契約関係にない助言者の責任

――現代的な関心によるその歴史的な考察――

田中教雄

はじめに
第一章　ローマ法文
第二章　一九世紀のドイツ普通法学
第三章　一九世紀のドイツ普通法における判例の展開
第四章　一九世紀のドイツにおける立法例とＢＧＢの立法過程
むすびに代えて

はじめに

XはYの助言にしたがってAと契約した。しかし、Yの助言には過失に基づく瑕疵があり、XはAとの契約によって損害を受けた。(1) XはYに助言に際しての過失を理由として損害賠償を請求できるか。(2)

XY間において助言することについての契約関係が存在すれば、この問題は契約の内容にしたがって規律される。契約の性質や具体的な内容については問題が残るが、(3) 過失ある助言は契約に基づく義務の違反であるとして、契約責任を承認することができる。しかし、助言についての契約関係がない場合には、責任が発生する法的な根拠からして問題がある。

もちろん、契約関係にない場合であっても、不法行為責任を承認することができる。しかし、助言の場合には、たとえ助言をするに際して過失があり、助言にしたがった結果、損害が発生したとしても、なお、違法性の要件について検討する必要があるように思われる。たとえば、先の例では、YがXの権利に直接に損害を与えているのではなく、Yの助言に促されて、XがAと取引をした結果損害を被っている。いわゆる純粋財産損害である。したがって、Xに損害が発生したからといって直ちに不法行為が成立し、損害賠償請求権が認められるわけではない。

とはいうものの、損害賠償責任を承認する必要があると考えられる場合も存在する。たとえば、売主が依頼した土地家屋調査士の測量図を基礎にして土地を購入したが、測量図が不正確で買主が損害を受けたような場合については、専門知識があり、その情報に高い信頼が寄せられる土地家屋調査士に対して買主が直接責任を追求することができな

いのかは一考を要する。(4)

そこで、このような契約関係にない助言者の責任について、ドイツでは、黙示の情報契約、隠れた本人との契約、第三者のための保護効を伴う契約を擬制したり、権利外観論、信頼責任論、表示責任などによって契約責任あるいはそれに類似する責任を肯定しようと試みられているようである。(5)日本においても、最近の判例は、その傍論において、不法行為責任との関係ではあるが、信頼という観点を示唆している。(6)つまり、助言者の過失ある行為を、擬制された契約関係あるいは特別の法的な債務関係に基づく義務の違反としたり、信頼に反した違法な行為であるとして、助言者の責任を肯定しようとしている。

このような議論状況を前にして、本稿では、助言者の責任に関する近代民法の原則はそもそも何であったのかを確認してみたい。

もちろん、前世紀に形成された近代民法の原則が、今世紀も終わりに近づいている現代社会において、そのままでは妥当しえないことは疑いない。しかし、そのままで妥当しえないからといって、近代民法の原則は現代に対して無意味ではあるまい。近代民法の原則がどのように変更されたのか、なぜ変更される必要性があったのかということを知ることなくしては、現代の民法の意味を知ることはできないであろう。(7)

近代民法の原則が、どのように、なぜ、変更されたのかという問題に解答するためには、いくつかの困難な問題がある。変更されたか否かの基準となるべき近代民法の原則それ自体が必ずしも自明のものではなく、そもそも何が近代民法の原則であるのかが問題とされざるをえない。他方、現代において通用しているとされる民法が具体的にはどのような内容を持っているのかを正確に把握することも難しい。学説においては多くの見解の対立があり、判例も相互に矛盾がないとは必ずしも言い切れないであろう。このように、どのような近代民法からどのような現代民法に変

更されたのかを確定することすら困難が伴うが、なぜ変更されたのかに答えることにはそれ以上の困難が伴う。政治、社会、経済など実に様々な原因が考えられる。おそらくそれらの原因が複雑に絡みあって法の変更を帰結したとしか言い様がないというのが実際であろう。

しかし、このような困難を前にして、問題に目を閉ざす訳には行かない。近代民法の原則が、どのように、なぜ、変更されたのかという問題に目を閉ざすことは、「自由」をはじめとする近代民法の積極的な意義を忘れ去り、現代法の意味を問うことを止めることである。それは、目前の問題の本質、つまり、近代民法が解決の指針を十分に与えている問題なのか、それとも近代民法の限界を示す問題なのかということを理解せずに、感覚に頼って場当り的な解決を重ねることになるのではないだろうか。あるいは、自己を規律する法律に対して批判的観点を持つことなく、その意味もわからないままに法律の要求するところにしたがい、その不当な結果に対しては、ただ諦めの気持ちを持つということになるのではなかろうか。

そこで、本稿では、近代民法の原則が、どのように、なぜ変更されたのかという問題の準備作業のひとつとして、そもそも近代民法がどのような判断をしていたのかということを確認することを課題とする。(8) その判断がどのような背景をもっていたのか、どのように変更されたのか、なぜ変更されたのかは、私の関心からして重要な問題であるが、本稿の直接の対象ではない。

近代民法の原則が確立したのは、一九世紀に実現した市民社会においてであり、この市民社会を背景とした市民法学であった。その市民法学の一類型が一九世紀のドイツ普通法学であることには異論はないであろう。(9) その一九世紀のドイツ普通法学の集大成であるとされるドイツ民法典において、本稿が考察の対象とする助言者の責任が明文(六七六条)によって否定されている。(10) そこで、本稿では、このドイツ民法典の規定に至るまでの一九世紀のドイツ普通法に

おける議論を考察することにする。このことによって、助言者の責任についての近代民法の原則が、その後の社会状況の変化に伴って、今日のような状態に変化せざるを得なくなった理由を明らかにするひとつの基準点を獲得することができるであろう。このように考察の対象を、助言者の責任についての一九世紀のドイツ普通法における議論に狭く限定しても、私にとってはなお荷が重く、粗雑な考察しかできないが、何時までも躊躇していても埒があかないので、粗雑な点は本稿に対する批判を受けてから後に修正することとし、ともかく私なりの考察をはじめてみたい。

(1) 本稿では、考察の便宜のために事例をこのように簡略化するが、実際の事例では、たとえば証券取引を想定すると、次のような場合が考えられる。X（顧客）がY（証券会社）から証券の購入に際して助言を受け、Yを介してA（証券の売主あるいは発行会社）から証券を購入したが、証券を発行している会社が倒産したという場合である。ここでは、XとYの間に委任契約が存在し、XとAの間に、Yを介して直接、間接に売買契約が成立する。そのため、瑕疵ある助言についてのYの責任は、XY間の委任契約の効力とも関係して、きわめて複雑な問題を提供する。

(2) この事例におけるXの救済としては、たとえば、錯誤や詐欺によってXA間の契約を無効にしたり、取消すことが考えられる。契約を締結する際の助言や推薦が意思表示の効力に与える影響という問題は、Yのような第三者ではなく相手方自身が助言や推薦する場合とも関連して興味を引く。例えば、相手方が契約の交渉に際して契約の有利な点を誇張したり、不利な点を黙秘したりした場合に、錯誤や詐欺が考えられるのか。あるいはそれ以外の根拠で相手方に責任が発生するのかなどが問題になる。Vgl. *Dieter Medicus*, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Band I, Köln 1981, S. 488, 519 ff. その紹介として、円谷峻、「契約交渉上の過失」に関するメディクスの鑑定意見、法学志林八五巻二号（一九八七年）四九頁以下。このほかに、後藤巻則、フランス契約法における詐欺・錯誤と情報提供義務（一）――（三）、民商法雑誌一〇二巻二号（一九九〇年）五八頁以下、森田宏樹、「合意の瑕疵」の構造とその拡張理論（一）――（三）、NBL四八二号、二二頁以下参照。

この問題については、契約の解釈や詐欺・錯誤という意思表示に関連する大きな問題を含んでいるので本稿では直接には取り扱わない。後に紹介する判例でも、XA間の契約の有効性は前提にされているようであり、また、注1であげた証券取引などの場合には、A

が破産しているとすれば、売買の効力を否定しても必ずしもXを救済することにならない。疑問なしとしないが、将来の課題として留保し、一応XA間の契約が有効であることを前提として考察を進めたい。

(3) 松本恒雄、ドイツ法における虚偽情報提供者責任論(二)、民商法雑誌七九巻三号（一九七八年）六一頁以下、岡孝、情報提供者の責任、現代契約法大系第七巻　サービス・労務供給契約、有斐閣一九八四年、三〇九頁以下。

(4) 岡、大系七巻三〇七頁であげられている事例である。

(5) 松本、民商七九巻三号八八頁以下、岡、大系七巻三一五頁以下、田處博之、ドイツ法における情報提供者の責任――銀行情報を中心として――、早稲田法学会誌三八巻（一九八八年）四八頁以下。

(6) 東京地裁判決平成二年九月一七日判例時報一三八七号九八頁。

(7) このような問題提起に対しては、個人の自由を最優先させていた近代とは異なり、現代では、個人は社会の中の個人として把握され公共の福祉が優先するのであり、個人の意思を重視し契約を中心として構成された近代民法は変更されざるをえず、「契約の締結がないにも関わらず、なぜ」という問題を設定すること自体が、近代民法に必要以上に固執した結果であり、現代民法を理解する妨げとなるだけであるという批判があるいはあるかもしれない。私のこのような批判の先取りが杞憂であれば幸いである。

(8) 現代ドイツの情報提供者の責任についての議論の状況については、注3引用の文献参照。なお、松本、民商七九巻二号二九頁以下は、BGB六七六条の成立史にも触れている。

(9) もちろん、イギリス、フランスにおいても、市民社会が形成され、ドイツとは異なる市民法学の類型が存在していたことを否定するものではない。

(10) Wer einem anderen einen Rat oder eine Empfehlung erteilt, ist, unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältnis oder einer unerlaubten Handlung ergebenden Verantwortlichkeit, zum Ersatze des aus der Befolgung des Rates oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht verpflichtet.「他人に助言あるいは推薦をした者は、契約あるいは不法行為に基づいて発生する責任を除いて、助言あるいは推薦にしたがった結果発生した損害を賠償する義務を負わない」（拙訳）

第一章　ローマ法文

第一節　資料の限定

一九世紀のドイツ普通法における議論を理解するためには、まず、当時の議論が依拠したローマ法文について一定の予備知識を備えておく必要がある。しかし、歴史を専門としていない私は、ローマ法に関する資料や文献を渉猟し、かつ検討を加えることはできない。そこで、本稿では、一九世紀のドイツ普通法学の文献で、しかも私が利用できた文献に限って、そこで使用されている法文を中心として概観することとしたい。

このようなやり方をとる場合には、ローマ法の素材に関して一九世紀のドイツ普通法学者による一定の選択がすでになされていることになり、ローマ法を古代ローマにおいて理解されたそのままの形で再現することにはならない。もちろん、ローマ法を古代ローマで理解された意味で忠実に再現し、それと一九世紀のドイツ普通法学における理解との違いを明らかにできれば、一九世紀のドイツ普通法学の特殊性をより詳しく明らかにできることに間違いはない。ただ、本稿の主題が、一九世紀のドイツ普通法における議論を考察し、助言者の責任についての近代民法の原則を明らかにするということであるから、一九世紀のドイツ普通法学の議論においてどのような法文が問題にされていたかを明らかにすることにも、一応の意義があろう。ローマ法についての知識を持たない私は、ここで妥協せざるをえない。(1)

さらに、一九世紀のドイツ普通法学の文献についても、その全てを網羅することはできない。内外への複写依頼等を十分に活用すれば、この問題はある程度解決するわけであるが、資料が相乗的に増大する一方で、私の怠慢が主た

る原因ではあるが、それを読みこなすことができない。このような状況では、いつまでも完成稿を得ることができなことになりかねない。そこで、本稿では、ドイツ民法典の立法作業に大きな影響を与え、「一九世紀後半における学問と実務にとって標準」となったとされる(2)、Windscheid の教科書(3)において引用された文献を中心とすることで、資料を限定する。

　このような幾重にもわたる限定ゆえに、本稿の考察は、専門家の目からみればかなり粗雑なものであろうが、さきにも触れたように、私なりの仮説を得るために、ひとまず考察をはじめたい。

第二節　助言者の責任についての原則

助言者の責任については、ローマ法に幾つかの法文が存在するが(4)、ここでは、まず、助言者の責任についての原則を確認してみよう。

D.17, 1 (mandati vel contra), 2, 6
Gaius libro secundo cottidianarum
Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloces quam faeneres, vel ex diverso ut faeneres potius quam in emptiones praediorum colloces: cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabatur, quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium.

　しかし、あなた（受任者）のための委任 (mandatum tua gratia) が存在する。たとえば、わたし（委任者）があなたに、あなたの金

銭を、利子を付けて貸すよりも、土地の購入に使うようにと委任する (mandare) 場合、あるいは、反対に、土地の購入に使うよりも、利子を付けて貸すようにと委任する場合である。この種の委任 (mandatum) は、委任 (mandatum) というより助言 (consilium) である。それゆえ、債務を発生させるもの (obligatorius) ではない。なぜなら、助言 (consilium) に基づいては、誰も義務を負わされない (quia nemo ex consilio obligatur)。たとえ助言が助言を受けた人 (ei cui dabatur) に役に立たないとしても（である）。なぜなら、助言 (consilium) が自分にとって役に立つかどうかを調べることは、誰にも自由だからである。

この法文から、次のようなことを読み取ることができよう。[5]

一、助言 (consilium) から義務は発生しない (nemo obligatur)。

なぜなら、本法文において問題になっている「あなた」のための委任[6] (mandatum tua gratia)、つまり受任者の利益になるだけの委任が助言に類似している（あるいは助言そのものである）ことを理由として、このような委任は債務を発生させないと述べている以上、助言からは義務が発生しないことが当然の前提である。

この場合の義務の中味としては、今日で言う履行義務、つまり助言者側の助言する義務、助言を受けた人側の助言にしたがって行為する義務のほかに、損害賠償義務、つまり助言にしたがって行為した結果として助言を受けた人に発生した損害について助言者が責任を負うことも含まれると考えられる。もちろん、古代ローマにおいて義務についてこのような区別が存在していたかどうかはなお検討を必要とする問題である。

同じことは、次の法文でも確認されている。

D. 50, 17 (de diversis regulis iuris antiqui), 47, pr.
Ulpianus libro trigensimo ad edictum

Consilii non fraudulenti nulla obligatio est : ceterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit.

詐欺的でない助言については(consilii non fraudulenti)、義務は存在しない。反対に、悪意で狡猾である場合には悪意訴権がある。

二、「あなた」のための委任(mandatum tua gratia)は、助言と同じように、債務を発生させない[7]。

「あなた」のための委任については、次のような法文も存在している。

D. 17, 1, 2, pr.

Gaius libro secundo cottidianarum

Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem sive aliena tantum sive mea et aliena sive mea et tua sive tua et aliena. quod si tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur.

わたし(委任者)のためだけにわたしがあなた(受任者)に委任するのであれ、他人のためだけにであれ、わたしと他人のためにであれ、わたしとあなたのためにであれ、あなたと他人のためにであれ、われわれの間に委任が約束されている。わたしがあなたのためだけにあなたに委任する場合には、委任は余計なもの(supervacuum)であり、それゆえに、その(委任)に基づいて債務は発生しない(nulla obligatio nascitur)。

以上の二点は、学説彙纂以外でもほぼ同じことが述べられている。たとえば、提、三、二六(de mandato)、[8]序の後半部分では、委任は余計なもの(supervacuus)であり、債務(obligatio)も委任訴権(actio mandati)も発生しないとされ、提、三、二六、六の前半部分では、学、一七、一、二、六とほぼ同じ文言が繰り返されている[9]。また、一九世紀のドイツ普通法学の文献では引用されないが、ガイウス三、一五六においても[10]、「あなた」のための委任が余計なものである(supervacuus)とされている。ただし、ここでは、委任が余計なのは、自分の利益に関することは自分の意見でなすべき

であり、委任によってなすべきではないからであるとされ、学、一七、一、二、六や提、三、二六、六にある助言(consilium)との関係には言及されていない。

さらに、学、一六、三(depositi vel contra)、一、一四では、[11]問題になっている行為が、「あなた」のための委任であるか、助言であるかは不明であるが、「あなたがわたしを説得した(suaseris)」場合について、「わたしはわたしの事務(res)を行った(gessi)からである」として「あなた」が委任訴権によって責任を負わされることはないとしている。

第三節　助言者の責任についての例外（その一、悪意）

法文において、悪意の場合には悪意訴権によって責任を負うという例外が明示されている。

先に挙げた学、五〇、一七、四七、序は、助言については責任がないことを確認した上で、「……反対に、悪意で狡猾である場合には、悪意訴権がある」としている。他にも、いくつかの法文によって、悪意による助言の場合の責任が肯定されている。[12]

後に触れるように、一九世紀のドイツ普通法においても、悪意による助言の場合には、例外的に助言者が責任を負わされることについては争いはなかった。最も争われたのは、それ以外にも助言者に責任が生じる場合があるかということである。これは、「あなた」のための委任についての規定を巡って議論されたので、節を改めて検討することにしたい。

第四節　助言者の責任についての例外（その二）

助言と同じに取り扱われる「あなた」のための委任についてはもうひとつの例外を規定する法文がある。

D.17, 1, 6, 5
Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum
Plane si tibi mandavero quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit : aut, si non esses facturus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio.

あなた（受任者）に利害のあることを、わたし（委任者）があなたに委任した場合に、もし、わたしにも利害がなかったならば委任訴権がないことは明白である。それに対して、もし、わたしが委任しなければ、あなたがそうしなかったであろう場合には、たとえ、わたしに利害がなかったとしても、それにもかかわらず、委任訴権はあるであろう。

ここで、問題になるのは、次の二点であり、これらは一九世紀のドイツ普通法学における議論の中心でもあった。

(1)　「あなた」のための委任についての例外は助言の場合にも承認できるのか。
(2)　例外が承認される条件である「もし、わたしが委任しなければ、あなたがそうしなかったであろう場合」とは具体的にどのような場合なのか。

この問題に決着を付ける能力は私にはないが、この問題を検討する際に留意するべきと思われる点について、少し触れておきたい。

一、(1)の問題に関係するが、「あなた」のための委任と助言を区別することはきわめて困難であったと考えられる。なぜなら、まず、「あなた」のための委任と助言は、内容的にきわめて類似している。たとえば、学、一七、一、二、六で挙げられている「あなたの金銭を利子を付けて貸すよりも、土地の購入に使うように」という言葉は、特定の第三者から土地を購入するようにと委任する際にも、あるいは、購入する際の契約相手を問題にすることなく、純粋に助言を受ける者のために助言する際にも使用できそうである。

しかも、委任する際の言葉や、助言する際の言葉によって、「あなた」のための委任と助言を区別することもきわめて困難であったと推測される。諾成の誠意契約である委任では、一定の言葉を使用しなければならないという問答契約のような制限はない[13]。たとえば、委任する行為については、「私は懇願する」(rogo)「私は欲する」(volo)「私は委任する」(mando) という言葉のほか如何なる文言 (alio quocumque verbo) でもよいとされている[14]。さらに、認容 (patior ; praesente et non recusitante) でもよいとされる[15]。また、提、三、二六、六、ガイウス三、一五六で「あなた」のための委任の例とされる遊金の例では、hortari が使用されている。このように多様な言葉を使用できたとすれば、内容が類似する「あなた」のための委任と助言は、仮に法的な区別が存在していたとしても、実際にその区別をすることには困難が伴ったであろうことは容易に想像される[16]。

二、(2)の問題に関係するが、先に挙げた提、三、二六、六やガイウス三、一五六後半では、「あなた」のための委任との区別が問題になったのは信用委任である[17]。

提、三、二六、六やガイウス三、一五六では、「ティティウスに金銭を利子付きで貸すようにと委任した (mandare)」場合が念頭にあり、「あなたに委任がなされなければ、あなたはティティウスに貸付なかったであろう (credidisses) から

である」として責任が肯定されている。ここでは、ティティウス、つまり、第三者に金銭を貸し付けるという委任が問題になっており、まさしく信用委任の事例であると考えられる。そして、この提、三、二六、六やガイウス三、一五六に対応する法文が、学説彙纂においては、学、一七、一、二、六、同六、四、同六、五である。したがって、学、一七、一、六、五が信用委任を前提にしている可能性は高い。しかし、その表現からして、提、三、二六、六やガイウス三、一五六のように、明らかに信用委任を前提としているとまでは言い難い。

三、さらに、委任者が委任を実行した結果について危険を引き受けているという損害担保契約の事例が問題になる(18)。損害担保契約は、重なる部分はあるものの、信用委任のように第三者のための委任であることや、金銭の貸付をすることをその要件とはしていない。たとえば、よく引用される学、一七、一、三二は次のような法文である。

D. 17, 1, 32
Iulianus libro tertio ad Urseium Ferocem
Si hereditatem aliter aditurus non essem, quam cautum mihi fuisset damnum praestari et hoc mandatum intercessisset, fore mandati actionem existimo. si quis autem mandaverit alicui, ne legatum a se repellat, longe ei dissimile esse: nam legatum adquisitum numquam illi damno esse potuit: hereditas interdum damnosa est. et in summa quicumque contractus tales sunt, ut quicumque eorum nomine fideiussor obligari posset, et mandati obligationem consistere puto: neque enim multo referre, praesens quis interrogatus fideiubeat an absens vel praesens mandet. praeterea vulgo animadvertere licet mandatu creditorum hereditates suspectas adiri, quos mandati iudicio teneri procul dubio est.

損害が担保される(damnum praestari)という保証がわたしに与えられた(cautum mihi fuisset)場合以外には相続しなかったであろう場合で、かつ、そのような委任がなされた(mandatum intercessisset)場合には、委任訴権が存在するとわたしは考える。しかし、あ

る人が他の人に遺贈(legatum)を拒絶しないようにと委任した場合には、事情は全く違う(と考える)。なぜなら、遺贈は決してかの人の損失たりえないからである。相続は時には損失となることがある。要するに、どのような契約であれ、それを原因として(eorum nomine)保証人が債務を負わされることがあり、わたしは委任債務が成立すると思う。なぜなら、ある人が現在し、質問されて保証するのか、不在のまま委任するのか現在して委任するのかは、たいして重要ではないからである。さらに、債権者の委任によって、疑問のある遺産が相続されるということがよく見受けられその債権者に委任訴訟によって責任があることに疑いはない。

この法文を理解するに際して注意すべきことがある。たしかに、この法文によれば、一見したところ、遺産を相続するようにという「あなた」のための委任であっても損害担保契約がある場合には、委任者に責任が発生すると理解できそうである。しかし、この責任の根拠が、本当に損害担保契約であるのかどうかについては疑問がある。末文では、債権者が債務者の相続人に、相続をするようにと委任している事例が指摘されている。このような事例では、相続が行われるについては債権者にも利益があるので、「わたし」と「あなた」のための委任であると考えられる。つまり、「あなた」のための委任ではあるが、損害担保契約によって責任があるというのではなく、そもそも「わたし」のための委任であるから責任があるとも考えることができる。

また、次のような問題の多い法文もある。

D. 17, 1, 48, 2

Celsus libro septimo digestorum

Ceterum ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, id est ut cuivis credas, tu recipias usuras, periculum dumtaxat ad me pertineat, iam extra mandati formam est, quemadmodum si mandem, ut mihi quemvis fundum emas.

しかし、あなたのために(tibi)事務を管理し、債務名義はあなたの任意である(tui arbitrii sit nomen)、つまり、あなたが誰にでも貸

し付けてもよく (cuivis credas)、あなたが利子を受け取り、危険だけがわたしに及ぶという場合は、委任の範囲を越えている (extra mandati formam)。あなたがわたしのために (mihi) 任意の (quivis) 土地を購入することをわたしが委任する場合も同じである。

前半では危険を引き受けており、後半では「わたし」のための委任であると考えられる。それにもかかわらず、これらの場合は委任ではないとされている。[19]

　このように、ローマ法において、損害担保契約によって責任が発生したのかについては疑問なしとしない。しかし、後に触れるように、損害担保契約という観点は、一九世紀のドイツ普通法学との関係では無視できないものである。

(1)　素材の選択については、ドイツ普通法学を参考にするとしても、それを検討する際には、できるだけドイツ普通法学の理解に囚われずに、自分で直接にローマ法文を検討する。本章の目的は、一九世紀のドイツ普通法学が素材としたローマ法文はどういうものであったかということを示すことであり、その理解を示すことではない。それは次章の課題である。

(2)　G・クラインハイヤー、J・シュレーダー／小林孝輔監訳・田山輝明訳、ドイツ法学者事典、学陽書房一九八三年、三二〇頁。

(3)　*Bernhard Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts 9. Auflage, unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von *Theodor Kipp*, Band 2, 2. Neudruck der Ausgabe Frankfurt am Main 1906, Aalen 1984, § 412 (S. 817 ff.).

(4)　原田慶吉、ローマ法——改訂——有斐閣全書、有斐閣一九五五年、二九頁によれば、Digesta（学説彙纂）は、法律を統一し、古典時代の栄光を回復しようとしたIustinianus帝（以下ユ帝と略す）の勅法によって、紀元五三三年一二月一六日に公布されたもので、古典時代を中心とする法学者の学説を採録したものである。

　この学説彙纂に限らないが、資料としてのローマ法文それ自体について問題がある。伝来のローマ法文が、そもそも古代のローマ法をそのままの形で正しく伝えている資料なのかどうか、つまり、ユ帝が公布した時の原文が再現できているのか、ユ帝が編集した際に、古典期の法学者の見解そのままではなく、修正が加えられているのではないか、今日我々が手にすることができる写本と一九世紀のド

イツ普通法学において使用された写本が一致しているのかなど多くの問題がある。そのような問題に当然私の能力は及ぶべくもなく、本稿では、CORPUS IURIS CIVILIS, EDITIO STEREOTYPA TERTIA DECIMA, VOLUMEN PRIMUM, INSTITUTIONES RECOGNOVIT PAULUS KRUEGER, DIGESTA RECOGNOVIT THEODORUS MOMMSEN, RETRACTAVIT PAULUS KRUEGER, BEROLINI MCMXX (1920) に原則として依拠する。学説彙纂の訳については邦語訳やドイツ語訳、英訳などを参考にしているが、できる限り自分で訳するように努めた。

(5) ローマ法文においては、二人称で記述されていることが多いのでここでも特に断わらないかぎりこれにしたがう。ただし、ローマ法では第三者を示すために「ティティウス」が使用されることがあるが、固有名詞は分かり難く、混乱を招きかねないので訳以外ではできる限り第三者に読み変える。つまり、「わたし」（委任者）、「あなた」（受任者）、第三者として、委任をめぐる法律関係を表すことにする。

(6) 原田、ローマ法一五一頁、一九八頁によれば、委任は諾成の誠意契約である。つまり、問答契約や要物契約のような契約を締結する際の制限がなく、これに基づく訴権は誠意訴権として、厳正訴権のように当事者の意思表示に限ることなく「契約当時の状況、取引の慣習、詐欺強迫の有無、反対訴権の存否その他信義誠実の原則に照らし参照することが公平妥当な事情の一切の綜合」が判決の基礎になる。また、原則として無償であり、非継続的で高尚な事務を内容とするとされる。Vgl. Gaius 3, 155; D. 17, 1, 1, 4. なお、広中俊雄、契約とその法的保護、創文社一九七四年、一六九頁では、「現実の社会生活においては必ずしも常に無償のものではなかった」と推測している。

(7) 後に検討するように（第四節）、「あなた」のための委任と助言を区別することが、そもそも可能であるのかには疑問がある。

(8) Mandatum contrahitur quinque modis, sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua et tua, sive aliena tantum, sive sua et aliena, sive tua et aliena. at si tua tantum gratia tibi mandatum sit supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nec mandati inter vos actio nascitur.

原田、ローマ法二九頁によれば、法学提要は、ユ帝によって五三三年一一月二一日に公布されたもので、ガイウスの法学提要と日常録を主たる素材とした、教科書の役割を持つ法典である。

(9) Tua gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloces, quam feneres, vel ex diverso ut feneres potius, quam in emptiones praediorum colloces. cuius generis mandatum magis consilium est

quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabitur, cum liberum cuique sit apud se explorare, an expediat consilium. itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres vel eam credas, quamvis non expediet tibi eam emisse vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. et adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam fenerares: sed optinuit Sabini sententia obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

「汝の為の委任存すとは、例えば汝が汝の金を消費貸借に充つるよりは寧ろ土地の購入の為に充つるか又は反対に土地の購入の為に充つるよりは寧ろ消費貸借をなすべきことを汝に委任するときの如し。此の種の委任は委任よりは寧ろ助言なり、故に債務を負わせられざるなり、何故となれば助言が有益なりや否やを、自身の下にて探究するの自由が各人に在るを以て、仮令助言を受けたる者に有益ならずとも、何人も助言に基きては委任訴権の義務を負ふことなければなり。依りて若人ありて汝が家にある遊金を有し、或る物を購入するか或はこれを貸与なすべきことを勧奨せられたるとき、之を購入し又は貸付をなしたることは汝に何等益せざる限りは決して汝に委任訴権の責を負はせられず（たとえこれを購入しまたは貸付したことが何等「あなた」に利益にならないとしても、その人は「あなた」に対して委任訴権によって責任を負わされることはない）。之あるが故に、チチウスに金銭を利息付に貸す為に、汝に委任したる者は委任訴権の責を負はれ（ママ）らるるや否やは疑とせられたり、然るにサビーヌスの見解は此の場合に於いて委任は債務発生すと主張したり、蓋若汝に委任せられざりしならば、チチウスは貸与せざりしなるべければなり」（矢田一男訳、法学新報四六巻＝一部旧字体を改めた。括弧内は田中）

(10)　Nam si tua gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum ; quod enim tu tua gratia facturus sis, id de tua sententia, non ex meo mandatu facere debes. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerim, ut eam faenerares, quamvis eam ei mutuam dederis a quo servare non potueris, non tamen habebis mecum mandati actionem. Item si hortatus sim, ut rem aliquam emeres, quamvis non expedierit tibi eam emisse, non tamen tibi mandati tenebor. Et adeo haec ita sunt, ut quaeratur an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares. Sed Servius negavit nec magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam suam faeneraret. Sed sequimur Sabini optionem contra sentientis, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

「何となれば若し予が汝の為めに或事を嘱託するときは其の委任は無用なればなり、其の所以は次の如し汝は汝の利益の為めに為すべき事を汝の意見に依りて之を為すべくして予の委任に依り之を為すべきものに非ざればなり、故に若し汝が汝の家に利用せられざる金銭を有するに当りて予は汝に勧告して其の金銭を貸付け利殖を図らしめたる場合に於て縦令汝が其の金を某に貸与し某より返金を受け得ざりしと雖も汝は予に対して委任訴権を有せざるべし。又若し予が汝に勧告して或物を購入せしめたる場合に於て汝が其の物より何等の利益を享受せざりしと雖も予は汝に対して委任訴権に依り責を負わざるべし。此の如き規則なるに因り甲あり「チチウス」に金銭を利息付に貸さんことを汝に委託したるときは甲は委任訴権に拘束せらるべきや否やの疑問を生ずるに至れり。「ゼールヴィウス」は消極説を採り謂へらく此の如き場合は甲が金銭を利息付に貸出すべきことを汝に勧告したる場合と異ならず債務関係を発生することなしと。然れども吾人は「ザビーヌス」の反対説を採る如何となれば汝は甲の勧告なかりせば「チチウス」に金銭を貸与せざるべければなり」（テキストは、*Paul Frédéric Girard*, Textes de Droit Romain 5. éd., Paris 1923 による。和訳は、春木一郎訳、法学協会雑誌三二巻四号以下＝カタカナをひらがなにし、一部旧字体を改めた）

春木一郎、「ガーイウス」羅馬私法講義案写本発見一百年ノ記念、法学協会雑誌三五巻一号（一九一六年）一七七頁以下によれば、ガイウスの法学提要は、古典期の学者であるGaiusによる概説書で、一八一六年にその写本が発見された。

(11) Ulpianus libro trigensimo ad edictum

Idem Pomponius quaerit, si apud te volentem me deponere iusseris apud libertum tuum deponere, an possim tecum depositi experiri. et ait, si tuo nomine, hoc est quasi te custodituro, deposuissem, mihi tecum depositi esse actionem : si vero suaseris mihi, ut magis apud eum deponam, tecum nullam esse actionem, cum illo depositi actio est : nec mandati teneris, quia rem meam gessi. sed si mandasti mihi, ut periculo tuo apud eum deponam, cur non sit mandati actio, non video. plane si fideiussisti pro eo, Labeo omnimodo fideiussorem teneri ait, non tantum si dolo fecit is qui depositum suscepit, sed et si non fecit, est tamen res apud eum. quid enim si fureret is, apud quem depositum sit, vel pupillus sit, vel neque heres neque bonorum possessor neque successor eius exstaret ? tenebitur ergo, ut id praestet, quod depositi actione praestari solet.

(12) D. 4, 3 (de dolo malo), 8

Gaius libro quarto ad edictum provinciale

Quod si cum scires eum facultatibus labi, tui lucri gratia adfirmasti mihi idoneum esse, merito adversus te, cum mei decipiendi

gratia alium falso laudasti, de dolo iudicium dandum est.

ここでは、財産状態が不良であることを知りつつ(scires eum facultatibus labi)、自分の利益のために(tui lucri gratia)、その者が適切であると(mihi idoneum esse)断言した場合に(adfirmasti)、悪意訴権が承認されている。

D. 17, 1, 10, 7

Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum

Si quis ea, quae procurator suus et servi gerebant, ita demum rata esse mandavit, si interventu Sempronii gesta essent, et male pecunia credita sit, Sempronium, qui nihil dolo fecit, non teneri. et est verum eum, qui non animo procuratoris intervenit, sed affectionem amicalem promisit in monendis procuratoribus et actoribus et in regendis consilio, mandati non teneri, sed si quid dolo fecerit, non mandati sed magis de dolo teneri.

「……しかし、次のことは正しい。委託事務管理人の意思で介入するのではなく、委託事務管理人や管理人に注意し(in monendis procuratoribus et actoribus)、助言するということで(in regendis consilio)、友情を示すことを約束した(affectionem amicalem promisit)者は、委任訴権によって責任を負うことはない。しかし、悪意でなした場合には、委任訴権によってではなく、悪意訴権によって責任がある」

(13) 注6参照。

(14) D. 17, 1, 1, 2

Paulus libro trigensimo secundo ad edictum

Item sive 'rogo' sive 'volo' sive 'mando' sive alio quocumque verbo scripserit, mandati actio est.

(15) D. 17, 1, 6, 2

Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum

Si passus sim aliquem pro me fideiubere vel alias intervenire, mandati teneor et, nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio.

D. 17, 1, 53

Papinianus libro nono quaestionum

Qui fide alterius pro alio fideiussit praesente et non recusante, utrosque obligatos habet iure mandati : quod si pro invito vel ignorante alterutrius mandatum secutus fideiussit, eum solum convenire potest qui mandavit, non etiam reum promittendi : nec me movet, quod pecunia fideiussoris reus liberetur : id enim contingit et si meo mandato pro alio solvas.

(16) D. 50, 14 (de proxeneticis), 2

Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum

Si proxeneta intervenerit faciendi nominis, ut multi solent, videamus an possit quasi mandator teneri. et non puto teneri, quia hic monstrat magis nomen quam mandat, tametsi laudet nomen. idem dico, et si aliquid philanthropi nomine acceperit : nec ex locato conducto erit actio. plane si dolo et calliditate creditorem circumvenerit, de dolo actione tenebitur.

ここでは、「債務 (nomen) を賞賛する (laudere)」ことが、委任であるか、指摘 (monstrare) にすぎないかが問題になっている。Vgl. D. 4, 3, 8.

D. 17, 1, 12, 12

Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum

Cum quidam talem epistulam scripsisset amico suo : 'rogo te, commendatum habeas Sextilium Crescentem amicum meum', non obligabitur mandati, quia commendandi magis hominis quam mandandi causa scripta est.

ここでは、「私の友人であるセクスティリウス・クレスケンスが推薦されている (commendatum) とあなたがみなすように、私はあなたに懇願する (rogo)」という手紙について、委任のため (mandati causa) より推薦する (commendandi) ために書かれたとして委任によって債務を負うことはない (non obligabitur mandati) とされている。つまり、この手紙では、助言と理解される推薦する (commendatum) と、委任と理解される懇願する (rogo) という言葉が同時に使用されており、このような形でも委任と助言の区別が問題になりえたようである。

(17) *Max Kaser*, Das römische Privatrecht Erster Abschnitt 2. Auflage, München 1971, S. 578, 666 によれば、信用委任とは第三者に金銭を貸し付けることを委任する契約で、委任契約の方式の自由さを利用した保証であるとされる。第二章注19参照。

(18) Vgl. *Windscheid/Kipp*, Pandekten II, § 412 (S. 817 f.) Anm. 18, 19.

(19) この法文については、後半部分にある mihi を tibi と読みかえる見解なども存在している。Vgl. *Christian Friedrich Glück*, Aus-

führliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar 15. Theils 2. Abtheilung, Erlangen 1814, S. 252 Anm. 31. 第二章注16参照。

第二章　一九世紀のドイツ普通法学

第一章において試みたローマ法文についての予備的考察を前提にして、次に一九世紀のドイツ普通法学において、助言者の責任がどのように扱われたのかを概観してみたい。

第一節　Thibaut の見解[1]

Thibaut は、助言や推薦が助言者や推薦者に義務を生じないことは明らかであるとする。[2] そして、その疑いがない例外として学、五〇、一七、四七が規定する悪意の場合を挙げている。Thibaut が問題としたのは、それ以外にも例外が存在するかということである。

この問題についての議論は、一九世紀以前においても存在したようであるが、資料と私の語学能力という制約から、Thibaut の紹介を参考にして、簡単に触れるにとどめたい。

Thibaut によれば、次の四つの見解が存在していたようである。[3]

(1) Berger の見解「行き過ぎた説得で本来の助言の範囲を越え、当初はそのような意思ではなかった人を強く促して

行為させた場合には、助言者は責任を負う」

(2) Cocceji の見解「助言を受けた者が、助言がなければそのような行為をしなかったであろう場合には、責任が生じる」

(3) Höpfner の見解「助言者が助言と同時に一切の損害について責任を負うことを約束した場合にだけ、責任がある」

(4) Noodt の見解「悪意の場合を除いては、助言者が責任を負うという例外を否定する」

しかし、Thibaut は、この四つの見解の何れにもしたがわない。

まず、「あなた(受任者)」のための委任から検討される。Thibaut は、この場合に委任者の責任が発生しない根拠を、学、一七、一、二、六によって次のように確認している。委任者は、自分の利益が問題になることはないので、受任者を訴えることができない。受任者は委任を実行しなくとも訴えられないのであるから、受任者がその委任が自分の利益にならないと考えた場合には、受任者はそれを実行しないことができる。それを実行することは、受任者自身がそれは利益になると考えていることになる。したがって、受任者が受任者のための委任にしたがって行為した場合には、その委任がなくとも行ったであろうことを実行したのであるという(4)。

しかし、委任がなければ受任者が行為しなかったであろう場合には(5)、委任者には責任があるという。その理由として挙げられているのは、委任者は不利益な結果について委任者として責任を負っていること、そして、他人の約束を信頼して、受任者には危険と思われる行為を行ったことが、受任者の不利益になってはならないことの二つである。

以上は、「あなた」のための委任についての原則と例外であるが、これが助言にも適用できるかどうかが次に検討されている。

Thibaut は先に述べたように、「あなた」のための委任の場合にも、委任者は不利益な結果について委任者として責

任を負っていると考えている。そのために、彼は、「あなた」のための委任に対応するのは、単なる助言ではなく結果について引き受けられた助言であるという。つまり、助言はそもそも相手方がそれにしたがうという義務を生じないので、助言者が責任を負う約束をしたということだけでは、「あなた」のための委任と同じであり、助言者には責任は発生しない。助言者が責任を負うには、助言者が責任を引き受けるとともに、助言がなければ行為しなかったであろうという第二の要件が必要であるとする。(6)

このような検討を踏まえて、Thibaut は、パンデクテンの教科書において助言者の責任に関する例外として次の四つを挙げている。(7)

(1) 助言がなければ、行為しなかったであろう場合で、かつ、助言者がその不利益な結果を引き受けた場合。

(2) 助言者が悪意である場合。

(3) 公務上 (Amtswegen)、あるいは契約によって助言をすることを義務づけられている時に過失があった (versehen) 場合。

(4) 多くの地方の慣習によれば、商人が推薦した場合。

第一章でローマ法との関係で提起した二つの問題、つまり、「あなた」のための委任と助言の区別はできるのか、「もし、わたしが委任しなければ、あなたがそうしなかったであろう場合」という条件はどのような意味なのかについて、ここで Thibaut の見解を確認すれば、「あなた」のための委任と助言は区別され、先の条件は、助言がなければ行為しなかったこと、つまり、助言が主たる動機であったことを意味することになる。

このような Thibaut の見解に対する後の学説の対応は、(2)の悪意の場合については、異論はないようであり、(8) (4)の推薦についての商事慣習は、多くの見解がその存在を否定している。(9) それに対して、争いが生じたのは、主として(1)

と(3)の場合である。

そこで、(1)と(3)の問題について節を改めて学説の状況を概観してみたい。

第二節　Thibaut 以後の学説

一、Sintenis の見解

Thibaut に反対して助言と「あなた」のための委任の区別を明確に否定したのは、Sintenis である。[10]

前章でも指摘したように、学、一七、一、六、五は直接には「あなた」のための委任についての法文であり、Thibaut もそれを前提にしていた。しかし、Sintenis は、学、一七、一、二、六や提、三、二六、六の法文に記されている「この種の委任は、委任というよりは助言である。それゆえ債務を発生させるものではない」という部分を根拠にして、委任について述べられたことの全てが助言についても適用されると理解し、助言の概念と「あなた」のための委任の概念は同じものであるとしている。

この見解は、その後、Tewes, Wächter に継承されているが[11]、Vangerow は、Sintenis の見解が発表された後でも、助言と「あなた」のための委任を区別している。[12]

二、Hepp の見解

Thibaut が助言者の責任に関して、結果についての責任の引受と助言がなければ行為しなかったであろうことという二つの要件を課したことに対して、Hepp は、次のように反論している。

「あなた」のための委任は、それ自体としては、委任者に義務を発生させない。しかし、損害について責任を持つ意図であることを委任者が申し出た場合には、契約についての一般的な原則が適用されることは疑いがない。第三者の不利益や損害について責任を負う義務を、意図的に (willkürlich) 負うことができる。たとえば、BがBの金銭をB自身のためにAの危険で投資することをAがBに委任する場合は、「あなた」のための委任である。したがって、委任者は、単なる委任それ自体からは、損害の担保をすることを義務づけられない。しかし、危険を引き受けたのであるから、契約についての一般的な法命題から、損害の担保を義務づけられる。この場合に、受任者が委任がなくとも行為をしたかどうかということは重要ではない(13)。Hepp は、この「あなた」のための委任についての例外は、助言についても認められるとする。なぜなら、「あなた」のための委任と助言は同じ効果なのであり、前者が例外的に損害賠償義務を発生させる場合には、後者においてもそうであるべきだからであるという(14)。

Hepp は、同じことを、さらに別の角度からも証明しようとして次のように述べる。

法律行為の有効性は、一般に法律にかかっている。しかし、法律の一般的な規定によれば義務づけられてはいないことでも、特別に義務を負うことができる。そのための要件とされるのは、法律が禁止していないことだけである。したがって、法律によれば一般的に助言からは義務は発生しないとしても、危険を特に引き受けることによって助言は債務を発生するものになるという(15)。

つまり、Hepp によれば、結果についての責任を明示的に引き受けた場合には、それだけで契約に関する一般的な原則から責任が発生するのであって、Thibaut が挙げた、助言がなければ行為しなかったであろう場合という要件は不要であることになる(16)。

この見解は、Sintenis, Tewes, Vangerow, Windscheid, Wächter, Dernburg に継承され通説化したようである(17)。

三、Windscheid の見解

Hepp 以後、結果についての責任を明示的に引き受けた場合には助言者に責任が発生することが一般的に承認されたようであるが、学、一七、一、六、五から導かれた、助言がなければ行為しなかったであろう場合については、どのように理解されたであろうか。

Hepp は、明示的な危険引受がない場合については、助言が助言を受けた者の主たる動機になっただけでも、助言者に責任が発生することを承認している。(18)

しかし、このような見解に対して、学、一七、一、六、五を損害担保契約との関係で理解しようとする見解が存在している。(19) そのような見解の一つである Windscheid の見解によれば、(20) この法文が、助言を受けた者が助言がなければ行為しなかったであろう場合にのみ、助言者に責任があるとするのは、不正確な表現であり、ここで意図されたのは、助言を受けた者が、委任という形で助言者によって引き受けられた損害担保がなければ、行為しなかったであろう場合にのみ、助言者には責任があるということだとされる。つまり、Windscheid は、この法文の前提となった事例として、助言とともに損害担保契約が存在している場合を想定している。損害担保契約がある場合には、Hepp 以来承認されてきたように、責任は契約に基づいて当然に発生することになる。

この見解にしたがえば、学、一七、一、六、五は損害担保契約がある場合と理解され、助言が主たる動機になった場合という例外は承認されないことになるであろう。

第三節　専門家の助言

公務上あるいは契約上の義務がある場合については、過失によって公務や契約に基づく助言義務に違反した場合に責任が発生することは一般的に承認されているが、そのような義務がそもそもどのような場合に発生するのかに関して、特に専門家の場合について争いがある(21)。

もちろん、専門家の場合にも、悪意の場合と債務関係がある場合に責任があることは当然である。ただ、前者については、専門家ではないのに、そのように振舞った場合には (sich für einen Kunstverständiger ausgeben)、直接に助言について悪意や過失がないとしても、なお悪意についての責任が承認できることが主張されている(22)。しかし、より問題なのは、専門家であるゆえに特別な義務を負っており、過失についても責任があるのではないか、特に、国家による認可などを受けている場合には、公務上の義務があるのではないかという公務上あるいは職務上の義務違反の問題と、専門家である場合には、当然に債務関係が発生し、過失について責任があるのではないかという債務関係の成立の問題の二つである。

公務上あるいは職務上の義務の問題については、準備草案が紹介するところによれば(23)、このような形で専門家の過失責任を肯定したのは古い理論であり、最近では、国家的な任用、認許、免許を得てその知識や技術について助言する者は、それ自体では、他の人と異ならない。ただ、その地位や職業に基づいて、原則として (der Regel nach) 事態は、無償、有償の委任によって助言を引き受け、債務関係が命じる注意を払わなければならないことになるという。この公務上の義務については、測量師の責任が問題になるので判例やドイツ民法典の立法過程についての概観において再度取り上げる。

債務関係の成立の問題については、いま紹介した準備草案も指摘しているように、多くの学説は専門家である場合には原則として契約の成立を承認するようであるが、その承認の仕方は実に様々である。たとえば、Tewesは、鑑定的な (gutachtlich) 助言をする委任を引き受けた場合、とりわけ報酬をもらって引き受けた場合を前提にしている。そして、この場合には、専門家として見せかけたのか、相手が素人であるのか、国家試験を経た専門家であるのかは問題にならず、すべての場合にいっさいの過責に責任があるという[24]。Vangerowは、専門家として助言を求められ、それに応じた者は、債務関係を発生させ、それに基づいて過失についての責任があるという[25]。Dernburgは、注意深く助言することを承諾した者は、一切の過責に責任があるとし、そのような承諾と考えられるのは、営業として助言をする場合や報酬をもらう場合であるとする。しかし、Vangerowのように専門家として助言を求められただけの場合にも責任を承認することは行き過ぎであるとし、散歩の途中や舞踏会で、取引関係にない知人に質問された場合には悪意にしか責任はないとする[26]。しかし、これらの学説が、当事者の現実の意思を推定しているだけなのか、それともそれを無視した擬制であるのかは、必ずしも明確ではない。

(1) *Anton Friedrich Justus Thibaut*, Beytrag zur Erläuterung der L. 6. §. 5. P. mandati vel contra, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 2. Ausgabe, Jena 1817, Neudruck Aalen 1970, S. 116 ff.; *ders.*, System des Pandekten-Rechts 2. Band, Jena 1803, § 1078 f. (S. 272 ff.). 前者のVersucheの初版は、一七九八年と一八〇一年に出版されている。クラインハイヤー、ドイツ法学者事典、三〇五頁参照。後者のPandektenについては、一八三四年の第八版 (Stuttgart 1834, Nachdruck Frankfurt a. M. 1982, § 517 f.) も参照している。

(2) *Thibaut*, Versuche, S. 116; *ders.*, Pandekten II, § 1079 (S. 273). 根拠として示されている法文は、I. 3, 26, 6; D. 17, 1, 2, 6; eod. 12, 12; D. 50, 14, 2である。

(3) *Thibaut*, Versuche, S. 116 ff. 五つ目の見解として、*Vinnius* の見解が挙げられている。*Thibaut* によれば、*Vinnius* は、一般的に助言した場合と特定の行為をするようにと助言した場合を区別し、後者についてだけ助言者の責任を承認するが、その理由は特別な助言がなければその行為をしなかったであろうということであり、*Cocceji* と同じことになるという。

(4) *Thibaut*, Versuche, S. 119.

(5) *Thibaut*, Versuche, S. 119 f.; *ders.*, Pandekten II, § 1078 (S. 273 Anm. 7). 後者では、D. 17, 1, 12, 13; eod. 48 が引用されている。これらの法文では、助言者が危険を引き受けた場合が問題となっているが、後に紹介する助言の場合に関する *Thibaut* の見解からすると、危険を引き受けだけで責任が発生するのではないようである。

(6) *Thibaut*, Versuche, S. 120 f.

(7) *Thibaut.*, Pandekten II, § 1079 (S. 273).

(8) *Glück*, Commentar XV, S. 366 f., 369; *L. J. Neustetel*, Ueber die Verbindlichkeit des Rathgebers und das mandatum in gratiam mandatarii, AcP 2 (1821), S. 40; *Carl Friedrich Ferdinand Sintenis*, Das practische gemeine Civilrecht 2. Band Das Obligationenrecht, Leipzig 1847, § 113 (S. 564); *Teuves*, Ueber die Haftverbindlichkeit aus ertheiltem Rath und aus der Empfehlung einer Person, AcP 51 (1868), S. 49, 52; *Karl Adolph von Vangerow*, Lehrbuch der Pandekten 3. Band 7. Auflage, Marburg und Leipzig 1869, § 659 Anm. 1 (S. 493); *Carl Georg von Wächter*, Pandekten II Besonderer Theil, Leipzig 1881, § 202 Beilage I-II (S. 451); *Heinrich Dernburg*, Pandekten 2. Band Obligationenrecht 3. Auflage, Berlin 1892, § 105 Anm. 8 (S. 311).

(9) *Glück*, Commentar XV, S. 370; *Sintenis*, Civilrecht II, § 113 Anm. 16 (S. 567); *Teuves*, AcP 51, S. 53. Vgl. *Dernburg*, Pandekten II, § 115 Anm. 8 (S. 312).

(10) *Sintenis*, Civilrecht II, § 113 Anm. 16-1 (S. 565). *Sintenis* 以前にも、*Schömann*, Handbuche des Civilrechts II, S. 222 が区別を否定しているようであるが、見ることができなかった。また、*F. Carl Theod. Hepp*, Ueber die rechtlichen Wirkungen des Rats und der Empfehlung, AcP 11 (1828), S. 44 ff. では、助言と「あなた」のための委任は異なる法律行為であることが前提にされているが、両者の原則的な効果が同じであることから、その例外についても同じであるとしている。

(11) *Teuves*, AcP 51, S. 39 ff.; *Wächter*, Pandekten II, § 202 Beilage I-II (S. 450 f.).

Dernburg, Pandekten II, § 115 (S. 311)も、「あなた」のための委任は、単に助言の意味を持つにすぎないとしているから、同じ見

解であろう。

(12) *Vangerow*, Pandekten III, § 659 Anm. 4 (S. 494 f).

(13) *Hepp*, AcP 11, S. 45 f. このような考えは、*Thibaut*, Versuche, S. 123 が紹介するところによれば、*Schöman* がすでに示唆している。

(14) 注10参照。

(15) *Hepp*, AcP 11, S. 46 f.

(16) 結果についての責任を明示的に引き受けた場合については、契約自由の原則からも問題はないように思われるが、前章で指摘したように、ローマ法においては、D. 17, 1, 48, 2 が危険を引き受けてもなお責任が発生しないかのような表現をしている。この法文について、私の知る限りでは、*Hepp* は言及していない。ちなみに、この法文について、*Glück*, Commentar XV, S. 252 は、危険が負担されていたとしても、委任されたことがすべて受任者だけに関係している場合には、助言であり責任が発生しないとする。それに対して、*Neustetel*, AcP 2, S. 46 は、あまりに一般的な行為には法的な効果は与えられないとし、その例の一つとしてこの法文を挙げている。

(17) *Sintenis*, Civilrecht II, § 113 Anm. 16-2 (S. 566); *Tewes*, AcP 51, S. 46 ff. 52 f.; *Vangerow*, Pandekten III, § 659 Anm. 3 (S. 493 f.); *Windscheid*, Pandekten II 7. Aufl. Frankfurt a. M. 1891, § 412, 2 (S. 498); *Wächter*, Pandekten II, § 202 Beilage I-II (S. 451); *Dernburg*, Pandekten II, § 115 Anm. 8 (S. 311). これらにおいては、根拠法文として、D. 17, 1, 12, 13 や D. 17, 1, 32 が挙げられることが多い。

(18) *Hepp*, AcP 11, S. 47 ff. 同じ立場を取るのは、*Sintenis*, Civilrecht II, § 113 Anm. 16-3 (S. 566 f.). であるが、*Thibaut*, Versuche, S. 119 f.; *Glück*, Commentar XV, S. 250, 367; *Neustetel*, AcP 11, S. 49 f. は、助言の場合については、危険の引受や助言を受けた者の意思表示を要求するものの、「あなた」のための委任の場合については、委任が主たる動機になっただけでも、委任者に責任が発生するとしている。*Vangerow*, Pandekten III, § 659 Anm. 4 (S. 494 f.) は、助言と「あなた」のための委任を区別する立場から、助言が動機であったとしても、単なる助言では助言者に責任は発生しないとしている。*Wächter*, Pandekten II, § 202 Beilage I-II (S. 450 f.) は、D. 17, 1, 6, 5 では、助言を受けた者が助言によって自分の利益に気付かされたような場合にまで責任があるのではなく、助言は実際には助言を受けた者のためのものであったが、そのことが助言を受けた者に不明であり、そのために真正な委任であると考えて行為したというような場合が前提になっているとして、単に助言が動機になっただけでは足りないとしている。

(19) *Seuffert*, Praktische Bemerkungen über verschiedene Rechtsmaterien, Beitrag zur Lehre von der Ratherteilung (consilium), AcP 11 (1828), S. 372 Anm. 34は、加入 (Intercessio) と関連させて理解する。加入とは、原田、ローマ法二六〇頁によれば、他人の債務関係に関与する行為で、保証もその一種であるとされる。ローマでは、損害担保契約をするには問答契約を必要としたので、そのような形式を回避しつつ同じ目的を達成するために、委任が利用されたようである。*Kaser*, Privatrecht II, S. 666; *Windscheid/Kipp*, Pandekten II, § 412 (S. 817). 第一章注17参照。

Tewes, AcP 51, S. 42 ff. は、mandatum の概念の中に、助言やお金を第三者に貸すようにという依頼 (Ersuchen) が含まれていることを指摘し、D. 17, 1, 6, 5では、この依頼が問題になっているという。つまり、わたしが委任しなければ、あなたが行為しなかったであろう場合は、委任があなたの事務であるとしても、わたしを拘束する依頼（責任、危険、費用の明示・黙示の引受）をあなたにしている場合であると理解している。

Dernburg, Pandekten II, § 115 Anm. 9 (S. 312) は、この法文は、助言を受けた者が助言者に対して助言を考慮して行うと予め明言していた事例を前提にしており、助言者がそれに沈黙した場合には、結果について責任を負うと推測されるのであり、ここでは沈黙の損害担保契約が問題になっているという。

(20) *Windscheid*, Pandekten II, § 412 Anm. 21 (S. 498).

(21) *Glück*, Commentar XV, S. 367 f., 369, *Neustetel*, AcP 2, S. 40; *Tewes*, AcP 51, S. 50 f.; *Vangerow*, Pandekten III, § 659 Anm. 2 (S. 493); *Wächter*, Pandekten II, § 202 Beilage I-II (S. 451); *Dernburg*, Pandekten II, § 115 Anm. 8 (S. 311 f.).

Sintenis, Civilrecht II, § 113 Anm. 15 (S. 564) は反対している。

公務上の義務の侵害については、*Windscheid/Kipp*, Pandekten II, § 470 (S. 1047 ff.) によれば、悪意・重過失の場合に責任がある。その典型としてあげられるのは、裁判官の活動である。上級後見的な (obervormundschaftlich) 公務上の義務の場合には、例外として軽過失にも責任があるという。さらに、この公務上の義務は、国家機関として任命された公務員に限らず、国家の認許 (Konzession)、免許 (Approbation)、任用 (Anstellung) に基づいて公衆にその労務を提供する者も、依頼者との関係では、契約の原則にしたがっていっさいの過失 (Nachlässigkeit) について、第三者との関係では、悪意と重過失について責任があるという。

(22) *Glück*, Commentar XV, S. 367は、素人に助言する場合を前提にしている。そして、そこで悪意に類する過失として注に引用されているD. 19, 2, 9, 5; 9, 2, 8, 1; 50, 17, 132は、未経験のために過ちを犯した場合に関する法文である。

Sintenis, Civilrecht II, § 113 Anm. 15 (S. 564) は、専門家であるかのように振舞った場合は、常に悪意であるという。

Teves, AcP 51, S. 49 f. は、真実に反して専門家あるいは国家の認可などをうけた専門家であると信じこませた場合には、助言することについて悪意や過失がなくとも悪意についての責任があるという。

Neustetel, AcP 2, S. 40 は、専門家であるかのように振舞った場合には助言する義務があり、その責任の根拠は契約あるいは準契約であるとする。

(23) *Werner Schubert* (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches (Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB); *Franz Philipp von Kübel* u. Hilfsarbeiter, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 2. Besonderer Teil, Berlin u. a. 1980, S. 792 ff, S. 800.

私自身十分に理解できているかどうか自信がないが、ここで引用されている文献（注24、25参照）では責任の根拠として債務関係が挙げられている。同じくここで引用されているSeuffA 25, 131では、測量師の訴権について述べた後に、契約関係があれば過失についても責任があるが、本件では契約関係の成立は認められないとし、SeuffA 32, 45では、営業である場合には原則として適切な配慮をしなければならないが、重要なのは当事者の実際の意図であるとしている。このような判例を引用していることからすれば、準備草案が専門家であることに基づいて契約が成立するとする場合でも、それはあくまで推定であり、当事者の意思を無視してまで契約を成立させようとする趣旨ではないと思われる。

なお、注21および第三章参照。

(24) *Teves*, AcP 51, S. 50 f.; vgl. *Wächter*, Pandekten II, § 202 Beilage I-II (S. 451).

(25) *Vangerow*, Pandekten III, § 659 Anm. 2 (S. 493).

(26) *Dernburg*, Pandekten II, § 115 Anm. 8 (S. 311 f.).

第三章　一九世紀のドイツ普通法における判例の展開

第一節　判例の原則な立場

前章では、学説の展開を概観したが、本章では判例の展開を概観したい。私が利用しえた判例は、Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten と Entscheidungen des Reichsgerichts さらに、きわめて限られた範囲において、Entscheidungen des Reichs = Oberhandelsgerichts であり、決して十分とは言えないが、一応の概観を得ることは可能であると思われる。

一九世紀のドイツ普通法に関する判例においても、助言あるいは推薦をしただけでは助言や推薦の結果について責任を負うことはないという原則に争いはないようである(1)。この原則に対する例外の一つは、悪意がある場合であり(2)、この悪意には重過失の場合は含まれていない(3)。悪意以外の例外は、契約に基づいて助言する義務がある場合と(4)、助言にしたがった結果について損害担保契約がなされている場合である(5)。

商人間の特別な責任については、商事慣習の存在を否定する判例がある(6)。また、学説で主張されていた、助言がなければ行為しなかったであろう場合という例外も判例では認められていない(7)。

判例で、主として問題になったのは、契約に基づいて助言する義務がある場合である。このような例外が存在することについての争いはないようであるが、具体的な事件において助言する契約が存在しているのかどうかの認定をめぐって判例の変遷があるようである。そこで、節を改めて、具体的な判例を紹介しながらこの変遷をたどってみたい。

また判例では、おそらく、学説における公務上の義務や契約上の義務についての議論と関連していると考えられる測量師の責任が問題にされている。そこで、第三節において、この問題についての判例の態度を紹介したい。

第二節　助言契約の成否をめぐる判例の変遷

大きく分けて三つの段階があるように思われる。

一、契約の成立に慎重な判例

（一）Rostock の上級控訴裁判所一八七〇年七月二一日判決(8)

被告は、しばしば、病気になった家畜のための治療薬を依頼に応じて与え、報酬を得ていた (honoriren)。その際に、単なる助言をするにとどまり、治療を正式に (förmlich) 引受け獣医として振舞うことはなかった。原告は、被告が素人であることを知っていたが、家畜の病気に効く薬について尋ね、その助言にしたがった結果、損害を被った。

このような事案で、上級控訴裁判所は、契約の成立との関係で次のように述べている。

本当の、あるいはそのように振舞っている (vermeintlich) 専門家に助言を求めた場合に、助言によって常に助言者の責任を発生させる見解を評価することはできない。この場合にも、当事者の実際の、そして外に現れた意図 (Absicht)、特に、依頼 (Gesuch) することが、相談された人にその件について配慮するようにと当然に委託 (übertragen) したことになるのか、そして、相談された人がそのような委託

(Antrag) を引き受けたのか、つまり、その関係において、契約が意図され、そして成立したのかが重要である。原則としてこのことを肯定しなければならないのは、助言を求められた者が、そのことに配慮することを営業 (Gewerbe) としている場合である。たとえば病気について相談された医者は、求められた助言を与えることで、すでに治療を引き受けている。

しかし、本件では、被告がしばしばそのような助言をしていたこと、そしてそれについて報酬を得ていたことなどの事実にもかかわらず、被告の行為は助言にとどまっていたのであり、契約は成立しない。むしろ原告は、被告が素人であることを知っていたのであり、責めは原告にある。

(二) 帝国上級商事裁判所一八七六年一月二八日判決(9)

ヘルスフェルトの会社に穀物を売却した会社(在マンハイム、原告)の委託を受けて、マンハイムの国民銀行が、ヘルスフェルトの信用組合(被告)に売主の名前を出さずに、買主の信用状態を電報で照会した。同じく電報でなされた回答を基にして、売主は売買代金について信用を与えたが、間もなく、買主が支払を停止したため、損害を受けた。

控訴裁判所は、推薦者と推薦を受領した人の間に法律関係が発生するという一般的な命題をたてて、本件を推薦者(信用組合)と推薦を受領した人(国民銀行)の間の問題と理解し、悪意で推薦した場合でも、損害賠償請求権を持つのは推薦を受領した人だけであり、推薦されたことを知り、利用し、その結果損害を受けた第三者(売主)には損害賠償請求権はないとした。

控訴裁判所の見解の中、特に、推薦者と推薦を受領した人の間に法律関係が成立するとした部分に対して、帝国上級商事裁判所は次のように述べている。

照会に応じて情報、助言、推薦を与える場合に、法律行為が含まれていることがありうる。特に、報酬 (Vergütung) と引き換えに、照会に応じて回答することを営業 (Gewerbe) としている者の場合には、当事者が法律行為を意図しているのが原則である。しかし、そうだとしても、推薦によって推薦者と推薦を受けた者の間に法律関係が発生するという一般的な命題を立てることはできない。

債務契約の締結に関する一般的な原則からして、法律関係が発生するには、義務を引き受けるという意思表示が必要である。しかし、照会に応じて情報や助言を与えたというだけでは、知識の伝達あるいは見解の表明でしかなく、義務を引き受けるという意思表示とはみなせない。助言等との関係で義務を引き受ける意図であったという場合には、どのような形でこの義務を引き受けたのかについての明示的あるいは事情から推測される (aus den Umständen zu entnehmend) 表示が必要である。つまり、保証である場合には、過責は要件となることなく責任があり、委任の引受という場合には、適切な配慮をしなかった時に損害賠償義務が発生し、そのままの情報を提供する義務の場合には、悪意に基づいて責任が発生する。しかし、ある者が信用を与えるに足りるかという電報での照会とそれへの回答という本件の経過からして、どのような形でも義務を引き受けるという意思表示は存在しない。

このように、帝国上級商事裁判所は、控訴裁判所の見解を誤りであるとしたが、結果的には、原審の原告敗訴の判決を支持している。

(三) Oldenburg の上級地方裁判所一八八七年三月一六日判決(10)

被告は、貸付の仲介を営業とし、通常は借主から貸付額に応じた報酬を受けていた。原告は、資本を貸付ける際に、以前から仲介を受けていた被告に再び仲介を求め、ある営農家を紹介された。貸付に際して被告は、抵当登記簿 (Hypothekenbuch) の抜書を提示し、他の登記 (Ingrossat) は重要ではないか、実際には処理済みなので顧慮するに当たらないと論評して、抜書の欄外に考慮すべき抵当権の計算をした。そこで、原告は貸付に同意し、被告は原告の名前で貸し付けた。後に、登記された不確定な後見による抵当権 (eine ingrossirte unbestimmte vormundschaftliche Hypothek) が、被告の説明したように、処理済みではないことが明らかになり、原告は損害を受け

た。

このような事案について、裁判所は、助言者の責任についての原則的な立場を確認した後に、被告は営業として報酬を受けて貸付の仲介をしており、その知識ゆえに依頼したのであるという原告の主張に対して次のように述べ、原告敗訴の判決をしている。

たしかに、助言することを引き受けた専門家は、特に報酬を受けている場合には、一般に助言に基づいて義務を負うとしても、具体的な場合には、その事情にしたがって、当事者が法律行為をするつもりであり、実際にそうしたかどうかを検討するべきである。本件では、これを肯定することはできない。被告が独立して (in selbständigen Weise, nach seinem alleinigen Befinden) 貸付を行うという重要な事情が欠けている。原告は、被告が推薦した者に貸し付けるかどうかについては判断を留保していた。原告は、抵当に入れられる土地の価値について、原告の側で調査し、結果が良好であったので、貸し付けている。被告は、原告のために適当な債務者を見つけ、その名前を知らせることにとどまっている。

これらの判決では、助言者との間で契約関係が成立していれば、助言者はその助言の結果について責任を負うということが前提にされたうえで、この契約関係の成否が争われている。その際に、報酬を得ていることや営業として助言していることは原則として契約関係を成立させるとされつつも、結局、意思表示の存否が問題とされて、具体的な事件ではいずれもそれが否定されている。

二、取引関係が存在する場合に契約の成立を承認する判例

(四) 帝国裁判所一八八五年四月一八日判決[11]

原告と被告（銀行）は、長期にわたって委託関係(Commissionsverkehr)にあった。

一八八一年に、原告は、被告の助言を受けて被告を介して被告（銀行＝合資会社Commanditgesellschaft）の持分証券(Antheilschein)を購入した。翌年に、原告は被告にこの持分証券を持ち続けることは得策(rathsam)であるかどうかを質問し、それに対して、証券の状態は有望であるとの回答を得て、原告はそれを持ち続けた。しかし、この証券はすぐに暴落し、原告は相場が下がったために被った損害の賠償を求めている。

このような事案に対して、帝国裁判所は次のように判示している。

本件では、委託行為(Commissionsgeschäft)の実行が問題になっているのではない。新しい取引、新しい委託をする判断材料として助言が求められている。しかし、当事者は、長期にわたり委託をする関係にあり、問題になっている持分証券も、被告の助言により、被告を介して原告のために購入されている。このような事実関係においては、助言だけを孤立させて、取引関係(ein geschäftlicher Verkehr)のない任意の第三者の助言と同じに取り扱うことは妥当ではない。事案からして、原告の質問は、委託を受けたと同じように、助言しなければならない、つまり、委託を受けた場合と同じ注意義務を払わなければならないということであり、被告はその意味で理解しなければならなかった。被告は、これに対して、助言を拒否することはできるが、助言をし、その際にそのことによって引き受けられた義務について詳しく説明しない場合には、それは原告の理解していることに同意したことになり、契約関係が成立する。

(五) 帝国裁判所一八九一年一月三一日判決[12]

被告と原告は取引関係 (Geschäftsverbindung) にあり、被告は、原告のために多額の有価証券を売却していた。一八八三年九月に、被告は、原告に、被告と理事の一部を共通にする会社の株について上昇相場での活発な取引が行われており、十分な配当がされるという評判にまだ事実上の根拠がないとしても、相場が実勢からして低いと確信されつつあり、より一層の上昇が間近いであろうという内容の手紙を出した。この手紙に促されて、原告は、その株を被告を介して一八万マルク、ドイツ銀行を介して六万マルク、相場の一〇〇・二五で購入した。しかし、株価は低落した。原告は、第三者のための仲介として株式を購入していたが、株価が低下したことによって被った損害の賠償を被告に請求した。

控訴審では、原告の行為は委託されての行為 (kommissionsweises Geschäft) であるとする被告の抗弁と時効についての被告の抗弁に審理が限定されたのちに、部分判決 (Teilurteil) によって、損害を受けたのは原告に委託した者であり、原告がその損害を請求することはできないとされた。

原告の上告に対して、帝国裁判所は、次のように判示して、差し戻した。

控訴審の裁判官は、契約によって引き受けられた義務が問題になるかどうかを検討していない。

個々の情報提供や推薦それ自体を考察すれば、情報を与えた人に責任を負わせることはできない。それができるのは、悪意の場合だけである。しかし、情報提供者とそれを受けた人の間に取引関係がある場合には事情が異なる。

二者間の取引関係はそれ自体としては、当初は彼らが締結し履行する取引が偶然に並列しているものにすぎないとしても、頻繁な取引上の接触と、好意を示すことが互いに利益であるという認識から信頼関係 (Vertrauensverhältnis) が形成され、互いに他人である場合より広範囲に信義誠実を尽くすことになる。個別の取引の締結と履行だけでなく、取引関係全体が信義誠実によって支配され、この関係がなければ法的には中立 (rechtlich indifferent) の事実である行為が法的な内容 (ein rechtlicher Inhalt) を獲得できることになる。(13)

事実的な事象 (thatsächliche Vorgänge) は、それが取引の締結 (Abschluß) と履行 (Erfüllung) に関係している場合にだけ法的に効力がある (wirksamen) のではない。このことは法律行為を準備 (Vorbereitung) する行為、とくに推薦や情報提供に及ぶ。具体的な取引を

行う者が、法的に実現可能な先入観の下で (unter rechtlich realisierbarem Präjudiz)、信頼を与えあうことのできる領域は拡大される。他人の間ではそれ自体中立である事象が、法律行為ないしはそのようなものとして取り扱われる。取引関係にある者は、相手方からの通知を、その通知を与えるについて相手方には過責がないもの、もしくは、過責がある場合には相手方が責任をとるものであり、通知がそのように理解されること、信義誠実からしてそのような理解が許されることを相手方は知っていると理解する。その相手方は、このことによって情報を与える義務を負うものではないが、情報を与えた場合には、いま述べたように判断される。(14)

本件では、手紙の言葉自体は、推薦や意見表明を含んでおらず、ある株の相場に関する報告としか理解できない。しかし、当事者間の取引関係と被告と株式発行会社の密接な関係からすれば、別の理解ができる。

取引所の状況について報告することは、明らかに、投機をするための資料を原告にあたえるという目的がある。被告が特定の証券について一定の事実に言及した場合には、原告は、原告にとって重要な事実を報告していると考えることができた。つまり、本件では、被告と会社の密接な関係からして、その会社の状態に関する取引所内の見解が正しく、騰貴する可能性があることに被告が疑いを持っていないと原告は考えることができた。

これらの判決においても、責任の根拠は契約に求められている。しかし、一で紹介した判例とはことなり、契約の成立が承認されている。一般的には、単なる助言を求めたものと理解される質問でも、当事者間に取引関係がある場合には、契約を基礎付けるもの、つまり、意思表示として理解されるべき場合があるとされる。契約の成立を承認することで、助言者の責任については、以前の見解と表面上は矛盾はしていないが、契約の成立を承認したことそれ自体に問題がある。この点については、後で触れたい。

三、売買契約に付随する助言について責任を承認する判例

(六) 帝国裁判所一八九八年九月二四日判決(15)

原告は、銀行 (der Bankier) である被告の勧めによって、一八八八年に被告が代表をしている会社の一〇〇〇マルクの株を六株、相場の一一二パーセントで被告から購入した。被告との取引は、これがはじめてであった。ついで、一八八九年に会社が資本を拡大するに際して、被告の仲介で相場の一〇五パーセントで三株購入し、一八九〇年には再び被告の仲介で、優先株にするために九株分三〇〇〇マルクの追加払いを行った。この会社は、一度も配当しないままに清算手続へ移行した。被告が原告になした推薦の内容は、次のようなものであった。この事業は疑いなく儲けがあり、他社の工場（二〇―三〇％）と同じ配当をするであろう。株の価値は四、五年で確実に二倍になり、最初の年は配当がないとしても、二年目からは一〇パーセントが期待できる。工場の土地は五五万マルクの価値がある。株は確実な投資として推薦できる。

原告が主張した被告の悪意については、第一審、控訴審ともに時効を理由に棄却した。推薦についての被告の過失や売買物の性状 (zugesagte Eigenschaften der Kaufsache) についての責任に関しては、時効消滅していないことが認められたが、推薦については、当事者間に取引関係 (Geschäftsverbindung) がないことを理由として、また、売買物の性状についても、被告の推薦 (Anpreisung) の中には、売買目的物の特別な性状についての言明を見つけ出すことはできないとして、結局のところ被告の責任は否定された。

帝国裁判所は、次のように述べて差し戻した。

まず、悪意訴権の消滅時効は問題にならない。なぜなら、売主が意図的に買主を錯誤させ売買をさせた場合には、悪意訴権ではなく、契約訴権であり、契約訴権については時効は完成していない。

その他の点でも原審の判断は誤ってる。

法が助言や推薦それ自体には責任がないという命題を形成する前提には、当事者間に助言や推薦以外のことが存在していないことがある。したがって、助言が悪意のものであった場合に、発生した損害について責任が生じるという例外も、助言や推薦が問題になってい

るかぎりで意味がある。当事者間に別の法律関係があり、助言と推薦がこの法律関係と関連している場合には、原則も例外も問題にならない。この別の法律関係に妥当する法命題だけが重要である。本件のように、推薦が売買行為と関係している場合、つまり、助言が取引締結の原因である場合には、悪意のある助言をすれば、一方の契約当事者が相手方を意図的に錯誤させて取引をさせたことになる。

助言に際しての過失についても事情は類似している。一般的には、助言や推薦についての過失は責任を発生させない。契約関係がない場合に注意義務 (eine Verpflichtung zur Aufwendung gehöriger Sorgfalt) が発生するには、特別な事情が必要で、RG 27, 119 によれば、取引関係が必要である。しかし、契約関係が存在する場合には、この観点を持ち出すことは不要である。

本件では、原告と被告は最初の株取得に際して買主と売主であり、その後の取引では、商人委託 (kaufmännische Kommission) が問題であった。受託者 (Kommissionär) が委託者 (Kommittent) に負っている注意 (Sorgfalt) が、委託を与える前の、予期される委託と関連する報告に及ぶことに疑いはない。したがって、問題になるのは最初の売買である。

一般には、売買締結の原因となった売主の助言に過失があることについての責任は承認されない。しかし、本件では、銀行から私人 (Privatmann) への有価証券の売却が問題である。銀行は専門家 (Sachverständiger) であり、顧客は素人 (Laie) である。取引が締結されたことから銀行に発生する利益は、同時に、顧客に取引の準備においてなした労務 (Diesnt) の対価 (Entgelt) である。したがって、この種の事例においては、専門家の知識や経験を利用し、それをわずかの知識しかない素人へ与えるという労務の提供は、売買行為と混ざり合っている。この労務は有償行為の一部であり、それを給付する者は過責について責任がある。

取引上の支配的見解からすれば、当事者は、発言の客観的な正しさに銀行が無条件の保証をあたえているとは考えていない。したがって、交渉の対象となっている物の性状について責任を発生させるような約束 (Zusage) をする意図は通常は欠けている。しかし、銀行が、助言する際に通常の商人としての配慮を無視していないこと、つまり、その積極的な発言が、専門家が重視する状況を注意深く検討したことに基づいていることについては保証されている (einstehen)。

したがって、控訴審が売買物の性状についての約束を問題にしていることは、二次的なことであり、核心は、被告が当該会社の株を良好な株であるとしたことにある。被告が、合理的な注意深い銀行が行う検討をした場合にも、良好な株であるとしたかどうかが検討されなければならない。

二で紹介した判例では、一般的には助言を求める行為でしかないものが、取引関係の中では、契約を成立させる意

思表示になるとされ、契約の成立が承認されている。それに対して、ここで紹介した判決では、助言はその助言がきっかけとなって締結された売買契約と一体であるとされている。しかも、その際に、一般的には売買締結の原因となった助言については過失責任はないが、銀行が専門家であり顧客が素人であることから、その責任が認められている。

四、小　括

まず、一で紹介した判例(一)――(三)と二で紹介した判例(四)(五)が、実際にどこまで違っているのかは十分に検討する必要がある。

すでに指摘したように、一の判例も、二の判例も、結果は異なっているが、助言者の責任の根拠として、当事者間で契約が成立したかどうかを問題にしている。そして、一の判例でも、助言が営業としてあるいは報酬と引き換えに行われた場合については、原則として契約が成立するとされている[16]。つまり、それ自体意思表示とは言えない事実から、意思表示が推定されることを認めている。この点で、二の判例が、本来は法的な意味のない事実が取引関係において は意思表示という意味を獲得するというのと類似しているとも言える。結局のところ、具体的な事例において、それ自体意思表示とは言えない事実から意思表示を推定できるのかどうかという事実の評価の違いにかかっているのであり、判例の文章だけからその正当性を検討することには困難がある。しかし、二の判例が、取引関係があれば当然に助言を求めている者の照会を意思表示であると理解でき、それ以外の事情は検討する必要がないとしているのであれば、あるいは、二の判例をそのように理解するのであれば、ある事実から推定された意思表示が別の事実によって否定される可能性があることを承認している一の判例の立場から大きく離れたものになると言わざるをえないであろう。

三で紹介した判例が異質であることは明らかであろう。この判例も、契約関係が存在していることを助言者の責任の根拠にしている。しかし、次の二つの点で、一や二の判例と異なっている。

まず、判例(四)では、委託行為と助言は区別され、ただ、取引関係を理由に、通常の場合と異なって、助言には法的な意味があるものとされている。それに対して、判例(六)では、後に締結された売買契約と助言が一体として理解されている。助言が、法的な意味のある独自の行為と理解されるのではなく、後の行為との関係で考察されているのである。

次に、判例(六)は、売買契約の原因となった助言について、通常の場合には過失責任がないとしつつ、今までの判例では特別に指摘されることのなかった専門家という視点を持ちだしている。専門家である場合に直ちに責任が発生するのかという議論はすでに学説で展開してきているが、ここでは、専門家であることがそれだけで意味をもつのではなく、先に指摘した後に締結される売買契約との関係がある点で、学説における争いとは多少ニュアンスを異にしている。

第三節　測量師の責任を肯定する判決

(七)　Lübeck の上級控訴裁判所一八七〇年一〇月三一日判決(17)

公認された布地検査師 (der beeidigte Tuchbereiter) である被告が検査・計測し、純粋で瑕疵がないと認めた物については受け取るという約束で、原告（商人）は、ハンブルグの商社から布地を購入した。被告は売主の委任を受けて布地についての証明書 (Atteste) を発

行し、原告のハンブルグの代理人にその写しを手渡した。しかし、原告に送付されてきた商品はその証明書に一致せず、あるいは長さが足りず、あるいは瑕疵があり、被告が瑕疵がないとした品物にも瑕疵があった。そこで、原告は被告に対して被告が証明した状態での布地の価値と現物の価値との差額を賠償するように求めた。

上級控訴裁判所は、測量師(mensor)に対する訴権の事例であり、原告が売主に請求できない部分については被告の重過失に基づく責任を承認できるとした。

測量師との間に契約関係があることは訴権の要件ではなく、測量師が専門知識を持つがゆえに彼に質問し、彼の悪意あるいは重過失のために真実に反した情報を受け金銭的な損害を受けたいっさいの利害関係人に訴権がある。(18) このような測量師に対する訴権は、ローマ法自身がそうであったように、土地の測量や、さらに測量それ自体に限られることなく、物の大きさあるいは性状について特別な専門知識を基にして証明書が出される場合にも承認される。(19)

しかし、測量師に対する訴権は補充的なものである。(20) つまり、誤った報告のために被害を受けた買主あるいは売主が、相手方契約当事者に対して損害賠償を請求できない場合にだけ認められる。したがって、長さの点については、原告は売主に不足していることを理由として売買代金から控除することができたのであるから、被告に対する訴権は発生しない。それに対して、瑕疵がないとされているものについては、原告は、売主との合意によって、瑕疵がないとされた物を受領しなければならないのであるから、売主への訴権がない。被告が、そのような合意について知っていたかどうかは問題ではない。

契約関係がある場合には、専門家は軽過失についても責任がある。ローマ法は測量師について軽過失についての責任を規定しないが、それは歴史的な理由によるのであり、ドイツの理論と実務においては、契約関係があれば軽過失についても責任がある。(21) しかし、被告が原告の代理人に証明書を手渡しただけでは契約関係の成立は認められない。原告から委任されたために検査したのでない場合には、その結果の報告は、契約上の給付ではなく、情報の提供や助言と同じである。

この章で取り上げた判例でも、その多くにおいて専門家の責任が問題になっている。判例(七)は、特に国家的な許認可などを受けた専門家であることに注目して特別の責任を承認したものであり、判例(六)は、銀行が専門家であり顧客が素人であることを強調し、契約責任を承認している。それ以外でも、専門家であることが強調されたり、それが責任に直接に影響しているのではないけれども、事案を見ると、何等かの専門知識がある者が助言した場合が問題になっていることが多い。

専門家の責任については、前章で学説を概観した際にも争いがあることを指摘したが、現代の問題にも関連し、十分な検討を必要とする。

(1) OAG Rostock 1870. 7. 21., SeuffA Bd. 32, Nr. 45 (S. 51); ROHG 1873. 2. 7., ROHGE Bd. 9, S. 152; ROHG 1873. 9. 3., ROHGE 10, 403 = SeuffA 29, 26 (S. 44); ROHG 1876. 1. 28., ROHGE 19, 197 = SeuffA 31, 328 (S. 415); ROHG 1877. 3. 28., ROHGE 22, 121; OLG Oldenburg 1887. 3. 16., SeuffA 45, 247 (S. 411); RG 1888. 7. 11., RGZ Bd. 23, S. 131; OLG Celle 1889. 1. 19., SeuffA 45, 85 (S. 147); RG 1891. 1. 31., RGZ 27, 120; RG 1891. 3. 25., SeuffA 47, 258 (S. 407); RG 1898. 9. 24., RGZ 42, 129 = SeuffA 55, 26 (S. 58).

(2) ROHGE 9, 153; 10, 403; 19, 198; 22, 121; OLG Braunschweig 1886. 11. 1., SeuffA 42, 299 (S. 427); 45, 247 (S. 412); RGZ 23, 131; OLG Jena 1889. 6. 17., SeuffA 45, 180 (S. 292); RGZ 27, 121; SeuffA 47, 258 (S. 407); RGZ 42, 129.

(3) ROHGE 10, 403; SeuffA 42, 299 (S. 426); 45, 247 (S. 412); 45, 180 (S. 293); 47, 258 (S. 407).

重過失を悪意と同じに取り扱うことができるのは、契約関係が存在する場合だけであり、それ以外の場合には許されないとされる。契約関係外では、過失によって責任が発生するのは、物への積極的な行為による直接の損害が発生した場合だけで、アクィーリウス法訴権が承認された。

(4) SeuffA 32, 45 (S. 52); ROHGE 9, 152; 19, 197; 22, 122; RG 1885. 4. 18., SeuffA 41, 100 (S. 155); SeuffA 45, 247 (S. 413); RG 1887. 6. 15., RGZ 19, 100; SeuffA 45, 85 (S. 147 f.); 45, 180 (S. 292); RGZ 27, 120; 42, 130.

ROHGE 22, 122 ff. は、売主の商業地域とは異なる地域で商品を販売するために置かれた代理人 (Agent) については、単に購入申込を仲介するだけではなく、たとえ明示の取り決めがなくとも、申込人の信用についての調査義務があるという。

(5) SeuffA 32, 45 (S. 51); ROHGE 19, 197; SeuffA 45, 180 (S. 292).

(6) ROHGE 19, 199; 22, 121.

ROHG 1873. 11. 18., ROHGE 11, 411 f. は、プロイセン一般ラント法との関係で出された判決であるが、「信用を与えることができる (könne ihm Kredit gewähren [borgen])」という表示は決して保証ではないとした原審の判断はまったく正しいものであるという。また、「信用を与えることができるという推薦の中には、商人としての保証を見て取ることができるというのが商事慣習である」という主張は、「専門的な商人 (sachkundige Kaufleute oder kaufmännische Sachverständige) は、推薦の中に保証を見て取るであろう」という意味であると理解したうえで、商事慣習法や商事慣行 (Handelsgewohnheitsrecht oder Handelssitte)、特に商人の用語などを確認するために、専門的な商人を引きあいに出すことはもちろん可能であるが、直接に法律問題を解決させ、あるいは、制定法上の解釈についての規律に基づいて意思表示を解釈させるために、専門的な商人を証人として挙げることは現行法 (die geltenden Gesetze) に反するとされ、そのような問題は裁判官が判断するものであるとする。

(7) SeuffA 32, 45 (S. 51 f.); ROHGE 19, 198; SeuffA 45, 247 (S. 412 f.). これらの判例においては、D. 17, 1, 6, 5 の法文は、信用委任の場合を前提にしていると理解されている。

(8) SeuffA 32, 45. 事案は、判例集の記載から読み取れる限りのものであり、ある程度の推測が入っている。判旨については契約の成立との関係に限定して紹介する。以下に紹介する判例についても同じである。

(9) ROHGE 19, 196.

(10) SeuffA 45, 247.

(11) SeuffA 41, 100.

(12) RGZ 27, 118.

(13) 一八六一年の一般ドイツ商法典（ＡＤＨＧＢ）三二三条「委任 (Auftrag) がなされた商人と委任者の間に取引関係がある場合、あるいは、商人が委任者にそのような委任を実行することを申し出ていた場合には、その商人は遅滞なく回答する義務がある。そうでない場合には、商人の沈黙は委任を引き受けたものとされる。

商人は委任を拒否したとしても、その委任とともにたとえば送付されてきた商品やその他の物について、その商品が費用に見合い、かつ、不利益がない限りで、委任者の費用で、当分の間、損害が生じないようにする義務がある。商事裁判所は、商人の申請に基づいて、その物を公的な場所(ein öffentliches Lagerhause)や第三者に、所有者がほかの処置を行うまで、保管するように命令することができる」も引用されている。

一項で規定されている商人の沈黙による契約の成立は、法律による意思表示の擬制と理解される。とすれば、本文で紹介している判例も意思表示の擬制を行うものと理解する可能性があるように思われる。これに関連して、RGZにおける事案のまとめで、被告の通知を原告が助言ないし推薦と理解しているという記述がある点が多少気にかかる。

意思表示の擬制に関する問題については後述四の小括においても取り上げる。

(14) 同じ理解をするものとして、先に紹介した SeuffA 41, 100 が引用されている。さらに、RGZ 19, 97；RG 1888. 4. 21., RGZ 20, 190；23, 130 なども引用されている。

RGZ 19, 97 は、銀行の助言とそれへの委託(Kommission)によって株を購入した買主が、その株に銀行が言うような保証がついていなかったので、損害賠償を請求したが、銀行は自己契約(Selbstverkauf)によって委託を実行していたという事件である。下級審は、自己契約であったために売買の規定を適用して時効消滅を認めた。それに対して、RGは、SeuffA 41, 100 を引用して、当事者間には取引関係(Geschäftsverkehr)があり、このような関係内での助言は、委託行為の原則にしたがって判断されるべきであるとして、差し戻している。

RGZ 20, 190 は、原告（商人）が第三者と信用付与を伴う取引関係(Geschäftsverbindung)に入るに際して、その信用状態について被告(公開商事会社)に照会し、肯定的な返事を得て信用を付与したが、数カ月後に第三者が破産したという事件である。下級審では、被告の詐欺が認定され、被告の上告はRGによって棄却されている。次の RGZ 23, 130 も、助言者の悪意が問題にされている。いずれも、取引関係がある場合には、助言者には責任が発生するという RGZ 27, 118 が採用した原則とは直接には関係がないように思われる。

その他に、私が調べた限りではあるが、SeuffA 45, 180 も、一般的な形ではあるが、現行の法命題によれば、情報を営業としてあるいは継続的な取引関係に基づいてあたえた場合には、過失によっても責任があるとしている。事件自体においては、悪意が認定されている。

（15） RGZ 42, 125.

（16） この原則を確認する判例としては、他にSeuffA 45, 85がある。この判例の前提となったのは、原告（会社）が、葉巻を注文した買主に一〇〇マルクの信用を付与するに際して、買主の住む街に所在し、営業として信用状態についての情報を提供していた会社(Speditions- und Commissionsfirma)である被告に、買主の信用状態について照会したが、被告が十分な調査をせずに、同姓同名の別人と取り違えて報告した事件である。Celleの上級ラント裁判所は、報酬を得て営業として(gewerbsmäßig)情報を与えた場合には、債務関係（労務提供）が発生し、それによって注意義務が発生するという。

（17） SeuffA 25, 131；なお、SeuffA 42, 299は、薬品会社である原告の商品を、その買主から依頼されて検査したブレーメンの分析化学者(Handelschemiker)が、重過失により事実に反して商品に混ぜ物があるとし、そのために、その買主がこの取引を中止したうえに（第一の訴え）、いっさいの取引関係を解消し、さらに原告は一般的な信用をも失った（第二の訴え）という事件である。ここでは、契約関係以外で助言者に重過失責任が発生する場合として、誤れる量を報告した測量師に対する特別な訴権が問題になり、測量師以外にもその適用が拡大されることが述べられ、それらの者が公的な認可を受けていること(obrigkeitlich approbirt)も必要ではないとされている。判決では、本文でも述べた測量師に対する訴権の補充的な性質、つまり、契約の相手方に請求できない場合に限って承認されるという性質が問題にされ、第一の訴えについては、買主を相手として契約訴権を行使することができたとして被告の責任は否定された。第二の訴えについても、測量師に対する訴権は、相手方契約者によって賠償されなければならないがそれができない場合にだけ認められ、鑑定に影響された取引の枠内で一方当事者に発生した、代金の支払すぎや代金に比して大量の物を引き渡したというような直接の損害だけに限定されており、しかも、因果関係の立証もないとして、被告の責任は否定されている。

（18） D. 11, 6, 1; eod. 3, 1が引用されている。事実訴権(actio in factum)であり、その基礎は、renutiatio（通知）とされる。

（19） 関連するローマ法文は、D. 11, 6, 5, 2; eod. 6; eod. 7, pr. である。

ここで、*Windscheid*, Pandekten II, §470 Anm. 6が引用されている。その九版によれば、測量師に対する訴権を類推して、国家的な認許、免許、任用に基づいて公衆にその労務を提供している人は、第三者に対して、悪意と重過失について、補充的に責任があるとする。この注は、公務上の義務の侵害についての節の中に存在している。なお、SeuffA 42, 299が述べるように、*Windscheid*も公的な認可がない場合にまでこの責任を承認したのかは不明である。

（20） 関連するローマ法文は、D. 11, 6, 3, 2/3である。

(21) ここで引用されている *Windscheid*, Pandekten II, §404 Anm. 4 によれば、報酬と引き換えに自由な精神活動についての労務を提供することが約束された場合には、過失についても責任があるという。ローマ法は、測量師に対する訴権を事実訴権とし、その責任を悪意と重過失に限定しているが、それはローマにおいては、測量師との契約が本来の法律行為ではなかったためであり、今日では、このように理解する必要性はないという。*Glück*, Commentar XI (1809 Erlangen), S. 375 ff. も同じ趣旨のことを述べている。

第四章　一九世紀のドイツにおける立法例とＢＧＢの立法過程

第一節　ＢＧＢ以前の立法

次に、一九世紀ドイツにおける立法例を概観してみたい。各法典について十分な知識を持ち合わせていないので、ＢＧＢの立法過程において参照された条文を中心にせざるを得ない(1)。幸いなことに、準備草案、つまりＢＧＢの第一委員会の編集委員による提案と提案理由(2)において条文が引用されているので、それを資料として利用する。ＢＧＢの立法過程で参照されている限りにおいて、法典ではなく草案であってもここで概観する。

ＢＧＢ六七六条の立法過程において参照された法典、草案の条文を挙げれば、六七六条の基礎になったドレスデン草案 (Dresdener Entwurf) 六八八条、一〇三〇条(3)のほか、プロイセン一般ラント法（ＡＬＲ）一部一三章二一七――二二一条(4)、バーデンラント法一三八一条ａａ――ａｅ(5)、オーストリア一般民法典（ＡＢＧＢ）一三〇〇条(6)、チューリッヒ私法典一一六〇条――一一六五条(7)、ザクセン民法典一三〇〇条、一三〇一条、一五〇四条(8)、バイエルン民法草案二部六

八六条、六八七条[9]、ヘッセン草案二編二六七条[10]など多数である。ここでは、これらの立法例を、第二章で紹介したドイツ後期普通法の学説が問題とした項目を中心に概観したい。

一、概　観

(1) 助言者は助言だけを理由としてその結果について責任を負うことはないという学説や判例に共通する原則は、一九世紀の立法例においても共通している[11]。

(2) 悪意の場合に例外があることもほぼ共通している[12]。

(3) 「あなた」のための委任と助言の区別については、私の調べた限りでは、結果において同じ取扱をする明文の規定を有する法典がかなり多い[13]。ただし、次の(4)(5)とも関連するが、バーデンラント法一三八一条aeでは、求められることなくして助言し、それにしたがうことを勧めた (durch Zuspruch betreiben) 者は、保証人あるいは行為の原因者として責任があるとしている[14]。

(4) 学、一七、一、六、五の「わたしが委任しなければ、あなたが行為しなかったであろう場合」という条件の意味については、学説で主張されていたように、助言が主たる動機になった場合に一般的に責任を承認する立法例はない。むしろ、ドレスデン草案やバイエルン民法草案は、その理由書の中でそのような学説を否定している[15]。

(5) 公務上あるいは契約上助言する義務がある場合と、

(6) 専門家の助言については、両者を一つにまとめて、次項で概観することにしたい。

(7) 商人の推薦については、ALR二部八章七〇二条以下が何等かの規律をしていたようであるが、すでに一八六一年にHGBによって廃止されている[16]。

それ以外には、チューリッヒ私法典一一六三条が唯一、商人は危険を引き受けた場合あるいは重要な事実を知りつつ沈黙した場合に責任があることを明文で規定している。

二、公務上あるいは契約上の助言

まず、公務として助言する義務がある場合については、ドレスデン草案六八八条二項が、公務上の義務(Amtspflicht)によって義務づけられた配慮を怠った場合について助言者や推薦者の責任を規定している。また、ドレスデン草案一〇三〇条は、公的に任命された(offentlich angestellte)専門家(Sachverständiger)や鑑定人(Schätzer)が、その活動範囲内で、その技術や知識について、悪意(absichtlich)や重過失で正しくない鑑定をした場合についての責任を規定している。

チューリッヒ私法典も、一一六二条で、助言者や推薦者が例外的に賠償責任を負う場合として、公務上の義務から助言した場合に過失(Fahrlässigkeit)についての責任を規定している。

ザクセン民法典一三〇一条二文も、助言者や推薦者が、公務上の義務として助言・推薦する義務を負っている場合に過失責任が発生することを規定している。

バーデンラント法は、一三八一条ａｃが、助言を求めた者(der Rathfragende)が、その行動(Benehmen)についての助言を求める義務を負っている場合には、求められて(auf Befragen)なした助言の不手際(ungeschickt)について責任が発生することを規定している。同条では、助言者に責任が発生する例外として、さらに、専門家として助言を求められた場合が規定され、次の同条ａｄでは、助言の不手際(Ungeschiklichkeit)の基準について、公務上の義務から助言がされた場合には助言者の教養と立場(Bildung und Lage)から、専門家として問い合わせを受けた場合には、技術使用(Kunstgebrauch)の一般的な基準(gemeiner Regel)から判断されることが規定されている。両条文の間に並列的な関係を理解

し、同条ａｃが規定する助言を求めた者がその行動についての助言を求める場合とは、同条ａｄが規定する公務上の義務から助言がされた場合と理解することは不自然ではないだろう。ただし、求められて助言していることからすれば、契約関係に基づく責任と理解する可能性は残る。

公務として助言する場合と類似していると考えられるのは、バイエルン草案六八七条が規定する、特別な義務関係(ein besonderes Pflichtverhältniß)が助言者に要求している配慮を怠った場合である。その理由書によれば、たとえば、弁護士や医者のように、認可された(autorisirt)技術や専門知識を持つ者は、助言する際にその義務関係(Pflichtverhältniß)から命じられた特別な配慮を怠った場合には、その公的な地位(öffentliche Stellung)ゆえに彼らを頼らざるをえない者(助言を必要としている者)の信頼を侵害しているからであるとされる。(17)

ＡＬＲも、一部一三章二一九条で、専門家(Sachverständiger)がその技術や知識について助言した場合には、重過失(grobes Versehen)について責任があると規定しているが、その規定上はこの専門家が認可などを受けている必要があるのかは不明である。また、先に紹介した諸法典とは異なって、重過失についての責任であることが明示されている。

公務上の義務の侵害については、準備草案においてドレスデン草案六八八条との関係で紹介されている限りでは、以上の法文だけであるが、ドレスデン草案一〇三〇条との関係で、さらにいくつかの規定が参照されている。それらについては、第三節で取り上げる。

次に、職業として助言する場合については、ドレスデン草案六八八条二項は、明文で、職業(Beruf)によって義務づけられた配慮を怠った場合の助言者や推薦者の責任を規定している。

ＡＬＲは、一部一三章二二〇条で、専門家について、同二二一条では、専門家でない者についても、代金や報酬と引き換えに助言した場合には、軽過失(mäßiges Versehen)について責任があると規定している。準備草案によれば、こ

こで規律されている、代金や報酬と引き換えで助言する場合を、契約関係が存在する場合と理解する見解が存在するようである。[18] 第一草案の理由書によれば、さらに、先に紹介した同二一九条も含めて、契約に基づく責任と理解されているようである。[19]

バーデンラント法も、先に紹介したように、一三八一条acで、専門家として助言者が問い合わせを受けた場合には、助言者は助言に際しての不手際について責任があるとしている。この場合も、専門家が公的な認可を受けた者であり、それゆえに責任が発生するのか、それとも、契約関係が前提とされた契約関係に基づく責任であるのかは条文からは不明である。

ABGB一三〇〇条も、専門家について、報酬と引き換えにその技術や知識について助言した場合には、その過失について責任があるとする。この場合も、ALRの場合と同じように、契約関係に基づく責任であると考えられる。[20]

チューリッヒ私法典も、一一六二条で、職業上注意深く助言する場合の過失責任を規定している。準備草案で紹介されている、同法典の起草者の一人である Bluntschli の述べているところによれば、[21] 助言者が、たとえば、法律コンサルタント、エンジニアなどの職業を営み、その知識と職業に属する事柄について助言を求められ、そして助言を与えた場合には、専門家に当然のこととして前提される注意を払わなければならない。そうせずにこの信頼を裏切って損害を与えた場合には、助言者は過責 (Verschulden) に責任があるという。

ザクセン民法典一三〇一条二文も、職業によって助言・推薦する義務がある場合には、過失について責任があるとしている。

以上の職業として助言する場合については、各法典の条文だけからでは、その責任の根拠がはっきりしない。契約関係が存在している場合が多いようにも思われるし、そうでなくとも、特に、専門家の助言の場合には、公的な認許

を受けているのではないかと思われる。

契約に基づく助言については、さらに次のような規定がある。

ドレスデン草案六八八条二項は、契約によって負った配慮義務を怠った場合の責任を規定している。[22]

バーデンラント法一三八一条aaは、一定の法律行為(bestimmtes Rechtsgeschäft)についてある人が不利益をあたえないことを保証して(unter Versicherungen der Unnachtheiligkeit)推薦した場合、同条abは推薦に際して財貨や人の性状を保証した場合の責任を規定している。また、チューリッヒ私法典一一六二条は契約にしたがって(vertragsmäßig)助言する義務がある場合の過失責任を規定する。ザクセン民法典一三〇一条もほぼ同じ趣旨のことを規定している。さらに、ヘッセン草案では明文の規定を欠くが、その理由書において、賠償についての特別な契約(Stipulatio)に基づく場合、つまり、損害賠償について義務を負っている場合には責任があるとする。[23]

これらの諸法典においては、特に専門家の責任をめぐっては公務上の義務に基づく場合と契約上の義務に基づく場合が交錯し、その理解を困難にしていると思われる。

第二節　BGB六七六条の立法過程[24]

一、第一委員会

よく知られているように、債権法の準備草案の作成を担当したv. Kübelの病気のために、BGB六七六条にあたる部分については、ドレスデン草案六八八条が審議の基礎とされた。それは次のような規定である。

委任は委任者あるいは第三者の事務に関するものでなければならない。しかし、同時に受任者がその事務に関係していても構わない。ある者が、他人に、専らその他人の利益のためになした委任は、ただ助言あるいは推薦と理解されるにすぎない。

ある者が他人の助言あるいは推薦にしたがったことにより損害を受けた場合には、その他人が賠償義務を負うのは、彼が悪意で、あるいは公務上の義務、職業、契約によって課せられた配慮を怠って助言あるいは推薦した場合である。

これに対して、Windscheid は、一八八三年六月二五日の会議で規定を削除するという提案をした。審議の結果、第一項は、学問に関する、制定法に規定するには適さない原則を含んでいるとされ、第二項については、過失についても責任を負うべきであるとする見解が理論的にも実務上も主張されていることにかんがみて、悪意に限ることは重要なことであり、明確に規定するべきであるとされた[25]。

第一草案の理由書では、助言者の責任についての原則が明瞭に説明されている。自発的なものであれ求められてなしたものであれ、助言、情報の提供、推薦は、それ自体としては拘束的なものではない。義務を負う意思は通常なく、助言や推薦を受ける者は、彼がそれにしたがう場合には、自分の危険で行動しているという[26]。例外は、悪意に基づく場合、明示あるいは黙示の（stillschweigend）契約によって助言や推薦がなされ契約の一般原則から責任が発生する場合（報酬がある場合を典型としている）、公務員が公務上の義務から助言しなければならない場合である[27]。ここでいう契約に基づく責任には、営業や職業として助言や推薦をする場合も含まれている[28]。

このような審議を経て、委員会草案として帝国宰相に提出された後に、次のような形で第一草案の六〇四条として、その理由書とともに、一八八八年に公表された[29]。

他人に助言あるいは推薦をした者は、他人に対して、その助言あるいは推薦にしたがったことにより発生した損害について、契約関係あるいは公務上の義務に基づいて別の責任が生じない限り、悪意で行為した場合にだけ責任がある。

二、第二委員会(30)

当初は、不法行為の部分に規定するというStruckmannの提案が委員会によって承認された。Struckmannの提案(31)に対しては、この規定の意味は悪意に基づく責任を規定することにあるのではなく、助言や推薦を与えそれが受領されることだけでは、助言者等が適切な配慮をして助言する義務を負うという契約は成立せず、相手方も助言等にしたがう義務を負わないことを規定することにあり、このことは契約論に属し、その内的な類似性から委任の章で規定するか、あるいは不法行為の章で規定することは余計なことなので削除するべきであるという反対がなされたが、結局、そもそも削除してしまうことについては、過失、少なくとも重過失について責任があるという学説や実務において争いのある見解を否定する必要から反対され、規定の位置については、不法行為に規定することが妥当とされた。

ところが、不法行為に関する規定を審議する際に、第一草案の七〇五条(BGB八二六条にあたる規定である)が、良俗違反の場合には悪意の場合だけ賠償義務が発生するという形に改められたために、第一草案の六〇四条を不法行為で規定することは余計なこととなってしまった。というのも、六〇四条は、助言を過失でなした場合には良俗違反ではないことを規定することに意味があったからである。しかし、助言している者は、黙示の意思表示に基づいて助言する際に配慮義務があり、したがって過失について責任があるとする見解を否定するために明示の規定がやはり必要であるとされて、規定の内容が契約上の義務を承認しないことであり、委任と類似していることから、再び、委任の部分に次のような規定が置かれていることになった(33)。

他人に助言あるいは推薦をした者は、契約関係あるいは不法行為に基づいて生じる責任は別として、その助言あるいは推薦にしたがったことによって生じた損害を賠償する義務を負わない。

ここで、注目するべきは、公務上の義務についての言及がなくなったことである。このことについては、不法行為の部分に規定されているBGB八三九条の立法過程にかかわるので、次節で取り上げることにしたい。

第三節　ドレスデン草案一〇三〇条

前節で紹介したように、ドレスデン草案一〇三〇条は、公的に任命された専門家についての悪意・重過失責任を規定している。この規定は、ドレスデン草案六八八条以外に不法行為の部分でも審議の基礎とされている。

準備草案においては、まず、普通法の学説と実務についての総括、諸法典の立法、特に、ザクセン民法典一五〇八条、ヘッセン草案六八五条、バイエルン草案九五四条が紹介された後に[34]、ドレスデン草案一〇三〇条は余計なもの (entbehrlich) であるとする短いコメントが付けられている。専門家と損害を受けた者の間に契約関係がある場合には、専門家の責任は雇用契約や委任契約の原則にしたがって規律されるし、それ以外の場合には、被害者は不法行為の規定を介して損害賠償を請求することができるという[35]。

このような準備草案を受けて、BGB八三九条にあたる第一草案七三六条が作成されたようである[36]。その理由書の中で、公的な認許を受けた専門家の場合についての言及がある。

それによれば、諸法典に存在する公的な認許を受けた専門家の責任についての規定は、ローマ法の測量師 (mensor) の

責任に由来するものである。本稿でもすでに紹介したが、ローマ法では、測量師と依頼者の関係は契約関係とは理解されていなかったために、測量が誤っていた場合については、測量師の悪意と重過失に限って不法行為訴権が承認された。そして、この訴権は、測量師に測量を依頼したのではない第三者にも与えられた。しかし、一九世紀後半の理論と実務においては、測量師と依頼者の間の関係は労務契約の原則にしたがい軽過失についても責任が承認され、ただ、第三者が損害を受けた場合については、なおこの訴権は有用とされ、専門家、特に国家的な認可を受けて公衆にその労務を提供している者に類推適用された。

以上のような認識を前提として、第一草案の理由書は、専門家が刑罰に値する場合や契約上の義務を実行しない場合にも重過失についてだけ責任があるとすることは、不当であるとし、他方で、専門家について第三者が損害を受けた場合にも責任を承認することは、特別な市民法上の不法行為を作り出すことであり、認められないし、必要もないとする。さらに、公的に任命された場合と、公務員である場合を同じに扱うことも妥当でないとしている。(37)

(1) *Schubert*, Vorentwürfe, Recht der Schuldverhältnisse II, S. 792 ff. BGB六七六条については、ドレスデン草案が審議の基礎とされ、審議の資料としてドレスデン草案の起草理由、諸立法と諸草案、学説と実務の状況が、起草補助者によって紹介されている。*Ders.*, Vorentwürfe, Recht der Schuldverhältnisse I, XII f.

Benno Mugdan, Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2 Recht der Schuldverhältnisse, Neudruck der Ausgabe Berlin 1889, Aalen 1979, S. 310 = Motive II, S. 555 も審議の際に参考にされた諸法典、諸草案の条文を挙げている。

(2) *Schubert*, Vorentwürfe, Recht der Schuldverhältnisse II, S. 794 ff. チューリッヒ私法典の条文については、*Mugdan* II, S. 310 で、一一三一条、一一三二条があげられている。チューリッヒ私法典の条文を準備草案以外の方法では確認していないため、その理由については不明である。

(3) *B. Francke* (Hrsg.), Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, Dresden 1866, Nachdruck Aalen 1973も参照している。F・ヴィーアッカー、鈴木禄弥訳、近世私法史、創文社一九六一年五五八頁以下参照。

(4) *Hans Hattenhauser* の序文と、*Günter Bernert* による参考文献が付けられたAllgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, Textausgabe, Frankfurt a. M. 1970; *H. Rehbein und O. Reincke*, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten nebst den ergänzenden und abändernden Bestimmungen der Reichs- und Landesgesetzgebung 2. Bd. 5. Aufl., Berlin 1894; *Koch*, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten 2. Bd. 5. Ausg., Berlin 1875も参照した。

ALRは、自然法思想にしたがった啓蒙的絶対主義を代表する法典で、封建制の要素を残存させていることは否定できないとされる。ヴィーアッカー、近世私法史四一〇頁以下、ハインリッヒ・ミッタイス、世良晃志郎・広中俊雄訳、ドイツ私法概説、創文社一九六一年、三三頁以下、石部雅亮、外国法の学び方――ドイツ法4、法学セミナー一九七四年四月号一五九頁。

(5) バーデンでは、一八〇九年以来、フランス民法典(code civil)をドイツ語訳しバーデン固有法を斟酌した法典が施行された。ヴィーアッカー、近世私法史、四三七頁以下、ミッタイス、ドイツ私法概説、四〇頁、石部、法学セミナー一九七四年六月号一五五頁。

H. Jacoby, Die Kreditkundigung nach ihrer wirstschaftlichen und rechtlichen Seite, Berlin 1891, S. 83によると一三八一条a――aeは、一八七〇年代中ごろに追加されたようである。

(6) 一八一一年に公布された法典で、これも啓蒙期絶対主義下の立法であり、自然法思想の影響を受けている。ヴィーアッカー、近世私法史、四二二頁以下、ミッタイス、ドイツ私法概説、三五頁、石部、法学セミナー一九七四年四月号一五五頁、六月号一五九頁。

(7) 一八五三――一八五五年に公布された「歴史法学派のもっとも美しい成果」とされる法典の一つである。ヴィーアッカー、近世私法史、五二六頁、クラインハイヤー、ドイツ法学者事典三四頁以下参照。

(8) Neudrucke Privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts Band 4 Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863/1865, Aalen 1973も参照している。「来たるべきドイツ法典の先駆者であり、かつ、その総舞台稽古であった」とされる。ヴィーアッカー、近世私法史、五五九頁。

(9) Neudrucke Privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts Band 3 Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern 1861-1864 mit Motiven, Aalen 1973も参照している。

(10) *Werner Schubert* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch für das Großherzogthum Hessen Entwürfe und Motive (1842-1853) Band

5: 4. Abteilung (Schuldrecht) Entwürfe und Motive von 1853, Frankfurt a. M. 1986 も参照している。

(11) ドレスデン草案六八八条二項、ALR一部一三章二一八条、バーデンラント法一三八一条ａｃ（求められて助言した場合が前提になっている）、ABGB一三〇〇条、チューリッヒ私法典一一六一条一文、ザクセン民法典一三〇一条一文、バイエルン民法草案二部六八七条、ヘッセン草案二編二六七条二項二文。*Schubert*, Vorentwürfe, Recht der Schuldverhältnisse II, S. 794 が紹介するドレスデン草案の審議からすれば、このような原則を規定することは余計な強調であり、例外だけを規定すれば十分であるとされたようである。

特に推薦については、さらに、ALR一部一四章二〇七条（この法文は、BGBの立法過程に関する資料では引用されていない）、バーデンラント法一三八一条ａａ、チューリッヒ私法典一一六一条二文。

(12) ドレスデン草案六八八条二項、ALR一部一三章二一八条、ABGB一三〇〇条、チューリッヒ私法典一一六二条、ザクセン民法典一三〇一条一五〇四条（この規定は、不法行為の部分に規定されている）、バイエルン民法草案二部六八七条、ヘッセン草案二編二六七条二項二文。これらの規定では、悪意を表現するために、arglistig, wissentlich, absichtlich, unredlich, eine Unredlichkeit という言葉が使用されている。

なお、ザクセン民法典について *Schubert*, Vorentwürfe, Recht der Schuldverhältnisse II, S. 797 に記載されているところによれば、意図的に損害を与えるような推薦をした場合の責任を発生させる要素は、推薦者が、相手方を推薦によってそれに相応した作為をする、あるいはしない気にさせるという意識を持って行為し、その際に、そのような作為あるいは不作為が、その相手方に害を与えることを知っていたことであるという。

(13) ドレスデン草案六八八条一項、ALR一部一三章二一七条、チューリッヒ私法典一一六〇条二項、ザクセン民法典一三〇〇条三文、バイエルン草案二部六八六条二項、ヘッセン草案二編二六七条二項一文。*Schubert*, Vorentwürfe, Recht der Schuldverhältnisse II, S. 793 が紹介するドレスデン草案の審議からすれば、六八八条で使用されている「委任 (Auftrag)」という言葉は、技術的な意味と、事実上、つまり外面的な現象だけから委任であるが、法的な意味としては委任ではない事象を表現する場合との二通りがある。ローマ法は「あなた」のための委任と助言を区別し、前者については行為の動機である場合には責任を発生させたが、ここでは、それらを同じに取り扱い、たとえ行為の動機であったとしても、いずれにせよ責任を発生させることはないという。

(14) *Jacoby*, Krediterkundigung, S. 83 は、バーデンにおける助言者の責任に関する厳格な規定は失敗であり、取引上の必要に一致し

ない見解が立法上勝利したことが注目に値するという。Vgl. *Fritz Jost*, Vertragslose Auskunfts- und Beratungshaftung, Baden-Baden 1991, S. 34 f.

ここで経済面に目を向ければ、一八七〇年代初頭は好況であり、泡沫会社設立期と言われている。それに続く一八七三年からは、十数年におよぶ、いわゆる「大不況」である。この時期が、ドイツでは、産業資本から金融資本への過渡期とされる。戸原四郎、ドイツ金融資本の成立過程、東京大学出版会一九六三年、一四五頁以下参照。

(15) ドレスデン草案については、注13参照。Entwurf eines BGB für Bayern, S. 513；また、ザクセン民法典の教科書である *Eduard Siebenhaar*, Lehrbuch des Sächsischen Privatrechts, Leipzig 1872, S. 663 によれば、このような場合は、信用委任の規定でカバーされているために規定されていないという。

(16) *Schubert*, Vorentwürfe, Recht der Schuldverhältnisse II, S. 795；*Rehbein u. Reincke*, II, 1, 13, § 223 Anm. 87 (S. 99). Vgl. *Jost*, Vertragslose Auskunfts- u. Beratungshaftung, S. 31 f. Anm. 97.

(17) *Schubert*, Vorentwürfe, Recht der Schuldverhältnisse II, S. 798；Entwurf eines BGB für Bayern, S. 513.

(18) *Schubert*, Vorentwürfe, Recht der Schuldverhältnisse II, S. 795.

ここで承認されている契約の成立についても、判例に関して第三章第二節四で触れた問題と同じ問題がある。第三章注13、14参照。

(19) *Mugdan* II, S. 310.

(20) *Mugdan* II, S. 310.

(21) *Schubert*, Vorentwürfe, Recht der Schuldverhältnisse II, S. 796 f. *Bluntschli* については、クラインハイヤー、ドイツ法学者事典三三頁以下参照。

(22) *Schubert*, Vorentwürfe, Recht der Schuldverhältnisse II, S. 792 ff. の紹介するところによれば、助言者が結果について約束した場合についての責任を規定することが提案されていたが、このような責任は当然のことであるとして規定されなかったようである。

(23) *Schubert*, BGB für Hessen V, S. 107.

(24) *Horst Heinrich Jakobs u. Werner Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse III §§ 652 bis 853, Berlin 1983, S. 35 ff.

(25) ここで念頭にあるのは、支払能力や信用状態の照会という事例である。*Jakobs/Schubert*, Beratung, Recht der Schuldverhältnis-

se III, S. 35; *Mugdan* II, S. 310.

(26) *Mugdan* II, S. 310.

(27) しかし、その責任の範囲については、公法が判断するという。

(28) *Jakobs/Schubert*, Beratung, Recht der Schuldverhältnisse III, S. 35; *Mugdan* II, S. 310.営業や職業としての助言や推薦も契約の事例として理解されているために、専門家についてのALR二一九条——二二一条、ABGB一三〇〇条のような特別の規定は不要であるという。注18、19、20参照。

(29) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung, Berlin 1887, S. 167/ Berlin und Leipzig 1888, S. 132: Wer einem Anderen einen Rat oder eine Empfehlung ertheilt hat, haftet für den Ersatz des dem Anderen aus der Befolgung des Rates oder der Empfehlung entstandenen Schadens nur dann, wenn er arglistig gehandelt hat, sofern nicht aus einem Vertragsverhältnisse oder aus einer Amtspflicht eine weiter gehende Haftung sich ergiebt.

(30) *Jakobs/Schubert*, Beratung, Recht der Schuldverhältnisse III, S. 44 ff.; *Mugdan* II, S. 959 f. (= Protokolle S. 2341 f.; S. 2901 ff. = II, S. 380; 664)

(31) 帝国司法省が設置した第二委員会のための準備委員会でも、*Struckmann* は、一八九二年九月二一日の会議で、表現を少し変えて不法行為の部分で規定することを提案し、賛成を受けている。*Jakobs/Schubert*, Beratung, Recht der Schuldverhältnisse III, S. 43 f.

(32) 本文ですでに紹介したように、第一委員会では黙示の契約の場合には助言によっても契約が成立するとされ、ここでも同じ言葉が使用されている。二通りの理解が可能であるように思われる。前者の黙示の契約とは、報酬と引き換えの場合のように、意思表示が推定される場合であるのに対して、ここでは、助言をし、それが受領されたというだけの事実、つまり、意思表示を推定させない事実しかないにもかかわらず、契約を擬制する場合が考えられていると理解するか、あるいは、第二委員会では、黙示の契約を承認しない分だけ契約の成立する範囲が限定されていると理解するかである。*Werner Lorenz*, Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft, Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 577 f. は、後者の理解のようである。Vgl. *Michael Bohrer*, Die Haftung des Dispositionsgaranten, Ebelsbach 1980, S. 21; *Jost*, Vertragslose Auskunfts- u. Beratungshaftung, S. 39 Anm. 130.

(33) Wer einem Anderen einen Rath oder eine Empfehlung ertheilt hat, ist unbeschadet der aus einem Vertragverhältniß oder aus einer unerlaubten Handlung sich ergeben Haftung, zum Ersatze des aus der Befolgung des Rathes oder der Empfehlung entstandenen Schadens nicht verpflichtet.

これにわずかの修正を加えて一八九五年一〇月二一日に全体委員会で確定され、連邦参議院に提出された草案（EII rev）と一八九六年一月一七日に帝国宰相が帝国議会に提出した草案（EIII）は、現在のBGB六七六条と同じである。*Jakobs/Schubert*, Beratung, Recht der Schuldverhältnisse III, S. 45. 久保正幡先生還暦記念、西洋法制史料選III近世・近代、創文社一九七九年二七六頁以下参照。はじめに注10参照。

(34) *Schubert*, Vorentwürfe, Recht der Schuldverhältnisse III, S. 1000 ff. ザクセン民法典一五〇八条は、不法行為の部分に規定されているが、そこでは、公的に任命された専門家に関して、鑑定や評価に際しての悪意あるいは重過失についての責任が規定されている。準備草案の記載によれば、その理由書において、次のことが指摘されているという。つまり、この規定は、私人として一般的にであれ特別な場合についてであれ義務を負わされた専門家は、軽過失について責任があることを示すためのものであり、同じことが、公的に任命された専門家が公的な職務とは関係のない目的のために私人から助言を求められた場合にも当てはまるという。

ヘッセン草案六八五条やバイエルン草案九五四条も、専門家や鑑定人に関して悪意（absichtlich）と重過失（aus grober Nachlässigkeit）あるいは不誠実（Unredlichkeit）や通常の注意を怠ったこと（Unterlassung gewönlicher Aufmerksamkeit）についての責任を規定している。*Schubert*, BGB für Hessen V, S. 266 によると、契約の存在が前提となっているのではなく、公務ゆえに行為している場合が念頭に置かれている。Entwurf eines BGB für Bayern, S. 291 でも公務との関連が述べられている。

(35) *Schubert*, Vorentwürfe, Recht der Schuldverhältnisse III, S. 1002. ここでは、第一委員会の編集委員会（Redaktionsausschuß）の決定による債務法規定集成（Zusammenstellung）の条文をさしていると思われるが、後に第一草案七〇四条になる不法行為についての一般的な規定である一四五条に加えて、同七〇五条になる良俗に反する（gegen die guten Sitten verstößt）行為についての一四六条と刑法の偽証や健康診断書偽造についての規定が挙げられている。

(36) BGB八三九条は、公務上の義務に違反した場合についての公務員（ein Beamter）の責任について規定している。この規定にあたる第一草案七三六条でも公務員が前提とされている。したがって、助言者の責任が発生する例外とされた公務上の侵害の中、公務員である場合については、この規定でカバーされることに疑いはない。

(37) *Mugdan* II, S. 462 f. (=Motive II, S. 827 f.); *Jakobs/Schubert*, Beratung, Recht der Schuldverhältnisse III, S. 1002 f.

むすびに代えて

多少冗長になった感のある以上の叙述の大筋だけを簡単にまとめれば、次のようになろう。

一九世紀のドイツ普通法学においては、助言者は助言の結果について責任を負わないことが原則とされた。このことは、一九世紀における判例や立法にも共通しており、BGBの立法過程でも前提とされた。

その例外として、助言者に悪意がある場合に責任が発生することには争いがない。

ローマ法文に存在する「わたしが委任しなければ、あなたが行為しなかったであろう場合」という例外については、学説においては、「あなた」のための委任と助言との区別とも関連して争いが存在したが、契約に基づいて特別に責任を負担したのではないかぎり、助言者の責任を否定する見解が有力のようである。判例、諸法典においても、この責任は否定され、BGBの立法過程でも同じである。

公務上の義務がある場合については、専門家との関連で問題があることを除けば、学説、判例、諸法典、BGBの立法過程いずれにおいても、過失について責任を承認する見解が有力である。

職業上の義務がある場合については、特に、専門家の場合が問題になっているようである。これについては、専門家との関係で後で触れることにしたい。

契約がある場合については、まず、助言の結果について責任を負うことを約束した場合には、学説において、ThibautやNeustetelのような見解があったものの、Hepp以降では一般的に契約の一般原則にしたがって助言者の責任が承認され、判例、諸法典、BGBでも承認されている。助言する契約の場合には、過失責任が認められるが、判例において、契約の成立をめぐって、取引関係がある場合には特別な配慮をしたり、銀行が専門家であることに着目して銀

行の責任を承認するという動きが注目に値する。

専門家の場合については、公務上の義務の侵害と契約上の義務の侵害が交錯している。専門家が助言する場合には、学説は、契約関係が存在する場合と重なり合っていると理解することが多いようである。判例は、少なくとも契約の成立を推定するようであり、先に指摘したように、銀行が専門家であることを強調するものもある。BGBでも、ALRやABGBの規定の理解からすれば、契約の成立を推定していたように思われる。契約関係がない場合についても、公務上の義務との関係から、測量師に対する訴権を利用して専門家の責任を承認する見解が学説や判例に見られ、いくつかの法典も規定していたが、BGBは規定の必要性を認めず原則を損なう例外であるとして採用しなかった。最後に、商人の推薦については、若干の例外はあるものの、その責任を否定するのが支配的である。

このような近代法における判断を現代に適用してみると、次のような問題が浮かびあがってくる。

近代法の原則からすれば、助言による責任を承認できるのは、契約の成立が承認されるか、あるいは、不法行為が成立する場合でなければならない。

まず、契約の成立についてであるが、これをどのように理解するのかが一九世紀のドイツ普通法における議論を分かり難くしているように思われる。特に、助言が報酬と引き換えになされた場合や営業としてなされた場合、助言者と助言を受ける者の間に取引関係がある場合、助言者が専門家である場合が問題である。たしかに、判例や学説が承認しているように、意思表示が存在し、助言についての契約が承認される場合も多いであろう(1)。しかし、それが推定にとどまり意思が現実に存在することを必要とするのと、現実に意思が存在することは必要ではなく意思表示が擬制されているのとでは大きな違いがある。擬制である場合には、それは、契約という形式を借りて、契約とは別の根拠から責任を肯定していることになる。近代法の原則が、助言者の責任を肯定する際に契約を要求するにもかかわらず、

それを無視するのであれば、その責任を根拠付ける十分な根拠が示されなければならないはずである。[2]

不法行為については、助言者に悪意があった場合については問題ないが、それ以外の場合には問題がある。一九世紀のドイツ普通法においては、測量師に対する訴権との関係で、例外的に、しかも補充的に、一定の範囲の(おそらく、公務と関係している)助言者について責任を肯定する可能性が存在した。これに対して、BGBの起草者は、このような責任について、その必要性を否定し、体系的にも承認できないものであるとしている。いずれにしろ、悪意でない助言者の不法行為責任は例外でしかない。つまり、仮に一九世紀のドイツ普通法にしたがって助言者について不法行為責任を承認するとしても、それはあくまで一定の範囲の助言者にだけ承認される例外でしかない。

もちろん、すでに一九世紀の末に取引関係や専門性を強調したRGの判決、契約の擬制や信頼という観点を持ち出す現代ドイツの学説、専門知識のある者の助言責任を承認する可能性を示唆した最近の日本の判例などが指摘している問題を、近代法の原則に形式的にしたがって判断し、助言者の責任を否定してしまうわけにはいかないであろう。しかし、妥当と思われる解決を、近代法の原則に強引に接合することも、問題の本質を不透明にするだけである。それは近代法の価値基準とは異なる基準によって導かれた結論を、近代法から導かれたかのように装うことでしかない。

では、近代法の原則、すくなくとも、本稿で確認したような近代法の一つの典型である一九世紀のドイツ普通法における判断をそのまま適用したのでは解決できないと思われる現代的な問題にどのように対処すればよいのだろうか。それへの解答は今後の検討課題とせざるを得ない。[3] しかし、近代法を基準として現代を見るという視点は重要であると思う。近代法をまったく放棄してしまうことは、近代法とは異なる新たな解決を提案する者の任意の観点を解決の基準とすること、あるいは、現状への批判的な観点を失い、それをただ追認し説明するだけのことになりかねない。近代法とのつながりを失った解決は、場当り的な解決にしかならないと思われる。

(1) 第三章第二節四、同章注13、14、第四章注18、28、32参照。

(2) はじめに　注5、6で挙げた文献は、このような試みの一つとして理解できよう。ただし、それらのすべてにおいて、近代法の原則との関係が十分に検討されているのかは疑問である。

(3) 助言者の責任について本稿で確認したような歴史的に実在した法的な判断をそのまま適用したのでは不十分とされる現代的な問題に対処するには、二つの問題を区別する必要があるように思われる。一つは、既存の法では不十分とされた問題について、その当時、つまり、ここでは、一九世紀のドイツ普通法において、どのように対処すべきであるとされていたのかを確認し、そのようなやり方で、現代的な問題について、どこまで既存の法体系と整合的な形で対処することができるのかという問題と、そのようなやり方によってもなお不十分とされる場合、つまり、まさしく近代法の限界であると思われる場合に、どのような対処をするのかという問題である。

さらに、きわめて困難な作業であることが予想され、本稿では検討する余裕のなかった、近代法の原則を支える社会的な背景を確定することも、現代との比較をする上では不可欠である。