

スイス債務法における信託関係と 契約上の利益からみる委任の終了と継続

蓮 田 哲 也

目次

はじめに

- 一 ORにおける委任契約規定構造
 - 二 委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権（OR404条1項）
 - 三 時機を逸した任意撤回権又は任意解約権行使に伴う損害賠償（OR404条2項）
 - 四 委任事務継続義務（OR405条2項）
 - 五 ORにおける委任の終了と継続
- むすびに代えて

はじめに

1. 日本における委任終了後の善処義務

日本民法654条では、委任が終了したとしても、急迫な事情があるときは、受任者又はその相続人若しくは法定代理人は委任者又はその相続人若しくは法定代理人が委任事務を処理することができるに至るまでは、必要な処分をしなければならないことが定められている。このように、委任が終了したとされる場合であっても、なお受任者等が引き続き必要な処分をしなければならない義務は「善処義務」として論じられている。

善処義務は、委任が終了した後認められる義務であることから、その法的性質をどの様に解するのが日本民法制定過程から議論の対象となっていた。日本民法制定過程においては、委任契約上の義務ではなく、事務管理としての性質を有する法定義務であることが示されていた。この理解は、委任の終了事由が発生しているのみならず、善処義務が急迫な事情が存する場合にのみ認められる義務であり、かつ、委任契約上の義務の全てを行うのではないから従前と同一の報酬を与えるのは適当ではないという理由から基礎づけられている⁽¹⁾。民法制定過程において、善処義務の法的性質が事務管理上の義務として位置づけられていたのに対し、民法制定後においては、一転して、委任契約上の義務であるとの理解が次第に広まっていくこととなる。この理解は、ドイツ民法典（以下、BGBと呼ぶ。）672条及び673条⁽²⁾の文言を参考にしつつ、善処義務を果たした受任者等に対して報酬請求権が認められるべきであるとして、委任契約に付随して生じる委任契約上の義務であるという理由から基礎づけられている⁽³⁾。今日においては、善処義務は委任契約上の義務としての法的性質を有する義務であり、日本民法654条に基づいて受任者等が善処義務を負う限りにおいて、委任契約が存続しているという理解が広く承認されている。

2. 問題の所在—委任終了事由と存続—

日本民法654条に基づいて、委任終了事由が生じたとしても受任者等が善処義務を負う限りでは、委任契約は終了することなく存続していることが認められているが、その根底にある理念は何であろう。この点について、委任終了事由の根底にある理念との対比において一定程度明らかとすることができる。

日本民法において、委任契約特有の終了事由として、日本民法651条に任意解除権、653条には委任者又は受任者の死亡（同条1号）、委任者又は受任者の破産手続開始の決定（同条2号）及び受任者の後見開始の審判（同条3号）、の4つが掲げられている。これらの事由は契約当事

者間の信頼関係の消滅ないし著しい減退が認められることから認められるとされる。すなわち、委任契約は委任者と受任者間の信頼関係を基礎として認められる契約であることから、この信頼関係が損なわれることで委任契約の基礎を失い委任契約は終了するという、いわゆる「信頼主義」に基づいて説明されている⁽⁴⁾。

委任契約特有の終了事由が信頼主義に基づいて説明されるが、善処義務は当事者間の信頼関係が損なわれる事由が生じているにもかかわらず、委任契約が継続しているために認められる義務であるとされる。その根底にある理念は「契約上の利益」であると考えられる。すなわち、委任終了事由が生じているものの、委任者側の利益に不測の損害が生じてしまうという急迫な事情が存する場合に善処義務が認められることから、委任者に認められるべき契約上の利益を保護することを目的として、委任契約が終了することなく継続すると解されよう。

このように、委任契約においていわば「信頼関係の崩壊よりも契約上の利益」という規律構造が認められるとするならば、日本民法654条に定められている善処義務が認められる場面に限らず、他の場面においても委任契約の継続が意図されるべき場面があるのではないであろうか。

委任契約における契約上の利益については、これまでに日本民法651条の任意解除権行使に伴う損害賠償請求権との関係で優れた先行研究が認められる⁽⁵⁾。先行研究では、日本民法制定過程から今日に至るまでの日本の理論的変遷のみならずドイツ法や英米法との比較法研究を通じて詳細な分析が行われているところである。しかし、ここで見いだされた契約上の利益が委任契約の継続という点においてどの様に影響するのかについては明らかにされたとはいえない。そこで、日本における理論的変遷等については先行研究の成果を享受しつつ、新たな研究視点として契約上の利益が委任契約の継続にどの様な影響を及ぼしうるのかについて、日本民法制定過程において参照され、委任契約に関する日本民法の条文構造と非常に類似しているスイス債務法（以下、

ORと呼ぶ。)について分析・検討を行うこととする⁽⁶⁾。特に、本稿では、ORに法定されている委任終了事由、任意撤回・解約権行使に伴う損害賠償請求権及び委任事務継続義務に着目し、委任契約における「信頼関係」と「契約上の利益」が委任契約の終了と継続にいかなる影響を及ぼすのかについて論じていくこととする。

一 ORにおける委任契約規定構造⁽⁷⁾

ORは、スイスが連邦国家として創設後直ちに連邦で統一的な法の制定が必要視され立法作業が進められた結果、1883年に「債務法に関する連邦法 (Bundesgesetz über das Obligationenrecht)」として発行された(以下では旧債務法という意味でaORと呼ぶ。)。しかし、aOR制定時において存在していなかったスイス民法典(以下、ZGBと呼ぶ。)が1907年に制定(発行は1912年)されたことを受け、aORの改正が唱えられることとなった。その際、aORの条文の一部がZGBへと移転され、aORの基礎を維持しつつ修正が加えられ、1911年に連邦議会を通過し、「スイス民法典の補充に関する連邦法(第五部:債務法) (Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht))」として1912年に発行され、今日では単にORとして言及されている。その後、今日までに多くの改正が見られるが、aORからORへと改正されたような法令名の変更等はなされていない。

aORからORへの改正に当たって条数の変更及び文言の修正が加えられたものの、委任契約に係る条文構造について特段変更がなされることはなかった⁽⁸⁾。単純委任 (Der einfache Auftrag) では、概念 (Begriff)、成立 (Entstehung)、効果 (Wirkungen)、終了 (Beendigung) に分けて規定されており、特に、終了においては、その原因 (Gründe) として、OR404条1項 (aOR402条1項)⁽⁹⁾では撤回及び解約 (Widerruf, Kündigung) が定められおり、この撤回又は解約が時期に逸していた場合には、これによって相手方に生じた損害を賠償しなければならないことがOR404条

2項 (aOR402条2項) に定められている。また、OR405条 (aOR403条)⁽¹⁰⁾ では、別の委任終了原因としての当事者の一方の死亡、行為能力喪失又は破産が定められているが、この委任終了原因による委任の終了によって委任者の利益が危険にさらされる場合には、受任者又はその相続人若しくは代理人は、委任者又はその相続人若しくは代理人が委任事務を自ら行うことができる状態になるまで事務の継続をする義務 (委任事務継続義務) を負うことが定められている。これらの委任終了原因に係る規定に続いて、消滅の効力 (Wirkung des Erlöschens) 【aOR404条、OR406条】⁽¹¹⁾ が定められている。

二 委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権 (OR404条1項)

1. 任意撤回権又は任意解約権の行使による委任の終了

OR404条1項では、委任者は撤回により、受任者は解約によりいつでも委任を終了させることができることが定められている⁽¹²⁾。このような委任者に認められる任意撤回権と受任者に認められる任意解約権について、当事者に相違があることが意識されているものの、その法的性質は同一であることが言及されている。すなわち、一方的な意思表示によって委任関係を終了させる一種の形成権として理解されており、その効力は遡及効が認められず、将来に向かってのみ委任関係を終了させるものであるとされる⁽¹³⁾。

このように、委任者による任意撤回権又は受任者による任意解約権が行使されたとしても、既に生じている効果には影響を及ぼさないことが明らかにされている。そのため、既に投じられてきた費用等の償還請求権 (OR402条⁽¹⁴⁾) のみならず、委任契約が有償契約であった場合には受任者の報酬請求権も認められることとなるとされる⁽¹⁵⁾。

2. OR404条1項の強行法規性

OR404条1項に定められている委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権は、ローマ慣習法を淵源とするとされる。すなわち、委任契約は当事者間の信頼関係を基礎としていることを理由に挙げつつ、委任契約に基づく委任事務の処理の効果帰属先は委任者であるために委任者の意思によってその帰趨が決められることから任意撤回権が当然に認められ、さらに、特に無償委任契約である場合にはその好意的性質が顧慮されなければならないことから委任者よりも受任者が不利な立場におかれてはならないために受任者に任意解約権が認められるとされる⁽¹⁶⁾。このように、委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権は当事者間の信頼関係に基づいて認められる委任契約に特有な制度であることから、他の役務提供契約と区別される主要な分類特徴であるとされる。さらに、当事者間の信頼関係を基礎とする委任契約を特徴付ける制度であることから、当事者意思によって放棄することや、任意解約権の行使を阻害することを目的とする違約金特約等は無効として扱われるとして、OR404条1項の強行法規性が判例上承認されている⁽¹⁷⁾。

このように判例上認められているOR404条1項の強行法規性について、その理解を改めるべきであるという見解が見受けられる。この点について詳細に言及しているものとして以下の見解を挙げることができる。

Honsellは、任意撤回権及び任意解約権がローマ慣習法を淵源とした委任者と受任者とが対等に自由であることを基礎とする無償委任を前提とした制度であることに着目し、有償委任においても同様に理解することは適当ではないという⁽¹⁸⁾。確かに、委任契約が「信頼関係」を基礎としていることは認めるが、その信頼関係は相互的なものであり一方的な委任終了は私的自治の根幹をなす「pacta sunt servanda（合意は守られなければならない）」ということを見逃しているのみならず、受任者の報酬利益を一切顧慮していないという批判を加えている。

Büren は、より具体的に、有償委任契約において各当事者に認められる「継続性の利益 (Kontinuitätsinteressen)」が考慮されなければならないことを指摘している⁽¹⁹⁾。ここでの継続性の利益については、委任者と受任者とでは地位が異なることに着目し、それぞれ検討しなければならないという。まず、委任者の任意撤回権について、委任者は委任事務の処理の効果帰属先であることから、受任者は委任者の意思に従わなければならない、委任者による任意撤回権行使によって委任が終了することは認められなければならないという。しかし、有償委任契約においては、委任者の意思による突然の委任終了に際し、受任者が獲得することのできる報酬利益がどの程度認められるべきかは、委任事務の内容によって判断されなければならないという。この点について、弁護士、医師、歯科医師及び建築家等が行う委任事務については、その役務が利用された範囲でのみ報酬請求権が認められ、撤回権行使後に予定されていた役務について報酬請求権は認められないとする一方で、物及び人の運搬、情報の入手並びに山岳ツアーの引率等事実的な内容を委任事務としている場合には受任者の報酬利益を完全に満足させるべきであるとし、受任者による役務が一切利用されなかったとしても全額について報酬請求権が認められるべきであるとしている。ついで、受任者の任意解約権について、特に有償委任においては自由に行行使することは不適當であるという。委任者は委任事務の処理につき対価を支払っていることから、受任者が委任者と対等な立場に置かれていることを前提とする無償委任よりも、委任者は遙かに強い立場にあるという。そのため、委任者は受任者に対し委任事務の処理につき一定の継続を求めることができなければならないとしており、特に、弁護士や医師といった自由職が受任者である場合には、理由なくして受任者が任意解約権を行使し、委任事務の処理を中断してはならないという。受任者が理由なくして任意解約権を行使した場合には、当該受任者は常に OR404条 2 項に基づく損害賠償義務を常に負わなければならないとしている。このように、Büren は委任契約の無償制と有償

性とを明確に区別した上で、委任者の任意撤回権行使に制限はないとしつつ、受任者の報酬利益をどの様に認めていくべきか検討すべきであることを示す一方で、受任者の任意解約権については、特に有償委任の場合には、任意撤回権の行使は制限されなければならないとし、この制限は OR404条 2 項の損害賠償によって担保されることを示唆している。

このように、判例理論は委任契約が信頼関係を基礎としていることを理由に OR404条 1 項の強行法規性を承認しているのに対し、特に、有償委任において委任者及び受任者がそれぞれ有する利益や地位の違いから、一定の制限が加えられるべきことが学説上唱えられている。

3. 小括

委任終了事由として OR404条 1 項に法定されている委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権の行使は、委任契約が当事者間の信頼関係を基礎とする契約類型であることから認められるものであるため、委任契約特有の制度であることが示されている。ここでの撤回及び解約は、行使する者の違いからその呼称が異なるものの、その法的性質に相違がないことが明らかとされており、特に、その効力に遡及効が認められないことから、受任者の費用償還請求権 (OR402条) 等、既に生じている債権債務に影響を及ぼさない点に特徴が認められる。

このような特徴から、委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権の行使を制限する特約については無効であるとして、OR404条 1 項の強行法規性が判例上承認されているとされるが、この強行法規性については学説上一部否定的に捉えられている。すなわち、委任契約が当事者間の信頼関係を基礎とし、委任者と受任者とが対等な地位にあることを前提とした無償委任である場合には問題ないとされるが、受任者に対して報酬を約した有償委任である場合にも同じく扱うことが適当ではないことが指摘されている。そこでは、当事者間の信頼関係は「pacta sunt servanda (合意は守られなければならない)」からも検討しな

ければならず、委任者又は受任者が委任契約によって得る利益をも考慮しなければならないことが言及されている。ここでの利益とは、委任者側では報酬に裏付けされた「委任事務継続利益」に向けられ、受任者側では「報酬利益」に向けられている。換言すれば、委任者側は受任者に対して対価を支払っていることから、契約は守られるものとして委任事務の継続を期待し、受任者側は約定された委任事務の処理をする対価としての報酬を獲得することができることを期待しているのであるから、その期待を裏切ってはならず、まさに委任契約における信頼関係は単に好意的性質によるものに注視すべきものではなく、両当事者に存する利益という側面から「pacta sunt servanda（合意は守られなければならない）」という基本原則に立ち戻らなければならないことを示しているといえよう。

三 時機を逸した任意撤回権又は任意解約権行使に伴う損害賠償（OR404条2項）

1. OR404条2項に基づく損害賠償

OR404条2項には、委任者による任意解約権又は受任者による任意解約権の行使が、時機を逸した場合には、相手方に生じた損害を賠償することを定めている。

この損害賠償義務は、時機を逸して委任を終了したことで生じることとなる。ここでの時機を逸したとは、委任者側では受任者による突然の任意解約権行使によって、他の備えを講じることができない場合が挙げられており⁽²⁰⁾、受任者側では、委任者による突然の任意撤回権行使によって、撤回された委任契約以外による利益を獲得する機会を喪失した場合が挙げられている⁽²¹⁾。さらに、時機を逸したとは、相手方の行動が正当化されないために委任を終了させざるを得なかった場合も含まれるとされる⁽²²⁾。前者は、委任を終了させた者、すなわち任意撤回権を行使した委任者又は任意解約権を行使した受任者が損害賠

償義務を負うのに対し、後者は、委任を終了された者、すなわち任意撤回権を行使された受任者又は任意解約権を行使された委任者が損害賠償義務を負うことを表している。このことから、委任者及び受任者は任意撤回権又は任意解約権の行使によって相手方に特別な損害が生じないように配慮する義務を負っていることが示されている⁽²³⁾。

これに対して、委任者の任意撤回権又は受任者の任意解約権の行使によって相手方に特別な損害が生じた場合であっても、OR404条2項に基づく損害賠償義務を負わないことがある。すなわち、委任契約の当事者が一方的に委任を終了させた場合には、相手方の信頼や利益に対して悪影響が生じることは当然に予定されていることであり、委任者の任意撤回権又は受任者の任意解約権の行使につき、客観的に正当な事由が認められる場合には時機を逸したとは評価されないという⁽²⁴⁾。この正当事由には、委任を終了させた者の個人的な事由が含まれるのは当然であるが、委任を終了させられた者に特別な損害が生じたとしても、委任の終了が正当化されない同人の行動のために生じたものであるときにも認められるとされる⁽²⁵⁾。

このように、OR404条2項に基づく損害賠償は、OR404条1項に基づく委任者による任意撤回権又は受任者による任意解約権の行使が時機を逸していたために特別な損害が生じた場合に認められるが、委任の終了につき正当事由が存する場合には、これが免責事由として機能している。

2. OR404条2項に基づく損害賠償の範囲

OR404条2項に基づく損害賠償義務は、単に突然の委任の終了によって損害が生じたとしても認められない。すなわち、OR404条2項に基づく損害賠償は、時期を逸した委任者の任意撤回権又は受任者の任意解約権の結果として生じた損害についてのみ賠償義務が認められるに過ぎないとされる⁽²⁶⁾。

時期に逸した委任者による任意撤回権又は受任者による任意解約権

行使によって生じた損害の範囲をどこまで認めることができるのか
が問題となる。この点について、委任が継続することを信託していたに
もかかわらず、突然の委任の終了によって被った損害であるところの
消極的利益のみを対象とすることが指摘されている⁽²⁷⁾。

このように OR404条 2 項に基づく損害賠償は消極的利益のみを対象
としているが、有償委任が突然終了することで、受任者が受け取るこ
とができなくなった報酬が含まれるのかが問題となる。この点につい
て、当該報酬は損害賠償の範囲に含まれないという共通理解が認めら
れる。これは、受任者による委任事務の処理に対する対価として位置
づけられるのであり、委任が終了したことで受任者が委任事務の処理
を免れているのであるから報酬は損害とは認められないとされる⁽²⁸⁾。

3. 小括

OR404条 2 項では、委任者による任意撤回権又は受任者による任意
解約権の行使が時機を逸していたために、生じた損害を対象として賠
償しなければならないことが定められている。ここでの損害賠償が認
められるか否かは、「時機を逸した撤回又は解約」と「客観的な正当事
由」という 2 つの側面から判断されているといえよう。「時機を逸した
撤回又は解約」は、委任が突然終了させられた当事者に特別な損害が
生じた場合のみならず、委任の終了を申し入れざるを得なくなった当
事者に特別な損害が生じた場合にも認められるが、いずれも委任が終
了しないことを前提とした利益が危険にさらされたことが判断基準と
して機能している。「時機を逸した撤回又は解約」であると評価された
場合には OR404条 2 項に基づく損害賠償が認められることから、いわ
ゆる積極的要件として位置づけることができる。これに対し、「客観的
な正当事由」は、委任を終了させた当事者の個人的事由が取り上げら
れると共に、委任の終了を申し入れざるを得なかった理由が相手方に
存することも含まれることとなるが、いずれも委任を継続する利益
(場合によっては当事者間の信頼関係) を失ったことが判断基準として機能

している。この「客観的な正当事由」が認められる限り、委任の終了を申し入れたことによって相手方に特別な損害が生じたとしても「時機を逸した撤回又は解約」と評価されないことから損害賠償を免れることができるため、いわゆる消極的要件（免責事由）として位置づけることができる。

OR404条2項に基づく損害賠償は、客観的な正当事由が認められず、委任者による任意撤回権又は受任者による任意解約権行使が時機に逸したものであると評価された場合に認められることとなるが、その賠償の範囲は限定的であるといえる。OR404条2項に基づく損害賠償は、時機を逸した委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権によって生じた損害にのみ向けられていることから、突然の委任の終了によって被った消極的利益を対象とし、積極的利益についてはその対象から外れることが明らかとされている。この積極的利益について損害賠償を求める場合には、OR97条⁽²⁹⁾に基づく債務不履行責任追求が認められなければならないこととなる。すなわち、OR404条2項に基づく損害賠償は、債務不履行一般に係る損害賠償とは別に機能する一種の法定責任として位置づけることができる。

このように、OR404条2項に基づく損害賠償は、OR404条1項に基づく委任の終了に伴って生じる損害を補償することを目的とするが、委任の終了に伴って生じるあらゆる損害を対象とせず、消極的利益の賠償のみに向けられた特殊な責任として位置づけることができよう。

四 委任事務継続義務（OR405条2項）

これまで、OR404条に定められた委任終了事由について整理・分析をしてきたが、以下では、日本民法654条に定められている善処義務と同じように、委任が終了したとしてもなお認められる受任者又はその相続人若しくは代理人の委任事務継続義務（OR405条2項）について整理・分析を行う。

1. OR405条2項に基づく委任事務継続義務発生場面

OR405条2項では、OR405条1項に定められた委任終了事由、すなわち、委任者又は受任者の死亡、行為能力喪失又は破産によって委任が終了することで、委任者の利益が危険にさらされる場合には、受任者（受任者の相続人又は代理人を含む）は委任者（委任者の相続人又は代理人を含む）が自ら委任事務を行うことができるようになるまで、委任事務の継続につき配慮しなければならないことを定めている。そのため、OR405条2項に基づいて受任者等が委任事務継続義務を負うのは特定の委任終了原因発生場面限定されることとなるが、以下では、それらの終了原因について概観することとする。

① 当事者の一方の死亡

委任契約は当事者間の信頼関係を基礎としており、この信頼関係は個人的なものであるとされる。そのため、委任契約の当事者の一方が死亡したことで、同人の地位が相続人へと承継されたとしても当該信頼関係は相続人へと引き継がれることはないために委任が終了するとされる⁽³⁰⁾。なお、死亡には自然人の失踪宣告（Verschollenerklärung）や法人の解散も含まれる⁽³¹⁾。

② 当事者の一方の行為能力喪失⁽³²⁾

委任事務に係る行為能力を喪失する場合には、当事者間の信頼関係が損なわれることから委任は終了するとされる⁽³³⁾。行為能力の喪失は、法律行為を委任事務の内容とする場合のみならず、事実行為を委任事務の内容とする場合であっても委任の終了を導くことが言及されている⁽³⁴⁾。行為能力を喪失する主体については、主に受任者を念頭に置いていると解されるが、委任者の行為能力喪失場面は妥当しないという記述がないことから、委任者の行為能力喪失によっても委任が終了することがあることが示唆されていると解される。

受任者の行為能力喪失に伴い委任が終了することは、引き受けた委任事務を受任者が確定的有効に行うことができないことや、

十分な事理弁識能力を備えていないために、不適切な委任事務の処理を行う可能性を鑑みた結果と解される。そのため、委任事務の内容が法律行為である場合に限らず事実行為である場合であっても、委任契約が基礎とする当事者間の信頼関係が揺らぐことから委任が終了することとなると解される。これに対し、委任者の行為能力喪失に伴い委任が終了することについては、受任者による委任事務の処理に当たって、場合によって委任者の指図を受けることが考えられる。そのような場合、委任者が十分な事理弁識能力を備えていないことから、適切に指図が行われず、結果として不適切な指図に拘束された委任事務の処理を受任者は行わなければならないことが考えられよう。このような場合には、まさに受任者の委任者に対する信頼が揺らぐことは想像に難くなく、そのために委任は終了するとされたと解される。

③ 当事者の一方の破産

当事者の一方が破産したとしても、委任契約上の債務の履行可能性を妨げるものではないものの、信頼関係が損なわれると評価される為に委任は終了するとされる⁽³⁵⁾。破産について、委任者の破産の場合と受任者の破産の場合とに分けて言及する見解がある⁽³⁶⁾。その見解によれば、委任者の破産の場合には、破産管財人が委任の継続を希望しない場合に委任は終了するとされ、受任者の破産の場合には、破産法によって処分能力が制限されることから委任は終了するとされる。

このように、OR405条1項に定められている委任終了事由は、委任契約が基礎としている当事者間の信頼関係が揺らぐ典型的な事由として、一方当事者の死亡、行為能力喪失及び破産が挙げられている。これらの事由が生じた場合には、特段の意思表示なくして委任は終了するものの、当該事由を相手方が知るに至るまでは委任は終了することなく有効に存続することが法定されている（OR406条）。また、当該事由が生じたことで委任が終了したとしても、直ちに当事者間の委任関

係が消滅するのではなく、既に生じている権利義務は未だに存在しており、単に委任事務の執行に係る履行請求が認められなくなるに過ぎないとされる⁽³⁷⁾。

なお、例外的に、当事者意思又は委任事務の性質から、すなわち、事前に終了しないことにつき（明示的又は黙示的に）合意をしている場合や委任者又は受任者の高度に個人的な権利・義務に係るものではない非人間的でありかつ標準化されている場合には、委任は終了しないことがOR404条1項に定められている⁽³⁸⁾。このように、当事者意思又は委任事務の性質上、OR405条1項に定められている終了事由が生じたとしても委任は継続されることとなり、特に、委任者又は受任者が死亡した場合、死者の相続人は委任契約上の権利義務を承継することとなる。この場合、当該相続人は委任事務について十分な理解を得ていないこと等を理由として適切な権利行使又は義務履行を果たすことができないことが考えられる。そのような場合、OR404条に定められている任意解約権を用いることで委任を終了させることができるとされる⁽³⁹⁾。

2. OR405条2項に基づく委任事務継続義務

OR405条1項に定められている委任終了事由が生じたとしても、当該事由を相手方が知るに至るまでは委任は終了しないが（OR406条）、相手方が当該事由を知った後であっても受任者等は配慮義務（誠実義務）として委任事務を継続しなければならないこと（委任事務継続義務）がOR405条2項に定められている。

OR405条2項に基づいて受任者等が委任事務継続義務を負うのは、OR405条1項に定められた委任終了事由により委任が終了することで委任者の利益が危険にさらされる場合に限られている。これは、委任者（又は委任者の相続人）の利益に及ぼす影響を大幅に制限するために設けられたとされ、委任者の利益への配慮義務としても論じられており、委任の結果として委任者にもたらされる利益を保全し、利益が害

されることを防止することを目的として、受任者等は委任事務の継続義務を負うとされる⁽⁴⁰⁾。

また、委任事務継続義務が認められるためには、委任者の利益が危険にさらされていなければならないが、実際に委任者の利益への危険が生じている必要はなく OR405条1項に定められている委任終了事由によって委任が終了することで委任者の利益に対する危険性や損害発生の蓋然性が認められれば良いとされる⁽⁴¹⁾。

受任者等が OR405条2項に基づく委任事務継続義務を負う場合には委任関係が存続しており⁽⁴²⁾、委任者（委任者の相続人又は代理人を含む）が自ら対処することができる時まで継続する⁽⁴³⁾。

3. 小括

OR405条2項では、OR405条1項に定められている委任終了事由が生じたために委任が終了する場合であっても、受任者又はその相続人若しくは代理人は委任者の利益が危険にさらされているならば、委任者又はその相続人若しくは代理人が自ら委任事務を行うことができるようになるまで、委任事務の継続につき配慮しなければならないことから委任事務継続義務を負うことが定められている。この委任事務継続義務は、OR405条1項に定められている委任終了事由による委任終了場面では認められない。OR405条1項に定められている委任終了事由は、委任契約の基礎として存する当事者間の信頼関係が揺らぐ典型的な事由として位置づけられていることから、当該事由発生を相手方が知るに至った場合には、直ちに委任は終了することとなる。しかし、当事者意思や委任事務の性質から委任が終了しないことがあることを OR405条1項は定めている。この点に着目するならば、OR405条1項に定められている委任終了事由は当事者間の信頼関係の揺らぎが委任の終了を導くことを端的に示しており、信頼関係が揺らがない限り委任は継続することが明らかにされているといえよう。

しかし、OR405条1項に定められている委任終了事由が生じ、これ

によって当事者間の信頼関係が揺らいだために委任が終了するとされる場合であっても、OR405条2項に基づいて受任者等は委任事務継続義務を負うことがある。この義務は、OR405条1項に定められている委任終了事由によって委任が終了することで生じる委任者側の利益に及ぼす影響、すなわち突然の委任終了によって委任者側が獲得してきた利益が減じる危険性や損害発生の蓋然性に対処するために受任者等に課されるものである。この委任事務継続義務は、委任者等が自ら委任事務を行うことができるようになるまで課されており、その限りにおいて委任関係は存続することが言及されている。そのため、受任者が委任事務継続義務を果たさない場合には、委任契約上の債務不履行に該当することから契約責任を負うこととなるが、その賠償範囲は消極的利益の賠償に限定されることが示されている。

このように、OR405条1項は委任契約の基礎として存する信頼関係が揺らぐ典型的な事由として委任の終了を導くこととなるが、この委任の終了に伴って委任者側の利益に危険が及ぶことを防ぐことを目的として、OR405条2項では受任者側に委任事務継続義務が課されている。

五 ORにおける委任の終了と継続

1. 法定の委任終了事由に存する理念—個人的・属人的な信頼関係—

OR404条1項に定められている委任者による任意撤回権及び受任者による任意解約権の行使並びにOR405条1項に定められている一方当事者の死亡、行為能力喪失及び破産という委任終了事由は、委任契約が信頼関係を基礎としていることから認められるものである。前者は、他の役務提供契約と区別される主要な分類特徴であり、当事者意思によってその行使を制限することは認められないとして強行法規であることが判例上認められている。後者は、当事者間の信頼関係を揺るがす典型的な事由であるとされる。この点から、法定の委任終了事由に存する理念はローマ慣習法を淵源とする委任契約特有の当事者間に認

められる信頼関係、換言すれば、委任者は特定の受任者であることから事務を委託し、受任者も特定の委任者であることから事務を受託したという個人的・属人的な信頼関係にあるといえよう。

2. 委任の終了を阻害する事由

法定の委任終了事由は、個人的・属人的な信頼関係が揺らいだために委任が終了することから認められるものであるが、この信頼関係が揺らいだと評価されるべき場合であっても委任が終了しない場合がある。

まず、委任契約が基礎としている個人的・属人的な信頼関係を理由に認められる OR404条1項の強行法規性について、学説上一部否定的に捉えられている。この OR404条1項の強行法規性を一部否定する見解においては、委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権は当事者の地位が対等に自由である無償委任に限って認められるものであり、決して対等で自由であるとは評価できない有償委任においては制限されるべきであると唱えられている。この見解では、個人的・属人的な信頼関係のみをもって OR404条1項の強行法規性を基礎づけることは困難であることが指摘されているといえよう。

ついで、OR405条1項では、当事者意思又は委任事務の性質から、同項に定められている事由が生じたとしても委任は終了しないことが法定されている。当事者意思によって委任が終了しないという点については、当事者意思が当事者間の信頼関係を強固にするものであることから当該事由が生じたとしても当事者間の信頼関係は揺るがないために委任は終了しないと説明することができる。しかし、特に当事者の一方の死亡が生じた場合には従前の個人的・属人的な信頼関係は相続によって承継されないことが言及されており、やはり信頼関係のみでは十分に説明することができないのではないであろうか。また、委任事務の性質によって委任が終了しないという点については、個人的・属人的な信頼関係という理念が委任事務の性質によって埋没して

いるように解される。さらに、OR405条2項では、OR405条1項に定められた委任終了事由が生じ、当事者意思又は委任事務の性質からも委任の終了が阻害されないにもかかわらず、委任者の利益が危険にさらされている場合には受任者等には委任事務継続義務が課され、その限りにおいて委任は継続することが認められている。このように、OR405条では、個人的・属人的な信頼関係が揺らぐ法定事由が生じたとしても、委任は終了しないことがあることが認められる。

このように、法定の委任終了事由の理念として認められる個人的・属人的な信頼関係が揺らいだにもかかわらず、委任が終了しないことがある。このような委任の終了を阻害する事由について、それぞれ検討することとする。

① OR404条1項に基づく委任の終了を阻害する事由

委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権は、委任契約が個人的・属人的な信頼関係を基礎としていることからOR404条1項は強行法規であることが判例上認められているが、これを一部否定する見解は、無償委任と有償委任とでその取り扱いを異にしている。

ローマ慣習法を淵源とする無償委任においては、個人的・属人的な信頼関係が基礎となっていることから、その信頼関係が揺らいだ場合に委任が終了することを認める。このことから、委任の終了原因において、利益は考慮されることなく、あくまでも当事者間に存する信頼関係を重視している。この点においてのみ焦点を当てるならば、無償委任においては、信頼関係のみを考慮し、委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権の行使が制限されるような委任の終了を阻害する事由はないといえよう。しかし、無償委任であったとしても、正当事由なき委任者の任意撤回権又は受任者の任意解約権の行使によって特別な損害が生じた場合には、時機を逸した委任の終了であるとしてOR404条2項に基づき損害賠償をしなければならない。この損害賠償は、当事者意思による

一方的な委任終了によって特別な損害が生じないように配慮する義務に違反したために認められると言及されている。この点に着目するならば、無償委任においても委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権の行使によって特別な損害を生じさせてはならない配慮義務が認められ、損害賠償を免れるためには当該配慮義務を遵守し特別な損害を生じさせない時期に委任を終了させなければならない、換言すれば、一定期間は委任を終了させることを避けさせようとしていると評価できる。そのため、無償委任においては委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権の行使自体が直接的に阻害されることはないものの、OR404条2項に基づく損害賠償の前提として特別な損害が生じないように配慮する義務が認められ、当該配慮義務によって間接的に委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権の行使が阻害されているということができよう。

また、有償委任においては、特に報酬の支払いを受ける受任者の任意解約権行使が制限されることが唱えられている。これは、無償委任と異なり、報酬を支払う委任者は遙かに強い立場であることから受任者に対して委任事務の処理につき一定の継続を求めることができなければならないとしている。このように報酬によって裏付けられた委任者の委任事務継続利益によって受任者は任意解約権行使が制限されるとされ、この制限があるにもかかわらず正当事由なくして任意解約権を行使し委任者に特別な損害が生じた場合には、受任者はOR404条2項に基づき損害を賠償しなければならないこととなる。これに対し、委任者の任意撤回権行使については、委任事務の処理の効果帰属先が委任者であることから、委任を終了させるか否かは委任者に委ねられなければならないとして、制限されることはないと言及されている。しかし、受任者の報酬請求権に着目すると、委任事務の内容から、これまで処理してきた部分に限定される場合と、未だに処理していない

部分を含めた全部について認められる場合とがあることと言及されている。この点に着目するならば、一部の委任については未だに委任事務を処理していないにもかかわらず全部の報酬を与えなければならないことから、受任者の利益が一方的に保護され、委任者は不利益を享受しなければならない立場にあることから、この不利益が一定程度委任の終了を躊躇することとなろう。なお、受任者の報酬は OR404条 2 項の損害賠償の範囲に含まれないものの、委任者は無償委任の場合と同じく正当事由なくして任意撤回権を行使によって受任者に特別な損害を生じさせてはならない配慮義務が認められ、この配慮義務によって間接的に委任者の任意撤回権の行使が阻害されているということができよう。

このように、OR404条 1 項は委任契約が信頼関係を基礎としていることから判例によって強行法規性が認められており、これを阻害することはできないとされている。そのため、委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権の行使による委任の終了を直接的に阻害することは認められないものの、有償委任においては報酬によって裏付けられる委任者の委任事務継続利益や受任者の報酬利益によって、さらに OR404条 2 項に定められている損害賠償の前提として認められる配慮義務が間接的に委任の終了を阻害し得る事由であるということが出来る。

② OR405条 1 項に基づく委任の終了を阻害する事由

委任契約の一方当事者の死亡、行為能力喪失及び破産は、当事者間の信頼関係が揺らぐ典型的な事由であることから、これらの事由の発生によって委任は終了することが OR405条 1 項に定められている。しかし、これらの事由が発生したとしても委任が終了しないことがあることを OR405条 1 項及び 2 項では定めている。

まず、OR405条 1 項において、当事者意思又は委任事務の性質から一方当事者の死亡、行為能力喪失及び破産が生じたとしても委任が終了しないことが定められている。上述のように、当事者

意思又は委任事務の性質から OR405条1項に定められている委任終了事由が生じたとしても委任が終了しないのは、単に個人的・属人的な信頼関係が揺るがないためであると説明するには不適當である。ここで参考となるのは、OR404条1項において言及されている信頼関係の分析であろう。OR404条1項の強行法規性を一部否定する見解によって、信頼関係とは個人的・属人的な信頼関係のみに着目すべきではなく、委任契約によって各当事者が獲得すべき利益に着目し、当該利益の獲得を目指すべきであるという「*pacta sunt servanda* (合意は守られなければならない)」によって構築される信頼関係も着目すべきことが指摘されている。すなわち、当事者意思によって OR405条1項に定められている委任終了事由が生じたことで個人的・属人的な信頼関係は揺らぐことがあろうが、委任契約によって獲得を目指されていた利益に着目した信頼関係が堅固に存することから委任が終了しないということができるのではないであろうか。このように、信頼関係は個人的・属人的なものに限られることなく、各当事者が委任契約によって獲得を目指した利益に着目しているものも含まれ、二つの側面から分析されるべきものであろう。この委任契約の基礎として存する信頼関係に関する分析から、当事者意思又は委任事務の性質から OR405条1項に定められている委任終了事由が生じたとしても委任が終了しないのは、当事者間の利益に着目した信頼関係が存するためであり、この利益こそが委任の終了を阻害する事由であるということができる。

ついで、OR405条1項に定められた事由が生じたために委任が終了すべき場合であっても、委任者（又は委任者の相続人）の利益が危険にさらされている場合には、受任者（又は受任者の相続人若しくは代理人）は委任事務継続義務を負うことが OR405条2項に定められており、この義務が存する限り委任は終了しないとされている。この委任事務継続義務は端的に委任者等の利益への配慮義務

として言及されるように、OR405条1項に定められている委任終了事由が生じたとしても委任者等の利益にのみ着目して委任の終了を阻害している。

このように、OR405条1項に定められている委任終了事由は、委任契約の基礎として存する信頼関係が揺らぐ典型的な事由として認められるものである。しかし、当事者意思又は委任事務の性質から当事者間の利益に着目した信頼関係が堅固に存する場合には委任が終了しないということができるとともに、OR405条1項に定められた事由が生じたために委任が終了すべき場合であっても、委任者等の利益に着目しOR405条2項に基づいて委任事務継続義務を受任者等に課しており、まさに委任契約上の利益が委任の終了を阻害している事由といえよう。

3. 委任の終了に結びついた信頼関係と存続に結びついた利益

法定の委任終了事由は、個人的・属人的な信頼関係こそが委任契約の基礎として存在しているために認められる、換言すれば、個人的・属人的な信頼関係をその理念に置いているといえよう。しかしながら、法定の委任終了事由が生じた、換言すれば、個人的・属人的な信頼関係が揺らいだ場合であっても委任が終了しないことがある。このような個人的・属人的な信頼関係の揺らぎを原因とする委任の終了を阻害する事由として法定されているのは、OR404条2項に定められている損害賠償、OR405条1項に定められている当事者意思又は委任事務の性質、OR405条2項に定められている委任事務継続義務であるが、その背景には常に当事者間に存する利益が認められる。OR404条2項に定められている損害賠償は、委任契約の両当事者が相手方に特別な損害を被らせないように配慮する義務を負っており、この義務違反に対して認められるものであることから、直接的にはではないが間接的に委任の終了を阻害する事由であり、そこには相手方の利益への配慮がその背景に存在している。また、OR405条1項に定められている当事者

意思又は委任事務の性質については、個人的・属人的な信頼関係が揺らぐ場合であっても、「pacta sunt servanda（合意は守られなければならない）」によって構築される信頼関係が堅固であることから委任が終了しないのであり、やはり、相手方の利益への配慮がその背景に存在している。そして、OR405条2項に定められている委任事務継続義務は、純粋に委任者側の利益を危険にさらさない様に配慮しなければならないために認められるものであることから、特に委任者等の利益への配慮がその背景に存在している。

このように、当事者間に存する利益が委任の終了を阻害する事由の背景には、当事者間に存する利益が認められるが、OR405条1項は信頼関係の分析から導かれるのに対し、OR404条2項の損害賠償とOR405条2項の委任事務の継続義務とは当事者間の利益保護を目的としている制度という点に共通点が見られる。

OR405条2項で問題となる「委任の消滅が委任者の利益を危険にさらす場合」とは、OR405条1項に定められている委任終了事由により委任が終了することが、委任者の利益という側面から「時機を逸した」委任の終了であると評価されている。これはOR404条2項の損害賠償請求において求められる「時機を逸した」と同様に解されていることを端的に示しており、両者の共通点を見出すことができる⁽⁴⁴⁾。

OR404条2項に基づいて、委任者による任意撤回権又は受任者による任意解約権の行使が時機を逸していた場合に損害賠償を請求できるのは、委任者による任意撤回権又は受任者による任意解約権の行使の相手方又は行使せざるを得なかった者に不利益が生じる危険性があったにもかかわらず、この危険性を顧みずに委任者による任意撤回権又は受任者による任意解約権の行使をした又はさせたことで、特別な損害が生じたためである。そのため、委任者による任意撤回権又は受任者による任意解約権の行使に当たっては、当事者の契約上の利益を鑑みて行使することが求められており、当事者に不利益が生じる危険性があるならば、委任者による任意撤回権又は受任者による任意解約権

の行使を避けることが求められているといえよう。換言すれば、委任者による任意撤回権又は受任者による任意解約権の行使に当たって当事者に不利益が生じる危険性が存する場合には、委任を存続させる義務を負っており、この義務に違反して損害が発生したためにそれを賠償しなければならないことを意味しているのではないであろうか。そうであれば、OR404条2項の制度趣旨から、委任者による任意撤回権又は受任者による任意解約権の行使の場面においても同様に委任関係を存続させなければならない義務は、条文構造上、OR405条1項に定められている委任終了事由に限定して認められる委任事務継続義務と同じ機能を有するといえよう。

このように、ORでは、委任契約は委任者と受任者間の信頼関係を基礎としていることから、その信頼関係が揺らぐ場合には委任が終了するものの、相互に相手方の利益に対して配慮しなければならないことから、信頼関係が揺らいだ場合であっても委任契約の存続を導き出すことができるといえよう。

むすびに代えて

本稿では、ORにおける委任の終了と継続について、信頼関係と契約上の利益に着目して検討を行った。その結果、ORに定められている委任終了事由の理念には信頼関係、特に個人的・属人的な信頼関係が認められ、これが揺らぐことで委任が終了することを前提としているといえる。しかしながら、この信頼関係の揺らぎをもたらすORに定められている委任終了事由が生じたとしても、なお委任が終了しないことが認められる。この委任の終了を阻害する事由には、OR404条2項の損害賠償、OR405条1項の当事者意思又は委任事務の性質、OR405条2項の委任事務継続義務が認められる。それらには各当事者に認められる委任契約上の利益への配慮が求められているという共通点を見いだすことができた。すなわち、ローマ慣習法から引き継がれてきた

委任契約の基礎として存する個人的・属人的な信頼関係が揺らいだとしても、各当事者に認められる委任契約上の利益への配慮が求められるために、委任の終了が阻害されうるといえよう。このことから、いわゆる信頼主義が妥当するといわれる委任契約は、今日においては契約上の利益をより重要視しており、結果として、委任の継続を導き出しているということができよう。

なお、OR405条2項に定められている委任事務継続義務が直接的に委任の終了を阻害しているのに対し、OR404条2項に定められている損害賠償は間接的に委任の終了を阻害しているに過ぎないという点に違いが認められる。しかし、OR404条2項に定められている損害賠償が単に時機を逸した委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権行使によって生じた特別な損害を補填することに止まることなく、そこには委任の終了を避けさせようとしている点に着目するならば、従来、委任者の利益にのみ着目して委任の存続を導いてきたOR405条2項の委任事務継続義務よりも広く委任の存続を導き出すことができるのではないであろうか。

また、本稿では紙幅の都合上、日本法にどのような影響を及ぼすのかについて分析を行うことができなかった。この点については、日本民法とORとの委任契約規定構造の近似性に着目すると、日本民法と規律構造が異なるBGBと比して、より有益な示唆を得ることができるのではないであろうか。特に、2020年における日本民法の債権関係の改正では、OR404条2項と同様の内容である日本民法651条2項が改正され、より具体的に損害賠償の要件等を明らかにしている。ここでは委任者のみならず受任者の利益にも着目されており、OR405条2項と同様の内容である日本民法654条に定められている善処義務が委任者側の利益のみに着目していることと対比するならば、ORの理論から得られる示唆は決して小さいものではないであろう。さらに、OR404条2項に定められている損害賠償の範囲とOR405条2項に定められている委任事務継続義務違反時の損害賠償の範囲とが同じである

ことが意識されていることに着目するならば、これまであまり言及されることのなかった日本民法654条に定められている善処義務違反時の損害賠償の範囲、さらには善処義務の内容についても示唆を受け得ることができよう。

しかし、日本民法とORとの委任契約規定構造の近似性は認められるものの、全く同一ということはない。特に、ORの委任事務継続義務はOR405条1項に定められている委任終了事由のみが対象となるのに対し、日本民法の善処義務は対象となる委任終了事由を限定していないことから全く同じように論じることができるかは明らかではない。また、OR404条2項と日本民法651条2項とで同様に理解することができるかについては、改めて日本民法651条2項について分析をしなければならぬこととなる。

このように単純にORの理論を承継することは適当ではないであろうが、これまで意識されてこなかった任意解約権行使による損害賠償に係る利益論と委任の存続とに一定の方向性を示すことはできたのではないであろうか。そのため、今後は委任契約について信託主義と併せて契約当事者の利益に着目した分析が必要となろう。また、委任契約は他の法制度と密接に関わっていることから相互的かつ多面的な検討が必要となり、未だになお研究を継続することが必要である。

本稿が、ORを比較法として取り上げることの有用性を改めて示すとともに、委任契約について利益という側面から分析することで委任の終了と存続との関係性について論じる有用性を示すものとなれば幸いである。

【追記】本号が献呈の対象とする長谷川貞之先生からは、同僚として、また研究会では研究者の先達として多くのご指導ご鞭撻を頂いている。縁あって、本号の編集にかかわらせて頂くこととなり、大変多くのことを学ぶ機会を頂けたことは幸甚に存じます。長谷川貞之先生におかれましては、これまでと変わらぬご指導ご鞭撻を頂けますようお願いい

申し上げますとともに、今後益々のご活躍を心より祈念致します。

- (1) 日本學術振興會『法典調査会 民法議事速記録 第36巻』(司法省法律調査會、1935) 3-16頁、八尾新助『民法修正案理由書 第1-3編』(八尾書店、1898) 565頁。
- (2) BGB672条(委任者の死亡又は行為能力の喪失)
：委任は、疑わしいときは、委任者の死亡又は行為能力の喪失によって終了しない。委任が終了する場合においても、猶予に危険が伴っているときには、受任者は、委任者の相続人又は法定代理人が別の方法での手当てが可能になるときまで、委託された事務の処理を継続しなければならない。この限りにおいて、委任は存続するものとみなす。
BGB673条(受任者の死亡)
：委任は、疑わしいときは、受任者の死亡によって終了する。委任が終了したときは、受任者の相続人は、その死亡を委任者に対して遅滞なく通知し、かつ、猶予に危険が伴っているときには、委任者が別の方法での手当てが可能になるときまで、委託された事務の処理を継続しなければならない。この限りにおいて、委任は存続するものとみなす。
- (3) 横田秀雄『債権各論』(清水書店、訂正第8版、1916) 651頁、吾孫子勝『委任契約論』(巖松堂、1917) 125頁、鳩山秀雄『日本債権法各論 下巻』(岩波書店、増訂、1924) 632頁、我妻榮『民法講義V-3 債権各論 中巻二』(岩波書店、1969) 697頁、半田吉信『契約法講義』(信山社、第2版、2005) 459頁。
- (4) 日本學術振興會・前掲注(1)201-219頁。八尾・前掲注(1)564頁。また、委任の終了に係る規律構造の分析については、拙稿「委任契約の終了と善処義務—「契約の終了」規律の一斑—」伊藤進先生傘寿記念論文集編集委員会編『伊藤傘寿・現代私法規律の構造』(第一法規、2017) 203頁以下を参照されたい。
- (5) 多くの優れた先行研究が認められるところであるが近時のものとして、石堂典秀「委任契約における『受任者の利益』概念について(1)—英米法からの示唆—」中京ロー18号(2013) 17頁以下、長谷川貞之「委任における任意解除権の規範的性質」本誌80巻3号(2015) 39頁以下、同「委任における委任者の任意解除と『受任者の利益』—債権法改正過程から見たもの—」本誌85巻2号(2019) 67頁以下等を挙げることができる。
- (6) ORは、日本民法制定過程において参照されたのみならず、これまでにその法制度の有用性が指摘されてきた(この点については、小沢奈々『大正期日本法学とスイス法』(慶應義塾大学出版会、2015) 3-6頁を参照されたい)。しかし、これまでORにおける理論が論じられることは少なく、委任契約に関しては管見の限り比較法研究がなされた論考を見いだ

すことができなかつた。

(7) ORの歴史的変遷については、半田吉信「スイス債務法総則編の改正(1)」駿河台28巻(2014)1号16-25頁を参考とした。

(8) なお、今日に至るまでのORの改正に伴い、条文が付加されていることが認められるが、それでもなお、全体的な規定構造に変更は見られない。

(9) aOR402条

1項：委任は、各当事者がいつでも解約をすることができる。

2項：解約が時機を逸した場合には、委任を解消した当事者は相手方に生じた損害を賠償する義務を負う。

OR404条

1項：委任は、各当事者がいつでも撤回又は解約をすることができる。

2項：撤回又は解約が時機を逸した場合には、委任を解消した当事者は相手方に生じた損害を賠償する義務を負う。

(10) aOR403条

1項：委任は、反対の合意があった場合又は事務の性質から推測される場合を除き、委任者又は受任者の死亡、行為能力喪失、破産によって消滅する。

2項：委任の消滅が委任事務に危険をもたらす限り、受任者、その相続人又はその代理人は、委任者、その相続人又はその代理人が自ら行うことができる状態になるまで事務の継続をする義務を負う。

OR405条

1項：委任は、反対の合意があった場合又は委任事務の性質から推測される場合を除き、委任者又は受任者の相応の行為能力の喪失、破産、死亡及び失踪宣告によって消滅する。

2項：委任の消滅が委任者の利益を危険にさらす場合、受任者、その相続人又はその代理人は、委任者、その相続人又はその代理人が自ら事務処理を行えるようになるまで、継続して委任事務を処理する義務を負う。

(11) OR406条はaOR404条から条文文言の一部について変更しているが、この変更は訳出するに当たっては影響がないことから、同じく訳出することとした。

OR406条 (aOR404条)

：受任者が委任の消滅について認識する前に行った事務処理については、委任者又はその相続人は、委任が未だ存続している場合と同一の義務を負う。

(12) aOR402条ではいずれの当事者も解約 (Kündigung) することができる定められていたが、委任者と受任者とではその呼称を使い分けている。委任者の場合には撤回 (Widerrufung)、受任者の場合には解除 (Rücktritt) として論じられていた。しかし、いずれも任意に特別な形式を要しない意思表示により委任関係を消滅させることができるという点で共通しており、

特別な相違は見受けられない (A. Sdineider/H. Fick, Das Schweizerische Obligationenrecht, 1882, S.292ff.; Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 5., überarbeitete Auflage, 1999, S.292.)。また、委任者の撤回権又は受任者の解約権の行使に当たっては、期限や条件を付すことも認められている。このような付款が付された撤回権又解約権について、相手方が承諾しない場合には、即座に委任が終了することとなる (H. Oser, Das Obligationenrecht - Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911, Art. 1-529, § 404, S.739.)。さらに、委任者による撤回も受任者による解約も、委任契約につき期間が定められていたとしても特段理由を示す必要なく、任意に行うことができるとされる (Schneider/Fick, a.a.O. (Fn.12) S.292.; Theo Guhl/Anton K. Schnyder, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, Neunte Auflage 2000, N.30, zu § 49.)。

(13) Oser, a.a.O. (Fn.12), S.739.; Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. 5, Das Obligationenrecht, 2.Teil (Halbband) Art.184-418, 1936, N.1, 5. zu § 404.; Guhl/Schnyder a.a.O. (Fn.12), N.28, zu § 49.

(14) OR402条

1項：委任者は、受任者が委任事務の適正な処理において支出した立替金および費用について、利息を付したうえで償還し、受任者を生じた債務から解放する義務を負う。

2項：委任者は、委任に基づき生じた損害につき、それが自己の過失なくして生じたことを証明することができない場合を除き、受任者に対して賠償する責任を負う。

(15) Oser/Schönenberger, a.a.O. (Fn.13), N.5. zu § 404.; Bruno von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil (Art. 184 - 551), 1972, S.139f. また、このことに着目して、mandat [委任事務の執行という給付に着目した用語] の終了として表現されることがある (Berner Kommentar/G. Gautschi, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. 6., Das Obligationenrecht, 1971, N.1c. zu § 404.)。なお、有償委任契約が委任者による撤回によって終了する場合には、受任者の報酬請求権が認められることについて異論は見られないが、未だに行われていない委任事務の処理部分に係る報酬請求権が認められるのかについては議論されている (Büren, a.a.O. (Fn.15), S.140f.; Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 5., überarbeitete Auflage, 1999, S.307.)。

(16) Oser/Schönenberger, a.a.O.(Fn.13), N.1. zu § 404.; Büren, a.a.O.(Fn.15), S.140.; Honsell, a.a.O. (Fn.15), S.305.; Guhl/ Schnyder, a.a.O. (Fn.12), N.27f. zu § 49.

- (17) Oser/Schönenberger, a.a.O. (Fn.13), N.1-3. zu § 404.; Büren, a.a.O. (Fn.15), S.140.; Honsell, a.a.O. (Fn.15), S.305f.
- (18) Honsell, a.a.O. (Fn.15), S.306f.
- (19) Büren, a.a.O. (Fn.15), S.140-142.
- (20) オークション開催直前にオークションにて商品を落札することを依頼されたものが任意解約権を行使した場合、弁護士が上訴期限満了直前に任意解約権を行使した場合、コンサート開始直前の出演者が任意解約権を行使した場合、等が挙げられている (Schneider/Fick, a.a.O. (Fn.12), S.292.; Oser/Schönenberger, a.a.O. (Fn.13), N.8. zu § 404.; Guhl/Schnyder, a.a.O. (Fn.12), N.30. zu § 49.)。
- (21) 撤回された委任契約があったために他の業務等により別の収入を獲得する機会を喪失した場合、撤回された委任契約があったがために報酬の喪失以外の重大な損害が生じた場合が挙げられている (Oser/Schönenberger, a.a.O. (Fn.13), N.8. zu § 404.)。
- (22) Guhl/Schnyder, a.a.O. (Fn.12), N.30. zu § 49.
- (23) Schneider/Fick, a.a.O. (Fn.12), S.292.
- (24) Oser/Schönenberger, a.a.O. (Fn.13), N.8. zu § 404.; Guhl/Schnyder, a.a.O. (Fn.12), N.30. zu § 49.
- (25) Oser/Schönenberger, a.a.O. (Fn.13), N.8. zu § 404.
- (26) Oser, a.a.O. (Fn.12), S.739.; Oser/Schönenberger, a.a.O. (Fn.13), N.8. zu § 404.; Honsell, a.a.O. (Fn.15), S.307f.; Guhl/Schnyder a.a.O. (Fn.12), N.30. zu § 49.
- (27) OR404条2項に基づいて認められる損害賠償の例として、委任者による時機を逸した任意撤回権行使の場合には、受任者の労働力が遊休となったことによる不利益や委任事務の処理にあたって委託されていた契約締結に向けて活動した費用等が挙げられており、受任者による時機を逸した任意解約権行使の場合には、委任者が委託していた取引が途中中断したことによって被る不利益や委任契約を通じて予定していた計画が無為に帰してしまったことによる不利益等が挙げられている (Oser/Schönenberger, a.a.O. (Fn.13), N.9. zu § 404.; Guhl/Schnyder, a.a.O. (Fn.12), N.31. zu § 49.)。このように、消極的利益につき損害賠償が認められることから逸失利益もまた含まれうるが、履行利益については対象外であることが示されている。
- (28) Oser, a.a.O. (Fn.12), S.739. なお、委任者による任意撤回権行使によって委任が終了したとしても、既に行った委任事務の処理に係る受任者の報酬請求権は当然認められるが、それ以外の部分 (委任事務につき全く未着手であった場合であっても) についても報酬請求権が認められるべき場合があることが指摘されている (Büren, a.a.O. (Fn.15) S.140f.)。しかし、この見解にあっても、受任者としての報酬請求権の行使として報酬を

受け取ることができるのであり、OR404条2項に基づく損害賠償に報酬が含まれるのではない。

(29) OR97条

1項：債務の履行がそもそもなされない又は正当になされ得ない場合、債務者は、自身に帰責事由がないことを証明しない限り、それから生じた損害の賠償をしなければならない。

2項：この執行に当たっては、2008年12月19日付の強制執行及び破産並びに民事執行法に関する1889年4月11日付の連邦法規程（ZPO）が適用される。

(30) Schneider/Fick, a.a.O. (Fn.12) S.293.; Basler Kommentar/Rolf H. Weber, Obligationenrecht I, Art.1-529 OR, 6. Aufl., 2015, N.3. zu § 405.

(31) Weber, a.a.O. (Fn.30), N.3. zu § 405.

(32) OR405条1項は、2013年の改正までは「行為能力喪失 (eintretende Handlungsunfähigkeit)」と法定していたが、2013年改正によって「相応の行為能力の喪失 (Verlust der entsprechenden Handlungsfähigkeit)」と改めている。これは成年後見法 (Erwachsenenschutzrecht) の改正に伴うものであるが、本稿では、紙幅の都合上この改正について言及することができない。また、委任の終了をもたらす行為能力の喪失を、本稿では単に「行為能力喪失」と表現することとする。

(33) Josef Hofstetter, Obligationenrecht -Besondere Vertragsverhältnisse, 7ter Bd. 6ter Tb., Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, 2000, S.74.

(34) Weber, a.a.O. (Fn.30), N.5. zu § 405.

(35) 破産したとしても委任契約上の債務の履行可能性に影響を及ぼさないことのみならず、債権回収及び破産に関する連邦法 (SchKG) 211条2項で定められている破産管財人の権限は、委任が終了しないことを前提とした規定であることに着目し、個別具体的に委任契約の終了を検討しなければならないという指摘がある (Oser/Schönenberger, a.a.O. (Fn.13), N.7f. zu § 405.; Büren, a.a.O. (Fn.16), S.143.; Hofstetter, a.a.O. (Fn.33), S.74.)。また、受任者が破産した場合、委任契約に基づき受任者が委任者の為に取得した物や権利は、未だに引き渡されていない場合には、ZGB727条2項に基づき、破産配当請求しか認められないこととなるとされる (Oser/Schönenberger, a.a.O. (Fn.13), N.9. zu § 405.)。

(36) Weber, a.a.O. (Fn.30), N.6f. zu § 405.

(37) このことに着目して、委任者の任意撤回権及び受任者の任意解約権行使の場合と同じく mandat [委任事務の執行という給付に着目した用語] の終了として表現されることがあることについて、前掲注(15)を参照されたい。

(38) OR405条1項に法定されている委任終了事由が生じたとしても、例外

的に終了しない場合があることを前提としていることから、OR405条1項に基づく委任の終了は、推定に過ぎないことが指摘されることがある (Honsell, a.a.O. (Fn.15), S.308f.)。また、当事者意思又は委任事務の性質上、受任者の死亡後であっても委任契約が継続する場合、受任者の相続人が委任事務を遂行しなければならないかについては、受任者の相続人が当該委任事務につき承諾しなければ受任者の相続人に対して拘束力が生じないと言及されることがある (Schneider/Fick, a.a.O. (Fn.12) S.293.) なお、委任者死亡後に係る委任事務であるいわゆる死後委任事務の取り扱いが問題となるが、紙幅の都合上、本稿では言及することはせず別の機会に取り上げることとする。

- (39) Guhl/Schnyder a.a.O. (Fn.12), N.34, zu § 49.; Weber, a.a.O. (Fn.30), N.11. zu § 405. なお、このような任意解約権行使が「時機を逸した」ものであるかが問題となると解されるが、この点について特段言及はされていない。しかし、一方当事者の相続人が適切な権利行使又は義務履行ができるか否かが委任契約において重大な事由であると評価される限りにおいて、「時機を逸した」任意解約権行使とはいえないと解されることから、いずれの当事者が任意解約権を行使したとしても相手方に対して損害賠償義務を負うことはないと考えられよう。
- (40) Oser, a.a.O. (Fn.12), S.741.; Guhl/Schnyder, a.a.O. (Fn.12), N.36 zu § 49. 受任者等による委任事務継続義務について、端的に委任者の利益を優先するために設けられたと言及されることもある (Weber, a.a.O. (Fn.30), N.14 zu § 405.)。
- (41) Weber, a.a.O. (Fn.30), N.14 zu § 405. この点に着目し、OR404条2項に定められている「時期に逸した」もの、換言すれば、突然の委任契約の終了によって委任者に特別な不利益を生じさせる蓋然性が認められれば足ると指摘する見解がある (Gautschi, a.a.O. (Fn.15), N.18b, 19a zu § 405.)。また、委任事務の進行度に着目して、特に、受任者が死亡したとしても受任者の相続人によっても委任事務を完遂することができる場合には、委任契約の継続が義務づけられることを指摘する見解 (Guhl/Schnyder a.a.O. (Fn.12), N.35, zu § 49.) や、委任事務につき受任者が未着手の場合であっても委任事務の継続が義務づけられることを指摘する見解 (Weber, a.a.O. (Fn.30), N.14 zu § 405.) がある。
- (42) Oser, a.a.O. (Fn.12), S.741.; Oser/Schönenberger, a.a.O. (Fn.13), N.10. zu § 405.; Guhl/Schnyder a.a.O. (Fn.12), N.36, zu § 49.; Weber, a.a.O. (Fn.30), N.14 zu § 405. また、このことに着目して、委任の時間的延長であることが指摘されている見解もある Gautschi, a.a.O. (Fn.15), N.18c zu § 405.
- (43) Gautschi によれば、受任者等が委任事務継続義務に違反した場合には、契約責任としての損害賠償義務に繋がる言及されることがあり、その範囲は消極的利益賠償となるとされる (Gautschi, a.a.O. (Fn.15), N.18c

zu § 405.)。

- (44) また、OR404条2項に定められている損害賠償は「時機を逸した」委任者による任意撤回権又は受任者による任意解約権の行使によって生じた消極的利益に限って認められることが言及されている。OR405条2項に定められている委任事務の継続義務に違反した場合について言及されることはほとんどないものの、契約責任としての損害賠償義務を負う場合には消極的利益を対象にして認められるという見解が認められる（前掲注(43)を参照されたい。）。この見解に立脚するならば、損害賠償の範囲という点に焦点を当てた場合には、両者に新たな共通点を見出すことができる。