

平成 22 年 6 月 11 日現在

研究種目：基盤研究（C）

研究期間：2007～2009

課題番号：19530075

研究課題名（和文） 役務提供契約の再構成——東アジア比較民法——

研究課題名（英文） Reconstruction of service contracts—comparative study of private law in the East Asian Countries——

研究代表者 岡 孝（OKA TAKASHI）

学習院大学・法学部・教授

研究者番号：10125081

研究成果の概要（和文）：①建築請負契約において当該建築物に瑕疵がある場合、その建て替えを必要とするときに限り、注文者は契約を解除することができるというように、日本民法を改正すべきである。②請負契約において仕事の目的物に瑕疵があるときは、修補請求権と報酬減額請求権とは同列の救済策と考えるべきである。③任意後見契約法は、法定後見との関係などにつき改正の必要がある。成年後見制度全体については、中長期的には「人の法」として民法典の一部を再編成する可能性も検討すべきである。

研究成果の概要（英文） Through the comparative study of private law in East Asian Countries on service contracts, we propose to revise the Japanese Civil Code in the following three points. (1) As to construction contracts, the customer may terminate the construction contract if there is a defect in the building which is the subject matter of the contract, provided that the defect is serious to the extent that it requires rebuilding. (2) As to the contracts for work, if there is a defect in the subject matter of the work, the customer may demand repair of the defect or reduction of remuneration at his own choice. This indicates that there is no priority between the two remedies. (3) As to the adult guardianship contracts, the whole system should be revised in view of harmonization with the legal guardianship. In the long run, the Civil Code may be reorganized to include the independent part of law of persons into which the legal guardianship and guardianship contracts are to be integrated.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
平成 2007 年度	1,300,000	390,000	1,690,000
平成 2008 年度	1,100,000	330,000	1,430,000
平成 2009 年度	1,100,000	330,000	1,430,000
年度			
年度			
総計	3,500,000	1,050,000	4,550,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・民事法学

キーワード：民事法学、比較民法、比較契約法、役務提供契約、不完全履行

1. 研究開始当初の背景

2005 年秋に、加藤雅信・上智大学教授とともに民法改正研究会を結成し（全国の民法研究者 20 名からなる。代表は加藤教授）、現行民法の問題点を洗い出し、外国法の知見をもとにして、その問題解決のための立法論を展開しようと考えた。そのために、研究代表者（岡。以下では筆者と称する）は、個人として、役務提供契約の再構成を志していた。

そのさい、2004 年以来交流している東アジアの研究者とさらなる共同研究を通して、東アジアにおける役務提供契約（具体的には請負、委任）中のいくつかの論点について近似化の可能性も視野に入れるようになった。とりわけ委任の特則としての任意後見について、台湾からは意見を求められた（2009 年 10 月 29 日には、法務部と東呉大学の共催によるシンポジウムで「日本の任意後見法について」と題した報告を行った）。また、2009 年度には、中国・延辺大学法学院助教兼吉林大学法学院博士課程大学院生の方勇男君が筆者のところで（学習院大学東洋文化研究所の客員研究員として）、中国の成年監護制度改革をテーマとして研究した（同君は、2010 年 10 月から 1 年間、さらに筆者のもとで、国際交流基金の支援で博士論文執筆をおこなう予定）。

このような事情で、委任の中でも任意後見、さらには成年後見制度のもう一つの要である法定後見についても、最小限度検討することにした。

2. 研究の目的

(1) 請負の瑕疵担保としては、2 点問題を解明しようとした。①土地工作物に瑕疵があっても日本民法下では解除ができないとされている（635 条ただし書）。法典調査会の議論を見ると、重大な瑕疵により生命等の危険があるような場合にまで、解除を許さない趣旨とは思われない。近時最高裁の判決が出て（最判平成 14 年 9 月 24 日判時 1801 号 77 頁）、請負人が建築した建物に重大な瑕疵があって建て替えるしか方法がない場合には、注文者は、建て替え費用相当額の損害賠償請求ができ、そのような損害賠償請求を認めても、民法 635 条ただし書の規定の趣旨には反しない、という趣旨の判断が下された。この事件は、注文者が解除を主張していなかったため裁判所は判断しなかったが、おそらく解

除が認められたのではないと思われる事案であった。

この点、東アジアの諸国ではどのように処理されているのかを、比較検討し、日本民法の改正私案を提示しようと考えた。

②建築物に瑕疵が判明した場合の注文者の救済手段のうち、修補請求権と代金減額請求権との関係が問題である。主に売買目的物の瑕疵の場合に議論がなされているが、とりわけドイツ債務法現代化法（2002 年から施行）では、追完請求権（修補請求権）が優越するという立場をとった。筆者はこの結論に納得がいかない。この点、東アジア諸国ではどのように解されているのかを比較検討して、日本民法の改正私案を提示しようと考えた。

(2) 委任については、無理由告知（日民 651 条）についての東アジア諸国の比較検討を志したが、海外の研究者に当方の意図（無理由告知はいろいろな構成を通して制限されているのではないか。そもそも有償委任に当然にこの考え方が当てはまると考えるのはおかしくないか）が十分に伝わらず、結論として、思うような成果を得ることができなかった。

そこで、前述(1 参照)のように、委任の特則としての任意後見をどう考えるべきかについて、東アジア諸国の考え方を比較検討することを目指した（台湾では、2009 年末に新成年監護制度が施行されたが、任意後見は時期尚早として、立法が見送られた）。とりわけ重要なのが、韓国である。2009 年に財産法の改正作業がスタートし、年末には国会に民法改正案(成年後見制度について)が上程された。法定後見ばかりでなく、任意後見についても（民法の親続編の中に）規定されている。その内容の検討をおこない、日本法の今後の改正案に示唆を得ようと考えている。

3. 研究の方法

以上の問題を解明するために、筆者が中国、韓国、台湾を訪問して研究者・裁判官等にインタビューしたり、逆に海外から研究者・裁判官・法務省の担当者などを招聘してシンポジウムをおこない、その際、報告原稿を入手して（翻訳）、それを分析するという手法をとった。

その際、海外の共同研究者として以下の方々（順不同。肩書は研究会当時のもの）の

協力を得ることができた。ここに記して感謝の意を表したい。

- 馬 新彦 中国・吉林大学法学院・教授
韓 世遠 中国・清華大学法学院・教授
其 木堤 中国・上海交通大学法学院・副教授
王 麗萍 中国・山東大学法学院・教授*¹
鄭 鍾休 韓国・全南大学校法科大学・教授
金 敏圭 韓国・東亜大学校法科大学・教授
金 相容 韓国・延世大学校法科大学・教授
金 祥洙 韓国・西江大学校法科大学・教授
金 玟中 韓国・全北大学校法科大学・教授*
朴 仁煥 韓国・仁荷大学法学専門大学院副教授*
尹 泰永 韓国・亜洲大学法学専門大学院副教授*
金 亮完 日本・山梨学院大学専任講師*
孫 森焱 台湾・東呉大学・兼任教授（元最高法院判事、元大法官。本報告書で添付できないが、「台湾民法について——請負と委任」の報告書をまとめていただいた）
王 仁越 台湾・法務部法律事務司科長*
李 昭彦 台湾・高雄地方法院裁判官*
朱 柏松 台湾・台湾大学法律学院・教授
蘇 惠卿 台湾・東呉大学・副教授
Martin Schmidt-Kessel ドイツ・オスナブリュック大学法学部教授

4. 研究成果

(1) 請負契約の瑕疵担保責任について

① 土地工作物に瑕疵があった場合の注文者の解除権

日本民法 635 条ただし書では、この場合解除ができないが、台湾では、1999 年の民法改正のさいに、495 条 2 項が付け加えられた（孫森焱教授の報告による）。すなわち、「前項²の場合において、請負の仕事が建物若しくはその他土地所の工作物であり、その瑕疵が重大であるため、使用の目的を達し得ないとき、注文者は、契約を解除することができる」。日本でも参考になる規定であるが、重要なのは、瑕疵につき請負人に帰責事由がない場合でも解除が可能かどうかである。この場合、台湾民法 494 条はこう規定されている。「請

¹ *をつけた方々は、「特集・東アジアにおける成年後見制度」東洋文化研究 12 号（学習院大学東洋文化研究書発行、2010 年）151 頁以下に論文を發表されている。

² 495 条第 1 項「請負人の責めに帰すべき事由によって仕事に瑕疵を発生させたときは、注文者は、前 2 条の規定によって、修補を請求し、又は契約の解除若しくは報酬の減額を請求するほか、併せて損害賠償を請求することができる。」

負人が前条第 1 項に定める期間内に瑕疵を修補せず、又は前条第 3 項の規定によって修補を拒絶し、又はその瑕疵が補修することのできないものであるときは、注文者は、契約を解除し、又は報酬の減額を請求することができる。ただし、瑕疵が重要でないか、又は請負の仕事が建築物若しくはその他土地上の工作物であるときは、注文者は、契約を解除することができない」（翻訳は前田達明編『史料民法典』（成文堂、2004 年）1602 頁以下による）。

これについては、台湾最高法院の判決がある（八十三年台上字第三二六五号判例。孫教授による）がある。「民法 494 条但し書により、『請負の仕事が建物若しくはその他土地の工作物であるときは、注文者は、契約を解除することができない』というのは、請負の目的物である建物に存する瑕疵が、建物の構造又は安全に影響を及ぼす程度のもではなく、建物の再築を必要としない場合であると考えるのは相当である。仮に該瑕疵の程度が建物の崩壊を惹起する恐れがある程まで達した場合、なお注文者に該危険性を甘受させ、契約解除を得ないとすれば、立法趣旨に照らし、その本意にあらざるといわなければならない」というのである。つまり、最高法院は、瑕疵により倒壊のおそれがあるような場合には、民法 494 条ただし書を縮小解釈して、注文者は契約を解除できる、という。これは、前述の日本の最高裁判決にも通じる実務の柔軟な解決方法であり、高く評価すべきであろう。

解除は、債務者（請負人）に対する非難ではなく、挫折してしまった契約から債権者（注文者）の離脱を保障するものだという見地から、債務者に帰責事由がなくても土地工作物に瑕疵がある場合には、一定の条件のもとで債権者に解除を認めるべきである。ただし、請負契約の特殊性に鑑みて、次のように規定すべきであろう。「請負契約の内容が建物その他の土地の工作物の建築を目的とする場合にあっては、工作物の建替えを必要とするときに限り、行使することができる」（国民法曹学界有志案³563 条）。

② 追完請求権（修補請求権）と代金減額請求権との関係

ドイツ債務法現代化法では、売買と同様に請負においても、瑕疵ある物が給付された場合の注文者の救済策の中で、追完請求権が他の救済策に優越することが認められている。しかし、瑕疵ある物を制作する請負人に対

³ この有志案については、民法改正研究会編『民法改正国民・法曹・学界有志案』法時増刊（2009 年）所収の加藤雅信教授の「まえがき」、同『国民の、国民による、国民のための民法改正』を目指して」6 頁以下参照。

して注文者の信頼は失ってしまうかもしれない。この場合、いきなり解除を認めることはできないだろう。解除されれば請負人は原状回復の費用も負担しなければならない上に、報酬自体も請求できないことになってしまい、あまりにも請負人にとって過酷といわざるをえない。これに対して、代金減額請求権は、瑕疵の割合に応じて報酬を減額するだけであり、請負人の経済状態に決定的な損失を及ぼすものではない。瑕疵ある物を作り出した請負人に対して信頼を失った注文者に追完請求を義務づけることは、酷ではなからうか。

そもそも、日本民法 634 条 2 項に関して、民法起草者の梅謙次郎は、注文者が修補を欲しなければ請負人はそれを強いることはできない、と説明している⁴。

この点に関して、孫教授は、台湾でもドイツ法と同様の見解があるが、必ずしもつねに追完請求権の優越性を貫徹させなければならないものではなく、個別的には信義則で処理可能だ、と主張している。

上述の国民法曹学界有志案 563 条 1 項では、請負人のした仕事に瑕疵がある場合の注文者の救済方法として、追完請求権、解除権、報酬減額請求権の 3 つを定めているが、優劣関係にはふれておらず、それは解釈にゆだねられている。筆者の立場からも受け入れられる提案である。

(2) 役務提供契約総論の有用性について

ドイツ・オスナブリュック大学のフォン・パール教授を中心としたヨーロッパ民法典研究グループと EC 私法研究グループ (アキ・グループ) との共同作業による「共通参照枠組草案」⁵が最終的には 2009 年に公表された。その中で、第 4 編 第 C 章 役務 (Services) 第 1 章 総則が規定されており、そこには第 2 章以下の建設、加工、保管、設計、情報提供、医療の共通的な規定が用意されている。

2009 年 10 月にオスナブリュック大学法学部のマルティン・シュミット＝ケッセル教授を招いて、「役務提供契約総論」の必要性について講演してもらった。同教授はこの概念の有用性を指摘した。

しかし、この講演会に出席していた國學院大学法学部一木孝之准教授も指摘していたように、日本法にとっては総論を規定することによって委任の内容が空洞化するおそれがあるように思われる。さしあたり日本では、

この委任契約法の現代化を検討すべきであって、ヨーロッパのような役務提供契約総論を検討する状況ではない、と思われる。

(3) 成年後見制度について⁶

① 法定後見について——成年後見人の権限

韓国改正案は、日本法と同様、法定後見を 3 つの類型に分けている(狭義の成年後見、限定後見、特定後見。いわゆる類型的弾力化。台湾の改正法も、成年監護と補助の 2 類型に別れており、日韓に類似している)。詳細は省略するが、結論として、韓国改正案は、ドイツ型の一元的弾力化への過渡的な法整備と評価でき、日本法の将来の改正にとっても参考になる。なお、2002 年の中国草案⁷も、不完全ではあるが同じ一元的弾力化を志向しているように思われる。

さて、今回の韓国改正案の最大の特色は、成年後見人に身上監護についても代理権を認めている点であろう。それも財産管理と異

⁶ 以下の日韓成年後見制度の比較法的検討は、『須永醇先生傘寿記念論文集・高齢社会における法的諸問題』(酒井書店、2010 年刊行予定)所収の岡「韓国の成年後見制度改正案を読む」、さらには、加藤雅信＝岡『民法改正日韓共同シンポジウム』を終えて」法律時報 82 卷 3 号(2010 年)74 頁以下のうちの 6 と 7(岡の執筆部分)に基づいている。

⁷ 民法総則草案 15 条「①自己の行為を識別できない精神障害者は民事行為能力無能力者であり、民事活動はその法定代理人によって代理される。／②自己の行為を不完全にしか識別できない精神障害者は民事行為制限能力者であり、その精神の健康状況に応じた民事活動をおこなうことができる/その他の民事活動は、その法定代理人によって代理されるか、その法定代理人の同意を得ておこなう。ただし、単に権利を取得し又は義務を免れる行為は除外される。」中国民法総則草案については、岡「中国民法典草案第一編総則を読む」財産法諸問題の考察(小林一俊博士古稀記念論集、酒井書店、2004 年)1 頁以下参照。なお、この草案は、民事行為無能力者・制限的民事行為無能力者に関する民法通則を踏襲しただけだという見方もある。王麗萍「挑戦と対応——中国における成年後見制度について——」東洋文化研究 12 号(2010 年)265 頁参照。この草案は、最終的には廃棄された模様である。

⁴ 梅『民法要義・卷之三債権編』(1912 年版復刻版、有斐閣、1984 年)709 頁。

⁵ von Bar/Clive/Schulte-Noelke(ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference(DCFR), 2009.

なり、家庭裁判所は、「成年後見人が成年被後見人の身上に」に関する「権限の範囲を定める」となっている(さらにその範囲を変更することもできる。改正案 939 条 3 項、4 項)。しかも、授与された代理権の中でも医療行為のように特に重要な身上監護については、慎重を期すためであろう、家庭裁判所の許可が要求されている。原則は事前の許可が必要であるが、例外として事後の許可を求めることも許している(改正案 947 条の 2 第 3 項)。きわめて注目すべき制度構築であり、日本法にとっても大いに参考になろう。

韓国改正案は、さらに踏み込んで、成年被後見人の身体の完全性、居住・移転、通信、住居の自由などに対して重大な侵害を伴うような成年後見人の決定については、家庭裁判所の許可を求めている(改正案 947 条の 2 第 4 項)。しかし、日本法では、例えば居所指定にしても、成年後見人には親権者のような権限は認められていない。「本人の意思に反してまでも居所を指定することは、自己決定権への侵害が大きすぎる」⁸だろう。本人(成年被後見人)を介護施設に入所させることが、本人の「心身の状態及び生活の状況」からみて必要だとしても(日民 858 条が、成年被後見人の生活、療養看護に関する事務をおこなうために、これと並んで「成年被後見人の意思を尊重」することを要求している以上は)、成年後見人としては成年被後見人の同意を得なければなるまい。こう考えると、現段階では、右のような韓国改正案を参考にして日本法の立法論を提案することはできない。

②任意後見⁹

⁸新井誠＝赤沼弘＝大貫正男『成年後見制度』(有斐閣、2006年)110頁(赤沼執筆)。

⁹韓国の改正案は第4編親族の中に任意後見(後見契約)の規定を置いているのが特色である。法定後見と類似した処理が必要だとい

(イ)はじめに 本人・委任者が代理権を授与し、仕事を委任した後に意思能力を喪失した場合、現行法では代理権は消滅せず、委任契約も終了しないと解されている。意思能力がなくなった以降は、代理人・受任者を監督する者がいなくなり、この者の権限濫用が懸念される。そこで、任意後見契約法(以下では「日本新法」と称する)が制定され、法定後見同様 2000 年 4 月から施行されている。日本新法にも、委任者にどの程度の意思能力の減退があれば任意後見契約の効力が生ずるのかについての規定のしかたなど種々問題があるが、ここでは、以下の 2 点について指摘しておく。

(ロ) 任意後見人に対する監督制度 任意後見人に対しては、日韓ともに任意監督人が直接監督し、家庭裁判所は任意監督人を通して間接的な監督にとどまっている(改正案 959 条の 16。日本新法 7 条 1 項から 3 項まで)。これは検討の余地があるのではないか。国家機関の直接の監督の可能性を規定しておかないと、任意後見制度が十分に活用されることにはならないのではないか¹⁰。

(ハ) 法定後見との関係 任意後見と法定後見との関係については、日韓ともに共通の考え方(両者の併存は許さない)に立脚している(改正案 959 条の 2。日本新法 4 条 2 項、10 条 3 項)。

日本法のもとで法定後見が発動するのは、任意後見の対象に漏れがあったりするからであろう。そのためには法定後見によって本人を保護するにしても、それ以外の問題ない事柄については、本人が信頼しているのが任

う理由からのようである。

¹⁰ 任意後見人の権限濫用の事前の防止策も検討すべきであろう。これについては、成年後見センター・リーガルサポート『任意後見制度の改善提言と司法書士の任意後見執務に対する提案』(2007年)21頁以下参照。

意後見人であるので、できるだけその者に活動させるべきではないか。そして、その場合には、法定後見人・保佐人等は任意後見監督人と並んで監督の立場に退き、そうすることによって監督の実がさらに上がるように思われる。取引の相手方の保護などについても、(表見代理のような)代理の一般的考え方によって解決ができるように思われる。この点は、日韓ともに制度設計を見直すべきであろう。

③「人の法」の再編の可能性など

任意後見契約法は民法の委任の特則であるが、法定後見も含め、中国の立法に際しては、法典編纂問題がある。まず、特に法定後見について、日本の現行法のように(総則と親族に)分割して規定する方法がありえようが、中国には親続編ではなく、婚姻法が施行されているだけである。親子法もここに規定されているので、後見法を独立の章にした上で、この中に規定することも考えられよう。そして、任意後見は日本のような特別単行法かあるいは合同法中の委任の特則として規定することが考えられる。次に、民法総則はいずれ解体するだろうという前提のもとに¹¹、夫婦、親子、成年後見全体をカバーする「人の法」を構想することが考えられる¹²。これは日本法にとっても重要な問題である。この第2の道を進むためには、法典編纂の基本理念を改めて問い直す必要があるだろう。

もう1点、指摘しておきたいことは、法定後見が発動できない場合(申立権者がいない

¹¹ 民法総則の有用性に対して疑問を提起するものとして、ヴィーアッカー=鈴木禄弥訳『近世私法史』(創文社、1961年)注(7)585頁参照。

¹² 広中俊雄「成年後見制度の改革と民法の体系(上)(下)」ジュリスト1184号94頁、1185号(2000年)92頁参照。

か、申立をしようとしめない場合)の要保護者の緊急の保護の問題である。1つの可能性としては、事務管理を根拠に法定代理権(その対象は限定せざるをえないだろう)を発生させることも検討に値しよう。日本では全く問題意識がないが¹³、近時(前述の)ヨーロッパの「共通参照枠組草案(DCFR)」第5編3:106条でも代理権を規定しており、参考になるだろう。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文](計3件)

岡 孝『『民法改正日韓共同シンポジウム』を終えて』法律時報82巻4号(2010年)74頁～83頁(そのうち岡の担当は79頁以下の6と7)

岡 孝「自然人について」「韓国における成年後見制度(民法改正案)についてのコメント」韓国民事法学会/日本民法改正研究会主催『よりよい民法典を目指して——両国民法総則編の検討(民法改正日韓共同シンポジウム)報告集』(2009年)45頁～48頁、55頁～59頁

岡 孝「台湾における成年後見制度の改正について」岡孝=沖野眞巳=山下純司編著『東アジア私法の諸相——東アジア比較私法学の構築のために——』(勁草書房、2009年)1頁～17頁

[学会発表](計1件)

「日本の任意後見法について」(2009年10月29日、台湾・東呉大学において開かれた中日民法修正新趨勢研究会での報告)

6. 研究組織

(1) 研究代表者

岡 孝 (OKA TAKASHI)

学習院大学・法学部・教授

研究者番号：10125081

¹³ さしあたり四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為(上)』(青林書院新社、1981年)37頁、39頁注(3)、岡「事務管理と代理」下森定=須永醇監修『民法総則重要論点研究』(酒井書店、1991年)135頁以下参照。