

委任契約と医療契約

—債権法改正でその関係は変わるのか—

村 山 淳 子

第1章 序論

- 1 本稿の問題意識
- 2 本稿の目的
- 3 本稿の方法

第2章 委任契約に関する一般的理解

- 1 委任契約とは
- 2 継受の混乱と社会的汎用—「接ぎ木」継受から、広汎な社会的作用の担い手へ
- 3 契約各論体系における位置づけ

第3章 規範選別作業において留意すべきこと

- 1 性質の異なる規範の混在ということ
- 2 委任契約の「希釈化」ということ
- 3 委任契約論と医療契約論の焦点のズレということ
- 4 実際の適用頻度の差ということ

第4章 規範選別作業—委任規定に沿わせる形で

- 1 善管注意をもって事務処理を行うべき受任者の義務
- 2 受任者の報告義務
- 3 受任者の受取物引渡・権利移転義務、私用消費金銭の利息支払義務・損害賠償義務＝忠実義務に由来する利得の吐き出し規範群
- 4 委任者の報酬支払義務
- 5 委任者の費用前払義務、費用等償還義務、必要債務の代弁済・担保提

供義務、損害賠償義務＝利他性を理由とする経済的不利益等負担規範群

6 任意告知権

- 7 (任意告知以外の)契約の終了原因＝属人的信頼に基礎づけられた当然の終了原因

第5章 結論(現行法制下では)

- 1 規範選別結果の確認
- 2 委任契約と医療契約の関係

第6章 債権法改正でその関係は変わるのか

- 1 準委任契約の限定的再定義、そして「役務提供契約」の新設—遠い距離にある受け皿の交換—
- 2 新しい受け皿のこれまでと違うところ
- 3 請負契約の限定的再定義の影響

第1章 序論

本稿の研究内容は、着想自体は前作「医療契約論」¹⁾のほとんど端緒を切ってなされたものの、完成し結論をみたのは前作完結直後となった²⁾。典型医療契約類型が未定立である時点で、その反射としての³⁾受け皿類型の実像を

(1) 拙稿「医療契約論—その実体的解明—」西南学院大学法学論集38巻2号(2005年)61頁以下、「医療契約論—その典型的なるもの—(1)～(3・完)」西南学院大学法学論集42巻3・4合併号(2010年)193頁以下、44巻2号(2011年)61頁以下、44巻3・4合併号(2012年)33頁以下参照。

(2) 委任契約と医療契約の関係をあきらかにする作業は、同論文「実体的解明」で必要性が認識され(80頁参照)、同論文「典型的なるもの」完結まで相互にフィードバックを繰り返しながら並行して作業を進行させたものである。

(3) このような発想は、後述債権法改正案における役務提供契約の新設手法(民法(債権法)改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本指針V各種契約(2)』(商事法務、2010年)6頁参照)にもみられる。なお、委任契約を雇用・請負の一般原則ととらえる一木孝之氏も、「契約としての雇傭および請負の実像をそれぞれ確立し、その反射として委任との区別を確立すべき」としていた(一木孝之「委任の無償性—その史的系譜(一)」早稲田大学大学院法研論集89号(1999年)47頁)

完全にはとらえられなかったためである。

本稿では、折しも待機中に発生した債権法改正論議⁴⁾の影響の(ごく僅少にとどまることの)確認を加え、前作および本稿を含めた内容を総括した学会報告⁵⁾をふまえたうえで、独立のテーマとして取り扱う。

1 本稿の問題意識

非典型契約の法的処理の方法については、統一的な見解が存在しているわけではない⁶⁾。

しかし、典型化に積極的な近時の典型契約理論⁷⁾、ある契約の処理を考えるにあたり、まずは既存の典型契約の適用を考え、それが困難な場合に、当該契約と関連のありそうな典型契約を取り上げ、そこから導かれる構成

(4) 民法学者を中心とした学者有志からなる研究グループ、民法(債権法)改正検討委員会が、2006年に発足して検討作業をスタートし、2009年に民法(債権法)改正検討委員会編『債権法改正の基本指針(別冊N B L 126号)』(商事法務、2009年)を公表した。資料として、同書、民法(債権法)改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本指針I～V』(商事法務、2010年)、またその後の法制審議会での議論につき商事法務編『民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』(商事法務、2011年)等のほか、他の研究会、実務家団体、個々の関係者、またそれ以外の著者の文献やパブリック・コメントも多数存在している。本稿では、上記委員会の試案を債権法改正案(ないし改正案)、その後の法制審議会の論点整理を中間論点整理と表記する。

(5) 報告の概要は私法75号(2013年)に掲載予定である。

(6) 石川泰久＝雑賀広規＝坂駿平＝森本昌宏「非典型契約の法的処理に関する考察と提言」『法律学研究』47号(2012年)228頁等参照。なお、後述の債権法改正案では、一般的な受け皿規定でこれらを処理する方向性にある(民法(債権法)改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本指針V各種契約(2)』(商事法務、2010年)6頁参照)。これに対し、河上正二「診療債務について(覚書)」『法学』74巻6号(2011年)756頁は、一般化による紛争解決指針の貧弱化を指摘する。

(7) 伝統的な民法学説は典型契約の意義について消極的態度を示してきたが、近年、これを積極的に評価する一連の理論的動向が有力に存在している(河上正二「契約の法的性質決定と典型契約」加藤一郎古稀記念論文集下(1992)275頁以下、大村敦志「典型契約と性質決定」(1997、有斐閣)304頁以下、山本敬三「契約法の改正と典型契約の役割」別冊N B L 51号(1998)4頁以下、7頁以下、石川博康『「契約の本性」の法理論』(有斐閣、2010年)等。学説状況および他の参考文献については、拙稿・前掲注(1)「典型的なもの(1)」196頁以下を参照されたい。前作「医療契約論」はこの理論動向を前提に、解釈論上の典型医療契約の定立を行うものであった。

要素を基礎としながら、当該契約の処理に適切な契約類型を構成して、新たな典型契約を定立するという方法論を提示している⁸⁾(そのような典型契約が発見できなければ、一般的な法律行為の解釈・補充にしたがうことになる)。

この方法を医療契約に妥当させるならば、拠って立つ契約類型は、委任契約ということになるだろう⁹⁾。ほかに考える候補として¹⁰⁾、継続的契約¹¹⁾や双務契約のような抽象度の高い横断的類型もあるが、しかし具体性に乏しく、典型契約として同レベルで論ずるのには適していない。また、専門家契約¹²⁾や役務提供契約¹³⁾のような新類型は、現時点では成熟度や安定感に不足がある。契約類型としてレベル・内容ともに近接し、しかも現在の

(8)大村・前掲注(7)354頁

(9)距離感の差はあれ少なくとも委任契約が最も近いという認識において医事法関係者の見解は一致している(増田聖子「日本における医療契約の現状と課題／シンポジウム医療契約を考える—医療事故をめぐって」年報医事法学21号(2006年)37頁(「典型契約の中では準委任契約が最も近い契約類型である」)等)。

(10)本稿の典型契約の概念定義は、拙稿・前掲注(1)「典型的なるもの(1)」200頁以下と同一である。すなわち、「一定の抽象的な契約類型」(大村・前掲注(7)11頁)であり、法定類型・解釈類型を問わない。この意味では委任契約以外の候補も想定可能である。

(11)分類論として重要視され、債権法改正案でも横断的規定として新設されている(【3.2.16.12】)が、民法典での類型的差異の不明確さも指摘されてきた類型で、問題点が多い。

(12)いわゆる「専門家の責任」と呼ばれる一連の研究が不法行為法と契約法を含む民事責任法の領域で展開され、専門家契約(専門家を一方当事者とする契約)はその一翼を成す。専門家の例として医師・弁護士・司法書士・公認会計士・税理士・建築士・不動産仲介業者・委託販売業者等などが挙げられ、共通の特色として、準委任契約であること、情報偏在性、債務内容の不確定性等が抽出されている。しかし、この類型には賛否が分かれ、理論自体未成熟で個々の専門家責任の研究を待つ段階にあるとも指摘される(総合的研究として、川井健ほか『専門家の責任』(日本評論社、1993年)、能見善久「専門家の責任—その理論的枠組みの模索」専門家責任研究会編『専門家の民事責任』(社団法人商事法務研究会、1994年)6頁、鎌田薫「専門家の責任の基本構造」山田卓生＝加藤雅信編『造物責任・専門家責任(新・現代損害賠償講座3)』(日本評論社、1997年)295頁以下等。拙稿・前掲注(1)「実体的解明」65頁以下も参照)。

(13)もともとドイツの債務法改正動向に対応してわが国でも提唱されていた包括的類型であり、後述債権法改正案で新設されている(【3.2.8.01】)。後述第6章で叙述する。

法定類型として十分な安定感をもってこの役割を担いうるのは、委任契約ということになる。

法性決定論争において、準委任契約説が通説として確立したことは、一つの意義あるできごとであった。一面的論法にせよ、ともかくも債務の性質の大きな分類において共通点を有する、法定の典型契約の存在を確認できたことは、上記思考処理において、依拠できる契約類型の発見という意味をもったのである。

2 本稿の目的

本稿は、典型医療契約類型の定立作業の底辺の形成に寄与し、また、その完結の反射を受けて確定しうる研究という位置づけで、委任契約と医療契約の関係をあきらかにすることを目的とする。

これは主として、医療契約規範を、民法の委任に関する規定・解釈が妥当するもの(委任契約共有規範)と、民法の委任に関する規定・解釈が妥当しないもの(医療契約固有規範)に選別する作業として行われる。

このことは、また、医療契約が非典型契約、少なくとも典型化途上の契約であること、そして独自の典型契約として定立すべきこと、つまりは「規律としてのまとまりを有し、独立のカテゴリーを形成するにふさわしいもの」¹⁴⁾の存在の論証をも意味するものである。

そしてさらには、典型化された医療契約を、伝統的な契約各論体系に組み込む作業でもある。というのは、法定の委任契約、さらには債権法改正後の関連契約との関係をあきらかにすることは、民法典上の他の典型契約との繋がりや位置関係をあきらかにすることになるからである。

3 本稿の方法

このような目的を達成するために、本稿は以下のような方法をとる。

すなわち、まず、委任契約に関する民法学の一般的理解を確認し、現行

(14) 潮見佳男『契約各論 I』(信山社、2002年)16頁

契約各論体系における位置づけを明確化する(第2章)。次に、そこから規範選別に繋がりうる視点を抽出しておく(第3章)。そして、上記を前提として、医療契約規範を、委任契約共有規範と医療契約固有規範に選別する作業を行う(第4章)。ここまでを一区切りとして、現行法制下での委任契約と医療契約の関係について、一応の結論を提示する(第5章)。最後に、債権法改正案が与える影響の確認を末尾に加えることで、過渡期の論考としての着地点としたい(第6章)。

ここでは、医療契約そのものについては、詳細の叙述を前作に譲り(参照指示を注記にて行う)、委任契約との比較に必要なかぎりでのみ部分的・概括的に取り上げる。

また、民法典の委任契約に関する規定の沿革(立法・起草過程や母法について)についても、詳細な専門家の研究を注記に付すことで替え、ここでは関連箇所のみを取り上げる。

第2章 委任契約に関する一般的理解

本章では、委任契約に関する民法学の一般的理解を確認する。ここでは全般的・体系的鳥瞰にとどめ、各条文の検討は第4章の規範選別作業にゆずることとする。

1 委任契約とは¹⁵⁾

委任契約は、委任者が受任者に事務処理を委託する契約のことである¹⁶⁾。現行民法典第3編第2章第10節に、1節14条文を設けて規定された法定の典型契約である。基本的内容ないし定義(民法643条)、受任者の義務(同法644条～647条)、委任者の義務(同法648条～650条)、そして委任の終了(同法民法651条～655条)について規律し、最後の準委任規定(同法656条)でそれまでの全規定を法律行為でない事務処理に準用するという体裁をとっている。

委任の対象は、法律行為に限定されず、事務処理全般におよぶ¹⁷⁾。委任が代理を伴うことは多いが、わが民法は(仏民法のような)委任＝代理観も、

そこから導かれる委任対象の法律行為への限定も、現行法では採用していない¹⁸⁾。民法643条が委任対象を法律行為に限定したことは、末尾の準委任規定(民法656条¹⁹⁾)をもって事実上無意味化する²⁰⁾。また実務においても、委任契約の趣旨には両方の要素が混然と含まれていることが多く²¹⁾、取引用語上も区別されていない²²⁾(本稿でも、以下準委任も含めた意味で委任と

(15) 委任契約については、本稿の目的にかんがみ、伝統的注釈書(幾代通=広中俊雄編『新版注釈民法(16)債権(7)』(有斐閣、1989年)206頁以下(明石三郎)、我妻栄=有泉亨ほか『コンメンタール民法 総則・物権・債権』(日本評論社、第2版追補版、2010年)1168頁以下等)に加えて、主要論点に関する近時の研究論文(一本孝之「委任の無償性—その史的系譜(一〜四・完)」早稲田大学大学院法研論集89号(1999年)29頁以下、90号(1999年)51頁以下、91号(1999年)29頁以下、92号(1999)31頁以下、丸山絵美子「契約における信頼要素と契約解消の自由(一〜七・完)」専修法学論集82巻(2001)73頁以下、86号(2002年)55頁以下、89号(2003年)1頁以下、91号(2004年)67頁以下、92号(2004年)89頁以下、95号(2005年)75頁以下、96号(2006年)51頁以下、岩藤美智子「ドイツ法における報告義務と顛末報告義務—他人の事務を処理する者の事後的情報提供義務の手がかりを求めて—(1〜4・完)」彦根論叢327号(2000年)177頁以下、328号(2000年)125頁以下、331号(2001年)185頁以下、337号(2002年)97頁以下等)を主に参照した。ほか、判例評釈、近時では債権法改正関連の文献も多い。

(16) 幾代=広中編・前掲書206頁(明石)、我妻=有泉ほか・前掲書1168頁等多数。

(17) 多数説の見解である。末弘厳太郎『債権各論』(有斐閣、1918年)740頁、鳩山秀夫『増訂日本債権法各論(下巻)』(岩波書店、1921年)606頁、我妻栄『債権各論中巻二(民法講義V3)』(岩波書店、1962年)657頁、星野英一『民法概論IV(契約)』(良書普及会、1976年)271頁、幾代=広中編・前掲注(15)217頁(中川高男)、広中俊雄『債権各論講義(第6版)』(有斐閣、1993年)276頁、我妻=有泉ほか・前掲注(15)1168頁、1169頁、1170頁等多数。

これに対して、委任の対象を法律行為に限定する見解として、三宅正男『契約法(各論)』(青林書院、1978年)下巻945頁、柳勝司「委任契約の概念について」名城法学44巻2号(1994年)13頁以下がある。

(18) 我妻=有泉ほか・前掲注(15)229頁、1168頁以下、1170頁等。代理を伴うことの多い委任・雇用・組合などは、あくまで基礎的ないし内部的法律関係としての位置づけである。

(19) 「この節の規定は、法律行為でない事務の委託について準用する」と規定する。

(20) 一本・前掲注(15)(一)30頁参照。幾代=広中編・前掲注(15)216頁(中川)もほぼ同旨(委任と準委任を区別することは民法の適用上特別の実益がないとする)

(21) 幾代=広中編・前掲注(15)302頁(中川)(だから無理に両者を区別することはかえって概念の混同を招くことであり、実際的ではないとする)、我妻=有泉ほか・前掲注(15)1168頁

(22) 幾代=広中編・前掲注(15)217頁(中川)

呼称する)。

委任契約は「一応」、無償を原則としている。しかし、委任の無償性原則は決して論理必然的なものではなく、ローマ法継受の残滓にすぎないと分析される²³⁾。現実には、いまや有償委任が主要形態である²⁴⁾。訴訟で問題になるのはほとんどが(通常有償である)専門家事務処理契約であり²⁵⁾、委任研究の大半が専門家責任研究で占められてきたのである²⁶⁾。

2 継受の混乱と社会的汎用—「接ぎ木」継受から、広汎な社会的作用の担い手へ

上記2点の組み合わせに関し、比較法的にみると²⁷⁾、委任対象を事務処理一般として雇傭と区別するために委任を無償に限定するドイツ特有のタイプと、委任＝代理観から導かれ²⁸⁾委任対象を法律行為に限定して有償委任をも包含させるフランスに代表されるタイプとが存在するという。わが国の民法典は起草過程での混乱(「比較法の所産」²⁹⁾とか「混合的・選択的継受」³⁰⁾と評される)ゆえに、委任≠代理というドイツ的理解から出発しながら、

(23)一木氏は、委任の無償性について、おもにドイツ法を手がかりに史的系譜を考察し、立法過程でドイツ法の無償性要件を継受しなかったわが国において(いや、無償性を厳格に維持する唯一の国であるといいうるドイツであってさえも)委任の無償性に必然性はないとする(一木・前掲注(15)(四・完)43頁以下参照)。また、佐藤隆夫『債権法各論要説』(勁草書房、1986年)163頁も同旨である(「ローマ法以来の沿革によるという以外には意味がない」)

(24)我妻・前掲注(17)658頁、星野・前掲注(17)273頁、幾代＝広中編・前掲注(15)212頁、219頁(中川)、248頁(明石)(主客顛倒)、広中・前掲注(17)244頁、我妻＝有泉ほか・前掲注(15)1169頁

(25)一木・前掲注(15)(一)31頁。具体的な裁判例については、同論文46頁注(5)に専門家ごとにあげられている。とくに専門家契約における任意告知権についての裁(判例)の状況については本稿後述第4章6をさらに参照。

(26)同論文31頁

(27)沿革および比較法について、幾代＝広中編・前掲注(15)211頁以下(中川)参照。近時では一木・前掲注(15)。

(28)この考え方は、元來委任＝代理とする見解から解釈上導き出されるものである(一木・前掲注(15)(四・完)39頁)

(29)Hozumi,N.,TheNewJapaneseCivilCode(1912)p.22.

(30)北川善太郎『日本法学の歴史と理論 民法学を中心として』(日本評論社、1968年)20頁

委任＝代理というフランス的理解を前提に初めて導き出しうる結論に至るという、内に大きな矛盾を内包した委任立法であると指摘される³¹⁾。

他方で、現代社会において、委任・準委任といいうる契約は広範多岐にわたり³²⁾、その社会的作用は膨大であって³³⁾、なおも適用領域を拓げる傾向にある³⁴⁾。沿革的には、自由業的頭脳の高級労務であったものが³⁵⁾—その性格的親和性はあっても—³⁶⁾この線引きは妥当しなくなった³⁷⁾。さらに近時では、双務契約原則に対する特殊性と便益から、本来的に事務処理の合意がないケースにまで、委任の成立を擬制しようとする実務動向すらみうけられるのである³⁸⁾。加えて、委任における事務処理や信頼関係は他の契約や法律関係に付随して発生することも多く³⁹⁾、委任規定はよく準用の対象ともなる⁴⁰⁾。このように委任契約は、当初の矛盾に満ちた接ぎ木継受から、100年以上もの時を経て、わが国の社会的現実に浸透し得た制度であるともいえるのである。

3 現行契約各論体系における位置づけ

このような委任契約が、現行民法典の契約各論体系において、いかなる

(31) 一木・前掲注(15)(四・完)40頁(「もともと両立し得ないはずの二つの思想が無理矢理両立せしめられたことでねじれが生じ、内に大いなる矛盾を内包している」)

(32) 幾代＝広中編・前掲注(15)217頁以下(中川)の具体例参照

(33) 同書207頁(明石)(具体例も参照)、我妻＝有泉ほか・前掲注(15)1168頁参照。

(34) 同書1168頁等参照。丸山・前掲注(15)(六)94頁の具体例等参照。より広くは、この四半世紀の「サービス経済化」現象がある。

(35) 幾代＝広中編・前掲注(15)3頁以下(幾代)参照

(36) 同書206頁(明石)、我妻＝有泉ほか・前掲注(15)1170頁(委任の性質上、頭脳的な事務がよく対象となるとする)。

(37) 幾代＝広中編・前掲注(15)4頁(幾代)参照

(38) 双務契約原則に対する特殊性と個別事案解決に対する便益から、黙示の契約成立の擬制によって任意告知権や費用償還をみとめようとする実務界の傾向がある(一木・前掲注(15)(四・完)47頁以下等参照)。たとえば、最一小判平10・10・22民集52巻7号1555頁、最二小判平10・10・30判タ991号125頁(最高裁の結論としてはいずれも否定)

(39) 我妻＝有泉ほか・前掲注(15)1170頁。幾代＝広中編・前掲注(15)218頁(中川)参照。

(40) 我妻＝有泉ほか・前掲注(15)1168頁。特に報告義務につき岩藤・前掲注(15)(1)178頁、181頁注(3)参照。

位置を占めるのか、ここでは伝統的通説と(後の債権法改正案に繋がってゆく)有力化説を併せ押さえておく。

(1) 典型契約分類論

民法典の13の典型契約は、その内容や社会的機能に着眼して、概ね以下のように分類されてきた⁴¹⁾。すなわち、①財貨移転型契約(売買・贈与・交換など、所有権その他の財産権の移転を目的とする契約群)、②財貨利用・賃借型契約(消費貸借・賃貸借・使用貸借という、他人の物を利用することを目的とする契約群)、③労務供給(今日的用語法での役務提供)型契約(雇用・請負・委任という、他人の労力を利用することを目的とする契約群)、そして④それ以外の独自の型の諸種の契約である。寄託の分類(③に含めるか⁴²⁾独自の型を立てるか)や、④をさらに細分化するかといった点で、学説の見解にバラツキがでる。

委任契約は、雇傭・請負とともに、労務供給(役務提供)型契約の一つに分類されてきた⁴³⁾(およそどの見解でもこの3類型は一纏めに捉える⁴⁴⁾)。各々特質を有しながら⁴⁵⁾、類似性ないし近似性が認められ⁴⁶⁾、それゆえにこの契約群内部での線引きが難しく曖昧である⁴⁷⁾。

(41) 例えば、我妻栄『債権各論上巻』(岩波書店、1954年)47頁、我妻=有泉ほか・前掲注(15)947頁は、①移転型(所有権その他の財産権の移転を目的とする契約。売買・贈与・交換など)、②賃借型(他人の物を利用することを目的とする契約。消費貸借・賃貸借・使用貸借)、③労務供給型(他人の労力を利用することを目的とする契約。雇用・請負・委任)、④団体型(多数人が集まって団体を構成することを目的とする契約。組合)、そしてその他として、⑤預託型(寄託)、互譲型(和解)、ならびに特殊のもの(終身定期金)とする。また、幾代=広中編・前掲注(15)1頁以下(幾代)は、①財貨交換型(贈与・売買・交換)、②財貨の利用ないし賃借型(消費貸借・使用貸借・賃貸借)、③労務供給型(雇用・請負・委任。寄託については結論を明確に表明していない)、そして独自の型(組合・和解)に分類する。

(42) 寄託を加える見解も多いという(幾代=広中編・前掲注(15)1頁(幾代)参照。具体的にはここでの引用文献参照)。

(43) 我妻・前掲注(41)47頁、幾代=広中編・前掲注(15)206頁(明石)、216頁(中川)、我妻=有泉ほか・前掲注(15)947頁等多数

(44) 幾代=広中編・前掲注(15)1頁(幾代)等多数参照

(45) 我妻・前掲注(41)47頁、我妻=有泉ほか・前掲注(15)947頁

(46) 幾代=広中編・前掲注(15)1頁(幾代)

(47) 丸山・前掲注(15)(七・完)78頁(役務提供契約について)参照

(2) 雇用・請負・委任の関係

① 同じレベルの典型契約の並立(伝統的通説)

雇用・請負・委任を同じ次元のものとして捉え、そのなかで各類型の性質の違いを論ずるのが、伝統的通説である⁴⁸⁾。主として、歴史的沿革(立法者意思)や法典の体裁を根拠とする⁴⁹⁾。

この見解は3類型を識別する指標を、第一に役務提供における役務提供者の独立性ないし従属性、第二に契約の要素に役務の成果(結果保証)を含むか否かに求める⁵⁰⁾。委任契約では、提供される役務は事務処理という目的のもとに統一され、役務提供者に独立性と一定の自由裁量が与えられる。雇用契約では、役務提供自体が目的であって、被用者は使用者に従属しその指揮命令下にある⁵¹⁾。そして請負契約では、仕事の完成が役務であり契約の目的である⁵²⁾。もっともこの指標は相対的であって⁵³⁾、ある役務提供契

(48) 末弘・前掲注(17)745頁以下、鳩山・前掲注(17)608頁以下、我妻・前掲注(17)531頁以下[778]、幾代=広中編・前掲注(15)206頁(明石)、広中・前掲注(17)243頁、内田貴『民法Ⅱ債権各論』(東京大学出版会、1997年)253頁、269頁、平野裕之『契約法[第2版]』(信山社、1999年)483頁、大村敦志『基本民法Ⅱ債権各論』(有斐閣、2003年)131頁以下、半田吉信『契約法講義』(信山社、2004年)438頁等多数。

(49) 一木・前掲注(15)(四・完)46頁参照

(50) 末弘・前掲注(17)745頁以下、鳩山・前掲注(17)608頁以下、我妻・前掲注(17)531頁以下[778]、幾代=広中編・前掲注(15)206頁(明石)、216頁(中川)、広中・前掲注(17)243頁、内田・前掲注(48)253頁、269頁、平野・前掲注(48)483頁、大村・前掲注(48)131頁以下、半田・前掲注(48)438頁等多数参照。とくに幾代=広中編・前掲注(15)2頁以下(幾代)参照。

(51) なお、末弘・前掲注(17)745頁は、事務について目的たる事務と手段たる受任者の労務を分け、労務そのものの供給を目的とするのが雇用契約、事務を処理させることを目的とするのが委任契約とする。

(52) 異説として、委任の対象を法律行為に限定する立場から、「委任規定の解釈の明確化のために、委任の事務を法律行為に限定して準委任を否定し、通常は準委任と目される契約の多くを請負とす」べきとする見解(三宅・前掲注(17)下巻945頁)、「事実行為については、支配従属関係がある場合には雇傭、これがない場合に請負または準委任になる」とする見解(柳・前掲注(17)13頁以下)がある。後述する債権法改正案ではまた別の再定義がなされている(第6章参照)。

(53) 幾代=広中編・前掲注(15)4頁以下

約がどれにあたるのか、具体的には識別が難しいこともある⁵⁴⁾。

②一般原則、受け皿としての委任⁵⁵⁾ (有力化説)

他方、委任を、雇用・請負、さらには他の非典型契約の上位にある、事務処理契約の一般類型として捉え、それに「一典型契約としての役割を超えた意義」⁵⁶⁾をみとめる有力化説がある⁵⁷⁾ (現在の債権法改正案もこの流れに組するものである⁵⁸⁾)。

無償性原則に必然性がなく、かつ法律行為への対象の限定も準委任規定により無意味となれば、委任は「無色化」し、あらゆる事務処理契約の一般原則としての地位を得ることになる⁵⁹⁾。そして、将来的に出現する新たな形態の多様な事務処理契約に対しても、受け皿として大きな役割を果たしうるだろう⁶⁰⁾。本説に拠れば、ほかのあらゆる事務処理契約は、委任契約の特殊形態という位置づけになる⁶¹⁾。そして、これらの事務処理契約と

(54) 同書4頁(幾代)、206頁(明石)等多数。

とくに有償委任と雇用・請負の識別は困難であることが少なくない(末川博『契約法下(各論)』(岩波書店、1975年)198頁、星野・前掲注(17)271頁以下、幾代=広中編・前掲注(15)6頁(幾代)と206頁(明石)(とりわけ有償委任と雇用をあげる)、水本浩『契約法』(有斐閣、1995年)328頁、内田・前掲注(48)253頁、平野・前掲注(48)483頁。丸山・前掲注(15)(七・完)78頁も参照。たとえば、設計企画の委託、エレベーターの保守管理、見舞い・祝辞の代行等(同論文(七・完)58頁)

このため、有償委任・雇用・請負のいずれに分類されるかによって極端な差がでるような解釈は不当であると主張されてきた(広中・前掲注(17)277頁、幾代=広中編・前掲注(15)6頁(幾代)6頁、丸山・前掲注(15)(七・完)78頁も参照)。

(55) 下村正明=石外克喜ほか『現代民法講座5契約法』(法律文化社、1990年)274頁(「他人の事務処理にあたっての一般的なモデル」)、我妻・前掲注(17)666頁以下(「他の者の事務処理についての法律関係の通則」)、一木・前掲注(15)(四・完)46頁以下、我妻=有泉ほか・前掲注(15)1168頁(「委任の規定は、他人の事務を処理する関係一般について、ある程度まで共通的な内容を有する」)

(56) 一木・前掲注(15)(四・完)46頁

(57) 幾代=広中編・前掲注(15)207頁(明石)は「委任的色彩」とまで表現

(58) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(6)5頁以下参照

(59) 一木・前掲注(15)(四・完)46頁

(60) 同論文(四・完)46頁参照

(61) 同論文(四・完)47頁(「雇傭および請負を、他の非典型事務処理契約と同様に、一般原則たる委任の特殊形態と見る余地さえある」)

一般原則である委任契約との境界をいかに画するかが、次の問題として提起されるのである。

第3章 規範選別作業において留意すべきこと

本章では、規範選別に先立ち、前章および前作における検討のなかから、規範選別に繋がるいくつかの視点を抽出しよう。

1 性質の異なる規範の混在ということ

現代社会において多種多様な関係をカバーする委任契約が、もはや一律の規律に服し得ないことは、学説の共通認識である。

たとえば委任の無償性について考察する一木孝之氏は⁽⁶²⁾、民法典の委任規定には、①委任契約全体に関する規定、②特に有償委任に関する規定、そして③本来は無償委任を想定した規定が混在すると指摘する⁽⁶³⁾。

また、大村敦志氏は、信認義務をめぐる言及のなかで、あらゆる委任契約に同一の信頼が存在するわけではなく、その程度によって、受任者の信認義務の有無、あるいは受任者の善管注意義務の軽重も異なると指摘する⁽⁶⁴⁾。

そして、当事者の任意告知権について研究する丸山絵美子氏は、事務内容や関係利益の視点から委任契約をさらに類型化し、民法651条の適用の可

(62) 同論文は、委任の無償性について本格的研究を行ったものである。

(63) 同論文(四・完)44頁。そして③の規定群に属するものとして、受任者の費用前払・費用等償還義務(649条、650条)、当事者の任意告知権(651条)等を挙げる(44頁)。これらの規定群の処理に関し、無償性・信頼・好意性を基準に、類型的処理を模索する諸学説が展開されてきた。このうち、無償性を基準とするものとして、広中・前掲注(17)244頁が有名である。また、好意性を基準とするものに、岡本詔治「無償契約という観念を今日論ずることには、どういう意義があるか」椿寿夫ほか『講座現代契約と現代債権の展望5 契約の一般的課題』(日本評論社、1990年)46頁、一木・前掲注(15)(四・完)44頁以下がある。

なお、この問題がもっとも議論されるのは当事者の任意告知権の局面であり、そこではより多面的な考察が進んでいる(後述第4章6を参照)。

(64) 大村敦志「現代における契約—「契約と制度」をめぐる断章—」中田裕康＝道垣内弘人編『金融取引と民法法理』(有斐閣、2000年)95頁、101頁以下

否や強行法規性といった要件論、そして相手方の報酬請求や損害賠償といった効果論に関し、異なる取扱いを模索している。

このように、同じ委任契約であっても、ある規定の適用の可否、強行法規性、そして解釈が種類ごとに異なりうる。とするならば、ある委任規定が医療契約にそのまま妥当しないことは、それが医療契約固有規範であることの論証には必ずしもならない。委任契約の類型論のレベルで、ある種類の委任契約に属するがゆえの帰結であるかもしれないのである。

2 委任契約の「希釈化」ということ

契約自由の原則、そして取引社会の発展にともない、事務処理を目的とする法律関係は多岐にわたり分化してゆく。その結果、委任契約のなかでの細分化、そして委任契約からの特殊分野契約の独立という現象が起こってくる。そのなかで、本来の委任契約は、補充規定、一般原則、あるいは典型契約を超えた抽象性・一般性を帯びた存在、さらには「委任的色彩」⁽⁶⁵⁾とまで化して、広く他の法律関係に浸透する存在となっている。

我妻栄氏は、委任契約は他の典型契約や契約以外の法律関係の存在を排斥して別個の存在を主張するほどの独自性を有しないとし、広く他の法律関係にも浸透していくという意味で、普遍性を有するという⁽⁶⁶⁾。

また、明石三郎氏は、民法の委任規定は多岐に分化した特殊な諸々の委任関係の基礎的ないし補充的な規定の意義を有するとし⁽⁶⁷⁾、また、純粹に委任契約の形をとらなくとも「委任的色彩」として他の関係に浸透しているものがあるという⁽⁶⁸⁾。

さらに、中川高男氏は、経済取引関係の発達にともない、他人の事務処理を目的とする法律関係は、大量取引による契約関係の多様性、および類型行為の反復継続性、加えて契約自由と債権契約の非強行法性から、各種

(65) 幾代＝広中編・前掲注(15)207頁(明石)

(66) 我妻・前掲注(17)666頁以下

(67) 幾代＝広中編・前掲注(15)207頁(明石)

(68) 同書207頁(明石)

の無名契約に分化し、固有の契約類型を形成しているとする⁽⁶⁹⁾。このように分化した法領域においては、民法の委任契約の「原型」は、もはや補的意義を有するにとどまるといふ⁽⁷⁰⁾。

諸論者が異口同音に指摘するこの現象は、委任契約が具体的契約を凌駕する普遍性を獲得するに至ったことを意味するとともに、法解釈における契約類型としての存在意義の希薄化をも意味している⁽⁷¹⁾。

そして我妻氏は、上記理解に立ち、他の典型契約や契約以外の法律関係に、それぞれの特異性に応じた修正を加えつつ委任規定を適用する際には、強いて委任契約の存在を構成する必要はないと説く⁽⁷²⁾。

また、中川氏も、経済取引の発達にともない分化した無名契約(たとえば、当座預金契約、電信送金契約等)では、約定書・免責約款・取引慣行の作用が大きく、そこでたとえば注意義務の具体化や軽減がはかられるのであって、このように専門化・職能化した注意義務の統一的把握は困難になっているとする⁽⁷³⁾。

このような理解を前提とするならば、委任規定の適用が完全に排除されるまでには至らなくとも、ある程度の修正ないし限定を受け、そこに独自性をみとめられる場合には、委任契約規範から思い切りよく目を転じて⁽⁷⁴⁾、固有規範としての分化を認識することに力を振り向けるべきであろう。上記1の視点とのせめぎいのなかで、理論的独自性の一線をみいだして規範選別を行うべきである。

3 委任契約論と医療契約論の焦点のズレということ

(69) 同書218頁(中川)

(70) 同書(中川)(我妻・前掲注(17)653頁以下を注にあげる)

(71) 一木氏のいう委任の「無色化」との表現も、近似する趣旨と思われる(一木・前掲注(15)(四・完)46頁)

(72) 我妻・前掲注(17)666頁以下

(73) 幾代=広中編・前掲注(15)218頁(中川)

(74) 典型契約類型に合わせて現実の当事者関係を不当に切り分け、利益・不利益の配分に関する当事者の意思をないがしろにする危険の指摘(後藤巻則「非典型契約の総合的検討(15)非典型契約における内容規制」N B L 947号(2011年)83頁等)にも応え得ることである。

民法典の委任規定は、当事者の任意告知権をはじめとして、民法の債務および契約に関する一般原則を修正するような規律を多く含んでいる⁷⁵⁾。これらは、双務契約原則に対するものとして、委任契約の特性を形づくるものであり、だからこそ有償(双務)委任への適用をめぐり争われる⁷⁶⁾。双務契約原則の修正は、委任契約の適用領域を拡大させた一因であるとともに⁷⁷⁾、委任契約論が学問的注目を集める所以である。ゆえに、無償性と任意告知権が学術的な主要論点を形成し、実際の訴訟でも専門家事務処理契約における任意告知権や報酬請求権に争点が集中している。

これに対して医療契約論の学術的・実務的焦点は、医療行為のもつ侵襲性と、それゆえのインフォームド・コンセントの要請を絶対的な核として、債務内容の決定と履践における患者の特殊な役割の認識という独自の法発展の方向性にあった。それゆえ、契約当事者論⁷⁸⁾、医療水準論、そして説明義務論など、医療行為の特性にかかわるテーマに関心が集中したのである。

かかる両領域の焦点のズレゆえに、規範の照合作業をするにあたっては、議論の素材の量と質の格差が壁となる。ときに五分と五分の比較対照に適さないこと、またそのときには無理にそうしてはならないことに、留意すべきである。

4 実際の適用頻度の差ということ

委任契約は医療契約と異なり、財産的事務処理を目的として想定している。そのため、後述する利得の吐き出しや経済的不利益負担のように、とくに財産的事務処理を前提とした委任契約の諸規律は、医療契約に理論的

(75) 一木孝之「無償委任の法的成立—『契約成立』に関する一考察(1)」早稲田法学76巻2号(2000年)114頁参照

(76) 一木・前掲注(15)(四・完)44頁参照。

(77) 一木・前掲注(75)114頁参照

(78) 医事法学のうち、医療契約論のみに絞れば、契約当事者論はもっともよく取り上げられるテーマである。なお、前田泰「非典型契約の総合的検討(4)診療契約」NBL 923号(2010年)75頁は、契約当事者論が議論の対象となること自体が他の契約との異質性を示すという。

に一応は妥当しても、実際の適用頻度は稀少である。

加えて、医療契約は公法規範による、契約外からの介入を受けることも多い⁷⁹⁾。医師法19条1項や保険法令規律が介入する場合のように、契約規範のレベルで両契約規範に共通性がみとめられたとしても、公法規範の介入を受けるがゆえに、現実の処理としては異なるものになるということもある。

このような事情から、委任規定が医療契約に適用される実際の頻度は、他の分化した役務提供契約にも増して少ない。しかし、本稿の関心事は、両契約類型の理論的な関係に向けられており、規範の比較にあたり見極めるべきは、理論上の連続性や説明可能性である⁸⁰⁾。

以上の各視点に留意しつつ、次章において具体的な規範選別作業を行なおう。

第4章 規範選別作業—委任規定に沿わせる形で

本章では、これまでの考察をふまえ、医療契約規範を、民法の委任に関する規定・解釈が妥当するもの(委任契約共有規範)と、民法の委任に関する規定・解釈が妥当しないもの(医療契約固有規範)に選別する作業を行う。

具体的には、委任契約に関する条文を足掛かりに、その内容的纏まりと順序に沿わせて、その解釈・適用が医療契約に妥当するか否かを検討してゆく体裁をとる。

なお、委任規定のなかには、委任研究者ですら通常あまり言及しないものも散見されるが、本稿の目的にかんがみ、とくに権利義務の「存否」にかかわる規律は遺漏なきよう、網羅的に対象とする⁸¹⁾。

(79) 公法規範との関係については、とくに拙稿・前掲注(1)「典型的なるもの(1)」202頁以下参照

(80) 前田・前掲注(78)76頁は、実際の適用可能性を重視した選別を行っており、このため本稿とは結論を異にしている。

(81) なお、前田・前掲注(78)76頁も、委任条文に合わせた形での対比をコンパクトに行っている(本稿とは視点と結論を異にする)。

1 善管注意をもって事務処理を行うべき受任者の義務(民法644条)

民法644条は「受任者は、委任の本旨に従い、善良な管理者の注意をもって、委任事務を処理する義務を負う」と規定する。

(1) 委任事務処理: 信頼をもって委ねられた、統一的労務

委任契約の事務処理とは、「一定の事務をその目的に従って最も合理的に経理・処理すること」である⁸²⁾。

事務処理の目的のもと労務は統一され、受任者には一定の自由裁量が生ずる⁸³⁾。受任者には、委任事項の形式的な処理ではなく、裁量をもって委任者の信頼に応えることが求められる⁸⁴⁾。委任者の指図があれば原則としてこれに従うが⁸⁵⁾、委任者の指図が委任の趣旨や委任者の利益に適合しないならば、その旨委任者に通知し変更を求めねばならない⁸⁶⁾。急を要し委任者の指図を得る余裕がない場合には、臨機に必要な処置をとる権限と義務さえもある⁸⁷⁾(より広範に例外を認める見解もある)。このような受任者の自由裁量と関連づけて、委任における当事者間の信頼(信任または信用)⁸⁸⁾を説明する学説もある⁸⁹⁾。

善管注意⁹⁰⁾をもって受任者は事務処理を行わねばならず、これは無償委任でも軽減されることはない⁹¹⁾(無償寄託では具体的軽過失⁹²⁾に軽減され

(82) 我妻=有泉ほか・前掲注(15)1169頁

(83) 同書1169頁参照

(84) 同書1171頁

(85) 幾代=広中編・前掲注(15)229頁(中川)、我妻=有泉ほか・前掲注(15)1171頁等。なお、債権法改正案では、受任者の指図遵守義務について規定を設け、但書で指図に従わなくてよい場合の要件も定めている(【3.2.10.03】)。法制審では指図遵守義務の例外の内容についてかなり議論されている(中間論点整理第49)。

(86) 幾代=広中編・前掲注(15)229頁(中川)、我妻=有泉ほか・前掲注(15)1171頁等参照

(87) 幾代=広中編・前掲注(15)230頁(中川)、我妻=有泉ほか・前掲注(15)1171頁等参照。以上、事情の変化により委任者の指図が委任者に不利なもの変わったときも、同様である(同書1171頁参照)。後出のより広範に例外を認める見解によれば、委任の目的に必要なときには、具体的に委任されていない行為をする権限と義務もあるとされる(幾代=広中編・前掲注(15)230頁(中川)、我妻=有泉ほか・前掲注(15)1171頁等参照)。また、委任の本旨に反することなく、委任者の利益にも適合するならば、委任者の指図に反してもよいとされる(幾代=広中編・前掲注(15)230頁(中川)参照)。

る)。これは委任が当事者の信頼に基づくゆえであると説明される⁹³⁾。この善管注意義務が明定されたのは、無償委任でも注意義務が軽減されないことを注意するとともに⁹⁴⁾、「一種の債務性」を付与する意味があるともいわれる⁹⁵⁾。「委任の本旨に従い」も「債務の本旨に従い」の委任ヴァージョンであるが⁹⁶⁾、無償委任でも受任者の義務が同一であることを注意し、また受任

(88)「信頼」「信用」「信任」概念の意義について、わが国では踏み込んだ見解は少ないという(丸山・前掲注(15)(六)98頁)。「信頼」には「信任」(能力等に対する信頼)と「信用」(人格に対する信頼、対人的信用)が含まれ、一般に委任契約で強調されるのは後者で「人的信頼」と呼ばれるともいわれる(同論文(六)98頁以下、(七・完)80頁以下等参照)。なお、「対人的信頼関係」という言葉が、委任に関する文献ではよくみられる(幾代＝広中編・前掲注(15)220頁(中川)。「人格・識見・技能・技量等を信頼する精神的要素」と説明)

(89)鳩山・前掲注(17)608頁、末川博『契約法下(各論)』(岩波書店、1975年)197頁以下、215頁、我妻・前掲注(17)656頁[960]、我妻＝有泉ほか・前掲注(15)1169頁

(90)善管注意とは私法上要求される一般的な注意であり、具体的状況に応じた客観的義務である(幾代＝広中編・前掲注(15)225頁以下(中川)、我妻＝有泉ほか・前掲注(15)501頁、693頁等多数参照)

(91)我妻＝有泉ほか・前掲注(15)1169頁、1171頁、一木・前掲注(15)(四・完)54頁注(38)、一木孝之「無償委任の法的成立—『契約成立』に関する一考察(3・完)」早稲田法学77巻1号(2001年)79頁、82頁等。

無償受任者の注意義務軽減の是非は、もっぱら隣人訴訟に関連して問題にされてきた。軽減(可能性)説として、我妻・前掲注(17)660頁、星野英一編『隣人訴訟と法の役割』(有斐閣、1984年)20頁[森島昭夫発言]、29頁、52頁[星野英一発言]、石田穰『民法V(契約法)』(青林書院、1982年)347頁、中川高男「受任者の善管注意義務」『契約法体系IV』(有斐閣)269頁、広中俊雄「有償契約と無償契約との差異は債務者の注意義務についても存在するか」『契約の理論と解釈 広中俊雄著作集2』(創文社、1992年)285頁、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『金融取引と民法法理』(有斐閣、2000年)95頁、101頁以下等。

(92)「自己の財産に対するのと同じの注意」、つまりその者が普通にもちいる程度の注意ということである(我妻＝有泉ほか・前掲注(15)1184頁)

(93)幾代＝広中編・前掲注(15)208頁(明石)、220頁、222頁(中川)、我妻＝有泉ほか・前掲注(15)1169頁、1171頁

(94)幾代＝広中編・前掲注(15)222頁以下(中川)

(95)同書223頁(中川)

(96)「債務の本旨にしたがい」と同義で、ここでは委任契約の目的に適合するようという意味である(幾代＝広中編・前掲注(15)226頁(中川)、我妻＝有泉ほか・前掲注(15)1171頁)

者の裁量を強調するために明定されたといわれる⁹⁷⁾。

なお近年、受任者の忠実義務が説かれることがある⁹⁸⁾(後述の債権法改正案では条文化が提案されている【3.2.10.04】)。これは、「自己または第三者の利益と委任者の利益とが相反する立場に身を置いてはならず、委任者の利益を犠牲にして、自己または第三者の利益を図ってはならない」ことを内容とする⁹⁹⁾。忠実義務論は、株式会社の取締役¹⁰⁰⁾、信託の受託者¹⁰¹⁾、そして専門家の責任¹⁰²⁾に関して議論されてきた。しかし学説は未だ不安定であり、委任契約論でも普及していない。忠実義務の認否、(認ならば)その根拠¹⁰³⁾、そして内容や受任者義務全体のなかでの位置づけ—すなわち、善

(97) 我妻=有泉ほか・前掲注(15)1171頁参照

(98) 四宮和夫「委任と事務管理」『四宮和夫民法論集』(弘文堂、1990年)132頁以下〔初出、谷口和平選暦「不当利得・事務管理の研究(2)」(有斐閣、1971年)〕、安永正昭「代理・委任における代理人・受任者の行動準則」関西信託研究会「財産管理における受託者及びそれに類する者の行動基準」(トラスト60、1995年)10頁以下、道垣内弘人「信託法理と私法体系」(有斐閣、1996年)171頁、金融取引における信託の今日的意義に関する法律問題研究会「金融取引における受託者の義務と投資家の権利」金融研究17巻1号(1998年)87頁、柳勝司「委任による代理」(成文堂、2012年)230頁以下等。とくに岩藤美智子「ドイツ法における事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48巻3号(1998年)672頁以下。

(99) 同論文610頁

(100) 取締役の善管注意義務と忠実義務(いずれも明文規定あり)の関係につき、同質説(従来通説・判例)と異質説が従来から対立してきた(同論文614頁以下注(7)参照)。

(101) 信託受託者の忠実義務について、①受託者は信託財産の利益と自分個人の利益が衝突するような地位に身をおいてはならない、②受託者は信託事務処理に際し自ら利益を得てはならない、そして③受託者は信託事務処理に際し第三者の利益を図ってはならない、の3原則を含むことがあきらかにされている(同論文615頁注(8)参照)

(102) 専門家は専門的知識・技能に応じた高度の注意義務を負い、顧客からの「信認」を受けて裁量的判断をすべき忠実義務を負うとする「義務二分論」(能見義久「専門家の責任—その理論的枠組みの提案」専門家責任研究会編「専門家の民事責任」別冊NBL28号(商事法務研究会、1994年4頁以下等)のほか、高度の注意義務に情報開示・説明義務とともに忠実義務が含まれるとする見解(下森定「専門家の民事責任の法的構成と証明」専門家責任研究会編「専門家の民事責任」別冊NBL28号(商事法務研究会、1994年)105頁)や、「高度注意」と「忠実」の両側面の相互作用によって専門家の具体的行為義務が確定されるとする見解(潮見佳男「『なす債務』の不履行と契約責任の体系」北川善太郎選暦「契約責任の現代的諸相(上巻)」(東京布井出版、1996年)59頁以下)等がある。

管注意義務との関係、(これと異質だとすれば¹⁰⁴⁾)比較的具体的な義務なのか¹⁰⁵⁾、それとも具体的義務の内容を定める指針のようなものか¹⁰⁶⁾、そして忠実義務違反の効果として委任者の救済手段のあり方などについて¹⁰⁷⁾、これから議論してゆかねばならない段階にある(上記債権法改正案は、この段階の議論に立ち入るものではなく、いずれにせよ明定が適当との解説がなされている¹⁰⁸⁾。その後の法制審の議論では当否が分かれた(中間論点整理・第49・1(2)補足説明))。

(2) 本条の解釈・適用は、医療契約に妥当するか

妥当しない。

本条に対応するものとして、医療契約における医師の治療義務が想定さ

(103) 一方が他方から信頼を受けて一定の権限を付与され、その者のために事務処理を行うという法律関係では、事務処理者の裁量を尊重しつつ、適正な権限の行使を確保することが最大の課題である(金融取引における信託の今日的意義に関する法律問題研究会・前掲注(98)82頁以下、樋口範雄『フィデュシャリー[信託]の時代』(有斐閣、1999年)241頁以下(「受託者の裁量を尊重しつつ、その濫用や背信をいかにして防ぐか」を「信託法の最大のディレンマ」とする)、岩藤・前掲注(15)(1)181頁注(4)参照)。受託者の忠実義務と報告義務は、この課題に応えるためにあるともいわれる(岩藤・前掲注(15)(1)181頁注(4)参照)。

ドイツ法の有償事務処理者の誠実義務(Treupflicht)を分析した岩藤氏は、事務処理者には裁量および本人の権利領域への作用可能性がある、すなわち、事務処理者の行為により本人の利益が危険に晒されることを根拠に、本人が晒される危険を縮減する機能を有する、特別な誠実義務(忠実義務)が課されるのだと説明する(岩藤・前掲注(98)672頁。金融取引における信託の今日的意義に関する法律問題研究会・前掲注(98)82頁以下も、信託関係について同旨)。

(104) 性質の異なるものとして捉える見解として、四宮・前掲注(98)128頁以下、132頁以下、安永・前掲注(98)10頁以下、15頁、道垣内・前掲注(98)169頁、171頁、金融取引における信託の今日的意義に関する法律問題研究会・前掲注(98)91頁以下、岩藤・前掲注(98)673頁。

(105) 金融取引における信託の今日的意義に関する法律問題研究会・前掲注(98)90頁以下。

(106) 例えば、受託者の利益と委任者の利益が相反する可能性のある行為を行う場合、委任者に予めその旨を報告しなければならないという意味で、報告義務は忠実義務とも関係する(安永・前掲注(98)15頁)。また、受取物引渡義務は、委任者の利益を犠牲にして得た利益は委任者に引き渡さねばならないという意味で課せられていると理解できる(岩藤・前掲注(98)614頁注(4)参照)。

(107) 同論文611頁参照

(108) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(6)98頁

れる。

医師の治療義務は¹⁰⁹⁾、「病的症状の医学的説明とその治療」¹¹⁰⁾という抽象的で概括的な大枠について医師と患者が合意することを出発点に、患者の自己決定と医師の裁量という2つの内容決定因子によって具体的内容が流動的に決定されてゆく義務である¹¹¹⁾。その際の医師の過失(ないし善管注意義務)の判断枠組みの役割を果たすのが、医療水準論という判例法理である。

治療義務の強度の流動性も、そこにおける医師の広範な裁量も、なす債務や専門家責任と共通の、あるいは連続性のみとめられる特性として、委任契約共有規範のレベルで説明することも可能かもしれない。善管注意義務は条文を設けることで債務性を付与されたといっても、内容的には白地規範であって一概に決定できず¹¹²⁾、民法の一般的な注意義務に等しいものである。ましてや専門家たる受任者の善管注意義務については、委任契約のなかでも特殊性が指摘されているのである¹¹³⁾。

そうであっても、医療行為のもつ侵襲性は、どのように多彩な委任契約類型を想定しても、その拡がりのなかで捉えることはできない¹¹⁴⁾。この侵

(109) 詳細は拙稿・前掲注(1)「典型的なるもの(3・完)」36頁以下参照、同「実体的説明」72頁以下も参照。

(110) 神戸地龍野支判昭和42・1・25下民集18巻1-2号58頁。

(111) 詳細は拙稿・前掲注(1)「典型的なるもの(3・完)」36頁以下およびそこの引用文献を参照。ここでは、とくに手嶋豊ほか「関係的契約論とインフォームド・コンセント、自己決定権(応用研究分野ワークショップ報告記録)」(神戸大学大学院法学研究科CDAMS「市場化社会の法動態学」研究センター、2007年)19頁[手嶋報告]、河上正二「診療債務について(覚書)」法学74巻6号(2011)72頁を挙げておく。

(112) 委任契約のなかでの分化、無名契約の出現、そして学問や技術の進展により、白地規範である善管注意義務の内容を一概に決定することはもはや不可能であるとされる(幾代=広中編・前掲注(15)226頁(中川)参照)

(113) 我妻=有泉ほか・前掲注(15)1171頁等

とくに専門家契約に関しては、「民法の規定の枠にとらわれずに突っこんだ研究が必要」(同書1168頁)であり、専門家の善管注意義務はその専門性に対応した特別な判断が求められると認識されている(同書1171頁等)。

(114) 治療義務の特性として、もっとも一般的にあげられるのがこの侵襲性である(河上正二「医師の死因説明義務について—手手段的訴訟物考—」平井宣雄先生古稀記念『民法学における法と政策』(有斐閣、2007年)607頁、前田・前掲注(78)75頁等多数

襲性ゆえに、医師は医療契約の締結とは別個独立に、その都度患者のインフォームド・コンセントを得る手続が求められるのであり、この手続を特約によって省略することはできないのである¹¹⁵⁾。

この侵襲性とそれゆえのインフォームド・コンセントの要請を絶対的な核として、治療義務では、内容決定の重要な一翼を債権者たる患者が担う¹¹⁶⁾。そしてその比重は、身体の自己決定から生き方の自己決定へ、同意から共同意思決定¹¹⁷⁾へと、質量ともにいっそう増大しているのである¹¹⁸⁾。このように、侵襲性を起点とした患者の治療内容決定への主体的関与という点において¹¹⁹⁾、(委任の目的のためなら指図違反さえみとめられうる)委任事務処理との理論的な断絶は明白であり、本質的要素における医療契約固有規範として医療契約論を委任契約論から決定的に分岐させている。

なお、公的保険医療に関して、保険給付範囲は医療契約上の治療義務内容に影響を及ぼさない¹²⁰⁾というのが学説・(裁)判例の立場である(混合診療原則禁止などによる事実上の抑制作用は指摘されている¹²¹⁾)。注意義務など部分的になら、保険法令と医療契約規範には協働関係がみとめられる

(115) 拙稿・前掲注(1)「典型的なるもの(2)」88頁以下等参照

(116) 前田・前掲注(78)73頁も、この点を診療契約の特有の性質と考えているようである。治療義務内容の流動性をもって医療契約の特性と捉える見解もあるが、これは他の継続的契約にもみられる特性である(米村滋人「医事法講義第8回医療契約」法セ694号(2012年)103頁注(4))

(117) 手嶋豊「医療における共同意思決定について」神戸法学60巻3・4合併号(2012年)参照

(118) 拙稿・前掲注(1)「典型的なるもの(3・完)」38頁以下参照

(119) 米村・前掲注(116)99頁参照(「個別医療行為の決定過程につき独自のルールを要する」と指摘)

(120) 拙稿・前掲注(1)「典型的なるもの(1)」220頁以下参照。なお、特に給付範囲について検討したものとして、笠木映里「公的医療保険の給付範囲」(有斐閣、2008年)

(121) 診療報酬点数表は、給付の範囲決定と経済的価値の決定が同一規範にゆだねられ、給付範囲が価格交渉のようなプロセスで歪められたり遅延したりする不都合性が指摘されている(同書301頁以下)。また、混合診療禁止が、保険外医療を選択することを、事実上抑止する効果を発揮していることも否めない。

米村・前掲注(116)102頁は、わが国では歴史的に医療保険規制が国家的な医療制度整備の主たる役割を担ってきたことをふまえ、医療保険規制と無関係に医療提供義務を課すことは現行の医療制度全体を私契約によって否定ないし改変することになりかねないとする。

¹²²⁾。

2 受任者の報告義務(民法645条)

民法645条は「受任者は、委任者の請求があるときは、いつでも委任事務の処理の状況を報告し、委任が終了した後は、遅滞なくその経過及び結果を報告しなければならない」と規定する。すなわち、受任者は委任者に対し、事務処理に関して、委任終了前には委任者の求めがあれば状況報告を行い、委任終了後には委任者の求めがなくとも顛末を報告する義務を負う¹²³⁾。後者を区別して、とくに顛末報告義務と呼称することもある¹²⁴⁾(債権法改正案では条文上明確に区別され【3.2.10.07】、性質が異なることの解説がなされている¹²⁵⁾)。

(1) モニタリング手段としての事後的情報提供義務

このような事後的な事務処理の報告義務に関して、わが国ではあまり議論されてこなかった。当事者間に情報格差のある契約での、契約締結過程における事前のリスク説明については、大いに議論され、一般条項たる信義則を根拠に、一般法理として基礎づけられてきた¹²⁶⁾。しかし事後的な事務処理の報告義務については、個別に明文規定¹²⁷⁾が存在するときのみ、その存在が指摘されるくらいであった¹²⁸⁾。受任者の報告義務も、民法645条

(122) 拙稿・前掲注(1)「典型的なるもの(1)」222頁以下参照。

(123) 以上、岩藤・前掲注(15)(1)177頁以下等参照

(124) 同論文177頁以下等参照

(125) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(6)108頁

(126) 詳細は後述(2)参照

(127) この種の報告義務は、民法典上、委任契約以外の他の法律関係でも、広く他人の事務を処理する者(主に財産管理者)に対し、各々の個別規定によって課せられている。例えば、業務執行組合員(民法671条)、事務管理者(701条)、限定承認者(926条2項)、相続放棄者(民法940条2項)、財産分離後の相続人(民法944条2項)、遺言執行者(民法1012条2項)などについて本条が準用されている。さらに、共同相続財産管理人(936条3項による926条2項の準用)、相続財産管理人(民法954条)、後見人(民法863条1項)、親権者(828条)、後見人(870条)、そして相続財産管理人(956条2項)にもこの種の報告(計算)義務が課されている。

(128) 岩藤・前掲注(15)(1)178頁以下、184頁注(9)等参照。民事訴訟法上の事案説明義務についても同様の法状況にあるという(同論文184頁注(9)参照)。

が言及され、せいぜい本条が受任者の善管注意義務に由来すると述べられるにとどまるのである¹²⁹⁾。

しかし、事後的な事務処理の報告義務に関して、わが国にも一般法理による解釈を導入しようとする学説がある。岩藤美智子氏は、ドイツ法研究から示唆を得、「権利者が自己の権利に関する情報を十分に有していないために、それを行使・実現することが不可能・困難であり、義務者のみがそれに関して正確な情報を与え得ることを本質とする法律関係」¹³⁰⁾では、義務者は権利者に対し、事後的な情報提供義務(報告義務、顛末報告義務)を負うという一般法理を導く。

同氏によれば、委任の受任者の報告義務は、かかる本質を有する法律関係の存在によって一般的に基礎づけられるものであって、個別の根拠規定を要するものではない¹³¹⁾。一方が他方から信頼を受けて一定の権限を付与され、その者のために事務処理を行うという法律関係では、事務処理者の裁量を尊重しつつ、適正な権限の行使を確保することが最大の課題である¹³²⁾。受任者の忠実義務¹³³⁾と報告義務は、この課題に応えるためにこそある¹³⁴⁾。すなわち、受任者の報告義務は、委任者による事務処理のコントロールを可能にする、委任者の受任者に対するモニタリングの手段である¹³⁵⁾。この義務の目的は、爾後の事務処理に委任者の意思を反映させること¹³⁶⁾、受任者が義務を履行したかどうかを委任者に明かにすること、そして受任

(129) 幾代=広中編・前掲注(15)237頁(中川)

(130) 岩藤・前掲注(15)(4)完113頁

(131) 同論文(4)113頁以下

(132) 金融取引における信託の今日的意義に関する法律問題研究会・前掲注(98)82頁以下、樋口・前掲注(103)241頁以下(既述のとおり「受認者の裁量を尊重しつつ、その濫用や背信をいかにして防ぐか」を「信認法の最大のディレンマ」とする)、岩藤・前掲注(15)(1)181頁注(4)参照

(133) とくに忠実義務について、金融取引における信託の今日的意義に関する法律問題研究会・前掲注(98)82頁以下参照

(134) 岩藤・前掲注(15)(1)181頁注(4)参照

(135) 樋口・前掲注(103)163頁(情報請求権は、受託者(またはそのパートナー、代理人など)の「受認者に対するモニタリングの手段」である)

者の責任の存否を判断する材料を委任者に提供すること¹³⁷⁾にある¹³⁸⁾。そして、委任者の利益のためにこのような情報が必要であるにもかかわらず、委任者は情報を有しない一方で、受任者は情報を有していることに、この義務の根拠が求められるのである¹³⁹⁾。

岩藤氏は、わが国でこのような報告義務の効果が期待されるほかの場合として、知的財産権侵害の差止訴訟・損害賠償訴訟・製造物責任訴訟などとならべて、医療過誤訴訟もあげている¹⁴⁰⁾。

(2) 本条の解釈・適用は、医療契約に妥当するか

妥当しない¹⁴¹⁾。

本条と対応関係にあるのは、同じ情報提供義務であるという点において、医療契約における医師の説明義務であろう。

この医師の説明義務は¹⁴²⁾、医師が患者に対し、一定の事項を説明すべき義務の全般的総称である。分類方法としては、i 患者の自己決定のための説明と ii 療養方法の指導としての説明(悪しき結果を回避するための説明)に2分、あるいはこれに、iii 転医勧告としての説明、ないし近年では、iv 顛末報告義務(かつての弁明義務)を加えて3分するのが通常である。ここでは、近年最も一般的な i ii iv の組み合わせの3分説(新3分説ともいわれる)に

(136) 東京地判昭和54・5・30判タ394号93頁(弁護士は「委任事務処理の状況を報告し、爾後の事務処理方針について依頼者と打ち合わせるなどして、事件処理について依頼者の意向が十分反映されるように努めるべきである」とする)、同旨東京地判平成4・4・28判タ811号156頁

(137) 東京地判昭和30・4・11下民集6巻4号56頁(受任者の報告は「受任者として善良な管理者の注意をもつて業務の執行をしたかどうかを明らかにしその責任の存否を判断する資料を委任者に提供するもの」であるとする)。幾代=広中編・前掲注(15)239頁(中川)

(138) 岩藤・前掲注(15)(4・完)118頁等参照

(139) 同論文(4・完)114頁

(140) 同論文(4・完)116頁以下注(150)参照

(141) 一般的には、ivは妥当するがiは妥当しないと言及されるようである(例えば、前田・前掲注(78)76頁は、事後的な経過説明(本稿iv)には妥当するが、インフォームド・コンセントから要請される説明義務(本稿i)とは異質であるとする)

(142) 詳細は、拙稿・前掲注(1)「典型的なるもの(2)」83頁以下、同「実体的解明」73頁以下参照

則って論を進めよう。

ⅰ 患者の自己決定のための説明

この説明義務は、インフォームド・コンセント¹⁴³⁾の一要素である。民法学の通説によれば、この説明は「患者の自由な意思活動を完全ならしめるため」¹⁴⁴⁾のものであって、同意の有効性の問題とは一応切り離され、端的に、不法行為法あるいは契約上の注意義務(または行為義務)と構成される¹⁴⁵⁾。ここで保護される利益は、患者の自己決定権であり、人格にかかわる抽象的で包括的な自由権を内容とする¹⁴⁶⁾。なかんずく医的侵襲に際しては¹⁴⁷⁾、と

(143) 新美育文「医師と患者の関係(1)～(3)」名古屋大学法政論集64～6号(1975～1976年)、唄「医事法学への歩み」(岩波書店、1970年)(「治療行為における患者の承諾と医師の説明」)等。また、拙稿「説明義務と責任」浦川道太郎編『専門訴訟講座4医療訴訟』(民事法研究会、2010)も参照

(144) 加藤一郎＝森島昭夫編『医療と人権』(有斐閣)109頁[新美育文]

(145) いわゆる「注意義務違反構成説」の立場である。

これに対して、医師の説明は医療行為の違法性を阻却する患者の同意の有効要件であり、その不履行は患者の同意を無効にすると構成する、いわゆる「同意無効説」ないし「違法性阻却構成説」もある。わが国の現在の刑法学の通説であり、ドイツのライヒ裁判所判決以来の判例の立場(通説は批判)である。

両説の違いは、患者の自己決定権の意味内容をどう捉えるか(人格にかかわる自由権か、身体の処分権か)と対応関係にある。

以上の学説の詳細、インフォームド・コンセント、患者の自己決定権の意味内容、(それと表裏をなす)専断的治療行為の法的評価についての学説の対立、刑法学と民法学のスタンスの違い等については、拙稿・前掲注(143)21頁以下に詳細を譲る。拙稿・前掲注(1)「典型的なるもの(2)」85頁注(124)も参照。

(146) 民法学の通説であり、裁判例でも(明確に理論構成を示されていないが)その傾向が強い。

これに対して、身体(ときに生命)、もしくは身体利益(ときに生命利益)の処分権(という具体的内容をもった自由権)(町野朔『患者の自己決定権と法』(東京大学出版会、1986年)131頁等)、身体の一体性を基礎においた自己決定権(唄孝一教授のいわゆる「身体の一体性にのった自己決定権」、加藤＝森島編・前掲注(144)181頁参照)と捉える見解が有力に存在している。

以上詳細は、拙稿・前掲注(143)23頁以下参照。なお、拙稿・前掲注(1)「典型的なるもの(2)」86頁注(127)も参照。

(147) 伊澤純「医療過誤訴訟における医師の説明義務違反(3)」成城法学65号(2001)128頁(「侵襲行為の事実」を説明の範囲の最低の基準とする)、また西野喜一「医師の説明義務とその内容」法政理論34巻3号(2002)10頁(分類として、医的侵襲について承諾を得る前提としての説明義務と、患者の人生に対する自己決定権行使のための説明義務の両方を認める)等。

りわけ患者の身体に関する自己決定権ゆえに、その都度インフォームド・コンセントを得ることが不可欠に要請され¹⁴⁸⁾、これは特約によっても排除できない。

この種の説明義務は民法645条ではなく、信義則より導き出される。すなわち、医療契約関係においては、専門的知識もなく情報にも乏しい患者は、自己の保有する情報のみでは真の意味での自己決定を行うことができない。そして自己決定に必要な情報や知識を補い得る唯一の専門家であり契約相手である医師に、必要な情報を提供する役割を一般的に期待するものであり、その期待は医療契約当事者において一般的に了解されている定型的期待として信義則によって医療契約に補充されるのである。

ii 療養方法の指導としての説明¹⁴⁹⁾

療養方法の指導としての説明は、治療義務の一内容、あるいはそれに伴う付随義務であると捉えられる(これは、医師の具体的行為義務の法的性格をどう捉えるかというテーマに帰せられる問題であり、議論状況は前作¹⁵⁰⁾を参照されたい)。前述1に含まれるか、信義則により導かれるかの違いはあるが、少なくとも民法645条から導かれるものではない。

iii 顛末報告義務

顛末報告義務とは¹⁵¹⁾、診療後に、診療経過や結果について患者側に説明する医師の義務である。この種の義務として当初主張された弁明義務は、不本意な結果が発生した後に、患者側の納得を得るために弁明を行う医師の義務であり、カルテ開示請求権を根拠づけるとともに¹⁵²⁾、過失の立証責

(148) 唄孝一『医事法学への歩み』(岩波書店、1970)9頁(医療契約の存在を前提としたうえで—契約が存在すればこそ、なおさら—個々の侵襲に際して医師が患者の同意をたしかめることは、契約当事者としての医師の注意義務に属するとされる)。

(149) 拙稿・前掲注(1)「典型的なるもの(3・完)」41頁も参照

(150) 同論文42頁以下が該当箇所である

(151) 内容および参考文献について、拙稿・前掲注(1)「典型的なるもの(2)」89頁以下に詳細を譲る。

(152) 新堂幸司「訴訟提起前におけるカルテ等の閲覧・謄写について」判タ382号(1979年)16頁以下等

任の転換を図るために主張された¹⁵³⁾。弁明義務は支持されず、爾来この種の義務は話題にならなかったが、近年¹⁵⁴⁾、患者の死亡後における遺族への死因解明・説明義務を認めた下級審判決群¹⁵⁵⁾を契機に¹⁵⁶⁾状況は進展し、この義務を含めた新3分説が多数を占めるに至った¹⁵⁷⁾。もっとも、学説は熟しているとはいえない。

まず、患者本人への顛末報告義務については、ある程度の幅はあるものの、委任契約における顛末報告義務に近接した内容を想定し、民法645条に直接に根拠にもとめるか、あるいは少なくともそれに対応させた(医療の特殊性への配慮を加味しつつ)説明をしようとするものが多い¹⁵⁸⁾。

これに対して、それと同じ文脈で語られることの多い¹⁵⁹⁾遺族への死因解明・説明義務¹⁶⁰⁾では、議論は別の相様を呈している。すなわち、学説は多岐にわたり定説をみないが¹⁶¹⁾、患者の顛末報告債権の相続という構成¹⁶²⁾より

(153) 新堂幸司「診療義務の再検討—医師の弁明義務をてがかりとして」ジュリ619号(1976年)29頁等。すなわち、医師は患者に対して「予想外の結果」をもたらさない一種の不作为債務を負担しており、患者が「予想外の結果」が発生したと主張すれば、医師の不完全履行の立証が尽くされ、医師は自己に過失がなかったことの証明を果たさねばならないとする。そして民法645条を拡張・類推し、実体法上の義務としてこの義務を負わせるべきことを提案したのである(同論文29頁)

(154) 学説に再登場するようになってからの状況について、手嶋豊「医師の顛末報告義務に関する学説・裁判例の最近の動向」民事法情報85号(1993年)41頁以下、剣持淳子「医師の顛末報告義務—医師の顛末報告義務違反による損害賠償請求に関する最近の裁判例の動向—」判タ1304号(2009)46頁以下など参照。

(155) 広島地判平成4・12・21日判タ814号202頁、東京地判平成9・2・25判時1627号118頁、東京高判平成10・2・25判時1646号64頁、その後、東京地判平16・1・30判時1861号3頁(都立広尾病院事件)、東京高判平16・9・30判時1880号72頁(前出控訴審)、さいたま地判平16・3・24判時1879号96頁も。

(156) 剣持・前掲注(154)46頁注(2)は平成4年広島地判が議論進展の契機となったという。

(157) 中村哲「医師の説明義務とその範囲」太田幸夫編『新・裁判実務体系(1)医療過誤訴訟法』(青林書院、2000年)95頁、河上正二「判批」『別冊ジュリスト医事法判例百選』(有斐閣、2006年)133頁等。拙稿・前掲注(1)「典型的なるもの(2)」83頁以下参照。

(158) 太田編・前掲注(157)95頁[中村]、河上正二「医師の死因解明義務について—手段的訴訟物考—」平井宣雄先生古稀記念『民法学における法と政策』(有斐閣、2007年)605頁、剣持・前掲注(154)37頁等多数。

(159) 筆者の触れた文献のほとんどすべてが両者を同じ文脈で扱っていた。

もむしろ、遺族を説明の相手方として想定する契約解釈または信義則にもとづく契約補充として構成する見解が有力に主張されている。患者は、特段の意思表示なき限りは、自己の死亡時に遺族への死因説明を望んでいる一本説はこのような考えから出発している¹⁶³⁾。医療と家族のかかわりに関して、がん告知事例における家族を二次的な説明の相手方として想定する判例法理とも、発想を共有するものである。

このように、同じ顛末報告義務でも、相手が患者か家族(遺族)かによって法律構成が異なる状況にある。

以上のように、医師の説明義務は複合的な内容を含むものである。伝統的に意識されてきた i と ii の区別はもとより¹⁶⁴⁾、i と iv の区別も弁明義務提唱当時から強く認識されていた¹⁶⁵⁾。顛末報告義務については、その内部でも法律構成が異なっている。

(160) 死因説明義務とは、死亡した患者の死に至った経過や原因を、その遺族に対して説明すべき医師の義務である。死因解明義務とは、患者の死因が不明か、もしくは病院側の判断や説明が疑わしい場合に、遺族に対して死因解明に必要な措置を提案すべき義務である(措置の実施を求めるかどうか検討する機会を与える義務とし、遺族が死因解明を望んでいることを要件に含める裁判例もある)。

(161) 中野希世子「医療提供者の死因説明義務」福法347頁以下参照。

(162) 伊澤・前掲注(147)179頁以下。これに対し、(内容に患者の病因や死因を含む)この種の顛末報告債権は一身専属性を有し、相続には馴染まないとの批判もある(河上・前掲注(158)608頁)。

(163) 太田編・前掲注(155)92頁以下[中村]、服部篤美「死に至る経過及び原因を説明する義務-遺族と医療機関との法的関係序論」湯沢雍彦=宇都木伸編集代表『人の法と医の倫理』(信山社、2004年)417頁以下。これは、患者の意思解釈(黙示的もしくは推定的意思の認定もしくは推定)から契約解釈を導くことも、あるいは医療契約当事者において一般的に了解されている定型的期待として信義則による契約補充を導くことも可能であろう。

このほか、第三者のためにする契約への再構成(東京地判平16・1・30判時1861号3頁[都立広尾病院事件])、契約関連利益の不法行為法による保護(河上・前掲注(158)609頁)、そして純然たる不法行為法上の遺族の利益を考える見解もある。

(164) 近年では、前田・前掲注(78)75頁も両者の違いを強調する

(165) i と iv については、(治療の前と後で)説明の法的性格が異なることが、iv の議論登場時にすでに強く認識されていた(新堂・前掲注(152)10頁以下)。

このように複合的な医師の説明義務は、上記検討によれば、大部分が民法645条ではなく信義則ないし意思解釈によって導かれている。そのなかで、患者本人への顛末報告義務だけが、唯一、民法645条に引き寄せた根拠づけがなされているといえる。

しかし、医師の顛末報告義務については、受任者の報告義務と異なり、療養方法の指導としての側面を認めたり¹⁶⁶⁾、また損害拡大への影響や説明の相手方が誰かなどによって異なる種類の説明が含まれていると指摘したりと¹⁶⁷⁾、多面的にとらえる見解も存在しており、学説は流動的である。そもそも医師の説明義務全般について、事前および事後にわたり多様な機能と側面を併せ有しながら実際には存在するものといえるだろう。そうであるならば、このうち顛末報告義務、しかも問題となることの少ない¹⁶⁸⁾患者本人への顛末報告義務だけを取り出して、委任契約に関する民法645条を(類推)適用するという処理は、典型契約規定の安易な切り取り適用¹⁶⁹⁾との批判も妥当しうるのであろう。

医師の説明義務は全体として、医療契約固有の不文規範としてとらえるべきである。

3 受任者の受取物引渡・権利移転義務(民法646条)、私用消費金銭の利息支払義務・損害賠償義務(民法647条)＝忠実義務に由来する利得の吐き出し規範群

(166) 金川琢雄「判批」判評481号(判時1661号)(1999)23頁、松井和彦「判批」判評559号(判時1897号)(2005)10頁等

(167) 手嶋豊「治療の失敗に関する医療関係者の患者への報告義務」植木哲選『医事法の方法と課題』(信山社、2004)188頁以下

(168) 訴訟で争われることが多いのは患者死亡後のケースである。これは、遺族が医療過誤を疑い、説明を求めても納得のゆく説明がなかったため、技術過誤とともにこの説明義務違反を主張することが多いからである(松井・前掲注(166)11頁等)。

(169) 石川泰久＝雑賀広規＝坂駿平＝森本昌宏・前掲注(6)239頁参照(フランチャイズ契約・預金契約・診療契約の判例では、契約の一部を抽出してそこに準委任の性質を見出し、民法644条の受任者の注意義務や民法645条の受任者の報告義務を導く手法が採られているが、契約の一部を抽出して性質決定を行うのは判断の恣意性・主観性が強く、また(準)委任契約の性質の汎用性から濫用される恐れがあると指摘する。

上記受任者の義務規定群はいずれも、委任契約論ではほとんど議論の俎上にあがっていない(債権法改正案では、役務提供契約にこの種の規定群は存在していない)。一般的説明としては、いずれも、受任者の善管注意義務ないしそれに由来する義務であるといわれる¹⁷⁰⁾。

(1) 利得の吐き出しという視点からの理論化

近時展開されている忠実義務論との関連で、忠実義務を指針として内容が定められる具体的義務として、受任者の受取物引渡義務をあげる見解がある。この立場から、受取物引渡義務を、受任者の利得の吐き出しという観点から再構成すべきことが主張される¹⁷¹⁾。

また、この義務(とりわけ金銭の引渡義務)、および受け取った金銭を委任者の利益のために用いるべき義務の不履行や違反、ましてや自己のために消費するという一種の背任行為に対する制裁として、民法647条は民法646条との関連において語られてきたものである¹⁷²⁾。

(2) 本諸条の解釈・適用は、医療契約に妥当するか

妥当する。

医療契約論ではいっそう、医師のこの種の義務について、ほとんど言及がみられない¹⁷³⁾。一部文献が、医療契約が準委任契約であることから、民法646条をなぞる形で、これらを医療契約上の医師の義務にあげたうえで¹⁷⁴⁾、次のような具体的場面を想定している。すなわち、前払費用の残額、および治療にあたって患者から採取した身体の一部(手術等により患者から

(170) 幾代=広中編・前掲注(15)240頁(明石)(646条について)、また244頁以下(明石)も参照

(171) 吉永一行「委任契約における利益の吐き出し請求権(1、2完)―ドイツ法における受任者の引渡義務についての議論を手がかりとして」民商法雑誌126巻4・5合併号(2002年)613頁、126巻6号(2002年)828頁

(172) 幾代=広中編・前掲注(15)244頁以下(明石)参照。かかる趣旨から、一般の民事責任とは異なり、法が特にみとめた責任である(同書245頁以下(明石三郎)参照)

(173) 近年では、前田・前掲注(78)76頁に委任契約と診療契約の対比という視点で言及がみられた。

(174) 野田寛『医事法中巻』(青林書院、増補版、1994年)408頁、菅野耕毅『医療契約法の理論』(信山社、増補新版、2001年)127頁等。

分離した手足、臓器、歯、金冠歯等)を、患者に返還するという場面である(ここでは、例えば膿汁や汚物等は、患者の意思または慣習により遺棄すべきであり、返還しなくてもよいとされている¹⁷⁵⁾。

委任契約論でもあまり議論されない規定群であるうえに、医療行為は患者の財産上の事務処理ではないため、これらの現実の適用場面を想定することが、たしかに難しい。民法646条は、通常は第三者からの受取物を想定しているが¹⁷⁶⁾、医師は第三者と取引をするわけではない。また、医師が必要以上の金銭を治療前に請求したり¹⁷⁷⁾、ましてや患者の金銭等を消費したり¹⁷⁸⁾ということも考えにくい。そして、これら規定群が本来的に受任者の忠実義務から導き出される利得の吐き出しを含むものであるとしたとき、患者から採取した身体の一部等にそのような利得性をみとめることはできない¹⁷⁹⁾(へその緒や乳歯など、患者にとって愛着ある身体の一部の引渡義務については、民法646条ではなく、信義則によって根拠づけられるべきであろう)。

しかし、実際の適用場面が想定しにくいことは、本諸条の解釈・適用の医療契約への理論的な妥当可能性の否定を意味するものではない。医師が何らかの事情で患者から必要以上の前払金を受領してしまったならば、患者は民法646条にもとづき返還請求できるだろう。また、患者から採取した身体の一部を、人体の資源化・商品化や、貴重な金属の再利用という現代的視点で見直せば、そこに利得性を見出しうる可能性があるかもしれない。

4 委任者の報酬支払義務(民法648条)¹⁸⁰⁾

(1) 現実における原則と例外の逆転

(175) 山崎佐『医事法制学』(克誠堂書店、1920年)185頁、148頁以下、野田・前掲注(174)408頁、菅野・前掲注(174)127頁等

(176) 我妻=有泉ほか・前掲注(15)1172頁

(177) 前田・前掲注(78)76頁参照

(178) 同論文76頁参照

(179) 同論文76頁は、これらの返還義務が現実的ではないとして、実際の適用可能性がないと思われるとしている。

民法648条1項は「受任者は、特約がなければ、委任者に対して報酬を請求することができない」と規定する。この文言解釈により、学説は委任を原則として無償契約と理解している¹⁸¹⁾。委任には信任を中核とする精神的要素が含まれるからという、解説が付されることもある¹⁸²⁾。

当事者の特約、慣習、そして黙示ないし推定上の特約によっても、有償契約とすることは可能である¹⁸³⁾。特に専門家事務処理契約は、慣習(または黙示ないし推定的合意と構成)を根拠に、むしろ原則として有償契約と解釈されている¹⁸⁴⁾(法制審では、この現実に合わせて、中立的表現への変更(中間論点整理第49・3(1))と、受任者が事業者であるケースにおける有償性の推定(同第62・3(3)③)が検討されている)。

委任と報酬の関係については、委任報酬の性質や程度に着目し、以下のような段階づけが行われてきた¹⁸⁵⁾。すなわち、①言語による謝意の表明、②謝意表彰物の事実上の贈与、③明示ないし黙示の約束があれば訴求するもの、④約束はなくとも慣習もしくは当事者の職業の性質上当然に有償とされるもの、そして⑤委任一般が当然に報酬請求権を含むとされるもの、に分けたうえで、法的には①②は無償、③は原則無償、そして④⑤は有償を意味するという。

(180) この義務、および委任と報酬の関係について、明石三郎「委任と報酬」松坂佐一＝西村信雄＝船橋諄一＝柚木馨＝石本雅男先生還暦記念『契約法体系Ⅳ 雇傭・請負・委任』(有斐閣、1963年)244頁以下、岡孝「委任—報酬請求権を中心に」星野英一ほか編『民法講座(5) 契約』(有斐閣、1985年)473頁以下、林信夫「ローマ委任法における無償性原理と『謝礼honorarium』の存在(一)」専修大学法学論集62号(1994年)13頁以下等。

(181) 幾代＝広中編・前掲注(15)211頁(中川)、我妻＝有泉ほか・前掲注(15)1169頁、1174頁等多数

(182) 幾代＝広中編・前掲注(15)248頁(明石)、我妻＝有泉ほか・前掲注(15)1174頁

(183) 幾代＝広中編・前掲注(15)208頁(明石)、249頁以下参照(明石)211頁、218頁(中川)、我妻＝有泉ほか・前掲注(15)1174頁等参照。

なお、その場合、無償・片務契約から有償双務・契約となる(我妻＝有泉ほか・前掲注(15)1169頁参照)。

(184) 幾代＝広中編・前掲注(15)219頁(中川)('有償なのが原則')と明記、我妻＝有泉ほか・前掲注(15)1174頁参照。

(185) 明石・前掲注(180)247頁、幾代＝広中編・前掲注(15)248頁(明石)

このなかで、わが国の民法典は③の段階にあるとされ¹⁸⁶⁾、専門家事務処理契約についていえば④から⑤に成長したともいわれる¹⁸⁷⁾。一方で、人の心の底に好意性と名誉心ないし武士・騎士の精神が残るかぎり無償委任は存続し続けるであろうとされ¹⁸⁸⁾、他方で、現代社会における経済意識の発達が全体を次第に⑤に運びつつある傾向¹⁸⁹⁾にあり、種類によってはより進んだ段階にあることが指摘される。委任契約の内部において、幅が存在し、一端は不動のままもう一端は進行を続ける形で、幅は広がりゆく過程にあるといえる。

(2) 本条の解釈・適用は、医療契約に妥当するか

妥当する¹⁹⁰⁾。

医事法学の多数説は、社会生活上の慣習(民法92条)を根拠に¹⁹¹⁾、医療契約を原則として有償契約と理解している¹⁹²⁾。すなわち、特殊な医療契約¹⁹³⁾や、当事者が無償の合意をしている場合を除き、とくに合意がなくとも、医療契約は有償(双務)契約であり、患者は受けた診療の対価として、診療報酬支払義務¹⁹⁴⁾を負うという理解である。

この理解は、委任契約論における専門家事務処理契約の報酬に関する解釈と何ら異ならない。医療契約の有償性、つまり患者の診療報酬支払義務は、医療契約固有の原理から導き出されるものではなく、専門家事務処理

(186) 明石・前掲注(180)247頁、幾代=広中編・前掲注(15)249頁(明石)(習俗的には②ないし③とし、宗教家・医師・学者など知的労務における報酬の約束に対する心理的抵抗の残存を指摘し、これらの人々の訴求例をあまり聞かないと言及)

(187) 明石・前掲注(180)247頁、一木・前掲注(15)(四・完)54頁注(37)

(188) 幾代=広中編・前掲注(15)249頁(明石)

(189) 同書249頁(明石)参照

(190) 前田・前掲注(78)76頁は無報酬原則が実態と異なるとする。

(191) 山崎・前掲注(175)186-9頁、野田・前掲注(174)412頁等。なお、能美光房「歯科医療と民法(2)」歯界展望26巻5号(1965年)895頁は黙示の特約を根拠とする。

(192) 現に多くの文献において、患者の主たる義務として、診療報酬支払義務があげられている。

(193) 米村・前掲注(78)99頁は、無償の医療契約の例として、無料健康相談をあげる

(194) 診療報酬支払義務について詳細は、拙稿・前掲注(1)「実体的解明」75頁を参照されたい。

契約という委任契約の一つの種類に属するがゆえの帰結にすぎない。ゆえに、患者の診療報酬支払義務は、委任契約共有規範に属するものであって、医療契約固有規範として選別されるべきものではない。

なお、公的保険医療に関しては、診療報酬の支払いに関する保険法令上の規律が介入する。保険者・被保険者・保険医療機関三者の法律関係をどう捉えるかというテーマ¹⁹⁵⁾が契約当事者論に存在しており、その結論次第では規範選別にも影響を与えうる。保険者と被保険者とが公法上の医療契約を締結し、保険医療機関は保険者の被用者ないし履行補助者であると構成する当初の学説¹⁹⁶⁾によるならば公的保険医療は、そもそも私法上の医療契約論の射呈からは外れることになる。しかしその後、行政解釈および下級審判決¹⁹⁷⁾によって、公的医療保険は医療費の支払方法等に関する公法上の関係¹⁹⁸⁾にすぎず、これとは別に、被保険者と保険医療機関との間に私法上の医療契約が成立するとの解釈がなされ、学説の多数の支持を得るに至った¹⁹⁹⁾。本説によると、公的保険診療における診療報酬に関する保険法令上の諸規律は、私法上の医療契約が存在するその外からの公法規範の介入であって、契約規範とは協働関係にすらない(既述のとおり、公的医療保険の給付範囲は、私法上の医療契約における医師の治療義務に影響を与えるものではない)。

(195) 拙稿・前掲注(1)「実体的解明」69頁以下、同「医療契約論(1)」218頁以下参照。学説の整理にあたっては、新美育文「診療契約論ではどのような点が未解決か」椿寿夫編『現代契約と現代債権の展望6』(日本評論社、1991)260頁以下等を参照した。

(196) 加藤一郎『不法行為法の研究』(有斐閣、1961)8頁、松倉豊治「医師から見た法律」大阪府医師会編『医療と法律』(法律文化社、1971)9頁以下等。詳細は、拙稿・前掲注(1)「実体的解明」86頁注(67)参照。その論拠とするところは、保険法令による診療内容の制限、保険者による診療内容に対する指導・監査、そして支払金額の制限などによって、保険医療機関は診療内容を自由に定められないということであった(新美・前掲注(195)260頁以下参照)。

(197) 東京地判昭和47・1・25判タ277号185頁、東京地判昭和49・4・2下民集25巻1-4合併号226頁、同昭和52・2・9判時824号83頁、東京高判昭和52・3・28判タ355号308頁、東京地判昭和56・2・26判タ446号157頁、東京高判昭和52・3・28判タ355号308頁等。以後の裁判例もほぼ一貫して同旨。最高裁判例は存在しない

5 委任者の費用前払義務(民法649条)、費用等償還義務(民法650条1項)、必要債務の代弁済・担保提供義務(650条2項)、損害賠償義務(民法650条3項)＝利他性を理由とする経済的不利益等負担規範群

(1) 利他性や無償性による理由づけ

標記に掲げた委任者の義務規定群は、委任契約論では主要論点の外に在る²⁰⁰⁾(委任者側の義務として講学上浮上するのは、有償委任における委任者の報酬支払義務だけである²⁰¹⁾。

これら規定群は、受任者の経済的不利益等の責任を(受任者の請求を前提としながらも)委任者に負担させる趣旨の規定群であると纏めることができる。さらに、民法649条は事前回避、民法650条は事後填補の責任と細分できる²⁰²⁾(両者は対応関係にある²⁰³⁾。

受任者は委任者のために委任者の事務を処理するのだから、その事務処理について受任者に負担を負わせるべきではないというのが、一般的な説明としてなされる²⁰⁴⁾。これは、契約の一方当事者がもう一方の当事者のた

(199) 主な文献として、定塚孝司「医師と患者の法律関係」中川善之助／兼子一(監)『医療過誤・国家倍賞(実務法律体系5)』(青林書院新社、1973)16頁、新美・前掲注(15)232頁、野田寛「医療をめぐる民法上の諸問題」星野英一編『民法講座(別巻2)』(有斐閣、1990)129頁等。詳細は拙稿・前掲注(1)「実体的解明」86頁注(71)参照。

論拠として、保険診療から自由診療への切替えが可能であること、患者は保険医療機関を自由に選択できること、患者は一部負担金を保険医療機関に直接支払う義務を負うこと、保険医療機関は他の都道府県区域内の患者も診療すべき義務を負うこと、そして診療内容は具体的な患者－医師関係によって確定されるべきこと等(新美・前掲注(15)261頁参照)。

(200) 以下、一木孝之「受任者の経済的不利益等に対する委任者の填補責任(1)」國學院法学45巻2号(2007年)2頁以下(委任契約について)等を参照した。

委任論では、費用前払義務が、460条(委託を受けた保証人の事前求償権)との関係で取り上げられることがある(最判平成2年12月18日民集44巻9号1686頁等、高橋真「事前求償権の法的性質」民商108巻2号(1993年)1頁等参照)。

(201) 一木・前掲注(200)(1)2頁以下(委任契約について)等参照

(202) 以上、同論文2頁以下の位置付け・区分にしたがった。

(203) 649条の費用前払義務は650条の費用償還義務に対応した義務であるとされる(幾代＝広中編・前掲注(15)269頁(明石)、我妻＝有泉ほか・前掲注(15)1175頁)

(204) 幾代＝広中編・前掲注(15)269頁、271頁(明石三郎)参照

めに行うという、委任事務処理の利他性に着目した発想であるともいえる²⁰⁵⁾。また、これらを委任の無償性(好意性)から理由づける(したがって適用も無償委任に限る)立場によれば、好意でなす受任者に相当以上の負担をかけるのは妥当でないという配慮による規定群であると説かれることになる²⁰⁶⁾。なお、特に費用償還については、有償委任の場合、報酬のなかにある程度の費用は含まれていると解すべき場合が多いと有力に主張される²⁰⁷⁾。

このなかで、とくに損害賠償義務—すなわち、受任者の無過失を要件としつつも、委任事務処理につき発生した損害に関し、委任者に無過失損害賠償責任²⁰⁸⁾を負わせたと解せられているもの—については、懐疑的学説も多い²⁰⁹⁾。たしかに、他の上記委任者義務規定群が他の事務処理関係にも準用ないし同様の規定をみいだすことができるのに対し、本項についてはそれがなく、とくに事務管理では民法665条が明確にこの責任を否定している²¹⁰⁾。法制審では、有償委任への不適用ないし有償性の考慮(中間論点整理第49・2(2))、および消費者契約の特則が検討されている(同(3))。

(2) 本諸条の解釈・適用は、医療契約に妥当するか

妥当する。

医療契約論ではいっそう、患者のこの種の責任については、言及さえあまりみられない。一部文献が、医療契約が準委任契約であることから、委任条文をなぞる形で、これらを医療契約上の患者の義務にあげ、医療契約

(205) 委任契約は、契約の一方当事者がもう一方の当事者のために行う、利他的な事務処理を目的としており、元来、もっぱら事務処理を行う側の契約当事者の義務が重視されてきた(一木・前掲注(200)(1)2頁参照)

(206) 一木・前掲注(15)(四・完)44頁(費用前払、費用償還について)

(207) 幾代=広中編・前掲注(15)273頁(明石三郎)

(208) 同書276頁(明石三郎)

(209) たしかに、受任者は委任者のために委任者の事務を処理するのだから、事務処理につき生じた損害を受任者に負担させるのは妥当でないとの一般的解説が、ここでも妥当するかもしれない(我妻=有泉ほか・前掲注(15)1176頁参照)。しかし、幾代=広中編・前掲注(15)277頁(明石)等は、有償委任への適用を否定する。

(210) 一木・前掲注(200)(1)4頁

への適用にあたっての特殊性にかかわる叙述をしている²¹¹⁾。以下、順に検討する。

i 費用前払義務について、医療契約においては、費用前払のないことを理由に医師が診療を拒絶することは、医師の応招義務や医療の特質を理由に、原則として認められないと、その特殊性が指摘される²¹²⁾（委任契約では、民法649条の立法趣旨を根拠に、受任者は費用前払いなければ委任事務を履行しなくても履行遅滞の責めを負わず²¹³⁾、必要不可欠の費用の前払いを委任者が拒絶した場合には事務処理を中断できるとされている²¹⁴⁾）。

しかし、この特殊性がどこまでみとめられるかは、医師の不应招の正当事由の判断にかかってくるだろう。将来的に、歯科や美容整形等の高額な自由診療で本条の適用可能性が増大することが考えられる²¹⁵⁾。いずれにせよこの特殊性が妥当するかしらないかは、公法規範の影響を受けるか受けないかの違いであって、委任契約規範の医療契約への理論的な妥当可能性にかかわるものではない。

ii 費用償還請求については、当該事情のもとで受任者が善管注意を持って必要と判断して支出した以上は結果的に不必要に帰してもかまわないという、委任における解釈²¹⁶⁾の典型的対応例として、投棄したが結果として死亡した場合があげられる形で言及がある²¹⁷⁾。また、医療契約も有償委任であるから、費用償還義務は診療報酬の問題として処理すべきであるとす

(211) 649条について、山崎・前掲注(13)189頁、野田・前掲注(174)415頁、菅野・前掲注(174)144頁等。650条3項に関して、野田・前掲注(174)416頁、菅野・前掲注(174)145頁。

(212) 野田・前掲注(174)415頁、菅野・前掲注(174)144頁。

(213) 我妻=有泉ほか・前掲注(15)1175頁

(214) 幾代=広中編・前掲注(15)269頁(明石)。もっとも、訴求可能性については、学説の見解は大いに分かれているという(同269頁以下参照)。

(215) もっとも前田・前掲注(78)76頁は、高価な義歯等について費用準備の予告はあっても支払請求は処置後であろうと言及するが、とくに近年事情の変化があるように思われる。

(216) 幾代=広中編・前掲注(15)271頁以下(明石)参照、我妻=有泉ほか・前掲注(15)1175頁参照

(217) 幾代=広中編・前掲注(15)272頁(明石)参照、野田・前掲注(174)418頁注(24)参照

る見解がここでも有力である²¹⁸⁾。委任契約における解釈・適用がそのまま妥当していることが確認できる。

iii 問題の損害賠償義務の具体例として、医師が往診途中で過失なく負傷した場合や、伝染病の患者を診療する際に相当の注意をしていたのに感染した場合が挙げられている²¹⁹⁾。しかし、医業の社会的使命に照らすと、この義務をそのまま患者の義務におきかえることは想定しにくく²²⁰⁾、特に後者の例については、公的救済制度を含めた検討をすべきことが提唱されている²²¹⁾。そもそもこの義務が懷疑されているのは委任契約論でも同様である。また、医師の社会的使命や公的救済制度の導入という視点は、有償性や当事者格差を理由とする契約解釈ではなく、公法規範の介入・影響として立法的・解釈的に解決される問題である。

このように、受任者の経済的不利益等に対する委任者の事前回避および事後填補の責任のカテゴリーに属する委任諸規定については、医療契約への適用にあたってそれなりの個性や特殊性は発見できるものの、委任契約論から連続性のある説明が可能である。委任契約共有規範のレベルにおさまりうる規範群であると評価できよう。

6 任意告知権(民法651条)²²²⁾

民法651条1項は「委任は、各当事者がいつでもその解除をすることができる」と規定する。その特質や条文の文言から、委任の解除・無理由解除・任意解除と呼ばれることが多いが²²³⁾、本稿では用語の精確を期し、告知・解約告知・任意告知と呼称する²²⁴⁾。

相手方に不利な時期に告知すればそのかぎりでは損害賠償義務を負うが、

(218) 野田・前掲注(174)415頁以下、菅野・前掲注(174)144頁以下。

(219) 医療契約論でも、医療契約が準委任契約であることから、民法650条3項を根拠として、この義務を考え得るとする論者がいる(野田・前掲注(174)416頁、菅野・前掲注(174)145頁)

(220) 前田・前掲注(78)76頁は、このような賠償を医師が患者に請求する場面が想定できないと述べている。

(221) 野田・前掲注(174)416頁。

やむを得ない事由があればそれすらも不要である(同条2項)。他の典型契約にはみられない、ほとんど無条件に近い契約解消の自由が²²⁵⁾、当事者双方にみとめられているのが、委任契約の特徴である。

(1) 類型的研究の展開

当事者の任意告知権は、無償性とならび委任契約の主要テーマを形成している²²⁶⁾。この任意告知権がみとめられるのは、委任契約が当事者間の信頼(信任または信用)²²⁷⁾を基礎とするからであると、一般的には説明されている²²⁸⁾。任意告知権を委任の本質に由来すると位置づける学説も存在している²²⁹⁾。

(222) 岡部崇明「委任と任意解約」判タ466号(1982年)54頁以下、渡辺博之「委任解約権と「受益者の利益」—最高裁昭和56年判決を機縁として」國學院法政論叢4巻(1983年)25頁以下、大島俊之「《解除できない委任》とは、どういうものか」『講座 現代契約と現代債権の展望(五)—契約の一般的課題』(日本評論社、1990年)253頁以下、岡孝「民法651条(委任の解除)」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅲ』(有斐閣、1998年)439頁以下、広中俊雄「委任契約の『解除』」『契約法の理論と解釈 広中俊雄著作集2』(創文社、1992年)198頁以下、柳勝司「委任者による委任契約の解除」名城法学44巻3号(1995年)198頁以下等。近年で最も総合的な業績として、丸山・前掲注(15)。

(223) 我妻＝有泉ほか・前掲注(15)1176頁も参照

(224) ここでの「解除」は、継続的契約における「解約申し入れ」による契約の終了を意味する(民法652条は、賃貸借契約の規定を準用する形で、将来効をさだめる)。

(225) 丸山・前掲注(15)(一)75頁等、同論文の随所で強調される表現を参照

(226) 一木・前掲注(15)(一)31頁参照

(227) 既述のとおり「信頼」「信用」「信任」概念の意義について、わが国では踏み込んだ見解は少ないという(丸山・前掲注(15)(六)98頁)

(228) 幾代＝広中編・前掲注(15)223頁(明石)、我妻＝有泉ほか・前掲注(15)1176頁、丸山・前掲注(15)(一)75頁参照

異説として、広中・前掲注(17)[106]284頁、丸山・前掲注(15)

(229) 委任者の任意告知権のみのものも含め、岡松参太郎『註釈民法理由下巻債権編(第五版)』(有斐閣書房、1898年)293頁以下、吾孫子勝『委任契約論』(巖松堂書店、1917年)93頁、95頁、曄道文芸『判批』京都法学会雑誌11巻7号(1917年)75頁、岡村玄治『債権法各論』(巖松堂書店、1929年)454頁、同『改訂債権法要論(各論)』(芦書房、1959年)170頁、岩田新『増訂債権法概論(増訂第7版)』(有斐閣、1941年)411頁、幾代＝広中編・前掲注(15)223頁(明石)、我妻＝有泉ほか・前掲注(15)1176頁、1178頁(「委任における解約告知の自由は委任の本質に基づく基本的なものとして存在し、判例上告知が認められなかった場合は、その本質的な点において本来の委任とは性質を異にする特殊な契約ともいえるのではないか」)

しかし(裁)判例・学説は、すべての委任に民法651条をそのまま適用しているわけではない。とくに有償の専門家事務処理契約について、当事者の任意告知をめぐる裁判群が存在し、それを中心に学説も展開されてきた。

(裁)判例の立場はかならずしも明快とはいえない²³⁰⁾。古くから「受任者の利益をも目的とする委任」²³¹⁾概念を用い、任意告知権の制約理論が展開されてきている²³²⁾。一つに、有償委任について、特約による放棄(黙示もしくは推定ないし擬制を含む)を考えてゆく構成がとられてきた²³³⁾。受任者との力格差や受任者の不誠実な行動²³⁴⁾、あるいは実質的に別異の契約である²³⁵⁾といった個別的事情のもとに、告知を許容ないし制限した判決群も存在している²³⁶⁾。

-
- (230) 委任と解除をめぐる(裁)判例の動向について、広中・前掲注(222)204頁以下、岡孝「民法651条(委任の解除)」広中俊雄＝星野英一ほか『民法典の百年Ⅲ個別的観察(二)債権編』(有斐閣、1998年)449頁以下参照。具体的な(裁)判例としては、下記参照。丸山・前掲注(15)(五)91頁以下、同(六)75頁以下で、委任者からの告知と受任者からの告知に分けたうえで、事務の内容別に、かなりの数を網羅して紹介されている。なお、そこで多数の(裁)判例が集中した類型は、委任者からの告知で、弁護士への訴訟等依頼、取立・受領委任、団体・法人の役職等就任、不動産管理、不動産仲介、登記手続委任、経営委任・業務委託等、税理士顧問契約、大学在学契約、受任者からの告知で、団体・法人の役職就任であった。
- (231) 我妻＝有泉ほか・前掲注(15)1170頁参照(不動産・株式の譲受人が登記・株式名義の変更手続を譲渡人に委任、債務者が第三者に対して有する債権の取立てを債権者に委任して取り立てたものを債務の弁済に充当するケースなど)
- (232) 大判大正4・5・12民録21輯687頁(一般論として)、大判大正9・4・24民録26輯562頁、最判昭和53・7・10民集32巻868頁、最二小判昭和56・1・19。
- (233) 税理士顧問契約における委任者の解除について最三小判昭和58・9・20判時1100号55頁、期間の定めのある税理士顧問契約と解除について東京高判昭和63・5・31判時1279号19頁。
- (234) 大判大正4・5・12民録21輯687頁、大判昭和7・3・25民集11巻464頁(受任者が委任者の恩給を担保にとって金を貸し、委任者に告知権を放棄させた)、最判昭和43・9・20判時536号51頁(受任者がいちじるしく不誠実な行動に出たなどやむを得ない事由がある場合)、最判昭和56・1・19民集35巻1頁(やむを得ない事由がなくても、委任者が告知権を放棄したといえない事情がある場合)
- (235) 受任者が委任者から弁済を受けたり担保とするなどの目的のため委任者の債権の取立委任を受けた場合の受任者からの告知(大判大正6年1月20日民録23輯68頁)、また委任者からの告知(大判大正9・4・24民録26輯562頁)
- (236) 注(234)が許容、注(235)が制限

学説の状況も多元的である(多様な諸説が存在し、またそれらを整理する多様な諸説が存在する)。告知の自由を委任の本質として捉え、民法651条は特約でも排除できないとする学説もある²³⁷⁾。しかし学説の大勢は、すべての委任契約に民法651条を常にそのまま適用するという立場はとっていない。古くから、「受任者の利益をも目的とする委任」²³⁸⁾や、「他の基礎的法律関係の一部である委任」²³⁹⁾などが告知制約類型としてあげられてきた²⁴⁰⁾。そして、無償性にこそ民法651条の根拠を求め、本条の有償委任への適用を問題視する有力説が、直接・間接に大きな影響を与えてきた²⁴¹⁾。比較的近年では、告知の自由と制限の背後に存在する実質的根拠²⁴²⁾にまで深く目を遣り、民法典の他の任意契約解消制度にも広く目配りしながら、より深化した類型的研究もおこなわれている²⁴³⁾。

たとえば、丸山絵美子氏は、委任契約を事務内容や関係利益の視点から、①事務処理の対象となる利益が実質的には受任者や第三者に移転する類型(たとえば債務弁済方法としての取立委任等)、②委任者の権利・利益が受

(237) 岡村玄治『債権法各論』(厳松堂書店、1929年)454頁、同『改訂債権法要論(各論)』(芦書房、1959年)170頁、岩田新『増訂債権法概論(増訂第7版)』(有斐閣、1941年)411頁、我妻=有泉ほか・前掲注(15)1176頁、1178頁(「委任における解約告知の自由は委任の本質に基づく基本的なものとして存在し、判例上告知が認められなかった場合は、その本質的な点において本来の委任とは性質を異にする特殊な契約ともいえるのではないか」)

(238) 我妻・前掲注(17)693頁以下(債権回収のための取立委任について解除権放棄特約の推定の構成)、来栖三郎『契約法』(有斐閣、1974年)551頁以下(成功報酬型・任期型・専従型委任について拘束期間・予告期間・報酬で対応)、幾代=広中編・前掲注(15)284頁(明石)

(239) 他の契約と結びついたり他の基本的な法律関係の一部をなしている委任を告知制約類型としてたてるものに、我妻・前掲注(17)693頁以下、末川博『契約法下』(岩波書店、1975年)217頁以下、幾代=広中編・前掲注(15)283頁以下(明石)、大島俊之「≪解除できない委任≫とは、どういうものか」椿寿夫編『講座現代契約と現代債権の展望5契約の一般的課題』(日本評論社、1990年)268頁、平田健治『民事法Ⅲ債権各論』(日本評論社、2005年)220頁以下等。

(240) ほかに、権利保全手段としての委任という類型もよく立てられている(来栖三郎『契約法』(有斐閣、1974年)551頁以下)。

なお、受任者の利益の概念、類型の立て方、それへの具体的事務のあてはめは一致していない(丸山・前掲注(15)(七・完)59頁等参照)。

任者の手中に委ねられる類型(たとえば弁護士契約等)、そして③受任者が提供する役務を委任者が受け取るだけの(=内容が気に入らなければ受け取らなければよい)類型(たとえば外国語教室との契約等)に類型化する²⁴⁴⁾。そのうえで、民法典の予定する契約の拘束力緩和要因へと目を向け、i 無償性、ii 効率性(当事者の一方のみが契約の実行そのものに利益を有し、それが不要になった以上は契約の継続が「無駄」である)、そしてiii 自己に帰属する利益の管理・処分自由の確保という3つの要因から²⁴⁵⁾、上記類型の処理を分析しようとする(②類型の分析について、後述(2)で立ち入って紹介する)。

このように、委任契約における当事者の任意告知権をめぐるのは、民法651条の適用の可否や強行法規性といった要件論、そして相手方の報酬請求権や損害賠償といった効果論に関して、告知そのものの可否と金銭的調整(清算)を組み合わせた形で、あるべき類型的処理が模索されてきた²⁴⁶⁾。

他方で、かかる多様な告知の要件と効果を、民法651条にすべて放り込むことに対して、批判的な見解が呈されている²⁴⁷⁾。広範な射程を有する委任

(241) 広中俊雄「委任契約の「解除」」『広中俊雄著作集2契約法の理論の解釈』(創文社、1992年)198頁以下[初出は民商法雑誌48巻1号および『契約法体系Ⅳ』(1963年)]は、ローマ法の沿革的研究から、651条の根拠を(信頼関係に求める見解を明確に否定し)無償性ゆえの契約の拘束力の弱さに求める。そして、本条が適用されない委任のうち、請負型には641条、雇傭型には627条・628条、そして不動産利用型には賃貸借解除のルールを妥当する。本説は、その後の学説に直接・間接に大きな影響を与えた。

なお、本条の適用を無償委任に限定する見解として、平野裕之『民法Ⅱ債権法』(新世社、1999年)250頁、345頁以下、丸山絵美子「継続的役務提供契約の解消に関する一考察(三・完)」法学61巻5号(1997年)1027頁以下等。丸山・前掲注(15)(七・完)74頁も参照

(242) 中田裕康「継続的取引の研究」(有斐閣、2000年)[初出、「民法651条による委任の解除」星野編『判例に学ぶ民法』(有斐閣、1994年)]336頁以下参照

(243) 丸山・前掲注(15)は、ドイツ法から示唆を得て、委任事務処理の態様と委任契約当事者の権利・利益という視点から分析を行う。

(244) 同論文(六)190頁以下(各類型の表現を若干変えてある)、(七)60頁以下も参照

(245) 同論文(七)69頁、76頁以下注(4)も参照

(246) 平田健治「判批」民法判例百選〔第5版〕(2001)154頁、同『民事法Ⅲ債権各論』(日本評論社、2005年)220頁以下参照

(247) 平野裕之『民法Ⅱ債権法』(新世社、1999年)347頁、水本浩『契約法』(有斐閣、1995年)352頁

契約類型に対し、それ一般に適用される任意規範として、ほぼ随時無条件に近いような契約解消の自由を規律する本条を設定すること自体が、疑問視されているのである²⁴⁸⁾。特に有償委任に関しては、民法典のほかの有償契約の任意契約解消制度との整合性という視点から、労働法や不動産賃貸借法の分野における信義則破壊法理・やむを得ない事由・履行利益までも含む損害填補の取り入れが、解釈論もしくは立法論として志向されていた。債権法改正論議でも、このような指摘に応えるべく、回答が模索されている(改正案【3.2.10.15】、中間論点整理第49・4(1)判例枠組みベースが有力か)。

(2) 本条の解釈・適用は医療契約に妥当するか

妥当する。

当事者の任意告知権に関しては、委任契約の解釈・適用においても、委任の種類ごとに多彩であって、類型的研究が必要とされている。そもそも委任契約自体の解釈・適用のレベルで、任意告知についての法的処理が一樣ではない。どこまでが委任理論によって説明できる性質で、どこからが医療契約独自の説明を要する個性なのかという点を論証するのが、ここでの作業となる。

医療契約では、患者からの告知が黙示的なものを広範に含めて認められている状況がある一方で、医師は応招義務で厳しく拘束され告知の自由は事実上ほとんど存在していない。以下、患者からの任意告知と医師からの任意告知を分けて、検討を行なう。

i 患者からの任意告知—広範な黙示の告知の認定

外来診療において、患者が一方的に来院をやめることはよくあることである。医師の側でも、よほど深刻な事態でなければ、とくに追跡したりはしない。風邪や軽傷などの一時的で軽微な傷病、歯科や美容整形など選好が分かれる分野、また精神医療やリハビリテーションなど完治の時期があいまいな領域では、明示の告知をもって通院を中断することの方が少ないであろう。

(248) 丸山・前掲注(15)(七・完)68頁参照

医療契約では、このような患者の受診中断行為をもって、黙示の告知の意思表示を認定もしくは推定、あるいは告知を推定する²⁴⁹⁾。この判断にあたっては、受診中止や転医をもって画一的に判断すべきではなく、具体的事案ごとの解釈を要するとされている²⁵⁰⁾。ガンなどの継続的治療を要する重大な疾患の患者が、真実の病名を告げられぬまま入院を取りやめたりしたケースでは、医師の説明義務と問題領域を接する状況もみられる。

この黙示の告知の部分も含めると、医療契約では通常の委任契約より以上に、委任者からの告知がみとめられやすいということになる²⁵¹⁾。よく並び挙げられる弁護士契約ですら、依頼者が黙って弁護士との連絡を断ち、それが黙示の告知の意思表示としてみとめられる場面は一般的でない。

丸山絵美子氏は、前述②のタイプ(いわば委任者利益受任者手中型)の委任類型に関して、自己に帰属する利益の管理・処分自由確保という契約拘束力緩和要因により²⁵²⁾、受任者の手中に委ねられた自己の利益を委任者を取り戻す必要性に対応して(この必要性は委ねられた利益の重大性や受任者の裁量性により高まる²⁵³⁾)、委任者からの告知をみとめるべきと考える²⁵⁴⁾。

(249) 高橋勝好『医師に必要な法律』(南山堂、増補版、1980年)30頁、野田・前掲注(174)420頁、菅野・前掲注(174)150頁。丸山氏は、既述の検討に入る前に、まずは契約解釈を経るべきとし、紛争にはほとんどならないような、近所の人への子守の依頼や大学生への家庭教師の依頼は、「必要であり都合のつく限りで依頼し引き受けることが了解されて」いるとし、また風邪で医者にかかる場合に、患者は完治まで通い続ける義務を負うとは双方考えないとする(丸山・前掲注(15)(七・完)72頁以下)

(250) 野田・前掲注(174)420頁、菅野・前掲注(174)150頁。なお、名古屋地判昭和58・8・19判時1104号107頁は、患者の症状が木目細かい継続的な診療を要するものであったのにもかかわらず、患者が1ヶ月間も受診せず、さらに他医の往診を受けていたとの事情において、黙示の解約意思表示を認めている。

(251) もっとも、医療契約は「当事者双方の利益のためになされた委任契約」にあたるから、民法651条1項は適用されないとする言及が一部に存在している(大阪地判昭和60・6・28判タ565号170頁、菅野・前掲注(174)149頁)。

(252) 丸山・前掲注(15)(七・完)67頁

(253) 同論文(六)91頁参照(事務処理内容が包括的だったり委任者の裁量が大きい場合には、委任者が損害をコントロールできず、損害が拡大する)、92頁参照(弁護士への訴訟委任や税理士顧問契約など、委ねられる法益が重要であったり、受任者の裁量が大きい事例では、人的信頼関係を強調し、告知の自由をみとめようとする(裁判例の傾向があるという)

もっともこの類型でも、受任者の生活・身分保障を考慮し、信頼関係破壊ややむをえない事由を媒介に告知自体を制約したり²⁵⁵⁾、損害賠償をとまなう告知をみとめるといった中間的解決方法を示している²⁵⁶⁾。弁護士契約の依頼人からの告知に関する(裁)判例²⁵⁷⁾では、依頼人からの告知自体が肯定されることを前提に、報酬請求権の有無、報酬額、着手金・成功報酬の取扱い、そして損害賠償の範囲といった金銭的調整が主たる争点となっている²⁵⁸⁾。

医療契約において、患者は医師に生命・健康という至高の利益を託しており、訴訟や交渉上の利益を託した依頼人以上に、もはや信頼できなくなった者による望まざる診療の進行を心から懸念する²⁵⁹⁾はずである。他方、国民皆保険のもと収入はかなり保障され、一人の患者に専従することなく、患者一人あたりの報酬額も高くはなく、個々の患者に関して契約期間が設定されているわけでもない医師や医療機関が²⁶⁰⁾、一人の患者の任意告知によって、生活基盤・身分保障を脅かされることは、弁護士のそれより考えにくいことであろう。

このように、患者からの告知が黙示的なものを含めて広範に認められて

(254) 同論文(六)91頁、(七・完)74頁(告知権放棄特約の無効化まで主張する)

(255) 同論文(六)91頁以下参照(団体役員就任、店舗経営・業務委託、所属棋士等についての下級審裁判例で、信頼関係破壊ややむをえない事由が問題とされる傾向があるという)。また、半田吉信「判批」法時59巻2号(1987年)96頁、平田健治『民事法Ⅲ債権各論』(日本評論社、2005年)220頁以下(受任者に著しい信義則違反がある場合以外は委任者からの任意告知をみとめない)

(256) 丸山・前掲注(15)(七・完)61頁

(257) 同論文(五)91頁以下で、委任者からの告知と受任者からの告知に分けたうえで、事務の内容別に、かなりの数を網羅して紹介されている。この紹介に拠った。

(258) 大判明治31年2月24日民録4輯64頁、大阪控判大正3・7・18法律新聞964号27頁、東京地判昭和36・12・18下民集12巻12号2984頁、東京高判昭和38・7・1東高民時報14巻7号187頁、東京地判昭和42・5・12判タ209号209頁、大阪地判昭和55・8・22判タ449号228頁、横浜地判昭和61・10・17判タ637号145頁、東京地判昭和62・6・18判時1285号78頁、東京地判平成14・3・29判時1795号119頁

(259) 丸山・前掲注(15)(七・完)74頁参照

(260) 同論文(六)91頁参照(契約の存続解消にかかわる当事者の利害の程度は、報酬額、期間設定の必要性、損害回避可能性等により異なってくる)

いる状況については、弁護士契約に近似した委任契約の一類型として委任理論での説明が可能である。

ii 医師からの任意告知—応招義務による事実上の制約

医師には応招義務が課せられている²⁶¹⁾ため、その事実上の帰結として²⁶²⁾、医師からの任意告知がかなり制限される²⁶³⁾(契約は解消しても医療行為は続けるという法律状態を介在させうるとしても²⁶⁴⁾、實際上、応招義務の存在が医師からの告知を抑止するであろう)。患者の診療報酬の支払遅滞があっても、医師は法定解除さえできない(医発752号)。事実上ほとんど、医師法19条1項のさだめる正当事由²⁶⁵⁾がある場合にのみ、医師からの告知がありうるということになる。

委任契約一般においても、訴訟で問題となるのは委任者からの告知が多く、受任者からの告知については十分な事例の蓄積がない²⁶⁶⁾。学説上は、受任者の能力不足による損害回避²⁶⁷⁾、役務の強制不能性²⁶⁸⁾、そして公序良

(261) 詳細は拙稿・前掲注(1)「典型的なるもの(1)」205頁以下、同「実体的解明」70頁以下も参照

(262) 契約責任との関係では、応招義務はあくまで医療契約成立以前のものであって、その違反が債務不履行責任を発生させる余地はない。応招義務を医療契約成立前と後の両方に認めた上で後者の違反につき債務不履行責任を生ずる可能性を認める見解や、医療契約締結に向けた交渉段階における医師の契約締結上の過失を問題とすべきであるとする見解は一部にとどまる(応招義務と契約責任との関係について、詳細は拙稿・前掲注(1)「典型的なるもの(1)」208頁以下、同「実体的解明」70頁以下も参照)。

なお、医師法19条1項があっても医師には承諾の自由はあると明言するものとして、磯崎辰五郎＝高島学司『医事法・衛生法』(有斐閣、1953)200頁、我妻・前掲注(41)19頁。

近年では、米村・前掲注(116)101頁、103頁注(16)(契約内容の非画一性を理由とする)

(263) 前田・前掲注(78)76頁は、民法651条1項は医師には適用されないとする。

(264) 米村・前掲注(116)101頁は、応招義務を「契約締結と無関係な初期診療実施義務」とし、102頁で「診療継続義務」を含むものではないとする。

(265) 正当事由については、拙稿・前掲注(1)「実体的解明」87頁注(74)参照

(266) 丸山・前掲注(15)(六)93頁参照。具体的判決例は、同論文76頁以下参照

(267) 受任者の能力不足による委任者の利益侵害の回避という視点であり、ポアソナード草案はこの理由から医師・弁護士・教師に法的義務を生じさせなかった。これに対し、医師の転送義務のような受任者の諸義務の問題として引き受けられるべきと反論される(丸山・前掲注(15)(七・完)73頁)

俗に反する行為を拒絶する必要性²⁶⁹⁾に言及がみられるものの、一般的に、否定的もしくは限定的な見解が多い。たとえば、山本豊氏は、受任者からの告知を立法上の不備と評価する²⁷⁰⁾。また、丸山絵美子氏は、無償委任以外では否定すべきとし、それでもかかる告知権を承認しうる余地があるのは、契約関係の継続が報酬を得てもカバーできないほど受任者自身の利益を侵害しうるにもかかわらず、受任者自身がリスクコントロールできない場合であるとする²⁷¹⁾。

医師や病院側から医療契約の解消を望むのは、主として、患者の診療報酬未(不)払い、治療への非協力、そして医療者や他の患者への迷惑行為などである。上記傾向に照らすならば、限定的であれ、医療側からの告知がみとめられる余地はあるかもしれない²⁷²⁾。現に、入院治療が必要な病状ではもはやなかった患者について、ビラ配布等の活動を理由に、退院措置が許容された判決も出ている²⁷³⁾。

しかし、それでもなお、医師法19条1項は、その独自の立法趣旨(医師の職務の公益的性格と、医業独占を認める反射的效果)²⁷⁴⁾ゆえに、行政処分による間接的な威嚇をとめないながら²⁷⁵⁾、治療の必要な患者の診療の求めに応ずることを医師に義務づけている。不応招は、信頼関係破壊法理や告知

(268) 岡孝「民法六五一条」広中＝星野編『民法典の百年Ⅲ個別的観察(2)債権編』(有斐閣、1998年)465頁以下

(269) 道徳や公序に反する事務処理を拒絶するのは、やむを得ない事由による告知として対応可能とする(丸山・前掲注(15)(七・完)73頁)

(270) 山本豊「外国語受講契約の中途解約と既払受講料不返還条項の有効性」判タ901号(1996年)41頁

(271) 丸山・前掲注(15)(六)93頁、(七・完)73頁以下。(裁)判例の取締役辞任やテレビCM放映打切事例にみられる傾向として。その場合でも、立法的対処や委任者の損害填補の必要性を説く(七・完)73頁以下)

(272) 米村・前掲注(116)102頁は、両当事者の信頼関係が破綻した場合には、医療関係の維持は困難であるから、医療側の任意告知を肯定すべきであるとする(ただし、医療側は契約上の適正医療提供義務にもとづき、任意告知後に患者の生命・健康に不利益が生じないように、他院への紹介や転送などの措置をとる必要があるとする)

(273) 大阪地判昭和60・9・13判タ596号50頁は迷惑行為をする患者の病院からの退院措置を肯定したが、入院治療が必要な病状ではもはやなかった患者の(医療契約より複合的要素を含む)入院契約についてのものであったことに留意すべきだろう。

期間を設定することでも、当事者間で特約を結ぶことによっても正当化されない。ここで起こっているのは、委任契約の任意告知に関する民法651条の解釈・適用の多様性をもってしても、連続的に説明することはできない、といって医療契約固有規範であるというわけでもない、公法規範による介入にほかならないのである。

このように、医療契約における当事者の任意告知権は、患者からの任意告知と医師からの任意告知とでは相様を異にする。同じく特殊性は有していても、前者は委任契約共有規範が内包する多様性のレベルにおさまらうるものであり、後者は契約外の公法規範の介入の事実上の影響下にある。両者はその意味で棲み分けをしたうえで混在しているといえるが、いずれの領域にも医療契約固有規範が存在するというわけではない。

7 (任意告知以外の)契約の終了原因(民法653条)＝属人的信頼に基礎づけられた当然の終了原因

契約一般の終了原因、そして当事者による任意告知に加え、民法653条はさらに以下のような委任契約の終了原因をあげる。すなわち、①委任者または受任者の死亡(1号)、②委任者または受任者の破産手続開始(2号)、そして③受任者の後見開始(3号)²⁷⁶⁾である。

(274) 小野恵「医師法第19条第1項の問題点」東京女子医大誌38巻10号(1968)708頁、野田・前掲注(174)120頁、平林勝政「医師に対する法的規制」加藤一郎／森島昭夫『医療と人権』(有斐閣、1984)62頁以下、大谷實『医療行為と法(新版補正第2版)』(弘文堂、1997)41頁、前田達明ほか『医事法』(有斐閣、2000年)73頁等。

(275) 処罰規定は存在しない。ただし、厚生省の行政解釈によれば、応招義務違反の反復は医師法7条2項にいう「医師としての品位を損するような行為」にあたり、行政処分(医師免許の取消・停止)の対象になるという(昭和30年8月12日医取755号医務課長回答)

(276) 受任者のみ妥当するのは、委任者の後見開始は受任者に何ら損失を与えないからである(我妻＝有泉ほか・前掲注(15)1179頁)

(1) 属人的信頼に基礎づけられた終了原因

これらは、委任が当事者の信頼—とりわけ個人的(人的、对人的)信頼を基礎とするからであると説明される²⁷⁷⁾。これは委任契約において一般に念頭におかれてきた信頼であって、自己執行義務、権利義務の一身専属性、そして当事者の死亡による契約の終了を説明するのに民法で用いられてきた信頼である²⁷⁸⁾。

もっとも、現代社会において、委任契約における個人的(人的、对人的)信頼は、受任者の事業を中心とした信頼に移行しつつある²⁷⁹⁾。すなわち、「主体が誰かよりも、一定レベルの役務が提供されるか否か、約定報酬が支払われるか否か」²⁸⁰⁾が重視され、担い手や受け手の代替が許容される事務処理契約が増えてきている(債権法改正論議で自己執行義務の委任規定化が論議されているが、要件緩和や準委任への不適用の意見がでている(中間論点整理第49・1(3))。

このこととも関連して、学説・(裁)判例は、「当事者の死亡によっても終了しない委任契約」というカテゴリーを形成し、当事者の特約²⁸¹⁾または委任事務の性質を理由に、広範なケースについて、民法653条の適用を否定し、かつ、当事者による任意告知まで否定している²⁸²⁾。なかでもこれは、委任者死亡の場合に多くみられる²⁸³⁾。

なお近時、新成年後見制度の導入²⁸⁴⁾と高齢社会の到来により、死後の事

(277) 幾代=広中編・前掲注(15)293頁(明石)、我妻=有泉ほか・前掲注(15)1179頁(①につき)等参照

(278) 中田・前掲注(242)201頁以下参照、丸山・前掲注(15)(七・完)63頁参照

(279) 我妻・前掲注(17)[1021]695頁、幾代=広中編・前掲注(15)293頁(明石)参照。また、中田・前掲注(242)39頁以下も参照

(280) 丸山・前掲注(15)(七・完)64頁

(281) 民法653条は、当事者の特約によって排除できる(我妻・前掲注(17)694頁、幾代=広中編・前掲注(15)293頁(明石)、広中・前掲注(17)294頁、我妻=有泉ほか・前掲注(15)1179頁)。ただし、委任者の破産については—委任事務の内容が委任者の財産に全く関係がないケースは別としてであろうが(幾代=広中編・前掲注(15)296頁(明石)は、そのような場合は別であるとしている。他の論者は言及なし)—特約により排除不能とされる(幾代=広中編・前掲注(15)296頁(明石)、我妻=有泉ほか・前掲注(15)1179頁)。

務処理を目的とする委任契約が多用されるようになった²⁸⁵⁾。「委任者死亡によっても終了しない委任契約」たりうることを前提に、許容される事務処理の範囲や、委任者地位の相続人の任意告知権の制限という問題が²⁸⁶⁾、本人意思の尊重と相続制度や相続人の利益との調整を中心に、解釈論および立法論(中間論点整理第49・4(2))において議論されている²⁸⁷⁾。

(2) 本条の解釈・適用は、医療契約に妥当するか

妥当する。

医療契約では²⁸⁸⁾、民法653条が取り立てて論ぜられることは少なく、言及があるとしても概説的なものにとどまっている²⁸⁹⁾。

信頼の事業化・組織化という現象は、医療契約においてもみられる。すなわち、医療側が組織体としての医療機関であるとき、担当医が死亡しても

(282) 我妻・前掲注(17)695頁、幾代＝広中編・前掲注(15)293頁以下(明石)、広中・前掲注(17)286頁以下、中田裕康「判批」金法1384号(1994年)6頁、力丸祥子「判批」新報101巻11＝12号181頁(1995年)、中田・前掲注(242)349頁、黒田美亜紀「成年後見制度の現状と課題の検討—死後の事務委任契約の発展可能性を中心に—」月刊登記情報602号(2012)19頁等参照。

明示の特約がなくても終了しない場合として、受任者が委任者の死亡を知らない(民法655条)、受任者や相続人の利益を保護する必要がある、そして、委任が他の契約の一部となっている場合等があげられている。

(283) たとえば、幼児の中学卒業までの養育を委任したケース(大判昭和5年5月15日新聞3127号13頁)などでは、委任者の死亡によって契約は当然に終了しないとされる。

(284) 親族ではない第三者後見人(専門職後見人ないし市民後見人)への委任だからこそ顕在化した問題である(黒田・前掲注(282)16頁参照。12頁も参照)

(285) 最三小判平成4・9・22金法1358号55頁(委任契約の内容・性質や締結時の事情から、委任者死亡後も終了しない旨の当事者の意思を推認した)を契機に、任意後見契約に付随する契約として利用者の死後事務に関する委任契約が締結され、両者を一通の公正証書にしておく方法が多用されているという(黒田・前掲注(282)19頁)。なお、その後、さらに進めて、任意告知権の放棄の推定までみとめた判決がでている(東京高判平成21・12・21判時2073号32頁)

(286) 黒田・前掲注(282)19頁以下参照

(287) 同論文25頁以下、同「死後の事務における故人の意思の尊重と相続法秩序」明治学院大学法学研究93号(2012年)49頁以下等参照

(288) 詳細は、拙稿・前掲注(1)「実体的解明」78頁以下参照

(289) 医療契約を委任契約の規定に合わせて概説するタイプの文献に多い。近年では、前田・前掲注(78)74頁等。

医療契約は終了しないとされる²⁹⁰⁾。この場合には、開設者の死亡、医療法人の解散、あるいは開設許可の取消(医療法29条)をもって、医療契約が終了する²⁹¹⁾。

医療契約に特徴的なのは、もともと当事者の破産について見解が分かれている点である。委任契約と同じく、当事者の破産手続開始を医療契約の終了原因とする論者もいる²⁹²⁾。しかし、医療の特質から、これを否定する見解が多い²⁹³⁾。委任契約で当事者の破産手続開始が当然の終了原因とされてきたのは、委任契約が一般に財産的事務処理を目的とし²⁹⁴⁾、財産関係における人的信頼(資産状況や財産管理能力²⁹⁵⁾)に基礎づけられているからである(そして、特に委任者の財産管理・処分にかかわる事務処理を想定しているからこそ、委任者の破産が特約によっても排除できない強固な終了原因となっている)。しかし、もし当事者の財産関係とはまた別の人的信頼にもとづく、稀有な種類の委任契約があれば—前述委任論での「当事者の死亡によっても終了しない委任契約」をめぐる解釈の幅を考えれば—委任事務の性質を理由に、本条の適用を排除できるだろう²⁹⁶⁾。これは、多彩な広が

(290) 定塚孝司「医師と患者の法律関係」中川善之助＝兼子一監『実務法律体系5』(青林書院新社、1973年)30頁、新美育文「医療関係の法的性格」蒔立明＝中井美雄編『医療過誤法入門』(青林書院新社、1979年)61頁、野田・前掲注(174)421頁、菅野・前掲注(174)150頁

(291) 野田・前掲注(174)421頁、菅野・前掲注(174)150頁。

(292) 山崎・前掲注(13)195頁、市村光恵『改版医師ノ権利義務』(資文館、1928年)345頁等の古い文献。

(293) 定塚・前掲注(30)30頁、穴田秀男(監)(松倉豊治／饗庭忠男)『口語医事法』(自由国民社、1974)375頁、新美育文「医療契約の法的性格」蒔立明／中井美雄編『医療過誤入門』(青林書院新社、1979)61頁以下、高仲東磨『医事法概説』(啓正社、1981)60頁、野田・前掲注(174)421頁以下、菅野・前掲注(174)151頁、前田・前掲注(78)76頁(委任者の破産は終了原因にならないとする)、米村・前掲注(116)102頁等。
もともと、医療法人は破産すれば解散され(医療法55条)、それをもって契約は終了する。

(294) 米村・前掲注(116)102頁参照

(295) 前田・前掲注(78)75頁を参照した

(296) 幾代＝広中編・前掲注(15)296頁(明石)は、そのような場合は別であるとしている。他の論者は言及なし。また前田・前掲注(78)は、患者の破産や後見開始が診療契約の終了事由にならないのは、「資産状況の悪化や財産管理能力の喪失といった当事者や関係者の利害よりも、健康・生命が優先されるべき」だからであるという。

りを内包する委任契約の解釈によって連続的に説明可能な逸脱である。

公法規範である医師法により、医師の後見開始または保佐開始は医師資格の喪失事由とされている(医師法3条、7条)。そして、一般に学説は、医師資格の喪失(医師法3条、4条、7条)も医療契約を終了させると考えている²⁹⁷⁾。人的信賴の考えからくる受任者の後見開始による契約終了(653条3号)とは、協働関係に立つ公法規範の介入である。

このように、医療契約ならではの特徴は存在するものの、委任契約の一つの種類として連続的に説明可能か、あるいは公法規範の介入によるものであって、医療契約固有規範として選別されるべきものは存在しない²⁹⁸⁾。

第5章 結論(現行法制下では)

1 規範選別結果の確認

以上、医療契約規範を、民法の委任に関する規定の解釈・適用が妥当なもの(委任契約共有規範)と、民法の委任に関する規定の解釈・適用が妥当しないもの(医療契約固有規範)に選別する作業を行った。検討の結果、以下のような結論を得た。

①本質的な意味を有する要素は、いずれも医療契約固有規範によって置き換えられる

善管注意をもって事務処理を行う受任者の義務(民法644条)と受任者の報告義務(645条)に相当する部分は、医療契約固有規範によって置き換えられる。

②忠実義務に由来する利得の吐き出し規範群、利他性を理由とする経済的不利益等負担規範群、および属人的信賴に基礎づけられた当然の契約終了原因は両類型ともに妥当する

(297) 野田・前掲注(174)421頁以下、菅野・前掲注(174)151頁。なお、前田・前掲注(78)74頁(行為能力の制限が直接には診療契約を終了させないと解しても、資格を喪失するから、結局は契約終了につながるとする)

(298) ゆえに債権法改正案でこの部分の規定方法が変わることの影響について第6章2参照

次に、受任者の受取物引渡・権利移転義務(民法646条)と私用消費金銭の利息支払義務・損害賠償義務(民法647条)は、医療契約への現実の適用可能性はほとんどないものの、理論上は委任契約共有規範と捉えてよい。

また、委任者の費用前払義務(民法649条)、費用等償還義務(民法650条1項)、および必要債務の代弁済・担保提供義務(650条2項)も同様であるが、損害賠償義務(民法650条3項)は両類型ともに今後の議論にゆだねる。

そして当事者の任意告知以外の委任の終了原因(民法653条)も、委任契約共有規範である。

③報酬支払義務と任意告知権は部分的に公法規範の介入を受けるも共有規範

最後に、委任者の報酬支払義務(民法648条)と当事者の任意告知権(民法651条)は、委任契約共有規範であるが、公法規範が部分的に介入する。両方の公法規範とも契約規範との協働関係はない。

2 委任契約と医療契約の関係—遠い距離にある受け皿

上記選別結果を見渡してみると、委任契約と医療契約にはいかなる関係性がみとめられるであろうか。

一般的に非典型契約は、完全に新しく生成したもの、典型契約だったものがもはやその枠内で捉えきれなくなるほど変型したもの、そして、典型契約のなかでさらに特殊性を論ずべき必要性が生じたものがあるとされる(学説の中には、前2者のみを非典型契約とし、後者は典型契約の亜種類型(亜型)として、典型契約の一種として位置づけるものがある²⁹⁹⁾)。

医療契約では、実際の適用場面が僅少、あるいは公法規範の部分的介入を受けるとはいえ、相当数の委任契約規範が、理論的な連続性をもって妥当することが判明した。しかしながら、両契約の本質的要素ないし本質的

(299) 典型契約の亜型と非典型契約を区別し、後者をさらにどの典型契約とも全く関係ない別の契約(狭義の無名契約)と既存の典型契約が変型してもはや典型契約の枠内でとらえきれなくなった契約に分ける整理方法である(我妻=有泉ほか・前掲注(15)948頁以下参照)。本稿の定義によれば、この3種が非典型契約として平面的に整理される。

な意味を持つ本性的要素において、医療契約は委任契約から分岐すべき固有の特性を呈している。

ゆえに医療契約は、完全に新しく生成したのもでも、委任契約だったものがもはやその枠内で捉えきれなくなるほど変型したのもでもなく、委任契約のなかでさらに特殊性を論ずべき必要性を生じた³⁰⁰⁾、委任契約の亜種類型であると結論づけることができる。すなわち、委任契約と医療契約には、一般類型と特殊類型、抽象類型と具体類型、あるいは基本類型と亜種類型(亜型)³⁰¹⁾という相対的関係をみいだすことができるのである³⁰²⁾。

もっとも、亜種類型といっても、委任契約と医療契約の距離は、理論的にも、また実際上はさらに、他の役務提供型の非典型契約(フランチャイズ契約、預金契約、旅行契約、警備契約、在学契約)³⁰³⁾にも増して、極めて遠く離れている³⁰⁴⁾。財産管理を念頭においた委任規定の医療の現実への登場可能性の低さ、そして医療の公共性ゆえの公法規範の介入により、ほとんど純血種に近いほどの強い個性をもって、委任契約の影響からは距離をおいている遠い亜種であるといえる。

第6章 債権法改正によってその関係は変わるのか

さて、このような委任契約と医療契約の関係は、現在議論されている債

(300) 典型契約の機能および委任契約の「希釈化」を考慮すれば、それを独立の典型契約類型として捉えることは、民法学において意義を有するものといえる。

(301) 我妻=有泉ほか・前掲注(15)948頁(典型契約が充実してくるとそのなかに亜型が形成されてくるとし、売買契約における特殊な売買(割賦販売など)をあげる)

(302) 手嶋豊「医療契約についての規定を民法に組み込むことを考えるか」『法律時報増刊シリーズ司法改革民法改正を考える』(2008年)324頁は、「特殊類型の典型契約」と表現する。なお、典型契約の亜型には(割賦販売法、借地借家法、労働関係法など)特別法による規定に適用するような強行規定で規律されるものが多いという一般的指摘(我妻=有泉ほか・前掲注(15)948頁以下)は、格差契約で内容規制型の医療契約にも妥当する。

(303) 石川泰久=雑賀広規=坂根平=森本昌宏・前掲注(6)233頁以下で、「非典型契約の中でも特に役務提供的な性質の強い6つの契約類型」として、診療契約のほかにはこの5つを挙げる。

(304) 前田・前掲注(78)76頁(問題なく診療契約に適用できる委任規定は、643条、644条、652条くらいしかないとし、無名契約説をとる)

債権法改正、わけても民法(債権法)改正検討委員会試案³⁰⁵⁾(以下、改正案とする)が仮に立法化した場合に、どのような変化に晒されるのであろうか。本案は学者有志による一案とはいえ、法改正に与える事実上の影響が大きく³⁰⁶⁾、法制審議会が未だ論点整理にとどまる以上、(他の研究会案、学理的大胆改正への批判、そして法制審の白紙出発の建前を留保しつつ)これを一応の確認対象とすることで、過渡期の論考の着地点としたい。

1 準委任契約の限定的再定義、そして「役務提供契約」の新設—遠い距離にある受け皿の交換—

改正案は、現在の準委任契約を限定的に再定義し、受任者が委任者に代わって第三者との関係で法律行為でない事務処理を行うことのみを目的と定めている³⁰⁷⁾(下記改正案抜粋)。

【3.2.10.02】(準委任の定義)

本章の規定は、当事者の一方(委任者)がその相手方(受任者)に対し、第三者との間で法律行為ではない事務を行うことを委託する場合についても準用する。

これは、準委任契約を役務提供型契約一般の受け皿としてきたこれまでの構成を否定する趣旨である³⁰⁸⁾。

(305) 民法(債権法)改正検討委員会編『債権法改正の基本指針(別冊NBL126号)』(商事法務、2009年)、同・前掲注(6)等を参照した。

本改正案の適否自体について本稿は論ずるものではない。役務提供型契約の法的処理方法は比較法的にも困難な課題であり、唯一の理想的な回答は発見されていない。現行法制が矛盾に満ちた「比較法の所産」であったとしても、年月をかけて社会的現実浸透したものを改編するには、圧倒的な理論的優位が条件となるだろう。

(306) 行政の公平に反するという批判には留意しつつ、事実上の影響を重視した(石川泰久=雑賀広規=坂駿平=森本昌宏・前掲注(6)242頁もほぼ同旨のスタンスか)

(307) 理由としては、民法起草者が本来想定していた準委任契約の適用範囲があげられる(提案要旨、民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(6)91頁)。法制審では批判的意見もでている(中間論点整理第49.5)。

(308) 提案要旨

そのうえで、請負・委任・寄託・雇用の各契約類型を包摂する上位のカテゴリの位置づけで³⁰⁹⁾、「役務提供契約」の一般規定³¹⁰⁾を新設している³¹¹⁾(下記改正案抜粋)。

【3.2.8.01】(役務提供の定義)

役務提供は、当事者の一方(役務提供者)が相手方(役務受領者)から報酬を受けて、または、報酬を受けずに、役務を提供する義務を負う契約である。

【3.2.8.03】(役務提供契約の総則性)

本章の規定は、この法律その他の法令に別段の定めのある場合を除き、請負・委任・寄託・雇用その他すべての役務提供契約に適用される。

これは以下の2つの意義を併せもつという³¹²⁾。まず第一に、請負・委任・寄託・雇用の総則規定として、各々の規律によって修正または排除されない限りにおいて、各契約に適用されるという意義である。そして第二に、上記各類型のいずれにも属さない役務提供契約の、一般的な受け皿規定として機能するという意義である。

以上の変更により、第三者との関係を前提としない事実行為を目的とするところの医療契約は、新準委任契約の適用対象から外れることになる³¹³⁾。そして、準委任契約から外れた医療契約は、この役務提供契約で受けられることになる。

(309) 提案要旨

(310) 提案要旨

(311) この提案の理由としては、民法起草者がもともと委任契約に現在のような受け皿的役割を想定していなかったこと(雇用を想定していた民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(6)4頁、委任契約に関する規定のなかには準用できないものがあること(同書6頁、また石川泰久=雑賀広規=坂駿平=森本昌宏・前掲注(6)241頁参照(特に事実行為の委託に対して))があげられている。

(312) 提案要旨

(313) 第三者との関係が前提とされていない役務提供である診療契約・在学契約が漏れることになるとされる(石川泰久=雑賀広規=坂駿平=森本昌宏・前掲注(6)246頁)

このことは、これまでの委任契約と医療契約との関係に、構造上の変化を生じさせるものではない。すなわち、これまで(準)委任契約として存在していた、遠い距離にある受け皿が、役務提供契約と名称を変えて、(医療契約に関するかぎりでは)内容的に大きな変更はないまま(後述2参照)、差し替えられるにとどまる。

2 新しい受け皿のこれまでと違うところ

医療契約に関していえば、役務提供契約はこれまでの準委任契約と、内容的に大きく変わるものではない。以下、その僅少な変更点を確認する。

①報酬の有無についての合意要件

改正案では、役務提供契約の成立要件として、報酬の有無についての合意が認定できることを求めている。これは、「単なる役務提供に関する合意のみでは、法的拘束力を有する契約としての役務提供契約は成立しないことを明示するもの」⁽³¹⁴⁾である⁽³¹⁵⁾。

医療契約は、主として慣習を根拠に、原則有償とされてきたため、「合意」の認定という点では問題となりうるかもしれない。しかし、いずれにせよ改正案では、事業者が経営事業⁽³¹⁶⁾の範囲内で役務提供を約束する場合には、有償性の推定をみとめる(改正案【3.2.8.04】)。そして明定こそないものの、医師や弁護士などの専門家が事業者として役務提供する場合は、これに妥当すると解されている⁽³¹⁷⁾。したがって、医療契約は、医療の提供の合意さ

(314) 提案要旨

(315) この点に関し、契約締結時の報酬についての定めが曖昧なまま役務提供のみを約する場合は日常的にありうるところ、無報酬の合意をした場合には役務提供契約とみとめ、報酬の有無についての合意が判然としない場合にはこれをみとめないことについて、説明不足との意見がある(佐藤正俊＝良永和隆＝角田伸一『民法(債権法改正の要点)—改正案のポイントと実務家の視点』(商事法務、2010年)347頁。また、石川泰久＝雑賀広規＝坂駿平＝森本昌宏・前掲注(6)247頁も同旨)。
なお、星野・前掲注(17)273頁も、知的精神的な労務について、無償とはいえないが有償ともいえない中間段階も少なくないとする。

(316) 「経営事業」は「反復継続的事业であつて、収支が相償うことを目的として行われるもの」と定義される(【3.1.1.06】)

えあれば、有償の役務提供契約として成立する。

もっとも、NPO法人などが公益活動として、収支相償性の基準を充たさずに(対価が費用を下回る)医療活動を行う場合などは、(異論のありうる)ことが認められつつ有償の推定が及ばないと解されている³¹⁸⁾。

無償の医療契約は、無償の合意が認定できるかぎり、役務提供契約として成立することになる³¹⁹⁾(契約締結時に報酬についての合意のはっきりしない無償医療契約は、法的拘束力ある役務提供契約としては成立しない)。

② 当事者の任意告知権の類型的処理

改正案では、当事者の任意告知権を、類型化して処理することを提案している(もっとも、当事者間の交渉力格差の問題など、今後の議論が予想される)。要件論を中心に、本稿の目的と関連のあるかぎり、下に抜粋する。

【3.2.8.10】(役務受領者の任意解除権)

〈1〉役務提供者がその役務の提供を完了しない間は、役務受領者は、いつでも契約の解除をすることができる。

【3.2.8.11】(役務提供者の任意解除権)

〈1〉有償役務提供契約における任意解除権

[甲案]有償役務提供契約については、役務提供者の任意解除権を定めない。

[乙案]役務提供者が報酬を受ける場合であっても、役務提供者は、やむを得ない事由があるときは、直ちに契約を解除することができる。

〈2〉無償役務提供契約における任意解除権

(317) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(6)17頁(「医師や弁護士などの専門家が事業者として役務提供を行う場合」)。

(318) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(6)18頁(とくに医療活動を例にあげてはいない)。

(319) その場合、無償の役務提供契約に関して盛り込まれた注意義務軽減規定【3.2.8.02】〈2〉との関係が問題になりそうである。しかし専門家による役務提供に関しては、専門家への合理的期待を考慮し、同提案ただし書でいう「事業者がその事業の範囲内で役務提供を行う場合」に該当し除外されるとの解釈を当然に前提としているとされる(民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(6)14頁)。

役務提供者は、いつでも契約の解除をすることができる。ただし、役務受領者に不利な時期に解除がなされ、かつ、その解除が当事者の信義に反すると認められるときは、役務提供者は、契約の解除によって役務受領者が被った損害を賠償しなければならない。

役務受領者からの任意告知権については、これまでの委任契約における処理と変更はない(敢えて言えば効果面で、不利な時期の告知への手当の言及がない点が、本稿目的との関係ではこれまでと異なる³²⁰⁾。医師が手術の準備を完了した時期に患者が解約した場合などに、影響があるかもしれない)。

改正案では、役務提供者からの任意告知権が、有償・無償を基準に類型化されている。有償の場合には法定しない(甲案)か、極めて限定的である(乙案)。医療契約において医療側からの任意告知権は、(理論的にはみとめられる余地があるとしても)公法規範である医師法19条1項の介入により事実上無きに等しい。実務に与える影響は無に近いであろう。

③財産的事務処理を想定した諸規定の消失等

委任契約では、忠実義務に由来する利得の吐き出し規範群(受任者の受取物引渡・権利移転義務(民法646条)・私用消費金銭の利息支払義務・損害賠償義務(民法647条)や、利他性を理由とする経済的不利益等負担規範群(委任者の費用前払義務(民法649条)・費用等償還義務(民法650条1項)・必要債務の代弁済・担保提供義務(650条2項)・損害賠償義務(民法650条3項))が存在していた。これらがより一般的な役務提供契約では存在していない(委任者の無

(320) 同書39頁参照(委任契約に関する【3.2.10.15】〈4〉とのバランスを指摘する意見があったという)。

医事法分野では、委任規定を準用して、医師、患者双方とも、やむをえない事由がないのに相手方にとって不利な時期に解約すると、損害賠償義務を負うと指摘する見解が存在してきた(野田・前掲注(174)420頁)。たとえば、患者が他医に依頼できない時期に医師が解約したり、医師が手術の準備を完了した時期に患者が解約したりした場合がこれにあたるという(高橋勝好『医師に必要な法律』(南山堂、1980)60-61頁)。なお、前田・前掲注(78)76頁は、高額の準備費用を要する診療を予定しておきながら受診しない場合を想定し解除だけの問題ではないとする。

過失損害賠償義務については新委任契約でも削除されている)。

しかし上記諸規律は、財産的事務処理を目的としない医療契約には、理論的には一応妥当しても、実際に適用されることはほとんどなかった。これら規律群が受け皿類型から消失することは、医療契約実務にほとんど影響を与えないであろう。

また改正案は、役務提供契約の終了原因に関し、属人的信頼に基礎づけられた当然の終了原因を規定せず、有償の役務提供契約において、役務受領者の破産手続の開始をもって、役務提供者または破産管財人に告知権を発生させるという形で規定する(改正案【3.2.8.10】)。これは、役務提供者の先履行義務を考慮し、請負契約に関する民法642条を、一般化したものであると解説される³²¹⁾。しかし、医療の特質にかんがみると、本提案は医療契約には妥当しないだろう(委任者または受任者の破産手続開始を委任契約の終了原因とする民法653条2号も、多数説は医療契約への適用を否定している)。

3 請負契約の限定的再定義の影響

改正案は、請負契約についても、限定的な再定義を行っている(下記改正案抜粋参照)。すなわち、請負の定義に「目的物の引渡し」を加えることで、「仕事の目的が有体物である場合」³²²⁾、および「仕事の成果が無体物であっても…成果物の引渡し(準占有の移転)が観念できる場合」³²³⁾に、対象範囲を限定しているのである(もっとも、定義や議論のあり方などにつき、多くの論議が予想される)。

【3.2.9.01】(請負の意義)

〈1〉請負は、当事者の一方がある仕事を完成し、その目的物を引き渡す義務を負い、相手方がその仕事の結果に対してその報酬を支払う義務を負う契

(321) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(6)42頁以下

(322) 提案要旨

(323) 提案要旨

約である。

〈2〉この章の規定は、請負人の仕事の結果が注文者に引渡しを要する無体物である場合についても準用する。

この再定義により、純粹な無形請負は請負契約ではなく、非典型的な役務提供契約として処理されることになる。これは、準委任契約の限定的再定義とセットで、請負契約と委任契約の明確な差別化をはかるものであるとされる³²⁴⁾。そしてまた、これまで請負か委任かという二分的思考で論じられてきたものを、役務提供者の義務内容や、役務提供と報酬がどのように決定されるかなど、具体的に問題となる事項ごとに、役務提供契約に関する諸規定の組み合わせで、現実の契約類型に柔軟に対応しうる多様な規律を導くことを可能にするものでもある³²⁵⁾。

医療契約では、一定の結果の達成を目的とする場合、たとえば歯科・美容整形・一定の明確な事項を目的とする手術等³²⁶⁾については、例外的に請負(的)契約と法性決定されてきた。といっても、それは厳密には「結果」概念の操作によるもので³²⁷⁾、準委任契約とどこが違うのかという批判もなされてきたのである³²⁸⁾。

(324) 石川泰久＝雑賀広規＝坂駿平＝森本昌宏・前掲注(6)246頁中間論点整理・第47補足説明にもこの要請が記載されている。もっとも、丸山絵美子「役務提供契約における類型の意義と射程」ジュリ1441号(2012年)83頁以下は、このことは分類問題の解決には直結しないとす。

(325) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(6)16頁。中間論点整理・第48でも請負契約の多様性が強調

(326) 詳細は拙稿・前掲注(1)「典型的なるもの(2)」65頁以下およびそこでの参考文献参照。また同「実体的説明」64頁も参照

(327) 一般論として請負契約説が主張される場合も、結果概念操作によって論者を維持していた。そこでは、「治癒」ないし「成功」をもって結果とするのではなく、医療行為の「完了」ないし「実施自体」を結果として捉え直す操作が行われた(幾代＝広中編・前掲注(15)5頁(明石)。詳細は拙稿・前掲注(1)「実体的説明」64頁参照)。

(328) 西井龍生「医療契約と医療過誤訴訟」遠藤浩ほか(監)『サービス・労務供給契約(現代契約法体系7)』(有斐閣、1984年)157頁、加藤ほか「座談会・医療過誤紛争をめぐる諸問題3」加藤一郎／鈴木潔(監)『医療過誤紛争をめぐる諸問題』(法曹会、1976年)84頁(鈴木発言)等。

改正案の再定義によるならば、義歯作成など仕事があきらかに「有形的な結果」³²⁹⁾を目的とする場合を除き、美容整形手術、分娩助産、抜歯、魚の目摘出、性転換手術など、多くのケースが無形請負と評価されるであろう(すくなくとも手術に関しては、目的とされる結果の内容は、病気の治癒や手術の成功ではなく、手術の完成や手術の実施自体であると説明されてきたのである³³⁰⁾)。だとすれば、この点で改正案は、医療契約における準委任・請負二分説に対する批判に応え、より実態に則した柔軟な処理を可能とするものである。

なお、(本稿の射呈を超える言及となるが)改正案【3.1.1.03】から債権者の受領義務が導き出される点³³¹⁾(中間論点整理では役務受領者の協力義務(第50.3)も言及)は、患者の治療協力義務の法認を意味する重要な変更である。

このように、現時点で公表されている資料から読み解くかぎりでは、債権法改正が最も有力視されている方向で仮に立法化されたとしても、現在の委任契約と医療契約の関係に、大きな変更は来さないであろう。理論上はもちろんのこと、実務への影響となればさらに僅少にとどまるはずである。

医療契約にとって、委任契約は極めて距離の遠い受け皿であって、とくに法性を論ずる場合でもなければ、議論されることすら少なかった。医療契約の契約類型としての個性の強さ—ほとんど純血種に近いくらいの亜種であることが、法典改正から一線を画し、判例法理の柔軟性に守られてきた一面がある。

海外での医療契約の民法典での典型化は、たしかに人類の法発展史上極めて注視に値する³³²⁾。といっても、わが国でこれを検討するには、いま少

(329) 改正案のいう「仕事の目的が有体物である場合」(提案要旨)とは、「仕事の有形的な結果を目的とする場合であって、物の製作、物の修理やクリーニングなど、仕事の成果が有体物に化体している場合」(提案要旨)であるという。

(330) 東京地判昭和46・4・14判時642号33頁等、加藤・前掲注(9)5頁、谷口和平＝植林弘『損害賠償法概説』(有斐閣、1964年)275頁、幾代＝広中編・前掲注(15)頁、野田・前掲注(174)388頁以下等

(331) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(6)のII13頁

し時を待たねばならないように思う。私法の基本法たる民法典での典型化を検討するには、安定的な基本要素を括り出すための解釈類型の成熟と安定が不可欠である³³³⁾。加えて、学際・実践領域たるこの分野ならではの立法手続—患者・医療者・保険者を含む関係者(機関)すべての代表者による交渉と共同作業という、独自のデュー・プロセスが模索されるべきことも忘れてはならない。医療契約論の成熟を探究しつつ、海外およびわが国の法改正論議を一特に思考方法の異なる諸領域からの規範の吸い上げという視点から一見守りたいと思う。

【付記】

本稿は、平成22—24年度科学研究費補助金(基盤研究(C))[課題番号:22530100課題名:医療契約論—その典型的なるもの—]の助成を受けた研究課題の成果の一部である。

なお、本稿および一連の医療契約論研究を総括した内容を、第76回日本私法学会(2012年10月14日於:法政大学)にて個別報告させていただいた。本報告の内容については私法75号(2013年刊行予定)に掲載される予定である。

※民法の坂梨喬先生、商法の沢野直紀先生のご逝去を祝し、御健康と御多幸をお祈り申し上げます。

(332) 成文法国家にとって、人類普遍にして最高の法益である人の生命・身体に深くかわり、いまや日常かつ大量に生起することとなった医療契約が、民法典の典型契約の一つとして承認されることは、たしかに法発展の一つの理想であり、その意味でオランダに続くドイツでの立法過程は極めて注目に値する。

(333) 手嶋・前掲注(302)325頁は、流動的議論状況を理由に、民法ではなく民事特別法での典型化の検討を提案する。

