

「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」第41委任について

村 山 淳 子

- I はじめに
- II 全体を通じての所感
- III 検討にあたっての2つのチェック・ポイント
- IV 本論
- V 総括
- VI 補足意見

I はじめに

本稿は、先般2013年2月26日に、法制審議会民法（債権関係）部会で決定された「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」¹⁾（以下、中間試案または本試案と略記する）のうち、特に第41委任に関して、検討を加えるものである。

本稿は、2013年6月1日研究会「いほうの会」、および2013年6月6日ドイツ民法研究会で行なった研究報告を元に、そこでの討議、および自身での再考察を経て、最終的に一論考の形に纏めたものである²⁾。

本稿は、立法提案に関して意見を述べる体裁をとるものであるため、委任契約および民法改正に関する基礎資料の引用は極力別稿に譲っている³⁾。

1) 法務省のホームページ<http://www.moj.go.jp/content/000112247.pdf>（2013年7月4日最終補訂版、2013年11月18日アクセス）、信山社編集部編『新法シリーズ試案編3 民法改正中間試案〔確定全文〕+〔概要〕+〔補足説明〕』（信山社、2013年）等。

2) 【付記】を参照されたい

3) 主に、拙稿「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—」西南学院大学法学論集45巻3・4合併号（2013年）57頁以下を参照いただきたい。

II 全体を通じての所感

全体を通じて、本試案は、ごく穏健な改革にとどまっている⁴⁾。民法学者有志による「民法（債権法）改正検討委員会試案」（2009年）⁵⁾（以下、検討委員会試案と略記する）が、構造的な激変⁶⁾をとこなう大胆なものであったのに対し、本試案は、相対的に「おとなしい」印象がある。

準委任が類型化されたこと以外は、構造上の改編といえるようなものはみあたらない。定義規定（643条）および（委任にとって本質的な意味をもつとも位置づけられる⁷⁾）受任者の報告義務（645条）に関しては、本試案は改革の俎上に上げていない⁸⁾。そのほかの箇所では改正を提案する場合であっても、判例や定説的解釈の内容を条文化しようとしたものが多い。

なお、中間「論点整理」⁹⁾から中間「試案」へと作業段階は進んだとはいえ、議論の深まっていない段階のもの、今後検討する余地を残しているも

-
- 4) この点は、中間試案全般についても妥当している。本試案全体についてのコメントは本稿では行わない。しかし、本試案の全体的傾向について、①穏健な内容であること、②教科書的記述が多く条文の分量が多いことなどの指摘がある。
 - 5) 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）改正検討委員会試案」を公表した（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）。直接の資料や議事録として、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方針I～V』（商事法務、2009年）、同委員会のホームページ（<http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/shingiroku/index.html>アクセス日2013年11月18日）等。
 - 6) 具体的には、準委任契約を再定義のうえ役務提供契約の創設、そして請負契約を再定義するという、役務提供型契約の再編が行われている。
 - 7) 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。とくに（4・完）。
 - 8) 検討委員会試案では、注（6）の定義規定の変更のほか、受任者の報告義務についても大きな変更を加えている。すなわち、事務処理中と事務処理後の報告義務が条文上区別され【3.2.10.07】、性質が異なることの解説がなされている。そして、学説でも議論の途上の忠実義務の条文化も提案されている【3.2.10.04】。いずれも、学説の最新状況を反映させようとしたものであり、検討委員会試案が学理的な大胆改革と評された特徴がここにも現れている。

のが、随所にまだみられる（（注）の併記、補足説明における「十分に議論が深まっていない」との表現等）。難題を抱えた契約類型だけに、未決定の部分が多く残されているとの所感を持った。

Ⅲ 検討にあたっての2つのチェック・ポイント

本論に先立ち、前研究の一部として行なってきた委任契約の研究¹⁰⁾をふまえ、現代のわが国での民法典の委任法改正案を検討するにあたって、以下の2つのチェック・ポイントを設定した。

1 決定打といえるほどの解決策か（チェック・ポイント①）

役務提供型契約の法的処理は困難な課題であり、比較法的にみても、唯一の理想的な正答は発見されていない。なかんずく、わが国固有の事情として、起草過程での混乱が解決の難しい理論的矛盾の内包を招いている¹¹⁾。

それでいながら、長きにわたる解釈論と運用実務の積み重ねの中で、わが国の社会的現実に浸透しえた法制度が委任契約であって、いまや実に大

9) 2011年4月12日にこの前段階にあたる「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」が決定されている（以下、中間論点整理と略記。法務省のホームページ <http://www.moj.go.jp/content/000074988.pdf> 2011年6月3日最終補訂版（2013年11月18日アクセス）、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）、民事法研究会編『民法（債権関係）の改正に関する検討事項—法制審議会民法（債権関係）部会資料〈詳細版〉』（民事法研究会、2011年）等参照）。

10) 筆者は一連の医療契約論研究（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、「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—」西南学院大学法学論集45巻3・4合併号（2013年）57頁以下、私法75号（2013年）179頁以下）において、委任契約と医療契約の関係をあきらかにする作業を、医療契約それ自体の究明作業と相互にフィードバックを繰り返しながら並行して進めてきた。直接の該当論文は前掲「委任契約と医療契約」である。本稿は中間試案の公表を待てなかった本論文の追補という意味も併せ有している。

11) 委任≠代理というドイツの理解から出発しながら、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って、内に大きな矛盾を内包した委任立法であることが指摘されている（一木孝之「委任の無償性—その史的系譜（4・完）」早稲田大学大学院法研論集92号（1999年）40頁）。

きな社会的作用を担っている。

このような事情を負う契約類型に手を加えるには、圧倒的な理論的優位と実務的有用性が条件となるだろう。単に一提案というだけではならず、学術的にも実務的にもほかに考えようがないほどの決定打といえる解決策であるかどうかを確認する必要がある。もし現時点で完全な解決がついていなかったり、いずれでもよいようなものならば、むしろ現行法制を維持すべきである。変わらない法制度がそこにあるということ自体、実務にとって大きな意味があることを忘れてはならない。

2 任意規定への昇格（残置）条件を充たしているか（チェック・ポイント②）

わが国の委任契約は、多彩な広がり、「幅」を有する典型契約である。性質を異にする不文明文の諸規範が混在し、その解釈適用をさまざまに使い分けながら、それ自体は「委任的色彩」¹²⁾とまでいわれる希薄な存在として、多種多様な法律関係に浸透している。役務提供型契約の「受け皿」といわれる所以である¹³⁾。

このような契約類型については、解釈論上存在する諸種の規範のうち、いかなる規範を明文の（任意）規定として昇格（残置）させるかという問題が、とりわけ重要になる。多くの委任が共有するような本質的な意味を持つ規範であるといえるか、そして現実の適用頻度からみて任意規定に昇格（残置）させることが契約当事者にとっての利便性に資するかという観点から、よりふさわしい任意規定を偏りなく、（民法典に相応しい）適量、選抜しなければならない。

以上のチェック・ポイントを全般にわたり考慮しつつ、次項の検討を行なう。なお、各チェック・ポイントについては、それが検討結果に顕著に作用した場合のみ、言及することにする。

12) 幾代通＝広中俊雄編『新版注釈民法（16）債権（7）』（有斐閣、1989年）207頁〔明石三郎〕

13) たとえば一木・前掲注（11）46頁

IV 本論

それでは、検討の本論に入ろう。

太字で記載した箇所は本試案の抜粋箇所であり、下線は必要に応じて筆者が引いたものである。まず本試案の該当部分を抜粋し、次に検討結果を表示したうえで、理由についてポイントごとに項目（1、2、3…と番号を振る）づけして述べる。

第41 委任

1 受任者の自己執行義務

(1) 受任者は、委任者の許諾を得たとき、又はやむを得ない事由があるときでなければ、復受任者を選任することができないものとする。

(2) 代理権の授与を伴う復委任において、復受任者は、委任者に対し、その権限の範囲内において、受任者と同一の権利を有し、義務を負うものとする。

(注) 上記(1)については、「許諾を得たとき、又は復受任者を選任することが契約の趣旨に照らして相当であると認められるとき」に復受任者を選任することができるものとするという考え方がある。

本試案に賛成する。

1 体系的整合性

(1) について、民法104条が委任の外部関係にあたる法律関係を規律していることと対応させ、（これまで民法104条の類推適用で処理してきた）内部関係にあたる対応する内容の法律関係の規律を委任の箇所で開催したことは、体系的にみて整合的であると評価できる。

同じく(2)も、代理に関する民法107条2項の規定のうち、任意代理人が選任した復代理人と本人との関係に関する部分、つまり委任の内部関係に関する規律を、本来あるべき委任の箇所に移して規定したものであり、やはり体系的整合性という点で評価できる。

2 属人的信頼は委任の本質である (チェック・ポイント②)

委任契約は、当事者間の信頼、とりわけ属人的信頼をその本質とする。これは委任において一般に念頭におかれてきた信頼であって、受任者の自己執行義務、権利義務の一身専属性、そして当事者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¹⁴⁾。チェック・ポイント②の視点から、委任の箇所規定すべきことがらである。

(注)の見解は適当でない (=復委任権の範囲を下線部分のように拡大することに反対である)。

3 信頼の組織化の限界点

たしかに、委任契約の現代的な変質として、信頼の組織化・事業化という現象が進行している。主体が誰かよりも、一定レベルの役割が提供されるかどうか、約定した報酬が支払われるかどうかが重視され、担い手や受け手の代替が許容される委任契約が増えてきており、他方で委任事務処理の分業化も進んでいる。

しかし、契約主体は履行補助者を用いる組織体でもあり得るわけだから、すくなくとも同一組織内ならば、本文の規定でも十分に対応可能であり¹⁵⁾、かつ、それに対応できる範囲でしか、属人的信頼は付与されていないと解するのが相当である。すなわち、これを超えるような業務委託は、事前の特約がない限り、改めて本人の許諾を得るべきである。

4 弱者保護の視点

下線部のように委任者の許諾以外のところで復委任権を拡大すると、委

14) 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」星野英一編『判例に学ぶ民法』(有斐閣、1994年)〕201頁以下参照、丸山絵美子「契約における信頼要素と契約解消の自由(7・完)」専修法学論集96号(2006年)63頁参照

15) 補足説明において、委任者の許諾とやむをえない事由のいずれでもカバーできないような場合が具体的にあるのか、つまり実益はあるのか、ということが指摘されている。

任者の選択の自由を不当に奪うおそれがある。委任者が弱者である委任契約が多いことにかんがみると、このような規定をおくことは、弱者保護の視点から望ましくない¹⁶⁾。

2 受任者の金銭の消費についての責任（民法第647条関係）民法第647条を削除するものとする。

（注）民法第647条を維持するという考え方がある。

本試案に賛成である（＝（注）の見解は適当でないとする）。

1 損害賠償責任の域を超える問題ではない。

一部学説において、受任者の受取物引渡義務や権利移転義務（民法646条）に関しては、損害賠償では説明できない—忠実義務に由来する利得の吐き出しとしか説明できないようなケースが存在することが指摘されている¹⁷⁾。ただ、当該学説が具体例としてあげているのは、受任者が第三者から委任事務処理に関連して賄賂を受け取っていたり、委任者から受け取った物を市場価格よりも高値で処分した事例である。

いずれも本条がカバーするところのものではなく、本条が適用されるケースに関していえば、受任者は委任者に対する責任を損害賠償という形で十分に果たしうるのだから、本条は不要の規定ということになる。

2 制裁は民法「外」のことがらである

本条に関して、受任者の背任的行為に対する制裁的意味を含むものであり、そのため一般の民事責任とは別に法が特にみとめた責任であると解す

16) とくに消費者法分野からの意見に接して示唆を受けた。非対等当事者間での契約において、弱者を保護するには、何に注目し、何を警戒すればよいのか、とくに消費者法分野において鋭い感性がある。

17) 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」民法法雑誌126巻4・5合併号（2002年）613頁以下、126巻6号（2002年）828頁以下

る学説が存在してきた¹⁸⁾。しかし、制裁は民法で考慮すべきことがらではなく、そうであればなおさら、本条を民法典におくことは不適切ということになる。

3 受任者が受けた損害の賠償義務（民法第650条第3項関係）

民法第650条第3項の規律に付け加えて、委任事務が専門的な知識又は技能を要するものである場合において、その専門的な知識又は技能を有する者であればその委任事務の処理に伴ってその損害が生ずるおそれがあることを知り得たときは、同項を適用しないものとする。

（注）民法第650条第3項の現状を維持するという考え方がある。

本試案に反対である。後掲4を受けて、同項は削除すべきである。

1 伝統的有力説にしたがい立法者意思に忠実に（チェック・ポイント②）

民法649条（委任者の費用前払義務）、民法650条1項（委任者の費用等償還義務）、民法650条2項（委任者の必要債務の代弁済・担保提供義務）、そして民法650条3項（委任者の損害賠償義務）は、事務処理の過程で受任者に生ずる経済的不利益等を委任者に負担させる規定群であるとまとめることができる。委任者のために委任者の事務を処理する受任者にその事務処理についての負担を負わせるべきでないからであると理由づけられてきた¹⁹⁾。

しかし、こと650条3項について、学説の多くは懐疑的であり、なかでも伝統的有力説は有償委任への適用を否定してきた²⁰⁾。法典調査会の資料によれば、立法者意思の中心も、同項の根拠を委任の無償性に求めている²¹⁾（補足説明でも、同項の適用を無償委任に限る見解にしたがった規定を設けるべきとの考え方が紹介されている）。

18) 幾代＝広中編・前掲注（12）244頁以下〔明石〕。

19) 幾代＝広中編・前掲注（12）269、271頁（明石）参照

20) 幾代＝広中編・前掲注（12）277頁（明石）等

委任の無償性原則を見直す後掲4を受けて、同項を削除すべきである。そのうえで、無償委任の体系的位置づけやウェイトをどうするか、他の無償契約の扱いをも考慮しつつ、方針決定をしたうえで、再度、チェック・ポイント②の視点から、無償委任に関して適用される規定として再構成すべきかどうかを検討すべきである²¹⁾。

2 委任事務処理の専門性を適用除外基準の出発点とすることに合理性がみとめられない（下線部分についての批判）。

下線部分につき、概要では、専門家事務処理の非互換性（委任者が自ら事務処理をしていたならば委任者自身に生じていたはずの損害とはいえないから）、当事者意思、リスクの対価への反映可能性を理由とする。このこと自体疑義があるが、仮にそうであるとしても、専門性を起点とした基準設定になぜ結びつくのか（互換性のない事務処理はほかにもある）、十分な説明であるとはいえない。

仮にこれが、専門家の社会的責任という公法的要素を民法典に取り込む趣旨を含むものであるなら、民法学の現在の通説的理解とのあいだで齟齬が生ずるはずであり、体系的整合性という点から問題である（チェック・ポイント①）。それならば民法典の契約法ではなく、むしろ公法規範の介入による公的救済制度を機能させるべきであろう²²⁾。

また、仮にこれが、単に専門家ゆえの高度な注意義務を理由に下線部分のような処理をする趣旨であるならば、民法の過失の一般原則と何ら異ならないため、規定する必要性がないということになる。

21) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書4 法典調査会民法議事速記録四 第八十五回—第一百拾回』（商事法務研究会、1984）644頁、651頁〔梅健次郎発言〕等。法典調査会での議論について、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）16頁以下参照

22) 中間論点整理の段階では、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））が検討されており、本稿もその方向性に賛同するものである。

23) 医事法分野では、医師の伝染病感染などは公的救済制度の導入で解決すべきことが、古くから提案されている（野田寛『医事法中巻』（青林書院、増補版、1994年）416頁）

4 報酬に関する規律

(1) 無償性の原則の見直し（民法第648条第1項関係） 民法第648条第1項を削除するものとする。

(2) 報酬の支払時期（民法第648条第2項関係） 民法第648条第2項の規律に付け加えて、委任事務を処理したことによる成果に対して報酬を支払うことを定めた場合には、目的物の引渡しを要するときは引渡しと同時に、引渡しを要しないときは成果が完成した後に、これを請求することができるものとする。

(3) 委任事務の全部又は一部を処理することができなくなった場合の報酬請求権（民法第648条第3項関係）

ア 民法第648条第3項の規律を改め、委任事務の一部を処理することができなくなったときは、受任者は、既にした履行の割合に応じて報酬を請求することができるものとする。ただし、委任事務を処理したことによる成果に対して報酬を支払うことを定めた場合は、次のいずれかに該当するときに限り、既にした履行の割合に応じて報酬を請求することができるものとする。

(7) 既にした委任事務の処理の成果が可分であり、かつ、その給付を受けることについて委任者が利益を有するとき

(i) 受任者が委任事務の一部を処理することができなくなったことが、受任者が成果を完成するために必要な行為を委任者がしなかったことによるものであるとき

イ 受任者が委任事務の全部又は一部を処理することができなくなった場合であっても、それが契約の趣旨に照らして委任者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、受任者は、反対給付の請求をすることができるものとする。この場合において、受任者は、自己の債務を免れたことにより利益を得たときは、それを委任者に償還しなければならない。

(注) 上記ア(i)については、規定を設けないという考え方がある。

本試案に賛成する。

1 現実における原則と例外の逆転現象

委任の無償性原則は、ローマ法継受の残滓にすぎず、決して論理必然的なものではない²⁴⁾。現実には、主要形態である専門家契約が、慣習（もしくは黙示的または推定的合意）を根拠に原則として有償契約と解釈されることで、「原則と例外の逆転」現象が起こっている。無償委任はなくなりほしくないが（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とされる²⁵⁾）、それはどうの昔に一般形ではなくなっている。もはや例外的な状況でしかない以上、すくなくとも委任契約一般に適用される任意規定として維持することは合理的でない（チェック・ポイント②）。

2 従来の証明分配には変更を加えない

補足説明にもあるように、受任者が委任者に対して報酬を請求するには、委任者が報酬を支払うべきことを合意したこと及び報酬額の合意（又は相当額）を主張立証しなければならないという、現在通用している主張立証責任の分配は、1項を削除しても維持することができる。有償委任が原則化しているのも現実なら、上記の証明分配が定着しているのも、また現実である。無償原則規定の削除にとどめた判断は適切である（チェック・ポイント②）²⁶⁾。

3 成功報酬型の委任が数多く存在し紛争になることも多い現実（チェック・ポイント②）

実務において、成功報酬型の委任契約は、不動産仲介業を中心に数多く存在する。補足説明にあるように、「委任における報酬支払方法として類型的に多く見られる」といえるだろう。そして、その型の委任契約におけ

24) 一木・前掲注（11）43頁以下参照（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さえも）委任の無償性に必然性はないとする）。また、佐藤隆夫『債権法各論要説』（勁草書房、1986年）163頁も同旨

25) 幾代＝広中編・前掲注（12）249頁（明石）

26) 論点整理では、中立的表現（中間論点整理第49・3（1））をとったうえでの、受任者が事業者のケースの有償性の推定（同第62・3（3）③）が検討されていた。

る報酬をめぐる訴訟も多い（とくに（3）のケース）。（2）（3）のような規律が明定されれば、とくに裁判規範として有用であり、実務の利便性に資する。

5 委任の終了に関する規定

(1) 委任契約の任意解除権（民法第651条関係）

民法第651条の規律を維持した上で、次のように付け加えるものとする。委任が受任者の利益をも目的とするものである場合（その利益が専ら報酬を得ることによるものである場合を除く。）において、委任者が同条第1項による委任の解除をしたときは、委任者は、受任者の損害を賠償しなければならないものとする。ただし、やむを得ない事由があったときはこの限りでないものとする。

本試案に反対である。

1 現時点で完全に解決できないものには手を触れないほうがよい（チェック・ポイント①）

本試案の提案する付加部分は、たしかに、古くからみとめられてきた告知制約類型の一つである。この部分のみを切り取ってみれば、最高裁の立場に従った、定説的見解を条文化したしたものとも評価できるかもしれない（概要も補足説明も判例を追った叙述となっている）。

しかしながら、当事者の任意告知権をめぐる法状況を全体としてみるならば、ことはそう単純ではなく、学説は混迷をきわめている²⁷⁾。近年になってようやく、告知の自由と制限の背後に存在する実質的根拠にまで深く目を遣り、民法典の他の任意の契約解消制度にも広く目配りしながら、深化した類型的な研究が模索されるようになったばかりである²⁸⁾。

27) 拙稿・前掲注(10)「委任契約と医療契約」98頁以下に、筆者なりの判例・学説の整理を叙述している。

まずもってチェック・ポイント①の視点から、既存の任意規定に変更点として付加するべきといえるほどの、確たる理論的裏打ちをみとめることができない。議論の途上にある（補足説明でも「十分に議論が深まっていない」とのくだりがある）段階での改変は、避けるべきであろう。

本論点については、将来的な「決定打」の登場を待つべきであると考え

(2) 破産手続開始による委任の終了（民法第653条第2号関係）民法第653条第2号の規律を次のように改めるものとする。

ア 有償の委任において、委任者が破産手続開始の決定を受けたときは、受任者又は破産管財人は、委任の解除をすることができるものとする。この場合において、受任者は、既にした履行の割合に応じた報酬について、破産財団の配当に加入することができるものとする。

イ 受任者が破産手続開始の決定を受けたときは、委任者又は有償の委任における破産管財人は、委任の解除をすることができるものとする。

（注）民法第653条第2号の規律を維持するという考え方がある。また、同号の規律を基本的に維持した上で、委任者が破産手続開始の決定を受けた場合に終了するのは、委任者の財産の管理及び処分を目的とする部分に限るという考え方がある。

本試案に反対する（＝（注）1文のとおり現行規定維持でよい）。

1 財産関係における属人的信頼は委任の本質である（チェック・ポイント②）

民法653条各号は、委任契約が当事者の属人的信頼を基礎とするがゆえの

28) 丸山絵美子「契約における信頼要素と契約解消の自由（1～7・完）」専修法学論集82号（2001年）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

当然の終了原因である。これは委任において一般に念頭におかれてきた信頼であって、前掲1の自己執行義務、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²⁹⁾。

そしてなかでも、2号において当事者の破産が委任の終了原因とされているのは、委任が主に財産的事務処理を目的とし、財産関係における人的信頼（資産状況や財産管理能力）を基礎としているからにほかならない。

委任契約にとって何が本質的でスタンダードかと考えたとき、財産関係における属人的信頼はまさにそれにあたり、実務のある場面を想定して動かすべきではない。チェック・ポイント②より、特約なきかぎり適用される任意規定として維持されるべきである。

2 委任者の破産手続開始後も事務処理を継続した方が合理的なケースなどは、特約や解釈の幅で対応可能である。

概要において、委任者が破産手続開始の決定を受けたときでも、委任契約に基づく委任事務の処理を継続した方が合理的な財産の管理処分が可能である場面もあり得ることが理由とされている。また、それ以前の間論点整理での議論では、とくに会社の取締役に関する規律との整合性が考慮されている（中間論点整理第49・4（3））。他方で、受任者が破産開始手続開始の決定を受けたときでも、委任者が引き続き受任者に委任事務処理をゆだねる意思を有している場合にまで当然に委任を終了させる必要はないとも述べられている。

しかし、これらのケースについては、当事者の特約、または委任事務処理の性質を理由とする委任契約の解釈の幅³⁰⁾によって対応することが可能である。委任にとって本質的な規定を改変してまで、新規定で対応する必要はない。

29) 注(14) 参照

6 準委任（民法第656条関係）

(1) 民法第656条の規律を維持した上で、次のように付け加えるものとする。法律行為でない事務の委託であって、[受任者の選択に当たって、知識、経験、技能その他の当該受任者の属性が主要な考慮要素になっていると認められるもの以外のもの]については、前記1（自己執行義務）、民法第651条、第653条（委任者が破産手続開始の決定を受けた場合に関する部分を除く。）を準用しないものとする。

(2) 上記(1)の準委任の終了について、次の規定を設けるものとする。

ア 当事者が準委任の期間を定めなかったときは、各当事者は、いつでも解約の申入れをすることができる。この場合において、準委任契約は、解約の申入れの日から〔2週間〕を経過することによって終了する。

イ 当事者が準委任の期間を定めた場合であっても、やむを得ない事由があるときは、各当事者は、直ちに契約の解除をすることができる。この場合において、その事由が当事者の一方の過失によって生じたものであるときは、相手方に対して損害賠償の責任を負う。

ウ 無償の準委任においては、受任者は、いつでも契約の解除をすることができる。

（注）民法第656条の現状を維持するという考え方がある。

本試案に反対である（＝（注）のとおり現行規定を維持すべきである）。

30) 従来より、当事者死亡によっても終了しない委任のケースも多々みとめられている。医療契約でも、医療の特質を理由に、653条2号の適用は排除されてきた（定塚孝司「医師と患者の法律関係」中川善之助＝兼子一監修『医療過誤・国家賠償（実務法律体系5）』（青林書院新社、1973年）30頁、穴田秀男監修『口語医事法』（自由国民社、1974年）375頁〔松倉豊治＝饗庭忠男〕、新美育文「医療契約の法的性格」筋立明／中井美雄編『医療過誤入門』（青林書院新社、1979）61頁以下、高仲東鷹『医事法概説』（啓正社、1981）60頁、野田・前掲注（23）421頁以下、菅野耕毅『医療契約法の理論』（信山社、増補新版、2001年）151頁、前田泰「非典型契約の総合的検討（4）診療契約」NBL923号（2010年）76頁（委任者の破産は終了原因にならないとする）、米村滋人「医事法講義第8回医療契約」法学セミナー694号（2012年）102頁等）。

1 体系にかかわる改編は慎重に（チェック・ポイント①）

本試案は、すなわち、これまで委任と区別されてこなかった準委任を³¹⁾、そのまま維持されるものと、そうではないものに、さらに2類型化することを意味している。

このこと自体、役務提供型契約の再編という民法典の体系にかかわるような変更を含むため、まずもってチェック・ポイント①の視点から、慎重さが求められる。役務提供型契約の編成問題が比較法的にみても難題であること、さらにわが国固有の事情により体系上の厄介な矛盾をかかえていること³²⁾を考えると、既存の編成を軽々に改編するべきではない。補足説明の叙述は学理上の一案の域を出るものではない。

2 委任と準委任を区別しない実務の現状に反する（チェック・ポイント②）

実務において、委任契約の趣旨には委任と準委任の両方の要素が混然と含まれていることが多く、取引用語上も区別されていない。伝統的学説も、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、実際的ではないとしてきた³³⁾。したがってチェックポイント②の視点からみれば、本試案は、実務にとって便利どころか混乱を来すものである。

委任契約の解釈の幅を考えれば、事務処理の性質ごとに、柔軟に解釈して妥当な結論を導くことは可能である。

3 類型化の基準の内容があきらかでない

本試案は、類型化の基準を「受任者の選択に当たって、知識、経験、技能その他の当該受任者の属性が主要な考慮要素になっていると認められる」かどうか、すなわち受任者の属性（個性）が重要かどうかを求める。

契約の相手方選択においてその個性を考慮することはむしろ当然であり

31) 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）をもって事実上意味がなくなり（一木孝之「委任の無償性—その史的系譜（1）」早稲田大学大学院法研論集89号（1999年）30頁参照）、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ことになる。

32) 注（11）参照

33) 幾代通＝広中俊雄編『新版注釈民法（16）』（有斐閣、1989年）302頁〔中川高男〕

34)、もしこれを基準として機能させようとするならば、重要なのはその個性の内容であろうが³⁵⁾、専門性、人物、個人的な信頼関係など、多様な要素が絡み合うもので、（補足説明のいうように）この先検討を深めたとしても、何か有用な実質的基準がみいだせるのか疑問である。

4 準用除外規定の性質は一様でない

本試案は、上記基準による類型化を前提に、受任者の属性（個性）が重要でない類型に関しては、当事者の信頼関係を基礎とする諸規定の準用を否定するという方向で改正を提案しているように思われる。しかし、民法学において同じ「信頼」であってもその信頼の中身は同質ではない可能性があり³⁶⁾、ここでの準用除外規定が背景とする当事者間の「信頼」は同質とは限らないうえ、前記受任者の属性（個性）との対応関係も不明である。加えて、とくに651条についていえば、既述のとおり、信頼だけで判断されるものではない。

V 総括

以上の検討結果を一覧すると、本試案の「改正」の提案に対しては、反対も多いことがわかる（1・2・4に賛成、3・5・6に反対）。

逆に、本稿の意見として改正を提案したものは数少なく（3のみ）、その場合にはかなり安定的な理論的・実務的裏打ちがみとめられるときにかぎられている（チェック・ポイント①②より厳しくふるいにかけた）。

Ⅱで述べたように、政府機関の手になる本試案それ自体が、ごく穏健な改革にとどまるものである。検討委員会試案にみられたような構造的な激

34) いかなる契約においても、相手方の選択においてその個性を考慮しないことは考えられず、この基準は基準としての用をなしていないという批判（補足説明参照）は、大いに妥当するであろう。

35) 本試案では、この受任者の属性（個性）の内容について検討が深められていない（補足説明）。具体例としても、比較的単純な事務作業や清掃とか、「専門的な知識や経験に基づく助言をする」契約だとかがあげられているくらいで、そのほかは不明である（概要・補足説明）。

36) 丸山・前掲注(27) 参照

変は、本試案ではみられなくなった。本稿はチェック・ポイント①の視点から、本試案の穏健路線を支持したうえで、さらにその改正提案部分についても、チェック・ポイント①②の視点からより慎重な精査を求めるものである（学説の一案、判例の一部分、そして実務の一要請を軽々に条文に取り入れるべきではない）。

なお、無償性原則が失われることを受け、無償委任の体系的な位置づけやウェイトをどうするか、他の無償契約の扱いをも考慮しつつ、方針決定をすべきことを指摘する。とりわけ民法650条3項（受任者の損害賠償義務）や民法651条（当事者の任意告知権）については、この点の決着なしに論ずることは難しい。

VI 補足意見

本試案の公表とときを同じくして、海外では、役務提供型契約を論ずるうえで大きな動きがあった。すなわち、2013年2月26日、ドイツ連邦共和国において、「患者の権利の向上のための法律（Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten）」が施行され、これまで解釈上雇用契約の一種とされてきた医療契約が、雇用契約の特殊類型として法典化されている³⁷⁾。

オランダに続く、しかも民法典の直接の継受国での立法であって、わが国にとって多くの示唆を含むものと思われる。役務提供型契約の編成と法的処理の整序を前提に、将来的に、医療契約を典型契約化することを、わ

37) Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20. Februar 2013 (BGBl. I S.277)。ドイツでは長年、Patientenrechtegesetzの呼称で立法論議が展開されてきたものである。邦語の紹介文献として、渡辺富久子「【ドイツ】患者の権利を改善するための民法典等の改正」外国の立法255号（2013年）16頁以下、服部高宏「ドイツにおける患者の権利の定め方」法学論叢172巻4・5・6号（2013年）255頁以下、拙稿「患者の権利の向上のための法律Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten成立／ドイツ」年報医事法学第28号（2013年）214頁以下、同「ドイツ2013年患者の権利法の成立—民法典の契約法という選択—」西南学院大学法学論集46巻3号（本誌本号）が出ている（服部教授の論文と拙稿「ドイツ2013年患者の権利法の成立」に民法改正部分の全訳が含まれる）。

が国でも検討することを一考として示しておきたい。医療契約は、おそらくは他のいかなる新種の契約にもまして、市民生活において日常的な契約であるとおもわれるからである。

【付記】

本稿は、2013年6月1日研究会「いほうの会」報告、同年6月6日ドイツ民法研究会報告でいただいた意見や情報等を活用しています。両研究会のメンバーに心より御礼を申し上げます。