

無償委任の法的性質

——「契約成立」に関する一考察(3・完)——

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. 他の契約との境界付け
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76巻4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

(以上本号)

第 3 章 無償委任と好意の関係

第 3 節 無償委任と好意をめぐる学説

連邦通常裁判所1956年判決を先例とし、単なる好意関係と契約たる委任を区別するための要件を、事務処理者が事務処理につき有する法的拘束意思に求め、かつこのような意思の存否を、個別事案の具体的状況の客観的観察によって判断するという判例理論に対して、学説はいかなる態度を表明してきたのであろうか。この問題に関してドイツでは、一般的債務関係、すなわち契約の成否について激しい意見の対立があり、そこでの見解が委任と好意の問題に反映される一方で、好意契約の代表たる委任の特殊性が契約一般をめぐる議論に影響を及ぼすといった状況が見出される。そこで以下では、まずはじめに、事実的好意関係と債務関係の境界づけについての一般的議論を概観し、次いで、委任と好意に関する学説の整理を行う。

1. 好意関係と債務関係の⁽¹⁾区別

契約という債務関係の成立につき、原則として当事者の意思の合致、つまり合意が必要である点に関しては、ドイツでも異論がない⁽²⁾。しかしながらその一方で、単なる好意関係においても存在するところの、当該給付の依頼と引受という意味での意思の合致がすべて契約上の合意として認められないのは当然であるところ、それでは何をもって契約が成立したと見るかという問題をめぐって、学説は大きく二分している。

一方では、契約の一般理論、および連邦通常裁判所1956年判決に従い、当事者の法的拘束意思によって、示された好意は契約となるとする説がある⁽³⁾。この見解は、同判決の定立する基準にのっとって、客観的判断による当事者意思の確定を目指すものであり、現在もドイツにおいて支配的な⁽⁴⁾地位を維持している。

しかしながらもう一方で、このような通説および判例に対する批判が展開されている。これは、法的拘束意思の客観的推定という点を擬制とした上で、契約の成立や、当事者の責任の根拠を、そのような意思とは別に求めようというものであり、さらに、好意関係における委任の成立に否定的な見解が登場している。

そこで、以下ではまず、批判説の代表的な論者であるフルーメ⁽⁵⁾ (*Flume*) の主張を取り上げる。また、近時このような批判を受けて、通説の中にも新たなアプローチを模索するものが登場しており、こちらも併せて紹介する。

(1) 法的拘束意思への批判

かつて BGB 制定以前には、法律行為としての債務関係と非法律行為たる好意関係を、当事者の主観的意思によらず客観的に区別しようとする試みとして、「財産利益」が強調された。次いで、BGB が同視点を退けたことを受けて、一部の論者が「保護に値する利益」による区別を説き、やがて「もっぱら法的合意の対象とはなり得ないもの」の客観的描写を重視するフルーメ⁽⁶⁾が登場するに至った。しかしながら、彼が従来の論者と異なっていたのは、好意関係における契約の成立に消極的であり、これに代わる責任根拠を探究した点である。

フルーメ⁽⁷⁾は、ありうべき法律行為の内容および形式が明文でもって定められていたローマ法において、債務関係と単なる好意関係の区別は、合意の形式および内容が法律上の行為類型に合致するかという観点に基づいて容易になされ得たとし、これに対して、そのような規定を欠く BGB を解釈するに当たって、一般的に法律行為の対象となり得ない場面、および法律行為が問題とされうる場面を特定することの重要性を説いた上で、次のように述べる。すなわち、

まず第1に、家族、恋愛、友情、および社交といった人間関係の領域内⁽⁹⁾にある取引は、もっぱら法的合意の対象とはなり得ない。たとえば、旅

行、行楽、および「招待」に関する合意は、法的拘束性の発生とは無縁であり、約束が遵守されない場合の違約金の取決なども無効である。したがって、先人もいうように、⁽¹⁰⁾ 契約が締結されたといいうるのは、合意の目的たる利益が、法秩序に基づく保護に値する場合のみである。

しかしながら第 2 に、合意と利益の関係において、通常は非財産価値的給付を目的とする上記取引も、それが特定の財産利益に関係する場合には、⁽¹¹⁾ 例外的に法律行為となることがある。たとえば、旅行の合意に基づき仲間の 1 人がなした切符や宿泊所の手配などがこれに⁽¹²⁾ 当たる。

他方第 3 に、集団登山の参加者相互に発生する救助義務⁽¹³⁾ のように、当事者間の契約に還元し得ない法的義務が問題となることがある。⁽¹⁴⁾ この場合の義務とは、いわば社会的接触において生じた保証に対して、法による (von Recht wegen) 承認が与えられることから生じるものである。

ところで第 4 に、好意給付に際して発生する純粋財産損害の救済は、不法行為法によっては達成されないため、債務法上のそれが追求されることになるが、その場合に、損害賠償の前提として、当事者間になんらかの義務が存在することが不可欠である。しかしながら、そのような義務の根拠を、当事者間における契約の成立に求めた上で、事務処理者の法的拘束意思を問題とする判例、とりわけ連邦通常裁判所 1956 年判決の態度は、当事者意思の単なる擬制に過ぎない。この問題を考える上で重要なのは、当事者の意思による拘束の引受が問題となるような給付義務ではなく、それ自体は何ら合意されていない注意義務であり、その限りで、好意に基づく行為が法的意義を獲得するのは、このような注意義務の存在が法によって承認される場合である。その意味で、連邦通常裁判所 1956 年判決が拘束意思の存否および法律行為性に関する判断において援用すべきとする「好意の種類、その動機と目的、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等」は、⁽¹⁵⁾ 法定の注意義務が存在するかを検討する際にこそ意義を持つものである、と。

以上総合するに、フルーメは、法律行為と非法律行為(好意関係)の区別に際して、非法律行為たる類型の析出、契約とは異なる義務創設根拠としての法の強調、ならびに法定注意義務の提唱を主軸に据える。このようなフルーメの見解が、法的拘束意思擬制に対する批判と相まって、やがて、⁽¹⁶⁾いわゆる法定債務関係説として、有力に主張されるようになる。

(2) 「通説」の再構築

以上のような批判説の主張を受けて、伝統的な通説の中にも新たな動きが見られる。具体的には、次の2つの方向性が注目される。

① 1つは、好意契約成否の判断につき、法的拘束意思の観点⁽¹⁷⁾を理論的に深化させようというものである。たとえば、ある論者は、純粹な好意関係と債務関係を区別する要件の問題、「非法律行為」たる好意関係⁽¹⁸⁾において損害賠償の根拠となる規範の問題、および好意を示す者の責任の範囲⁽¹⁹⁾の問題とに分け、このうち最初の問題についてはさらに、両当事者間に行為に関する合意がある場合、このような合意のほか、法的拘束性を否定する別の合意が存在する場合⁽²⁰⁾、および両当事者間に相当の合意が成立しているにもかかわらず、何らかの理由でこれが否定されるべき場合とを⁽²¹⁾区別する。そして、第1の場合に関して、好意の相手方の「収益権限(Einziehungsbefugnis)」⁽²²⁾の有無という観点から、契約成否の問題を考える。

このような検討によれば、好意契約の成否をめぐる「客観的利益重視」対「主観的義務意思依拠」というかつての学説の対立は、連邦通常裁判所1956年判決に代表されるところの「個別事案における具体的状況の客観的斟酌による拘束意思推定」という手法を通じて止揚を得たと評価される一方⁽²³⁾で、好意契約に対しては委任の告知に関する671条が直接または類推適用される結果、好意給付の履行強制に関して契約の成否は重要ではないとの指摘⁽²⁴⁾がなされている。

② もう 1 つは、好意関係における当事者の責任の問題を再検討しようとするものである。それによると、債務関係(法律関係)—好意関係という対比の根底には、契約責任—不法行為責任という図式があると従来考えられてきたが、⁽²⁵⁾このような厳格な二者択一は好ましくないという。⁽²⁶⁾その上で、非法律行為たる好意関係における不法行為以外の責任が追及される。

その場合の思考端緒は、次のようなものである。すなわち、好意関係について、債務法に基づく責任を考える際に、従来は、債務関係と契約が同義に捉えられてきたため、契約の成立が認められない好意関係に対しては、不法行為法による不十分な救済しか与えられないことになったが、ここで、狭義の債務関係、すなわち契約に基づく責任のほかに、いわば広義の債務関係を基礎とする責任を観念することで、たとえ契約に当たらない好意関係であっても、妥当な解決が与えられることになる、と。

この考え方は、契約以外の債務関係を想定するという点では、前述の法定債務関係説と思想を共有するものである。しかしながら、フルーメらが、契約に代わるものとして法定債務関係を提唱するのに対し、通説から出発する見解は、好意関係における契約の成立そのものを否定するものではなく、ただ、本来の意味で債務法ルールが妥当する好意契約と、不法行為法に服する単なる好意関係の間に、「主たる給付義務を伴わない債務関係」という中間的な領域を創設するという点で、両者にはなお深刻な断絶⁽²⁷⁾が見受けられる。

このような問題意識に基づき、かつてエネツェルス／レーマン(*Ennecerus/Lehmann*)が、引き受けられた給付に関する履行義務の否定は、好意について意思表示した者が、その許諾、招待、または約束に基づいて、契約上の配慮義務を課されることまで排除するものではなく、このことは、意思表示によって一定の配慮に対する他人の正当な信頼を惹起する者は、この信頼を裏切ってはならないという一種の表示責任(*Erklärungshaftung*)⁽²⁸⁾に由来すると主張し、あるいはブロメイヤー(*Blomeyer*)が、このような場合の当事者間には法定の監護関係(*gesetzliches Obhutverhält-*

nis)が創設され、その根拠は、招待者による危険のコントロールに対する客の信頼、換言すれば、自己と自己の財産に対する配慮への期待であると述べた⁽²⁹⁾。しかしながらこの問題についての代表的な論者として近時名が挙がっているのは、フィケンシャー(Fikentscher)およびシュヴェルトナー(Schwerdtner)である。

a) フィケンシャー⁽³⁰⁾は、法的領域に属する債務関係と異なり、日常生活上の好意においては、好意を約束する者はいつでもこれを中止することができ、このことについて契約違反を問われることはないが、これは義務を引き受ける意思の不存在のゆえであるとし、単なる好意と債務関係を区別するための徴表を、従前どおり事務処理者の法的拘束意思⁽³¹⁾に求める。

しかしながら、フィケンシャーはその一方で、以上のような義務意思の欠如は主たる給付に対してのみであるのか、それとも主たる給付の履行に伴う保護義務および監護義務(Schutz- und Obhutpflicht)にまで及んでいるかという点が常に区別されねばならないという。そして、両当事者の意思によれば主たる債務に対する履行請求権が認められない好意関係においても、契約上の保護および注意義務は存在しうるとし、例として、パーティーに招待された客のコートが、主催者の使用人の過失によりクロークから盗まれた場合を挙げ、客は主催者に対して、パーティーの開催という給付の履行を求めることはできないが、主催者の客に対する「契約上の保護義務」を根拠に、その責任を追求することは許されるという。そして、法律関係(=契約)、法律行為上の付随義務を伴う好意、および単なる好意のいずれが存在するかは、当事者意思や契約に関する通常解釈基準、すなわち信義則や取引慣行に基づいて解明されるべきであり、その際には、両当事者が自分たちの行為を法に服せしめるつもりだったかという点が問題とされねばならないとする。

b) シュヴェルトナー⁽³²⁾は、まず最初に、今日の支配的学説および判例が、日常生活上の好意につき、義務意思なき社交上の合意を安易に推定し

すぎるとし、一部の学説が、好意に基づく行為をいかなる場合にも法的性格なき社交上の催事とすることに対して、このような分類からしてすでに法的評価に基づくものであり、法的性格なき日常生活など存在しないと反論する。また、なぜ特定の財産利益の保護が目的とされる場合にだけ法的拘束性が認められるかは明らかでなく、個々の事案において法的拘束性が認められなければならないほど財産利益が大きいと認定することも困難であるという。一方、義務意思の早急な否定については、このような意思の不存在は、当事者間の明確な合意や個別事案の諸状況、あるいは取引慣行といったものから見て取ることができるのであって、単なる好意しか存在しないとイえるのは、そのことが客観的な観察によって明らかな場合だけであると主張する。⁽³⁵⁾このようにシュヴェルトナーも、法的拘束意思に依拠した好意契約の成立に肯定的であり、むしろ従来よりも積極的に評価している。

他方シュヴェルトナーは、好意関係について学説が、履行請求権の存否に関する問題と、実際に履行された好意の法的効果に関する問題を混同している点を非難し、法的拘束意思およびそれに伴う給付義務の強制可能性と、事務処理者に課される責任は区別されるべきであると指摘する。⁽³⁷⁾その上で、前者に関しては、当事者の法的拘束意思の欠如ゆえに法律行為ではないとされた好意についても、後者において、そのような好意が実際に履行された際に発生した損害に対する責任が認められることがあるとし、その根拠としては保護義務違反が考えられるという。そして、このような好意関係における保護義務の発生については、⁽³⁸⁾当事者間に単なる「社会的接触」があることのみで足りるとする見解や、⁽³⁹⁾両当事者が契約準備の目的のため、あるいは少なくとも、広義の事務として相互に接触を開始したことを要求する見解は採り得ないとし、⁽⁴⁰⁾特定の人物を対象とするが、契約締結にまで至るものではないすべての社会的接触の場合にこれを肯定しようとする。⁽⁴¹⁾このような前提に立った上で、シュヴェルトナーもまた、非契約的好意において、保護義務違反に基づく責任を認めていくわけであるが、そ

の際には、フィクショナルと異なり、このような保護義務は私的自治の領域外にあるという。そして、保護義務が存在する場合に関して、「ある好意関係につき、もしそこに相応の義務意思が存在したならば、責任軽減を伴う法定の行為類型に関する前提要件が満たされることになるような場合には、これら行為類型の規定が当該好意関係に対して類推されうる」と⁽⁴²⁾する。その結果、シュヴェルトナーは、ある好意の法律行為性が否定されたとしても、それが実際に履行された場合には、注意義務を含む法定債務関係が創設され、その結果 BGB が規定する好意契約に準じた取り扱いがなされるべきであるとする。⁽⁴³⁾

このように、好意関係をめぐる学説の中には、法律行為たる好意契約、主たる給付義務なき債務関係、および純粋な好意の区別を主張するものが⁽⁴⁴⁾ある。この場合、前2者には契約責任が、後者についてのみ不法行為責任⁽⁴⁵⁾が妥当することになる。また、第2の債務関係については、保護義務を軸に検討するものが主であるが、その際にも私的自治を根拠とするものと、法定債務関係を基礎に置くものとに分かれる。⁽⁴⁶⁾ドイツにおいては、法定債務関係の構成を支持するものが多いが、この点にフルーメら法定債務関係説の影響を容易に見て取ることができよう。ただしその場合にも、「狭義の」債務関係、すなわち契約の存否の判断については、なお法的拘束意思⁽⁴⁷⁾に基づく判断が維持されている点には注意を要する。

(3) 「客観説」の再考

一方、以上のように好意関係における問題を個別化した上で検討を加える新たな動向に対して、あえて異を唱えようとする論者も登場している。⁽⁴⁸⁾いわゆる客観説の立場から、好意関係問題の体系的把握を試みるヴィロヴァイト⁽⁴⁹⁾（Willoweit）の主張がそれである。

ヴィロヴァイトは、ある関係において生じた損害に対する賠償請求権を認めることが相当と思われる場合でも、法律行為の有無を決定した後に適

当な行為類型を模索するという方法では、法律行為性の欠如を理由に債務法上の損害賠償請求権が否定されることがあるとし、その意味で、問題を整理し個別化する前述の方向性に一定の理解を示している。その上でヴィロヴァイトは、ドゥレ(Dölle)による「社会的接触」の提唱にはじまり、⁽⁵⁰⁾ティール(Thiele)のいう「意図的かつ目標的な特別の結合」を経て、シュヴェルトナーの主張へと至る一連の法定債務関係思想につき、債務法における「巨大な一般条項」であり、社会道德の見地からも事実上の責任根拠として肯定されうるとする。⁽⁵²⁾

しかしながらその一方でヴィロヴァイトは、好意関係をめぐる難題が、もっぱら債務法の内実に由来するのであれば、解決もやはり債務法の枠内で与えられねばならず、私的自治に基づく当事者の契約自由の観点により、契約関係の柔軟化が図られるべきであるという。そして、好意関係を債務関係に取り込み、契約法ルールに服せしめるためには、当事者の法的効果意思を契約目的の視点から広範に認定することで足りると結論づける。⁽⁵³⁾

以上のようにヴィロヴァイトは、古典的債務法理解に基づいて、債務関係と好意関係とを対比させる立場を維持し、両者を区別する際の基準を、あくまで客観的に確定された当事者意思に置きつつ、意思内容を従来よりも緩やかに解釈することにより、法定債務関係を用いずして、好意関係に対し広く契約上の効果を認めようとしている。

2. 委任と好意⁽⁵⁴⁾

BGBが規定する無償契約、すなわち贈与、使用貸借、無利息消費貸借、無償寄託などは、その好意契約としての側面において、いずれも単なる好意関係との区別が問題となりうるが、学説が、以上のようないわば総論を前提に、問題の中心的領域として取り上げるのは、ほかならぬ委任である。委任と単なる好意の区別に関しては、契約責任と不法行為責任をめぐる一般的な相違のほか、次のような特有の問題があるといわれる。

第1に、委任における履行義務については、とりわけ受任者の任意告知権の点で、他の無償契約におけるそれよりも拘束力が弱く、履行を強制されない単なる好意との差は些少であるとの指摘もみられるが⁽⁵⁵⁾、反面、単なる好意の場合と異なり、委任では重大な事由なき不利な時期の告知の場合に受任者に損害賠償が課されること⁽⁵⁶⁾、ならびに、そのような賠償義務から生じる威嚇効果によって履行の間接強制が期待されることなどから、両者の区別にはなお意義があると説かれている。

第2に、事務処理後の権利義務関係清算の問題は損害賠償の是非にとどまるものではなく、とりわけ委任特有の費用償還や受取物引渡について争いが生じることがある⁽⁵⁸⁾。

これらの点を踏まえた上で、以下では委任と好意の問題に関する学説の展開を整理する。

(1) 法的拘束意思に基づく判断

ここでもまず第1に、当事者の法的拘束意思の観点から委任の成否を決定する見解が支配的である。その際には、連邦通常裁判所1956年判決が考慮すべきものとして示す諸要素が援用されるほか、これとは別の基準が加味されることがある。たとえば、商取引において重大な経済的利益が問題となる場合や、義務引受拒絶の意思表示なしに無条件で事務を処理する場合に、法的拘束意思が推定されている⁽⁶²⁾。

また、受任者が無償であるにもかかわらず、すべての過失に対して責任を負う点に関して、給付者に損害賠償のリスクを課すことの妥当性を重視する見解もある⁽⁶³⁾。その場合、事務処理者が、出費や危険と結びついた事務処理について、損害賠償がなされないのであればそのようなリスクを引き受けるつもりはない旨の意思表示をしている場合には、法的拘束意思は否定されるといえる⁽⁶⁴⁾。

これに対して、事務処理につき当事者が有する利益に関しては、他人にとって全く無価値ではない経済的または法的利益の保護を引き受ける者の

法的拘束意思は肯定されうとの見方がある一方で、列車で初対面の同席者の荷物を暫時監視することのよう⁽⁶⁵⁾に、たとえ当該事務に関して一方当事者が何らかの利益を有しているときでも、そのことだけをもって義務意思を想定し得ない場合があるとの見解も存在している。⁽⁶⁶⁾

(2) 当事者意思擬制に対する批判

以上のような支配的立場に対しては、委任に関しても、好意関係一般と同様に、有力な批判がある。すなわち、委任法および事務処理法の展開を伝統的な法律行為論に位置づけようとする試みは、いわば「特殊契約法的端緒」と呼ぶべきものであるが、委任と好意の境界づけに際して法的拘束意思に固執しながら、信義則に基づく客観的解釈の必要性を強調する点で、当事者の現実的意思との関連性がもはや失われている。⁽⁶⁷⁾

このような批判の目は、法的拘束意思に基づいて委任の存否が判断された個別判決に対しても向けられる。たとえば、好意に基づく運転手の派遣が問題となった事案（〔4〕）に関して、派遣側の責任を認めるという結論には同意するが、その際の根拠は法的拘束意思に基づく委任契約上の給付義務に求めるのではなく、運転手を派遣した運送会社が、商人として、商業上の活動に際し取引の相手方に対して負うところの注意義務に依拠すべきであるとか、⁽⁶⁸⁾労務契約としての委任は成立していないが、運転手が実際に派遣された時点で、主たる給付義務なき好意関係は法定債務関係となり、その結果派遣した者の注意義務が発生するといった批評がある。また、ロトくじクラブのためのくじ用紙への記入および提出が委任に当たらないとされた事案（〔11〕）につき、ロトくじクラブメンバー間の特別な関係を「法の視点」から観察した結果、当該合意の本質は明らかに契約締結⁽⁶⁹⁾に関するそれであるとの見方もある。⁽⁷⁰⁾

このように、主観的色彩を払拭しきれない当事者意思という基準を放棄するに当たり、以上の批判的見解は、純粹に客観的な要素の観察によって、問題の解決を導こうとしている。具体的には、次の3つの態度が表明

されている。

① 委任における「事務」概念の範囲を明確にすることで、契約として認められない活動と、委任が肯定されうる活動とを区別しようとする考え方がある。その根底には、無償の事務全般を対象とするという662条は広範にすぎるとの意識がある。⁽⁷²⁾

これに関してはまず最初に、委任上の事務たり得ないものとして除外されるべき活動が抽出される。その場合にやはり問題となるのが、日常生活上の好意である。たとえば、同席者がある駅で起こすことを引き受ける場合は、通常は委任が存在することはないとされ、その理由として、ある特定の財産利益の保護が問題となっていないのは明らかであるといわれる。⁽⁷³⁾

このことから看取されるように、委任上の事務とは、財産利益に関係する活動のみであるとする見解が有力である。⁽⁷⁴⁾ この場合の「財産利益」として、具体的に、給付の相手方の職業上の利益、商業上の利益、および財産関連の利益などが挙げられている。このほかにも、給付の相手方の財産利益が危険にさらされている場合、あるいは逆に、給付者の著しい財産利益が危険にさらされていることを、ほかならぬ給付者が認識可能な場合、なかんずく給付の相手方が約束に先立ち、給付者の財産侵害に関する危険をこの者に指摘していた場合が問題であるとされ、このような事情が存在しなければ、たとえば旅行者が同席者不在の間にその荷物を見張ること、隣人の旅行中に花の水やりを引き受けること、友人の仕事上の手紙を投函すること、知人を駅まで送る約束をすることなどはいずれも委任として認められないという。⁽⁷⁵⁾ また、活動が相当の費用と結びついているときには法律行為の引受が推定され、花への水やりも、交通費などを要しない場合には単なる好意だが、このような費用が実際に存する場合には委任となるとされたり、あるいは、通常は有償で処理される事務を無償で引き受けることは委任に当たるとされる。⁽⁷⁶⁾⁽⁷⁷⁾

委任上の事務についてはさらに、職業的活動とそれ以外の活動を区別

し、前者については無償の場合に契約上の拘束力が問題となるのに対し、
後者については法的拘束性が一般的に否定され⁽⁷⁸⁾とする見解がある。

② 委任という契約の性質を特化させることで、その成立の場面を限定しようという考え方がある。たとえばエッサー(Esser)は、事務処理活動⁽⁷⁹⁾に関して、有償契約、無償契約、および単なる好意協定を区別する。そして後2者についてはさらに、無償契約を、無償の労働給付または結果達成⁽⁸⁰⁾を目的とするものと、信託的に結合した利益保護に関する委任とに分け、単なる好意協定も同様に、労働給付または結果達成に関するものと、利益保護に対する配慮を伴う商業的または事後的措置に関するものとに分類可能とした上で、委任の特質を特別な信託的結合に見出し、このような性格を伴わない日常生活上の好意は委任に当たらないという。

しかしながら、エッサー自身が分類するように、単なる好意協定にも、利益保護の配慮に関するものは存在するところ、これを委任と区別する基準について彼は何も触れていない。エッサーの見解に対しては、ここでの信託的活動とは、経済的意義を伴い、かつ一定の独自性を有する活動のことであり、したがって経済的意義の低い従属的な活動は委任とはみなされ⁽⁸¹⁾ないとしてこれを支持するものもあるが、独自性および経済的意義なき無償雇傭契約および無償請負契約と委任を区別しているに過ぎず、純粋な好意との区別に資するものではないという批判が当然にな⁽⁸²⁾されている。

③ 委任という契約の存在自体は肯定していた①②と異なり、委任の成否に関する判断は、もはやドグマによる制御不能な正当性の判断とならざるを得ないため、道具として契約を利用することは何ら十分な問題処理ではありえないとする考え方がある。⁽⁸³⁾この場合に妥当な解決手段として用いられるのが法定債務関係であるが、それについてはさらに次のような2つの見解がある。

まず第1に、連邦通常裁判所1956年判決が顧慮すべきものとして挙げる

具体的諸要素を、「法的拘束意思の擬制」以外の目的に活用しようとする試みるものがある。その代表的な論者は、すでに述べたように、好意による運転手派遣に関して、法定注意義務存否の判断に当たり、連邦通常裁判所1956年判決の基準を援用しようとするフルーメである。

これに対して第2に、連邦通常裁判所1956年判決の定立するルールは、BGB 本来の体系枠組の中で事実在即した境界を抽出しようという試みから導き出されるものではないと非難するものがある。それによると、しかるべき基準は一連の判例準則から明らかにされるべきであり、その結果、単なる社交上または政治的な接触と区別されるところの職業的・商業的な活動に関連し、かつその場合に事務の履行ではなく責任が問題となっている限りで、職業関連的接触または商業関連的接触を根拠とする法定債務関係⁽⁸⁴⁾を推定することが許されるという。

（3）委任ではない好意関係における責任の問題

委任の成否判断をめぐる激しい意見の対立とは別に、仮にある好意について委任が否定されたとしても、当事者に対する保護が認められないわけではないとの見方がある。曰く、この場合の救済は、契約関係の認定によってではなく、一般的な信頼原則の表れである法定保護義務によってもたらされう⁽⁸⁵⁾と。またこのほかにも、活動と結びついた費用の償還や、活動に内在する危険から生じた損害の賠償に関する黙示の合意を推定し、あるいは、そのような合意が存在しない場合の事務処理は相手方のための事務管理にあたり、その結果683条に基づき費用償還（損害賠償もこれに含められる⁽⁸⁶⁾）が認められるとするものもある。

これに対して、委任が存在しない場合の好意関係については、不法行為責任または厳格責任が発生するという見解もある。「あらゆる好意関係を履行請求権なき債務関係のカテゴリーに入れようとする」シュヴェルトナーの試みは行き過ぎであり、当事者に法的拘束意思がなく、かつ契約交渉やその他の取引上の接触における特別な信頼関係も存在しないような社会

的接触というものも実在するということがその根拠とされている。⁽⁸⁷⁾

3. 小 括

以上、債務関係と好意関係の区別をめぐる一般的議論、および委任と好意の境界づけに関する学説をまとめると、おおよそ次のようになる。

(1) 法律行為としての債務関係と単なる好意関係の区別をめぐることは、学説においても、当事者の法的拘束意思を基準に契約の成否を判断するという見解が支配的である。しかしながらその一方で、客観的観察によってこのような意思を推定することは擬制であるとし、当事者間の信頼または保証を基軸として、法の視点から広義の債務関係を肯定し、そこから注意義務を導き出すという説も有力に主張されている。

他方、以上のような法定債務関係説の批判は、通説にも大きな影響を与えている。すなわち、契約、およびそこから生じる履行請求権の存否の問題については、法的拘束意思という基準を維持しつつ、委任ではないとされた好意関係における損害賠償責任の問題について、そのような好意が実際に履行された場合には、法定債務関係が発生するとして、BGB の好意契約に関する規定の類推が主張された。その結果、責任問題においては、好意契約、主たる給付義務なき法定債務関係、単なる好意関係の 3 つが区別され、前 2 者に対しては契約法に基づく責任が、後者に対してのみ不法行為法上の責任が妥当することになる。これに対して、債務関係と好意関係という伝統的対立を維持しつつ、当事者の意思内容の解釈を緩和することによって、同じく広範な契約法上の救済を確保する考え方もある。

(2) 以上のような学説の状況は、委任と好意の関係についても原則として当てはまる。すなわち、連邦通常裁判所 1956 年判決の基準により、あくまで当事者の法的拘束意思に基づいて委任の成否を判断する通説に対して、一部の学説がこれを擬制と批判するという図式である。批判説はさら

に、委任上の事務概念の範囲の確定や、委任契約の特質の重視によって、委任という契約が成立する場面を客観的に捉えようとする見解と、法の視点から注意義務を含む広義の債務関係を認めていこうという見解に分かれている。その際、前者においては財産利益に関する活動という視点が強調されるほか、職業関連的活動とそうでない活動の区別が主張されることがあり、後者においても、職業関連のおよび商業関連の活動に関して、履行請求権ではなく損害賠償等の責任が問題となっている場合にのみ、法定債務関係を認めるべきであるとする説がある。

委任の場合も、契約ではない好意に対して債務法上の救済を認めようとする見解が存在する。その際にも、やはり法定債務関係に基づく注意義務が根拠とされることがあるが、このほかにも、費用償還や損害賠償に関する黙示の合意を認め、あるいは事務管理規定を適用することによって妥当な解決を図ろうとするものもある。また、そのような好意であっても、最終的に不法行為に基づく責任しか認められないようなものも依然として存在⁽⁸⁸⁾している。

- (1) 以下で主に用いる文献は次の通り。Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band. 2 Schuldrecht·Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (1994), Einleitung(*Ernst Kramer*, 以下 MünchKomm/*Kramer* Einl.); J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Zweites Buch, Dreizehnte Bearbeitung(1995), Einl. zu §§ 241ff. (*Jürgen Schmidt*, 以下 Staudinger/*Schmidt* Einl. zu §§241ff.); Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, 12. neubearbeitete Auflage(1976), Vor §241(*Richard Alff*, 以下 RGRK/*Alff* Vor §241); Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bis zur 4. Aufl. herausgegeben von Professor Dr. Walter Erman, 9., neuarbeitete Auflage(1993), Einl. §241(*Olaf Werner*, 以下 Erman/*Werner* Einl. §241); Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, begründet von Dr. Hs. Th. Sorgel, neu herausgegeben von Dr. W. Siebert, Band 2 Schuldrecht I, Zwölfte neubearbeitete Auflage(1990), Vor §145(*Manfred Wolf*, 以下 Soergel/*Wolf* Vor §145) Vor §241(*Arndt Teichmann*, 以下 Soergel/*Teichmann* Vor §241); Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 59. neubearbeitete Auflage(2000), Einl v §241(*Helmut Heinrichs*, 以下 Palandt/*Heinrichs* Einl v §

- 241) ; *Ludwig Enneccerus/Heinrichs Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, vierzehnte Bearbeitung(1954) (以下 *Enneccerus/Lehmann*) ; *Wolfgang Fikentscher*, Schuldrecht, 8., neubearbeitete Auflage(1992) (以下 *Fikentscher*) ; *Arwed Blomeyer*, Allgemeines Schuldrecht, 4. durchgesehen und ergänzte Auflage (1969) (以下 *Blomeyer*) ; *Werner Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht, Dritte, ergänzte Auflage(1979) (以下 *Flume AT*) ; *Medicus*, Bürgerliches Recht, 17., neubearbeitete Auflage(1996) (以下 *Medicus BÜRgR*) ; *Josef Esser*, Schuldrecht allgemeiner und besonder Teil, 2., vollkommen neubearbeitete Auflage(1984) (以下 *Esser*) ; *Josef Esser/Hans - Leo Weyers*, Schuldrecht Band II Besonderer Teil, 6., völlig neubearbeitete Auflage(1984) (以下 *Esser/Weyers*) ; *Peter Schwerdtner*, NJW 1971, 1673ff. (以下 *Schwerdtner NJW 1971*) ; *Dietmar Willoweit*, JuS 1984, 909ff. (以下 *Willoweit JuS 1984*) ; *Harro Plander*, AcP 176(1976), 425ff. (以下 *Plander AcP 176*). またこのほかにも、好意関係を扱う文献としては、いわゆる学位論文(Dissertation, Diss.)がある。例として、*Rath-ey*, Gefälligkeitsverträge und Tierhalterhaftung, Diss. Breslau 1915 ; *Schieferstein*, Gefälligkeitsfahrt, Diss. Gießen 1936 ; *Sugg*, Gefälligkeitsvertrag, Diss. Breslau 1914 ; *v. Dewitz*, Gefälligkeitsverhältnisse, Diss. Tübingen 1939など。
- (2) もっともこの場合の「意思」は、実際の効果(経済的また社会的なそれ)に向けられた現実的意思であるか(「基本的効果説(Grundfolgentheorie)」)、それとも法的効果に向けられた意思でなくてはならないか(「法的効果説(Rechtsfolgentheorie)」)については争いがあるが、ここでは立ち入らない。この問題の詳細については、Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band. 1 Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (1993), Vor §116 RdNr. 13 ; Vor §145 RdNr. 22a (*Ernst Kramer*) およびそこに挙げられた文献を参照。
- (3) MünchKomm/*Kramer* Einl. RdNr. 28 ; RGRK/*Alff* Vor §241 Rdn. 8 ; Erman/*Werner* Einl. §241 Rdz. 33 ; Soergel/*Teichmann* §241 Rz. 3 ; Palandt/*Heinrichs* Einl v §241 Rn. 9ff. ; *Fikentscher* §7 3 Rn. 25
- (4) Staudinger/*Schmidt* Einl. zu §§241ff. Rn. 228.
- (5) 通説とは異なる見解を採るものとしては、このほかに、主として委任を想定しながら、好意関係との区別を考える *Esser* §139 2, 3や *Esser/Weyers* §35 I 1c), 3b) などがあるが、これらについては後述する。
- (6) 「客観説」および「主観説」の歴史的推移については、*Willoweit JuS 1984*, 909ff.。
- (7) *Flume AT* §7 : Das Rechtsgeschäft und die nicht rechtsgeschäftliche Vereinbarung.
- (8) *Flume AT* §7 1.
- (9) *Flume AT* §7 2.
- (10) 「家族、社交、および交誼上の取引について裁判所に訴えが提起されることは

なく、法的領域外の約束内容は、公権力による強制執行に服するものではない」(Hellwig, AcP 86 <1896> S. 223f., 248).

- (11) *Flume* AT §7 3.
- (12) しかしながらその一方で、この領域における合意は、たとえそれが財産価値的内容に関するものであっても、やはり法律行為的性格を有していないことの方が多いという。
- (13) したがって、集団登山において、他人を助けることができたにもかかわらず、難所に放置した者は、たとえ身体または健康を侵害していなくても、何らかの財産損害が発生していれば、救助義務の有責な違反を理由に、損害賠償責任を負う。
- (14) *Flume* AT §7 4.
- (15) *Flume* AT §7 7.
- (16) プランダー(*Plander*)も、給付に関する当事者の合意の法律行為性判断に際して法的拘束意思基準を放棄し、当該合意に対する法の承認の視点から観察することを提案しており、その場合、社会的評価が問題となるという(AcP 176, 444f.)。
- (17) *Staudinger/Schmidt* Einl. zu §§241ff. Rn. 214ff.
- (18) *Staudinger/Schmidt* Einl. zu §§241ff. Rn. 248ff. この点については後述。
- (19) *Staudinger/Schmidt* Einl. zu §§241ff. Rn. 254ff. 具体的には、好意契約、なかんずく委任と認められた好意関係における給付者の責任軽減の問題と、非法律行為たる好意関係における給付者の責任基準の問題とに分かれ、それぞれについて、BGB中の好意契約(無償契約)の責任軽減規定、たとえば贈与に関する521条、使用貸借に関する599条、および無償寄託に関する690条類推の可否、判例が依拠する黙示の免責合意や責任放棄、ならびに「自己の危険に基づく行為」論などが検討される。この問題に関しては、別の機会に検討することとしたい。ドイツ法における議論については、*MünchKomm/Kramer* Einl. RdNr.36ff.; *Erman/Werner* Einl. § 241 Rdz. 35; *Flume* §7 6; *Medicus* BürgR §16 I 1b) (Rdnr. 367ff.); *Schwerdtner* NJW 1971, 1675ならびにそれらの挙げる判例および学説参照。
- (20) *Staudinger/Schmidt* Einl. zu §§241ff. Rn. 238ff. この問題はさらに、いわゆる「紳士協定」の履行が問題となる場合、および「法的義務の承諾なき」給付の撤回に関する場合とに分けられる。
- (21) *Staudinger/Schmidt* Einl. zu §§241ff. Rn. 244ff. ここにおいても、両当事者の合意が明らかに無効原因(法律または良俗違反など)に関するものであるところ、そのような無効原因が実は存在しなかった場合と、実際に存在する場合とに分けた考察がなされる。
- (22) *Staudinger/Schmidt* Einl. zu §§241ff. Rn. 226ff.
- (23) *Willoweit* Jus 1984, 910; *Staudinger/Schmidt* Einl. zu §§241ff. Rn.237. もっともシュタウディンガー／シュミットは、前述した紳士協定の履行が問題となる場合には、両説の妥当性に優劣が生じるという。すなわち、当事者間で、法的拘束力なき「社会的拘束」が合意された場合、にもかかわらずこれを法律行為とすることに

よって、その法的実現のみならず、法による内容規制が可能となる。このような規制は、当該関係を客観的メルクマールによって把握しようとする「客観説」とは合致しやすいが、これに対してあくまで当事者の意思に依拠する「主観説」は、当事者の明示の意思によって法的拘束性が否定されている場合に、解釈によってそのような規制を達成することが困難である、と (Einl. zu §§241ff. Rn. 240ff.)。

(24) Staudinger/*Schmidt* Einl. zu §§ 241ff. Rn. 237; Erman/*Werner* Einl. §241 Rdz. 33; Palandt/*Heinrichs* Einl. v §241 Rn. 10. もっとも、これが債務関係であると認定されれば、不利な時期の告知の場合に、671条 2 項 2 文類推により損害賠償請求権が発生するという。

(25) たとえば Erman/*Werner* Einl. §241 Rdz. 33. は、「そのような好意から生じうる損害賠償請求権は、不法行為に関する諸規定に基づくそのみである」という。このほかにも、契約責任と不法行為責任の要件に関するフルーメの見解を参照。

(26) MünchKomm/*Kramer* Einl. RdNr. 32a; Staudinger/*Schmidt* Einl. zu §§241ff. Rn. 249ff.

(27) この点につき Staudinger/*Schmidt* Einl. zu §§241ff. Rn. 249ff. は次のように述べる。「広義の債務関係」については、これを主たる給付義務のために有用であるとする考え方と、主たる給付義務と切り離す考え方の 2 つがある。前者は、説明義務、保証義務、助言義務、およびその他の義務は、主たる給付義務を確実に進展させるためのものであり、このような主たる給付義務が存在しない以上、不法行為責任以外の責任を問うことはできないというものであるが、論理必然的に契約の擬制に至らざるを得ず、フルーメらの批判を招くことになる。これ対して、主たる給付義務なき債務関係を想定する後者の出発点は、「主たる給付義務」と「保護および監護義務」の区別である、と。

(28) *Enneccerus/Lehmann* §27 1 6. そのような表示責任の根拠については、契約交渉に入った場合の法定債務関係が挙げられており、またこの責任は故意および重過失に制限されるという。

(29) *Blomeyer* §22 2. プロメイヤー自身は、これをエネツェルス／レーマンのいう表示責任と同視している。

(30) *Fikentscher* §7 3 Rn. 25.

(31) 法的拘束意思が否定される例として、偶然乗り合わせた列車の同席者を目的駅で起こすこと、隣人の子供を自動車で迎えに行くこと、および知人の商談に関する手紙を投函することを挙げている。

(32) *Schwerdtner* NJW 1971, 1673ff. 同論説は、ある者が他人に好意から妻所有の自動車を出したところ、この者が事故を起こしたため、当該自動車の責任賠償保険における無損害割引 (Schadensfreiheitsrabatt) が失われたという事案 (OLG Stuttgart, NJW 1971, 660f.) についての評釈である。

(33) *Enneccerus/Lehmann* §27 1 6; *Blomeyer* §22 2; *Flume* §7 を挙げる。

(34) たとえば、ヒッチハイカーを同乗させる者は運送契約を締結するものでなく、

運転の中止やコース変更を行うにつき自由であるとする。また、同席者がある駅で起こすことを引き受けることは、何ら法的拘束力を伴うものではないとしており、この点ではフルーメと一致している (*Flume* §7 5)。

(35) *Schwerdtner* NJW 1971, 1674.

(36) 上述の *Flume* AT §7のほか、特に委任に関するものとして *Esser* §139、および無償活動者の責任軽減に関するものとして、*Medicus* BürgR §16 I を挙げている。このうちエッサーの主張、およびこれに対するシュヴェルトナーの批判については後述。

(37) *Schwerdtner* NJW 1971, 1674.

(38) 以下に挙げる見解は、非法律行為についての責任の問題を、契約締結上の過失、社会生活上の義務、および一般的保護義務の観点から検討するものである。

(39) *Hans Döle*, ZstW Bd. 103(1943) 67ff., 73f., 84. ドゥレは、保護義務を考えるにあたって、契約締結上の過失に依拠するところの意図された契約締結という考え方を非難し、当事者の社会的接触の結果生じた相互の信頼が裏切られてはならないという点に根拠を求める。

(40) *Karl Larenz*, MDR 1954, 515f. 517; *ders.*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. 1: Allg. Teil, 10. Aufl. (1970), §9 I S. 90f.; *Claus-Wilhelm Canaris*, JZ 1965, 475ff., 478. これらの見解についてシュヴェルトナーは、このように解してしまうと、好意関係というものがあらかじめ除外されることになるとしている。

(41) *Schwerdtner* NJW 1971, 1675. シュヴェルトナーのこのような考え方の根底には、ティーレ (*Wolfgang Thiele*) の以下のような見解がある。すなわちティーレ (JZ 1967, 649ff.) は、給付障害と保護義務違反を考えるに当たって、保護義務の根拠に関するドゥレおよびラーレンツの上述の見解を検討し、これらはすべて不法行為責任か法律行為(契約)責任かという二者択一を前提としているが、この前提そのものが放棄されるべきであるとし、不法行為に基づく責任と、特定の他者に対する具体的義務違反に基づく責任との対比において、この問題が検討されるべきであるとする (JZ 1967, 652)。

(42) *Schwerdtner* NJW 1971, 1675.

(43) *Schwerdtner* NJW 1971, 1676.

(44) 好意関係に関しては、以上のほかに、契約関係外でなされた情報提供が問題となる。これについては、無償の助言または推奨につき契約責任を排除する675条2項との関連で、やはり好意と契約の成否、および情報提供者の責任基準をめぐって詳細な議論が展開されているところであるが、その考察は別の機会に譲りたい。ドイツにおける議論については、*MünchKomm/Kramer* Einl. RdNr. 31および引用文献参照。

(45) *Soergel/Wolf* Vor §145 Rz. 78ff. ただし、この場合に、主たる給付義務なき債務関係が、主たる給付義務なき契約関係と同視されている点は注意を要する。すなわちヴォルフは、このような主たる給付なき契約は、契約自由の原則に基づき締

結可能であり、また、保護義務を目的とする点で、第三者保護効を伴う契約と比肩するものであるという。いずれにしても、出発点は原則として契約関係であり、法定債務関係は二次的なものに過ぎない、と (Vor §145 Rz. 79ff.)。そして、このような主たる給付義務なき契約関係が認められるのは、給付について契約上の拘束力は約束されていないが、そこに相手方の経済的または法的意義が見受けられる場合であり、保護義務の範囲および程度も、そのような給付の意義の重要性によって変化するという (Vor §145 Rz. 91)。

(46) *Plander* AcP 176, 442f.; *MünchKomm/Kramer* Einl. RdNr. 34ff. クラマー (*Kramer*) は、このような法律上の保護義務についてさらに、一種の保証、とりわけ資格を要する職業従事者 (専門家) のそれを重視している。この場合「職業活動に基づく責任」または「職業責任」は、契約締結上の過失または法定保護義務の問題とされる (RdNr. 34a)。

(47) もっともこれについては、とりわけ情報提供に関して、主たる給付義務を伴う契約関係のほかに保護義務の存在を認めるのであれば、契約を擬制する必要も少なくなるとの指摘もある (*Heinrich Honsell*, JuS 1976, 621ff., 626)。

(48) この場合にヴィロヴァイトは、法律行為の存在を当事者の意思に求める見解も、あるいは法定債務関係に求める見解も、当該事案の客観的判断から出発する点で違いはないとしており、実際、以後彼が用いる「客観説」とは、当事者意思を客観的に判断するというものであるという。

(49) ヴィロヴァイトには上述の JuS 1984, 909ff. のほかにも、*Abgrenzung und rechtliche Relevanz nicht rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen* (1969) がある。ここでは、学説の新たな潮流、なかんずくシュヴェルトナーが登場した1971年以降に発表された前者を中心に、ヴィロヴァイトの見解を整理することとする。

(50) 注(39)参照。

(51) 注(41)参照。

(52) *Willoweit* JuS 1984, 911. 「形式的な個人倫理から社会的責任という実体的倫理への移行を象徴するところの、純化された取引道德の規範化」というティーレの言葉 (JZ 1967, 649) が引用される。

(53) *Willoweit* JuS 1984, 914f. この場合の法的効果意思とは、自分たちの好意を法に服せしめようとする意思という意味での法的拘束意思とは異なるという。

(54) 以下で主に用いる文献については、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)(2)」早稲田法学76巻2号113頁、76巻4号19頁および本稿注(1)を参照。

(55) *Flume* AT §75; *Medicus* BürgR Rdnr. 370. 上述するように、履行請求権に関して債務関係たる契約と単なる好意関係の差をほとんど認めない見解は、その論拠として671条1項直接または類推適用を挙げている。

(56) *MünchKomm/Seiler* §662 RdNr. 61;

(57) *Lammel* S. 268.

- (58) MünchKomm/*Seiler* §662 RdNr. 61
- (59) MünchKomm/*Seiler* §662 RdNr. 62; Staudinger/*Wittmann* Vorbem. zu §§ 662ff. Rn. 18; RGRK/*Steffen* Vor §662 Rdn. 17ff.; Erman/*Ehmann* Vor §662 Rdz. 4; Soergel/*Beuthien* Vor §662 Rz. 11.
- (60) もっとも、同判決において法律行為、すなわち委任が認められたかという点に関しては、学説においても評価が分かれている。肯定するものとしては MünchKomm/*Kramer* Einl. RdNr. 31; Staudinger/*Schmidt* Einl. zu §§241ff. Rn. 236; Wassermann/*Joerges* Vor §§662ff. Rdnr. 31、反対に否定するものとしては、MünchKomm/*Seiler* §662 RdNr. 63; Soergel/*Beuthien* Vor §662 Rz. 11がある。
- (61) MünchKomm/*Seiler* §662 RdNr. 62;
- (62) RGRK/*Steffen* Vor §662 Rdn. 20.
- (63) Staudinger/*Wittmann* Vorbem. zu §§662ff. Rn. 18; Soergel/*Beuthien* Vor § 662 Rz. 11
- (64) RGRK/*Steffen* Vor §662 Rdn. 19.
- (65) Staudinger/*Wittmann* Vorbem. zu §§662ff. Rn. 18;
- (66) MünchKomm/*Seiler* §662 RdNr. 62;
- (67) Wassermann/*Joerges* Vor §§662ff. Rdnr. 21.
- (68) 以下の判決については、一木・前掲(注(54))参照参照。
- (69) *Flume* AT §7 7.
- (70) *Schwerdtner* NJW 1971, 1676 Fn. 48. その限りで、同判決が「法律行為上の注意義務」という文言を用いた点は誤解を招きやすいという。
- (71) プランダーはまた、本件において検討されるべきは、ロトくじクラブのメンバー間に契約の存在が認められるにもかかわらず、ロトくじへの記入と提出に関する義務、およびこれを怠った場合の損害賠償義務は否定されうるという点であったとする。そして、ロトくじへの記入と提出に対する履行請求権が否定されるとしても、クラブのメンバーは配当を要求する権利を有しており、その意味で当該合意にはなお「保持原因(Behaltungsgrund)」としての法律行為性が失われるわけではないという(AcP 176, 445)。また、仮に委任が否定されても、なお事務管理が認められる余地があるとする(AcP 176, 428ff.)。
- (72) *Esser/Weyers* §35 I 1c).
- (73) *Flume* AT §7 5; *Larenz* S. 411. これに対しては、当該給付が日常生活上のそれであるとか、当事者間に特別な人間関係があったというだけでは、なお純粋な好意のみ存するとは断定しえない(MünchKomm/*Seiler* §662 RdNr. 62)とか、知人のために仕事上の手紙を投函する場合のように、事務の重要性次第では委任が存在しうる(Soergel/*Beuthien* Vor §662 Rz. 11)といった反論がある。
- (74) *Flume* AT §7 5; *Esser* §139 2; *Lammel* S. 267f.
- (75) *Larenz* S. 411.
- (76) *Medicus* SchuldR II S. 191.

- (77) *Flume* AT § 7 5.
- (78) *Lammel* S. 267.
- (79) *Esser* § 139 3.
- (80) もっとも、ここにいう委任も、狭義の事務処理に関するものと、広義の利他的措置や何らかの仕事を目的とするものとに分かれ、前者は本来的な委任として662条以下の適用を受けるが、後者については一般的ルールが妥当しないという。
- (81) *Medicus* BürgR Rdnr. 368.
- (82) *Schwerdtner* NJW 1971, 1674.
- (83) *Wassermann/Joerges* Vor §§662ff. Rdnr. 21.
- (84) *Wassermann/Joerges* Vor §§662ff. Rdnr. 32.
- (85) *Lammel* S. 269.
- (86) *RGRK/Steffen* Vor §662 Rdn. 22.
- (87) *Staudinger/Wittmann* Vorbem. zu §§662ff. Rn. 20. もっとも、すでに見たように、シュヴェルトナー自身は、契約法上の責任が想定され得ない単なる好意の存在を認めているのであるから、この点は誤解であろう。
- (88) 上述するように、好意と責任に関しては、好意に基づく給付者の責任の軽減または免除の問題があり、当然委任においてもこのことが検討される。たとえば *RGRK/Steffen* Vor §662 Rdn. 22は、単なる好意関係においては、給付者の輕過失に対する不法行為責任は通常は当然に排除され、これに対して重過失に対する責任の排除は特殊な状況下でのみ認められるという。他方、*Staudinger/Wittmann* Vorbem. zu §§662ff. Rn. 20は、受任者が負うべき過失の範囲についても、個々の状況によって決まるとする連邦通常裁判所1956年判決を支持し、521条、599条、690条類推による一般的な責任軽減を認めない。また、判例において委任の成否が問題とされた好意同乗、および675条2項に基づく情報提供に関しても、学説では、契約の成否よりもむしろ、当事者間の責任をいかに導き出すか、そしてなかんずくどのようにこの責任を制限するかという点が議論されている。

第 4 章 結 語

以上、ドイツにおいては、様々な事務処理をめぐって無償委任の成立が争われ、かつ好意の事務処理と契約の成否という問題に関して、判例および通説が無償委任と単なる好意を区別し、これを批判する一部の学説が法定債務関係と単なる好意という新たな区分を提唱、このことを受けて近時ではさらに、無償委任契約、主たる給付義務なき法定債務関係、および単

なる好意の3つを類別する見解が主張されるに至っている状況が明らかとなった。一方我が国では、これまででもっぱら有償委任、とりわけ専門家による事務処理契約に関心が集まっていたが、近い将来、テクノロジーの加速的進歩や災害の増加、娯楽の多様化、ならびに社会制度の変化などにより、従来想定されなかった様な事務処理がクローズアップされることになるだろう。そしてその際には、なканずく任意後見制度の施行やボランティア意識の高まりをうけて、無償委任が取り上げられる機会も増加するもの⁽⁸⁹⁾と考える。そこで、前述したドイツの法状況を参考に、今後我が国において無償委任が問題となる際に重要となるであろういくつかの点を検討して、本稿の締めくくりとする⁽⁹⁰⁾。

まずはじめに、ドイツにおける一連の議論からは、2つの異なる視座が析出可能であることを確認したい。かたや、いかなる場合に好意の事務処理は無償委任になりうるかという本稿の出発点と一致する疑問があり、かたや、実際に行われた好意につき当事者がいかなる責任を負うかという問題意識がある。両者は連続性を完全に失するものではないけれども、前者がもっぱら契約法の観点に基づいて検討されるのに対し、後者においては広く責任法的視野が要求されることになる。

このような前提のもとで、次の3つの問題を改めて提起する。すなわち、第1に、単なる好意と区別されるような無償委任は肯定されるか、第2に、仮にそのような無償委任が認められうるとして、その存在はいかなる基準によって確認されるか、第3に、実際に履行された好意が委任と認められた場合、またはこれが否定された場合、当事者はいかなる責任を負うか、その範囲に違いは生じうるかという3点がそれである。

1. 当事者間にある無償の事務処理に関する依頼と承諾は存するが、そこに明確な契約締結意思が見受けられない場合、それにもかかわらず委任の存在を肯定することができる⁽⁹¹⁾だろうか。この問いに対する答えは、次の2つに大別される。

一方で、そのような場合であっても無償委任は成立するという見解がある。これは、何らかの要素が加われば、好意が単なる事実的領域から委任という契約領域にシフトするというものであり、無償委任肯定説、あるいは単に委任説とでもいうべき立場と位置づけることができる。他方、そのような場合にはそもそも無償委任は問題とならないとするものがある。それによれば、当事者が契約の締結に向けた明確な意思を表示していれば格別、そうでない限り、単なる好意が主張される場面で、委任が肯定されることはあり得ないことになる。この意味で、この見解は無償委任否定説であるが、契約という私的自治に支配された狭義の債務関係に代えて、一定の社会的接触から生じた保証または信頼に対する法の承認に由来する広義の債務関係を肯定する点で、法定債務関係説と呼ばれていることはすでに述べた。

整理すると、両説は、かたや無償委任契約と単なる好意、かたや法定債務関係と単なる好意という異なる 2 分法同士が対立しているものと位置づけることができる。⁽⁹²⁾ その場合、無償委任と法定債務関係は、こと履行強制の側面ではほとんど差異がみられないとの指摘があることも前述の通りであるが、しかしながら、それでもなお、次の点で、法定債務関係説に無条件で従うことはできないように思われる。

第 1 に、無償委任の本質が好意契約である以上、その成立は、たいてい事実的な好意関係との境界線上で問題となる。このような場合に、当事者の明示の契約締結意思がない限り無償委任は成立しないと解すると、無償委任の適用領域は事実上失われてしまうこととなる。

第 2 に、たとえばドイツの判例において肯定された無償委任をすべて法定債務関係に置換したとして、同一の救済が認められるとは限らない。なぜならば、法定債務関係とは、もっぱら損害賠償の前提となる注意義務を創出するための存在であり、主たる給付義務を欠くものとあらかじめ規定されているからである。したがって、たとえその拘束性は弱いものであれ、事務処理者の履行義務と結びついた費用償還や受取物引渡に関する判

断は、無償委任の存否に依拠せしめるべきであり、法定債務関係を根拠とすることはできない。

第3に、仮に損害賠償が問題となる場合に限定するとして、法定債務関係の安易な承認は、私的自治を基礎とする契約概念の放棄そのものにつながりかねない。なぜならば、事務処理を目的とする接触において信頼または保証が存在するという場面は、ほとんどの好意関係に当てはまり、そのため、法定債務関係の妥当領域が非常に広範なものとなる結果、契約領域への侵食が生じるおそれからである。しかしながら、そもそも契約外の関係における一定の注意義務を導き出すために考案された法定債務関係に対して、「債務法上の一般条項」的地位が約束されるようなことがあってはならない。法定債務関係という概念は、その出自からしてむしろ、当事者が明示の合意によって契約の拘束力を否定している場合のように、明らかに契約の成立が認められない状況で、その代替装置として用いられるべきものとする。今後予想される多様な事務処理の受け皿は、法定債務関係ではなく委任契約である。

以上の理由から、好意に基づく事務処理が問題となっている場合に、無償委任という契約概念を放逐してしまうような法定債務関係が、安易に肯定されてはならない。⁽⁹³⁾むしろ、一定の条件が整えば、好意関係においても契約が成立しうるとの出発点に立つべきである。我が国では、委任の無償性という原則が否定されることに連動して、無償委任という契約類型に対する意識が稀薄であるように思われるが、状況次第ではこのような好意契約が成立するという明確な認識に立つことが重要である。

2. 好意の事務処理につき無償委任の存在を肯定する場合には、さらに契約成立の理由づけがなされねばならない。換言すれば、それ自体は確認されるところの事務処理に関する合意を契約にまで高める要素の確定が必要となる。これについては、一方で、当該合意に加えて事務処理者の法的拘束意思が存在する場合に委任が成立するとの見解があり、⁽⁹⁴⁾他方で、合意

に対して法の承認が与えられた場合にのみ契約の発生を認めうるという主張がなされている。⁽⁹⁵⁾このうち前者は、いかなる条件下で当事者の法的拘束意思が認められるかという問題に、また後者は、どのような場合に事務処理に関する合意は法的承認を得られるかという問題に、それぞれ帰着する。

前者の問題につき、ドイツ連邦通常裁判所1956年判決は、そこにおいて重要なのは、給付者の表面化しない内面的意思ではなく、客観的の評価による推定上の拘束意思であるとし、同じく無償委任の成立を認める立場からも、当事者意思の擬制であるとの批判を招くこととなった。

しかしながら、当事者の真の意思が不確定な場合に、客観的な「解釈」を行うことは、この場面特有のものではないし、決して稀なことでもない。また、客観的な評価、とりわけ信義則や取引慣行の観点からみた意思が、当事者、とりわけ事務処理者の真の意思と異なっているという可能性は否定され得ないが、そのことをもって、客観的意思解釈をいかなる場合にも禁ずべき絶対的理由となるものではない。ここで目指されている当事者意思の確定は、決して無から有を生み出す作業ではなく、むしろそのようにして導出された客観的意思は、当事者の現実意思とおおむね合致するものとみなされてよいだろう。したがって、個別事案の具体的状況を詳細かつ公平に検討し、客観的に推定される法的拘束意思を当事者の真の意思にできる限り接近させることによって、妥当な結論を得ることが望ましい。⁽⁹⁶⁾

これに対して、後者の問題では、基準の客観性に主眼が置かれる。そこにおいては、たとえば、委任上の事務とは財産利益に関する活動のことであり、当該事務処理がこれに当たる場合には、当事者の約束は委任として認められるというような思考方法が採られる。

ただしこの見解は、客観性を重視するあまり、定型的思考によって必ずしも妥当でない結論を導き出すことがある。たとえば、日常生活上の好意が常に委任となり得ないとする見方に対する疑念は、ドイツの判例におい

ですでに指摘されているとおりである。また、この立場が、時として過度に制限的な基準を立てようとする点には注意を要する。その最たるものが、委任上の事務を、職業関連のおよび商業関連的活動に限定しようとする動きである。これは、あまりに広範な事務処理概念に対する批判に由来するものであるが、そのような前提からして、あらゆる無償事務処理契約の受け皿たる委任の実体を空洞化する危険性をはらんでいる。

以上のように、両説にはいずれも不備な点があり、完全な論理的整合性を獲得するには至っていない。ただ、ここで特筆すべきは、客観的評価による妥当な結論の探究という側面において、両説は實際上非常に近接しているという点である。その意味で、いずれの考え方を採るかは、法的拘束意思の客観的推定という潜在的なフィクションを最終的に受け容れられるか否かにかかっている。

私見では、次の3点で、無償委任成立の根拠を当事者の法的拘束意思に求めるのがよいように思われる。第1に、個別事案の具体的状況に即した柔軟な判断という点では、法的拘束意思説に軍配が挙がる。第2に、受任者が好意かつ無償で活動するにもかかわらず、善管注意義務を要求されることの理由は、受任者自身が義務を引き受ける意思を有していた点に求めることで、より明確化することができる。第3に、後述するところの、私的自治によらずして発生する債務関係を認めようとする場合、少なくともこの段階では、契約たる無償委任の基礎を当事者の意思に求める方がよい。さもなければ、無償委任契約の成否、次いで法定債務関係の存否を判断する際に、いずれも法の承認という視点に立つことを余儀なくされることになるからである。

かくして、好意の事務処理が無償委任に昇華する瞬間という本稿冒頭の問いに対しては、事務処理に関する当事者間の合意に加え、客観的事実からみて、事務処理者が自己の行為につき法的義務を負う意思を有する場合と答えることになる。このことは、契約、ことに無償契約における合意とは、当該給付に関する依頼と承諾だけではなく、給付者の法的拘束意思を

も要するとの結論を導き出すものである。⁽⁹⁷⁾

いずれにしても、重要なことは、個々の事案における具体的な状況を観察することによって、法的拘束意思の存在(または法による承認)を根拠に無償委任の成否を決定するという姿勢である。そしてその場合には、事案のいかなる要素から、当該決定が導き出されたかが明示されねばならない。かつて我が国でも、無償委任と好意をめぐる訴訟において、当事者の義務意思が問題とされたが、いかなる具体的事情からそのような意思の存在が肯定(または否定)されるのかについて、必ずしも十分に示されることはなかった。⁽⁹⁸⁾ それどころか、最近では、無償委任の成否を判断するに当たって、当事者の意思を何ら斟酌しない裁判例も登場している。⁽⁹⁹⁾ しかしながら今後は、無償委任は何によって成立するのか、その存在はいかなる観点から確認されうるのが、改めて問われることになる。

このことと関連して、個別事案の具体的事情を斟酌するということは、柔軟な解決を期待しうる反面、統一的な要件論を困難なものとするおそれがある。その意味で、無償委任の成立を根拠づける諸要素を確定するためには、今後のわが国における法状況の熟成を待たねばならないが、向後の議論に際して、ドイツの判例および学説の蓄積が、有意義な参考資料として活用されう。そこで本稿においては、彼の地で挙げられた諸々のファクターの妥当性を逐一検証することはせず、さしあたり、「好意の種類、その動機と目的、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当事者の利益状況等」という、ドイツ連邦通常裁判所が1956年判決の中で掲げた指標を再度確認するとともに、事務処理に対する受任者自身の利益が無償性を排除するものではないことを指摘するにとどめる。ただし、同判決によっても、日常生活上の好意や社交上の好意が通常は法的領域外にある点に異を唱えるものではないが、その場合でも、そこに当事者の法的拘束意思が認められるならば、例外的にはあるが委任の成立が肯定されることが見落とされてはならない。つまり、「日常生活」や「友人関係」といった文言は、契約

の存在を否定するための絶対的なキーワードではないのであり、客観的観察者は、定型的思考に甘んじることなく、常に具体的状況に配慮すべきである。

3. 以上のような検討の結果、ある好意の事務処理につき無償委任が肯定され、または否定された場合に、当事者にはいかなる責任が発生するか、またその範囲はどのように画されるのか。契約によらない責任創設根拠の観点から考案された法定債務関係が顧慮されうるとすれば、もっぱらこの問題に関してということになる。したがって、無償委任を肯定する立場も、ここに至って、無償委任および単なる好意という従来の2分法を維持するか、それとも、無償委任、法定債務関係、および単なる好意という新たな3分法を採用するかという選択肢を与えられることになる。

本稿においては、主たる給付義務なき債務関係という概念装置についての本質的な考察を欠いており、無条件の導入論は慎まれるべきである。⁽¹⁰⁰⁾しかしながらそれでもなお、契約責任に服する無償委任と、不法行為責任に規律される単なる好意の中間に、第3の領域を觀念するという思考は、興味深い示唆を包含している。ただし、ドイツにおいてこのような解釈が生まれることになった背景に、純粹經濟損害など賠償範囲に関して不法行為責任が契約責任に劣後するという特有の構造があったことを思えば、契約責任と不法行為責任で大きな差異が生ぜず、場合によっては、不法行為責任の方が被害者にとって優利であるかにさえ見える我が国にあって、新たな責任根拠をあえて持ち出すことの意義が問われねばならない。

以下、試論の域を出るものではないが、さしあたり次のようにいうことができるのではないか。すなわち、ある好意の事務処理をめぐる損害賠償が問題となる事案において、たとえば隣人による子供の監視のように、当該事務処理関係が、当事者の私的自治の点では契約と認められないが、社会的接触に由来する信頼に対する法の承認の観点によれば、なお一定の義務関係ありとみなされうるものがある。その場合、事務処理者は、委任に

おける受任者と近似する責任を相手方に対して負うが、自己の給付に対する自発的な義務引受意思を欠くゆえに、受任者の善管注意義務まで要求されるものではなく、たとえば、自己の業務におけると同一の注意(無償受寄者の注意義務に関する民法659条類推)のように、軽減された注意義務を尽くすことで足りる、と。

このように解するならば、好意の事務処理に関して、第1に、事務処理者に重度の注意義務を課すことも許容される無償委任契約の成否が当事者意思に基づき判断され、義務引受意思なしとされた場合、第2に、そうではあるがしかし、当事者間には法の承認が与えられる程度の信頼関係、すなわち法定債務関係が形成されているかが審査されることになる。そうすることによって、無償委任については、意思主義に依拠した厳格な契約責任ルールを維持しつつ、契約であるともないともいえるグレー・ゾーンに対して、広く「債務」関係を基礎とする(しかしながら相当緩和された)救済を及ぼすという、柔軟な解決が可能となるだろう。

もっとも、契約によらない債務関係という概念を積極的に提言するためには、さらに詳細な検証を要することはいうまでもない。たとえば、ここにいる法定債務関係の性質については、債務関係および契約に関する既存の法制度および法理論、具体的には、非契約的債務関係としての事務管理、⁽¹⁰¹⁾当事者の意思によらず発生する契約を提唱するものとしての事実的契約論⁽¹⁰²⁾および関係的契約論⁽¹⁰³⁾などとの対比において論すべき点が多く、また、法定債務関係における当事者の注意義務軽減の可否および範囲⁽¹⁰⁴⁾についても、その実質的論拠が示されねばならないが、これらについては他日を期すこととしたい。

(89) 今後の社会における委任の重要性を前提に、契約としての新たな展開を考察するものとして、大村敦志「現代における委任契約—「契約と制度」をめぐる断章」中田裕康・道垣内弘人編『金融取引と民法原理』(有斐閣、平12)95頁。

(90) この問題に関する議論が必ずしも十分とはいえない我が国の現状にあって、瀬川信久教授による一連の包括的考察、たとえば谷口知平・五十嵐清編『新版注釈民法(13)』(有斐閣、平8)49頁は、多くの示唆を含んでいる。また、好意と契約の関

係をフランス法の視点から考えるものとして、平野裕之「契約責任の要件としての契約の存在—フランス法における契約責任と不法行為責任の接点（その一）—」明治大学法学論叢67巻2・3合併号275頁（平7）がある。

- (91) かつて、社会的事実としての意思表示の合致があれば常に契約法的保護を受けられるものではなく、紳士協定・友情・交誼に基づく合意は、当事者が一般的に法的制裁を予定するものではない（加藤雅信・判タ507号107頁注（7））とされたが、その場合になぜこのような約束が契約法上の保護を享受し得ないかについては必ずしも明らかではない。
- (92) このことは一面において、生活世界に対する法の関与をめぐる対立をも意味している。すなわち、無償委任肯定説、とりわけ法的拘束意思を重視する立場にとっての法とは、私的自治に基づく契約の成立を受けてはじめてその規範性を作動させるものであるのに対し、法定債務関係説によれば、法は、自身の保護に値する関係を積極的に取り上げることになるからである。
- (93) 瀬川信久「子ども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』（弘文堂、昭61）65頁では、隣人による子供の監視の法的性質を契約とするか、それとも法定債務関係とすべきかが、「我が国における子どもの預託の実情と実定法」の観点から検討されなければならないとされ、他方前掲（注（90））53頁において、我が国の責任法構造からして、あえて契約の成立を認めるべきではないとされる。
- (94) 当事者の合意と法的効果の関係につき、広中俊雄「徳義上の契約」『契約法の理論と解釈 広中俊雄著作集2』（創文社、平4）66頁は、かつて合意に対する法的保護という意味での社会的意義を重視する見解と、当事者の法的拘束意思を尊重する見解の対立があったことを紹介した上で、それぞれの目的および結果において実質的な一致が見られるものと評価している。
- (95) 米倉明「法律行為（六）」法教49号62頁以下では、好意関係における行為について、法律の力によって保障されるべき「法律行為的契約」と、愛情・良心（道徳）・習俗によって保障されるべき「非法律行為的契約」を区別するにあたり、第1の基準を効果意思の存否に置きつつ、当事者の一方または双方が効果意思が不明である場合にこれを問題とすることはフィクションであり、とりわけ一方または双方の当事者が素人である場合には、「問題の契約が一般的に、法律行為的契約か非法律行為的契約かのいずれに属せしめられるべきかという観点」から、諸般の事情の比較衡量が行われなければならないとする。
- (96) 客観的「契約解釈」の必然性を説くものとして、たとえば我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店、昭40）249頁、258頁。なお、近時、法律行為当事者の意思に関する考察を行うものとして、磯村保「法律行為論の課題（上）—当事者意思の観点から—」広中俊雄編『民法研究』第2号（信山社、平12）1頁など。
- (97) ロバート・A・ヒルマン・笠井修編『現代アメリカ契約法』（弘文堂、平12）によれば、約因による契約成立を認める英米法においても、贈与に代表される無償契約

に関しては、当事者の「法的義務を創設する意思」が問題となることがあるようである(エドウィン・W・パターンソン・西川理恵子訳「約因への謝罪」21頁)。

- (98) たとえば隣人による子供の監視に関する津地判昭58. 2. 25判タ495号64頁、判時1083号125頁では、事実認定に基づき当事者の効果意思が否定されたが、その際具体的にいかなる事実がこの結論を導き出すのか不明である。これに対して、東京地判昭47. 3. 11判タ277号224頁は、「婚姻当事者と仲人との間の人的関係、以来の経過、趣旨、報酬支払いの事前の合意等の如何によっては、当事者は婚姻の成立を目的とする一種の委任請負類似の契約関係の発生を意図しているものと解される余地も生ずる」として、我が国で唯一当事者の意思を認めるための事情を明確に述べている。
- (99) 生命保険会社社員による保険加入者の生命保険の維持管理が争われた東京高判平11. 2. 3判時1704号71頁。本判決の評釈として、後藤巻則・判評502号28頁、浦川道太郎・一木孝之・ジュリ1197号77頁。
- (100) 従来我が国においては、法定債務関係が「契約締結上の過失」論との関係で言及された。例として、奥田昌道「契約法と不法行為法の接点—契約責任と不法行為責任の関係および両義務の性質論を中心に—」於保還暦『民法学の基礎的課題中』(有斐閣、昭49)207頁、潮見佳男『契約規範の構造と展開』(有斐閣、平3)106頁。
- (101) 我が国では「義務ナクシテ他人ノ為メニ事務ノ管理」(民法697条)と規定され、ドイツにあっても“Geschäftsführung ohne Auftrag”と表現される事務管理は、契約の成立が認められない事務処理に妥当するものとして、ここでいうところの法定債務関係との関係が問題となりうる。なお、委任と事務管理の相関性を指摘するものとして、四宮和夫「委任と事務管理」『四宮和夫民法論集』(弘文堂、平2)121頁。
- (102) 谷口知平・五十嵐清編『新版注釈民法(13)』(有斐閣、平8)283頁〔五十川直行〕によれば、私的自治または意思主義によらない第3の事例群としての事実的契約関係理論がドイツにおいて喚起した激しい議論も、現在では収束しつつあり、その意味で右理論はその役割を終えたと評価されるようである。このことから、同じく当事者の意思によらない法定債務関係論の出自および趨勢が、事実的契約関係論をめぐる議論との関連で検証されねばならない。
- (103) 内田貴教授が、その著書『契約の再生』(弘文堂、平2)および『契約の時代』(岩波書店、平12)の中で提唱する関係的契約モデルは、契約自由の原則や私的自治の原則でイメージされるところのいわゆる古典的契約像とは異なる契約観を基礎とし、「社会関係の中にある規範に法的な意味づけを与えていくもの」(『契約の時代』35頁)と定義される。このような関係的契約論は、ドイツにおける法定債務関係論と一定の類似性を見出すことはできるものの、前者があくまで契約法の枠組みを拡張しようとするのに対し、後者は非契約的債務関係を観念するものであること、および、前者がもっぱら継続的取引契約における再交渉義務に主眼を置いているのに

対し、後者は単発的給付をめぐる当事者の責任を目的とすることなど、理論的背景にはなお相当の乖離が認められる。

- (104) 契約よりも軽減された注意義務を内容とする法定債務関係との対比において、無償委任契約に関して善管注意義務を維持するという考え方は、無償の受任者の責任を減免するという方向性とは異なるものである。例えば、大村・前掲(注(89))101頁以下は、委任契約の特色を、受任者に課される信託類似の「信認義務」に求めた上で、簡単な事務が委ねられ、委任者の受任者に対する信頼の程度が低い場合には、善管注意義務の程度が軽減される余地があるとしている。なお、受任者の善管注意義務との関連が問題となる誠実義務につき、ドイツ法の視点から考察するものとして、岩藤美智子「ドイツ法における義務処理者の誠実義務—日本法における委任契約の受任者の忠実義務を考察するための基礎的作業として—」神戸法学雑誌48巻3号(1998)609頁がある。

付記 本稿は、2000年度早稲田大学特定課題研究助成費(2000A-043)による研究成果の一部である。