契約上の権利および義務創設の想定」が検討され〔1〕、あるいは委任の成立に関する判断にとって重要なものとして、報酬合意がないことのほかに、事務処理者に「現実の義務意思」があることが挙げられる〔3〕。ここにおいてはじめて、日常生活上の好意と委任を区別するものは、当事者の権利および義務、とりわけ事務処理者の義務であり、かつそれを創設するものは事務処理者の意思で

あることが明らかにされる。しかしながらその一方で、実際には表示されていない当事者の真の意思を基準とすることの可否という問題は残る。また、預かった鞆の中身が高額であるのを知っていたことから当事者の義務意思を肯定するものもあるが（[1]）、いかなる事情からそのような意思を認めることができるのかについて、なお十分に示されたとはいえない。

②このように、一応の方向性は見いだされるものの、未だ明快な指針を欠いていた先行諸判決に対し、連邦通常裁判所1956年判決が果たした役割とはいかなるものだったのであろうか。

第1に、本判決は、単なる好意が法律行為たる委任の性格を獲得するのは、事務処理者が当該事務処理に対する法的拘束意思を有し、かつ相手方も事務処理者の行為をそのような意味に受け取っていた場合であるとする。委任の成立を根拠づけるものが当事者の意思にあることは、上述のとおりすでに以前から認識されていたところであるが、本判決はこれを原則として改めて宣言した。また、この場合に契約の成立を導き出す意思とは、契約の締結に向けられた当事者の合意ではなく、合意された事務処理に対して法的義務を引き受けるといふ事務処理者の意思であるとされる。ここにいたって、日常生活上の好意においても存在するところの、事務処理の依頼と承諾という「合意」だけではなお契約が成立したとはいえないところ、そこに事務処理者の法的拘束意思が介在してはじめて委任の存在が肯定されるとの判例の態度が確立されることになった。

第2に、連邦通常裁判所は、事務処理者が実際に義務を引き受けるともりでいたかという主観的な側面を問題とするのではなく、この者の法的拘束意思を相手方が推定していたことが客観的な観察によって承認されるかという点を顧慮すべきであるという。委任の成否に関して問題となる意思が、外部からは認識が困難な内心的意思ではないとする点で、「現実の義務意思」を問題とする従来判決とは大いに異なる。そして、取引慣行や信義則といった外在的視点が導入されることで、裁判所による客観的評価

が一層容易となった。

第 3 に、事務処理者の法的拘束意思を推定する上で顧慮すべき事由が列挙されている。すなわち、「好意の種類、動機、目的、経済的および法的意義、なかんずく給付の相手方にとってのそれ、好意が示された状況、ならびに好意が示された際に存した両当事者の利益状況」などが総合的に検討されることになる。従来判決で当事者の意思が問題とされる際、どのような点からこれが肯定（否定）されたのか必ずしも明らかでなかったところ、客観的意思確定のために斟酌すべき要素が示されたこと、とりわけ好意の実質やその背景、およびこれに対する両当事者の利益が重視されていることが、本判決に関して最も評価される点である。

第 4 に、一般的に委任の成立が否定または肯定されるべき場面がいくつか挙げられている。すなわち、日常生活上の好意または純粹に社交上の好意は、通常は法的領域外にあるとされる。反対に、依頼されたものの価値が高いこと、当該事務に経済的意義があること、受益者が明白な利益を有すること、ならびに瑕疵ある給付によって相手方がある種の危険に陥りうることを事務処理者は知っていたこと、また事務処理者自身が相手方への援助に対して法的または経済的利益を有することなどの事情から、法的拘束意思が推定されうる。ここでは特に前者について、通常は委任ではないという日常生活上および社交上の好意について「例外」が認められるかという問題が生じる。

以上のように、本判決は、法的拘束意思の観点からの判断の表明、契約認定に際しての当事者意思の客観化、および顧慮すべき具体的要素の提示という 3 点で、先例としての地位を獲得するに至った。⁽⁴⁶⁾

③連邦通常裁判所 1956 年判決以後についても、問題となっている事務処理が特殊な場合、これが 662 条にいう「他人のための事務処理」といえるかが問題とされることがある ([10])。委任の成否については、例外的に、他人のための保険加入が委任に当たるとの一般論に終始するものもあるが

〔7〕、原則として、連邦通常裁判所1956年判決が示した、当事者意思の客観的評価に基づく判断が下されている。同判決の影響は、明示の引用を欠くにもかかわらず、好意による運転の引受に関して、当該運転の性質やそれに対する相手方の利益を顧慮して、運転者による義務の引受および委任の成立を認めた〔12〕にも認められる。もっとも、認定されるべき意思については、当事者の「真の意思」であるとされたり（〔9〕）、当事者双方が法的義務を引き受ける意思であるといわれる（〔10〕）など、なお若干の混乱が残っているが、これを客観的に評価するという点ではおおむね一致している。

ただし、連邦通常裁判所1956年判決が挙げる諸要素の検討については、事案ごとに異なっており、個別状況をあまり厳密に吟味しないもの（〔9〕〔15〕〔16〕）と、事案の具体的事情を詳細に検討するもの（〔5〕〔6〕〔10〕〔12〕〔17〕）とに分かれる。前者はいずれも委任としての性格が否定された事案であるが、これは、そこにおいて争われた子供の監視や酔った友人の援助（運転）、または知り合いの幼児を自動車に同乗させることといった事務処理が、通常は委任ではないという日常生活上の好意および社交上の好意に当たるとされたためである。

しかしながら、隣人による子供の監視は日常生活においてありふれた好意であるという〔9〕判決は、その一方で契約の成立に関する両当事者の意思を推定させる事実認定という点を問題とし、あるいはまた、ともに知人が好意でなした運転代行の場合において、日常生活における純粋な交誼上の好意を理由に委任としての性格を否定した〔15〕に対し、上述のように〔12〕は、相手方の利益や事務の性質を顧慮してこれを肯定した。これらのことは、通常は法律行為性が否定されるような好意であっても、客観的にみて法的拘束意思を推定させるような特殊事情が存在する場合には、例外的に委任と認められうることを示唆している。

ところで、以上のような判断とは別に、連邦通常裁判所1956年判決が挙げるのとは異なる要素を付加しようとする動きもみられる。たとえば、引

き受けられた事務処理の期間を基準に、長期間に及ぶものについては契約の成立を認め、反対にごく短時間のそれについてはこれを認めないとするもの〔9〕、給付の相手方が有する本質的な経済的利益が危険にさらされており、かつこの者が約束を当てにしていたことを重要とするもの〔10〕、損害発生の際の蓋然性および事務処理者が負う損害賠償のリスクの観点から委任の成立を検討するもの〔11〕などが見受けられる。また、事務処理に対する「申出」が事務処理者と相手方のいずれからなされたかを問題とし、契約たる委任においては、日常生活上の好意と異なり、受任者はもっぱら事務処理に対する承諾を行うというものもある〔5〕⁽⁴⁸⁾。これらはすべて、連邦通常裁判所1956年判決の指標が固定的なものではなく、法的拘束意思を客観的に推定するにあたって、個別事案の具体的な状況を詳細に検討するという方向性が、向後の理論深化とともに、さらに継続形成されるべきものであることを示している。

(3) 以上、ドイツの判例で確立された委任存否の判断方法を、次のようにまとめることができる。

委任の成立を考えるに先立って、そもそも問題となっている事務処理が662条の要件、とりわけ他人のための事務処理というそれを満たしているかなどが検討されることがある(省略されることが多い)。

次に、当該事務処理が一般的に委任ではないとされる日常生活上の好意または社交上の好意であるかが吟味される。そして、そのような好意に当たらないとされた場合、外形上662条に合致する事務処理について、依頼と承諾という意味での合意だけでなく、さらに事務処理者側の法的拘束意思が探求される。この場合の法的拘束意思とは、事務処理者の現実の内心的意思ではなく、客観的な観察者が当該事務処理から推知可能な意思のことをいい、その存在は、連邦通常裁判所1956年判決が挙げる具体的な要素、なかんずく受任者が示した好意の実質やその背景、およびこれに関する両当事者の利益状況などを斟酌することによって推定される。このほか

にも、事務処理の期間、損害発生の蓋然性、および事務処理者に課される損害賠償のリスクなど、個別状況の総合的な検討によって委任の成否が判断される。また、前述した日常生活上の好意や社交上の好意についても、事務処理者の法的拘束意思の存在をうかがわせるような特別事情がある場合には、同様の審査に服する。

他方、当該事務処理の経済的意義、これに対する両当事者の利益、なかならず事務処理者側の法的または経済的利益といった事情から、法的拘束意思が推定され、委任の成立が認められることになる。

(4) 最後に、無償委任に関わるその他の論点について、個々の判決を参考に若干補足する。

①事務処理の反復性および継続性が重視されるかについては、過去繰り返し事務処理が行われてきた [10] [11] などにおいて必ずしも委任が認められてはならず、反面 [1] のようにごく短時間の単発的給付が委任とされることがある。したがって、従来この点はあまり顧慮されていないといえるが、その一方で、事務処理の期間を問題とし、継続的事務処理について委任の成立を肯定する見解を示す判例 ([9]) も現れており、今後は契約の成否を考えるに際して加味されることが予想される。

②これに対して、事務処理をめぐる当事者の関係は、判例上はあまり考慮されていない。たとえば、[2] および [7] は夫婦間での事務処理が問題となったケースであるが、これに対する判決は、担保権設定者と主たる債務者の関係や、他人のための保険加入が一般に委任とみなされるかという観点から検討しており、夫婦という家族法上の特殊かつ強固な結合性に注目していない。とりわけ [7] 判決は、問題は一般債権法上の好意の問題であって、家族法に関するものではないと明言する。また、知人による事務処理に関する [9] および [5] においては、ともに当事者間に通常

以上の信頼関係があったにもかかわらず、前者では委任が否定され、反対に後者では肯定された。[12]も明言するように、親しい当事者間の事務処理は、一様に委任性を否定されるというものではなく、個々の事案における具体的な諸状況次第では、契約の成立が肯定されうる。さらに、[1]のように、初対面の当事者による事務処理が委任とされることすらある。以上のように、判例上は、いかなる人間関係のもとにあっても、そこに法的拘束意思が認められれば委任は肯定されるのであり、事務処理における当事者の結合の密度は、そのような意思の有無の判断にはほとんど影響を及ぼさないと見える。

③事務処理における当事者に関連して、事務処理によって損害を被った相手方が、直接の事務処理者が勤務する会社に対して責任を追求するために、当該委任の受任者は会社であると主張することの可否が問題となることがある。具体的には、会社の法的責任を追求する前提として、社員がなした運転手の派遣につき、委任契約締結のための代理権の有無が争われた事案([4])において、連邦通常裁判所は、会社が社員の行動を当然と考えていたこと、社員が当該行為を、個人の立場からではなく会社のために行っていることなどの理由から、そのような代理権を問題とするまでもなく、会社の責任が顧慮されうるとした。委任における当事者、とりわけ受任者、その履行補助者および複受任者の確定がしばしば問題となるところ、この場合にも当事者意思の観点から判断が下されることになる。

④上述のとおり、委任の成立はひとえに当事者の損害賠償請求に資するのみではない。例として、670条を根拠に受任者の抵当権抹消請求が認められた[2]、667条に基づいて委任者が請求した保険契約上の有利な地位の引渡が肯定された[7]が挙げられる。しかしながら、損害賠償以外の請求権については、判例の蓄積も少なく、なお検討の余地が大きいように思われる。たとえば、[2]において、他人のための抵当権設定を委任とし

ながら、そのような抵当権の抹消を費用償還として認める点には疑問が残る。主たる債務として提供した担保を、告知により委任が終了した後に費用として回収させるという構成は、結果的に委任事務の撤回そのものにあたるのではないかと考えられるからである。

さらに無償委任の存在が、委任上の請求権とは別個の請求権の前提として不可欠な場合がある（[3] [9] [16]）。特に [3] は、無償の事務処理によって損害を被った事務処理者に対し、雇傭契約上の保護を認めるために、無償であることを除いて雇傭に類似する委任の成立が認められたという点で興味深い事例である。⁽⁴⁹⁾

⑤好意同乗については、自動車の所有者が他人を招待し、または同乗を承諾する場合と、所有者から依頼を受けた者が運転の代行を引き受ける場合とに区別される。このうち前者については、事務処理者たる運転者は、娯楽としてのドライブに関して、相手方の運搬などの義務を負うものではないとされる。これに対して後者については、好意による無償の運転代行は、一般的に相手方に対する「交誼上の好意」であって、輸送契約のような法的拘束性を認めることはできない（[15]）が、自動車の運転という事務が依頼者の経済的利益に資するものであること、および短時間のうちに長距離を移動するという単独では実行が困難な性質のものであることなどといった特殊事情があれば、これを引き受ける者の法的拘束意思が推定され、委任が認められることになる（[12]）。好意同乗に関しては、所有者が同乗を許可する場合が数の上で優っていることもあり、概して委任の成立が認められにくいとの印象を受けがちであるが、好意による運転代行は、個別状況次第で委任とも単なる好意ともなりうる⁽⁵⁰⁾点、ならびに所有者による同乗承諾でも、[17] 判決のように、運転上の雑費に対する金銭支払および定時出勤という利益から、委任を肯定するものがある点には注意を要する。[17] の事案はさらに、継続的役務提供契約と個別の事務処理の関係をめぐり、1つの素材を提供するものとの見方も可能であるように思わ

れる。

⑥無償性要件との関連で、事務処理に対する給付者自身の利益はこれと矛盾しないとされた ([3])。受任者による無償引受の背景には、たいていその者固有の利益があることが理由とされる。それによると、無償委任における受任者は、事務処理に関して委任者の財産に出自をもつ利得を得てはならないが、事務処理から生じ、かつ委任者の財産を減少させるものではない利益を享受することは許されることになろう。また、連邦通常裁判所が、法的拘束意思の推定に際して、事務処理者自身の法的および経済的利益を、むしろ積極的に評価していることは注目し得る ([4])。本来委任者のために行われる無償委任において、受任者側の利益に肯定的意義が認められた点は明記されるべきであろう。

しかしながらその反面、合意された無償の事務処理について、両当事者に利益があればそれだけで委任の成立が認められるわけではない。すなわち、そこに相手方のためにするという意思が事務処理者になければ、委任は肯定されない⁽⁵¹⁾のである ([10])。無償委任において、委任者または第三者の財産価値の減少という意味での反対給付でなければ、受任者自身が当該事務処理から何らかの利益を得ることは許される。しかしながら、そのような受任者の利益は副次的・付随的なものであって、これが主たる目的であってはならない。受任者の利益のみに資する委任は認められないと解されるのも、もっぱらこの点に由来する。このことは、無償委任とはあくまで他人の利益のための契約、すなわち好意契約であることにその理由を求め⁽⁵²⁾ることができよう。

- (1) A 自身はすでに、事故によって原告に発生した全損害の賠償を命じる確定判決を受けている。
- (2) 被告の責任を判断するに当たっては、狩猟許可証を取得していなかったこと、悪名高い A を狩猟に招待したこと、A が当該事故直前すでに軽率な行動をとった時点で排除すべきであったのにそうしなかったことなどが検討されたが、いずれも退けられた。控訴審裁判所は、とりわけ 3 番目の点につき、娯楽の社交的性格およ

び狩猟集団の社会生活上の慣行（Verkehrssitte）を根拠に被告の注意義務違反を否定している。

- (3) 被告に対する責任追及の手段としては、不法行為上の損害賠償請求権のみが認められ、被告の責任に関して、Aを招待した点につき、猟の危険性に基づいて主催者に発生するところの、猟客の適性を判断するという社会生活上の注意義務（276条）の観点からの議論が必要とされた。また、軽率な行動をとったAを排除しなかった点については、原審が猟師階層における取引上の「悪習」に依拠した点を非難し、同じく社会生活上の注意義務を根拠に、被告の重過失を認めた。
- (4) MünchKomm/Seiler §662 RdNr. 63は、そのほかにも委任が否定された例として、マンハイム地方裁判所1964年10月21日判決（MDR 1965, 131）を挙げている。本件は、原告所有家屋の地下室内に散乱する不要物の処理を被告が引き受けた際の合意が、法律行為と単なる好意のいずれを約すものであったかが争われた事案で、裁判所は、当事者の強制可能な請求権を創設する債務法上の契約が発生したことの根拠は、両当事者の法的拘束意思および事務処理に対する利益であり、その存否は個別事案の諸状況に基づいて判断されねばならないとした上で、当該約束の法律行為性を否定した。具体的に委任の成立が争われたのではなく、連邦通常裁判所1956年判決にも触れていないこと、また、原告の請求内容から推測するに、被告が「不要物」引き取りと引き替えになすべき原告への金銭支払が争われたとすると、委任も含めた典型的な契約類型には当てはまらない（事務処理者である被告の方が原告に金銭を支払わねばならない）契約であることからして、むしろ一般的な債務関係の存否に関する事案として位置づけられるべきであろう。
- (5) 832条 [監督義務者の責任]
- (1) 未成年であることを理由に、または精神的あるいは身体的状態のゆえに監督を要する者に関する監督の遂行を、法律に基づいて義務づけられる者は、要監督者が第三者に対して違法に加えた損害の賠償につき義務を負う。監督義務者がその監督義務を尽くしている場合、またはしかるべき監督が遂行された場合にも損害が発生するであろう場合には、賠償義務は発生しない。
- (2) 監督の遂行を契約によって引き受ける者には同様の責任が生じる。
- (6) 連邦通常裁判所は例として、里親、保母、農地における監督および教育担当者の場合、親戚の家に長期滞在する場合、幼い弟を家事として預かった姉の場合を挙げている。
- (7) 例として、母親が買物の間子供を祖母または他の者に預ける場合が挙げられている。
- (8) その例として、連邦通常裁判所は、9歳の子供の両親が、2、3週間農場に遊びに来ていた11歳になる子供の友人の監視を引き受けた場合に関して、黙示の契約の存在を否定した同裁判所1964年7月7日判決（VersR 64, 1085）を挙げている。
- (9) その理由として、原告の活動は被告にとってより重大な意味をもつものであること、客観的に観察すれば、抵抗活動につきものの危険は、黙秘し、注意し、そし

て一般的忠実義務を守ることにについての法的拘束が不可避であると両当事者に思わせるものであること、被告の目標および規則に即して行動することについて法的に拘束されると原告が感じていたこと、いつ、いかなる状況で、個別の活動を実行しようとするか、そしてまたそうすることができるかに関する自由な最終的判断が原告にあった点も、671条に基づいて受任者に認められる任意告知権からして、法的拘束性にマイナスに作用するものではないことなどをあげる。

- (10) 政治的領域で、共通の政治的信条に基づき、政治的目的のためになされる活動に対し、共同体内で他者よりも高い権威を得るために個人がそれなりの貢献をするという、組合法上の構成員資格にも比すべき関係であるという。
- (11) 例として本文中の判例 [1] [4] [5] [6] におけるそれを挙げる。
- (12) ここに述べられた事情は、連邦通常裁判所1956年判決が挙げるものではなく、一部の学説の見解に従うものである。法的拘束意思に関する学説については後述。
- (13) 当該事案における両当事者の関係においては、671条が予定するような義務がそもそも成立していないから、原告の任意告知権は問題とならないという。
- (14) 実際に逮捕された活動家が政党の援助を期待することは無理からぬところであるが、これは法的請求権の問題ではないとしている。
- (15) このほか、原告が受けた西ベルリンでの活動費用の償還は通常行われるもので、委任特有のものではないとしている。
- (16) 原告の請求権のその他の法的根拠については、両当事者は法律行為を何ら取り決めていないのであるから、いかなる種類の契約上の請求権も排除され、被告の不法行為責任も維持されないという。
- (17) もっとも、とりわけロトくじ取扱所のように、事務処理者が賭けの実行について報酬を得る場合、あるいは複数の商人が計画投機的に考えて協力し、特に高額の賭金で賭けを行う場合のように、賭けが法律行為上の目的によってカバーされる場合に限っては事情が異なるという。そして、そのような諸条件が存在しない場合、法的拘束が通常ならば自分たちの利益に反するにも関わらず、当事者はこれを望んでいたとみなすためには、特別な合意が必要であるところ、本件ではそのような合意は生じていないという。
- (18) MünchKomm/Seiler §662 RdNr. 63は、以下に述べる判決のほかにも、委任関係が肯定されたものとして、RGZ 145, 390を挙げる。本件は、被告が運転する自動車が、濡れた路面上でスピンして歩道の樹木に激突したために重傷を負った同乗者の夫である原告が、治療費、家事および商売について自身が失った妻の労働力に対する賠償、ならびに相応の慰謝料を求めたという事案である。ライヒ裁判所は、無償の好意同乗について次のように述べている。曰く、好意は有償の運送とも無償の運送とも結びつきうるのであって、無償性によって契約関係が排除されるか否かは個別事例の状況の評価次第であり、ある特定の事象が法的性格を帯びるか、それとも法的レベルの外に留まるかという点に関する検討が不可欠である。これまで個別判決において、好意同乗につき契約責任が否定されているとしても、それは各事

案の事実に基づくものである、と。しかしながら、本件に関する具体的判断はなされておらず、したがって、本件において委任関係が肯定されたとまで見ることはできない。なお、ライヒ裁判所は、この問題に関連して、好意同乗の場合、自動車運転者は重過失に対してのみ責任を負わされるという内容の法原則は存在しないという。

- (19) このほかにも予備的に、Aの自己責任行為および協働過失、Bの過失的行動に関する証拠の不存在、好意から運転を引き受けたBに対する仕事仲間の軽減された責任原則の適用を主張し、また、当該自動車が保険料支払遅滞のため保険による保護を受けられない事実をAは知っていたかまたは知っているべきであったとして、請求を責任保険でカバーされない損害額に限定するよう求めている。
- (20) 以下のようにして認められた委任においては、判断に影響を及ぼすような特別事情が存在しない限り、受任者は委任者に対して全過失につき責任を負わねばならないという従来の判例通り、Bおよびその相続人の責任が肯定されねばならないとする。そして連邦通常裁判所は、「特別事情」として、事故およびこれを原因とするAの死亡に対するBの過失、危険を伴う共同作業における仕事仲間の責任に関する判例原則（BAGE 5, 1=VersR 58, 54; BGHZ 27, 62=VersR 58, 398）適用の可否、Aの協働過失を検討し、いずれの点についても原審を支持してBおよび被告の責任軽減または免責を否定した。

しかしながら、当該自動車の責任保険とAの責任の関係については次のようにいう。すなわち、受任者は、神経を酷使する長時間の運転に際して、責任保険という、自動車運転者の著しい責任リスクに対する安全対策が講じられているものと期待することが許されるし、運転者が事故に際して、保険による保護を受けることなく被害者の損害賠償請求権に曝されるような場合に、他人の利益のための委任の引受があったものと推定されるようなことがあってはならない。したがって、Aは、委任関係に基づき、過酷な運転をBに委ねるにあたって使用する自動車の適法な責任保険を配慮する義務を負っていた。

ここで、仮にAが当該自動車の責任保険は機能しないことを知っていたならば、保険の状態についての説明をすることなく社用車の運転にBを加担させた点につき過失がある。また、仮にAが社用車の責任保険には問題がないと思っていた点には過失がなかったとしても、やはりその責任が問題となる。というのは、特殊な契約である好意契約にとって重要なのは、保険関係が危ふまれるような状態にあったこと、および、受任者が事実を知っていれば当然近づくことがなかったであろうような危険に陥ったのは委任者のせいであるということだからである。長距離・長時間・終日の運転に際して容易に現実化され得るような責任リスクを引き受けるのは、委任関係においては委任者の義務領域に属するところ、委任者が、きちんと責任保険にかかっているならば保険者による救済が得られたはずの損害を、有責に受任者に与えた場合に、責任を受任者に転嫁することは、委任関係の原則たるリスク分配に矛盾する。したがって、受任者に特に重大な過失がない限り、委任者に対する関

係ではこの者の責任を免ずるのが相当である。したがって、Bは、信義則上、Aが保険に配慮していれば損害が保険者によって負担されたであろう限りで、無償で引き受けた危険な活動から生じる責任から解放される、と。

以上の理由から、連邦通常裁判所は、この問題に関する原審の判断を退け、特に保険による保護は拒否されていたのか、そしてそれはいかなる理由でか、という点に関する審議を相当として、事案を事実審に差し戻した。

- (21) プロイセン一般ラント法第1編第11章第8節は、「行為に対する物、または行為に対する行為を義務づける契約」と題して、一般原則（同法869条から893条）、領主と奉公人間の契約（同法894条）、雇われ肉体労働者および日雇い労働者との契約（同法895条から919条）、手工業者および芸術家との契約（同法920条から924条）、請負作業に関する契約（同法925条から980条）、納品契約（同法981条から987条）、懸賞（同法988条から995条）、出版契約（同法996条から1036条）という構成のもと、行為に対して金銭または物が、あるいは作為または不作為が相互に義務づけられる契約（同法869条）に関して規定している。同契約の本質は、作為または不作為義務を負う者に対して報酬が約束されることとされる（同法870条）。
- (22) なお、Aの履行補助者性については、Aがドライブの間自動車を支配し、原告を実際と同乗させたからといって、このことが無条件に認められるわけではないとした。また847条に基づく非財産的損害の賠償請求に関しては、同条の前提となる823条および831条の適用を原審が否定したことには理由がないとして原判決を破棄し、原告の同乗が合意されることになったのは、原告が被告から自動車を購入するかもしれないという商談との関連においてであったかという点を審議するよう原審に差し戻した。
- (23) また、原告のその他の請求権については以下のようにいう。まず、1909年5月3日/1923年7月21日車両法（das Kraftfahrzeuggesetz：「自然力により、軌道上ではなく公道を走行する路上車両」）に関する責任義務の規定を目的として制定され、さらに交通規則および罰則をも含んでいた）中、いわゆる運行供用者責任を定める8条1項に基づく請求は、原告の息子は自動車内の乗客（Insasse）であるとの理由で退けられる。次に、不法行為を理由とする損害賠償請求については、飲酒運転の危険を知りながら、ワインの試飲を目的とするドライブに参加し、それどころか積極的に大量の飲酒をしている原告の息子と被告らとの間に損害賠償請求権放棄の合意が推定される、と。
- (24) その際、自動車が著しいスピード違反の結果スピンした点で被告には重過失があり、それゆえ黙示の免責は問題とならないと主張している。
- (25) 被告の不法行為責任については、当事者間の免責合意が問題とされている。第1に、不意の降雪による視界不良と路面の濡れといった事情のもと、法定速度をわずかに誤り、その際に一瞬自動車のコントロールを失った点に被告の軽過失を認め、たうえで、被告がAの要望に応じて自動車を運転したのは友情から出たサービスであり、これについて被告が義務を負うものでもないこと、および不安定な冬の天

候の中での夜間の運転には、些細な不注意や運転ミスでも事故になりうるという一定の危険がつきものであることは、両者とも明確に認識していたのであるから、被告は単なる軽過失の場合、とりわけ運転ミスがさらに天候不順によって助長された場合に何らの経済的不利益も負うものではない旨の黙示の留保が生じているとした。

次に、責任を故意および重過失に制限する旨の黙示の合意に関しても、被告のAに対する援助は、好意に基づく同乗において通常行われるような単なる便宜の提供を越えて、たとえば、裁判上の有罪判決、運転免許の剥奪、そして事故が起こった場合の身体傷害や物損などの酔って運転ができない状態につきものの危険から同人を守るといった、「すすんで隣人を救済せよ」という道徳上の要請に基づくものであったとしてこれを推定した。

以上の結果、被告のAに対する損害賠償義務が発生しない以上、原告もまた何ら請求権を取得しないとした。

- (26) カールスルーエ地方裁判所は、以下のような理由から、被告の債務不履行責任を否定したが、その一方で、このように自動車に同乗した場合、車道を横断しなければならなくなることで、通常よりも危険な状態に置かれることになる子供が、生命または身体に関わる具体的な危険に直面することがないように配慮する注意義務が、276条に基づき被告に発生するとした上で、不法行為に基づく損害賠償請求を肯定した。
- (27) 後述するように、本件においては2種類の好意同乗が存在し、委任の成否について正反対の評価がなされているが、ここでは争点となった運転との関連で、委任が否定された事案に分類する。
- (28) 論点の考察にあたっては必要に応じて学説を参照する。その際に引用する学説については、特に表記のない限り、一木孝之「無償委任の法的性質—契約成立に関する一考察（1）」早稲田法学76巻2号113頁注(10)に挙げた文献による。
- (29) このことはたとえば、BGH NJW 1977, 2120において明確に表れている。本件は、ある医師が、別の医師に対して、同僚であるとの理由から無償で手術を引き受けたところ、手術を受けた医師が片目を失明し、残る片目も失明寸前になったという事案であるが、連邦通常裁判所は、そのような場合にたとえ報酬の約束が意図的になされなかったとしても、診療契約が存在するとして、雇傭契約に関する611条以下の適用を肯定した。したがって、報酬を前提とする診療契約が雇傭、請負、または有償事務処理契約と解されるドイツにおいて、治療が無報酬で行われたからといって、直ちに委任が問題とされることはないことになる。
- (30) 事務処理者および事務処理の相手方の相続人が訴えを提起することも少なくないが、以下では対立構造をより明確にするため、相続人を事務処理当事者に含めて考える。
- (31) この場合を学説のいう「第三者のための保護効を伴う契約」と同視するのは、なお慎重であるべきである。なぜならば、後述するように、ここで第三者が追求す

るのはあくまで監督契約義務者の不法行為責任であって、「第三者のための保護効を伴う契約」の場合に行われるような契約責任の拡張ではないからである。

- (32) 832条1項の文言によれば、全ての未成年および精神的または肉体的状態ゆえに監督を要する者、すなわち行為無能力者のことをいう。
- (33) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage (1997), § 832 (Ursula Stein, 以下 MünchKomm/Stein §832) RdNr. 5ff.; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Dreizehnte Bearbeitung (1997), §832 (Detlev W. Belling/Christina Eberl-Borges, 以下 Staudinger/Belling/Eberl-Borges §832) Rn. 11ff.; Das Bürgerliches Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshof, 12. neubearbeitete Auflage (1989), §823 (Friedrich Krefte, 以下 RGRK/Krefte §832) Rdn. 14ff.によれば、未成年については原則として両親、母親(非嫡出子の場合)、父親または存命中の親(嫡出宣言の場合)、養親(養子の場合)、さらに後见人、保佐人、教官(Ausbilder)が、成人については必要な場合に後见人および保佐人が法定監督義務者となる。これに対して、たとえば未成年にとっての継父母や、精神を病んだ夫婦の一方に対する相手方などは法定監督義務者に当たらないとされる。
- (34) もっとも、法定監督義務者に関して、MünchKomm/Stein §832 RdNr. 18は、この責任を、教育上の不首尾に対する一種の危険責任であるといい、これに対してRGRK/Krefte §832 Rdn. 2, 11は、危険責任ではなく過失責任であり、未成年の教育や監護とは無関係であるとする。Staudinger/Belling/Eberl-Borges §832 Rn. 2は、832条は、過失責任の枠内において、不作為による不法行為という形で独自の責任構成要件を定めており、その意味では社会生活上の義務違反における特殊事例であって、823条1項に対する特別規範であるという。
- (35) Staudinger/Belling/Eberl-Borges §832 Rn. 30.
- (36) Staudinger/Belling/Eberl-Borges §832 Rn. 33; RGRK/Krefte §832 Rdn. 23. これに対して Deutsch, JZ 1969, 232は、好意と矛盾するのは契約ではなく報酬であり、したがって832条2項に基づく責任が推定されるのは有償契約が存在する場合だけであるという。
- (37) BGHZ 52, 115は、670条が損害賠償請求権を何ら含んでいないと判断しているが、それにもかかわらず、学説においては、以下述べるように、この問題を670条の枠内で検討する傾向にある。
- (38) もちろん、委任者にも費用償還および前払義務があり、これについての義務違反はあり得る。
- (39) 通説とされる (MünchKomm/Seiler §670 RdNr. 14; Staudinger/Witmann § 670 Rn. 14)。同説の理由づけとして、受任者は委任の遂行によって何も獲得しない反面何らの損失も被ってはならないという670条の前提にとって、受任者の不利益が自由意思による財産犠牲であろうと、あるいは委任と結びついた危険に由来す

- る損害であろうと問題ではないとの説明がなされる。この見解については、費用と損害の概念的かつ本質的区別を説明していないとの批判があるとされる（Munch-Komm/Seiler §670 RdNr. 14）。
- (40) 有力説に位置づけられる（*Canaris*, RdA 1966, 41; *Erman/Ehmann* §670 Rdz. 8; *Larenz* II1 §56 III）。同説は、本来企業労働関係における被用者につき、損害惹起傾向のある労働における責任軽減、第三者が損害を被った場合における解放請求権、および労働と相当因果関係にない物損に対する賠償請求権を導くためのリスク配分原則を用いて、委任関係において偶然損害のリスクを委任者に負担せしめる。その結果、委任者による賠償も一般的損害賠償法の性格を帯びる。この見解に対しては、リスク配分の原則が労働関係からあまりに安直かつ曖昧に援用されているとの批判がある（*Staudinger/Witmann* §670 Rn. 14）。
- (41) 判例上も、受任者の損害賠償請求権の根拠は重要でないと言明するものがある。たとえば、一木・前掲（注(28)）注(60)におけるツェレ高等裁判所の見解を参照。
- (42) *Soergel/Wolf* §670 Rz. 18.
- (43) *MünchKomm/Seiler* §670 RdNr. 14; *Staudinger/Witmann* §670 Rn. 15ff.; *Soergel/Wolf* §670 Rz. 18ff.
- (44) *MünchKomm/Seiler* §670 RdNr. 14; *Staudinger/Witmann* §670 Rn. 16.; *RGRK/Steffen* §670 Rdn. 19; *Soergel/Wolf* §670 Rz. 21.
- (45) 好意同乗が相手方による自動車購入を念頭に置いたものであったかが最終的に問題とされた場合（[13]）のように、具体的事案における固有益益について必ずしも明確でないものもあるが、これは事実認定次第でいずれかに分類することが可能であると思われる。
- (46) また本判決は、受任者の責任と過失に関する先例としての意味も持っている（一木・前掲（注(28)）注(58)）。すなわち、無償契約における過失責任ルールが多様性にふれながら、好意関係における責任の範囲について個別事案の諸状況および性質に基づいて判断されるべきであるとし、信頼関係に起因し、かつ経済的または営業的意義を有する対象に関する好意責任、とりわけ両当事者に一定の取引関係が存する場合のそれについては、給付者に対して、委任法上の責任規定に基づくところの、取引において必要とされる注意が課されるとした。また、そのような法定責任を仮定的合意によって軽減または免除することは適当ではないともしている。B G Bにおいては受任者の注意義務に関する規定が存在しないため、受任者が重過失に対する責任に限定されるのか、さらに軽過失に対する責任からも解放されるのかといった点が争いとなるところ、本判決は無償委任における責任軽減を否定したものととして引用されることが多い。
- (47) もっとも、ロトクジクラブに関する [11] 判決のように、連邦通常裁判所1956年判決を引用しながら、当事者の法的拘束意思に全く言及しないものもある。
- (48) 日常生活上の好意においてむしろ事務処理者からの「申出」の方が多いのは、

それだけ法的拘束意思が稀薄であるという趣旨とも解されるが、そのいわんとするところは不明である。

(49) 委任と雇傭の区別がもっぱら報酬の有無に求められるドイツにおいて、当事者間の支配従属関係はあまり重視されない。したがって、無償の事務処理については、たとえ当事者間に支配従属関係があったとしても、原則として委任として評価されることになる。もっとも、この場合に、無償雇傭契約を観念する余地が全くないわけではない（この点については一木・前掲（注(28)）注(34)参照）。そのように解した場合は、[3]におけるように、委任の成立を認めた上で、これに類似する雇傭契約上の保護を与えるという迂遠な方法を採用ことなく、直接当事者の雇傭契約上の責任を問題とすることが可能となる。事実、判例においても、そのような無償雇傭契約が認められている（注(29)）。

(50) 注(18)のライヒ裁判所判決はこの点を明言する。

(51) その意味では、[10]を、事実的好意との関係で委任が問題となった事案と捉える考え方は正確ではないかもしれない。むしろ、好意が欠如した事務処理に関して委任の成立が問題となった事案と位置づける方がよいだろう。

(52) もっとも、夫婦間での事務処理が問題となった[2]や[7]のように、通常の意味での好意に還元することが困難な事案も存在する。

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。