

無償契約としての「委任」

西 台 満

“Delegation” as a Gratuitous Contract

Michiru NISHIDAI

第一章 序論

通説によれば、「労務供給契約」は三種類ある。まず、労働力を時間単位で売る「雇用契約」。民法では「雇用は、当事者の一方が相手方に対して労働に従事することを約し、相手方がこれに対してその報酬を与えることを約することによって、その効力を生ずる」(623条)と定義されている。次が、頼まれた仕事を完成させることによって報酬を得る「請負契約」。民法では、「請負は、当事者の一方がある仕事を完成することを約し、相手方がその仕事の結果に対してその報酬を支払うことを約することによって、その効力を生ずる」(632条)とある。最後が、頼まれた仕事を誠実にこなす「委任契約」で、「委任は、当事者の一方が法律行為をすることを相手方に委託し、相手方がこれを承諾することによって、その効力を生ずる」(643条)ものである。

委任においては、頼まれる仕事が「法律行為」に限られるかのような書きぶりだが、656条において、委任「の規定は、法律行為でない事務の委託について準用する」とあるので、結局のところ「どんな仕事でも、委任はあり得る」ことになる。

さて、これら三つの労務供給契約の違いは、何

なのであろうか。通説では、「雇用は、労務自体を目的とし、かつ、その労務の給付は相手方(使用者)の指揮命令のもとになされるべきもの」¹である。対して、請負は労務そのものではなく、労務の結果を目的とする点で雇用と異なる。従って、「労務の供給は、ただ仕事完成の手段にすぎず…請負人がいくら労務に従事しても、約束の結果が発生しなければ、請負人は債務を履行したことはない」²。

次に、雇用と委任の違いについては、供給される労務の性質に着目される。「すなわち、雇用は使用者の指図に従ってなされる従属的な労務の供給であるのに対して、委任では受任者が自分の裁量で事務を処理するという意味で労務供給者の独立性が認められる」³。

委任の特徴が独立性だとすると、今度は請負と委任の違いが怪しくなってくる。そこで再び仕事の結果に戻って、両者は区別される。「請負も委任もともに独立性のある労務の供給だが、前者はむしろ労務の供給によって仕事を完成することに重点があるのに対し、後者は労務の供給そのものに意味がある」⁴。一

しかしそうすると、次のような疑問が湧いてくる。

¹ 玉置保・北村実, 基本法コンメンタール第四版債権各論 I (遠藤浩編, 別冊法学セミナー 186号, 日本評論社, 平17年) [以後, 債権各論コンメと略す] 180頁。

² 内山尚三, 民法(6)契約各論第三版(有斐閣双書, 昭62年) 175頁。

³ 森島昭夫, 前掲民法(6), 192頁。

⁴ 同上。

- (1) 労務提供には三つの形態があることが分かったが、三つともサービスの提供という点で共通でありながら、なぜ委任だけが無償とされるのか？雇用でも請負でも、提供者に対する「報酬」支払の約束は、契約成立のための必要条件である。即ち雇用と請負が「有償契約」であるのに対して、なぜ委任だけが「無償契約」なのか。
- (2) 当事者間で特約を結べば、委任でも「報酬」をもらうことは可能であるが、⁵あくまで基本は「無償」である。にも拘わらず、受任者には「善良なる管理者の注意」（以後、略して善管注意と呼ぶ）という重い責任が課される。「本来はローマ法の『善良な家父の注意』からきた注意義務で…一家の責任者として…その責任（は重い）。…要するに、相手の身になって、文字通り『最善の努力』をすることである」⁶。

第二章 信義誠実の原則

民法はその第1条で、私権の行使に関する「基本原則」を定める。⁷①「私権は、公共の福祉に適合しなければならない」。個人に与えられる権利という性質上、どうしても利己的に行使されがちなので、改めて私権の公共性・社会性に注意を喚起した。憲法の人権規定「この憲法が国民に保障する自由及び権利は…国民は、これを濫用してはならないのであって、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ」（12条）を、私権の一般法である民法に具体化したのである。この憲法規定は、③「権利の濫用は、これを許さない」としても、表されている。

「権利濫用の成否は、権利の行使によって権利者の受ける利益と相手方のこうむる損害とを比較考量」⁸することによって決まる。自己の僅かな利

益のために、相手方に多大の損失を被らせるような権利主張は、社会全体の利益という見地から考えた場合、好ましいことではない。有名な事件として「宇奈月温泉訴訟」がある。宇奈月温泉は、黒部溪谷から7.5キロにも及ぶ長いパイプで湯を引っ張って成り立っていたが、その途中、殆ど利用価値のない土地を買い取って、この土地を高額で買い取るか、さもなくばパイプを撤去せよ、と所有者は要求した。これに対し大審院は、確かに所有権の行使たる外形を備えてはいるが、その目的は不当なる利益の獲得であり、「社会観念上、所有権の目的に違背し、其の機能として許さるべき範囲を超脱する」と、権利者の請求を退けたのであった。⁹

更に、民法1条②は「権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行為しなければならない」と、「信義誠実の原則」（略して信義則）を定めた。この原則は、元々は「債権者・債務者間の関係においてとくに問題とされた。しかし、現在では民法全般を通ずる指針を示すものと解されている」。¹⁰代表例とされるのが、買い戻し特約付きで売った不動産の買戻に関する大審院大正9年12月18日判決である。579条によれば「買戻権を行使するためには売主は、約定の期間内に、売買代金と契約費用（を）相手方に提供して、買戻の意思表示をしなければならない。（契約費用の金額を相手方に照会したが返事がなかったので、やむなく概算で10円と推定し、代金517円に10円を加えた527円を）提供し、買戻の意思表示をした。（実際の契約費用は12円8銭だったので）2円8銭不足しているから買戻は効力を生じないと相手方が抗弁して、買戻に応じなかった。大審院は、たとえ些少でも金額に不足がある以上買戻は無効とした原判決を破棄して、わずかな「不足を口実と

⁵ 648条①「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」の反対解釈。

⁶ 篠塚昭次、注釈民法（2）債権（有斐閣新書、昭52年）269頁。通説は、その状況で通常要求される注意の程度（抽象的軽過失）と理解しているが、私は通常よりも高められた注意のレベル（the higher standard of diligence）と解する。そして、私の考える具体的軽過失が通説の言う抽象的軽過失となり、受任者の個人的能力は問題にならない。Cf. Garner, Black's Law Dictionary (8th ed.) 489 (diligentia)。

⁷ 私権とは、私法上で認められる権利のことだが、これでは些か同語反復的で分かりにくい。とりあえず、国と個人の間で認められる権利が「公権」であるのに対し、相互に対等の個人間で認められる権利が「私権」である、と定義しておこう。

⁸ 遠藤浩、基本法コンメンタール第五版民法総則（別冊法学セミナー166号、日本評論社、平12年）〔以後、民法総則コンメと略す〕15頁。

⁹ 参照、大村敦志「権利の濫用」民法判例百選I第五版（別冊ジュリスト159号、有斐閣、平13年）12-3頁。

¹⁰ 遠藤浩、民法総則コンメ、14頁。

して買戻の効力を生ぜずと云うが如きは、債権関係を支配する信義の原則に背反する」と判示したのであった。¹¹

相手方のわずかな形式的・手続的不備に付け込んで、契約を無効化しようとするのは相手の信頼を裏切る、換言すると不意打ちを食らわすような所為であって、許されない。要は、「当事者間の立場を比較して、実質的な利益の衡平的配分を図ろうとする弾力的な配慮」¹²に外ならない。こうした判例の努力は、それ以前にもなされていたし、それ以後にも数多くの判決が出て、前述の如く信義則は「債権関係のあらゆる面を規律し、ついに全債権法を支配する帝王規定とまでいわれるようになった」¹³のである。

以上、民法の基本原則を長々と紹介したのは、「利益と損害の比較考量」「利益の衡平的配分」こそが民法解釈の要諦である、と言いたかったからに外ならない。「目には目を、歯には歯を」という同害報復が刑法の出発点であったことを考えれば、これは民法に限らぬすべての法に通ずる原理、と言うべきなのかも知れない。その証拠に、裁判のシンボルは「秤」である。

「無償」の委任の相手方に重い善管注意義務を課すのは、バランスを欠き、衡平的配分という民法的理想に悖る。「他の無償契約では、注意義務が軽減されている。すなわち有償寄託で受寄者は善管注意義務を負うが、無償寄託では『自己の財産に於けると同一の注意』をなせば足る(659)。また贈与者や使用貸主は原則として担保責任を負わない(551・596)。無利息消費貸主も同様である(590)。委任が有償無償を問わず善管注意義務をみとめるのは特に信頼関係を重視するためであ

る」。¹⁴

特別の信頼関係というのは、第一章末で言及しておいたように、一家の主とその家族との間に見られるような関係である。それ故、委任は無償が原則なのであり、ドイツ民法は今なお無償のみと固執する。¹⁵

そうすると、今日通説が「委任」だと考えている事務は、殆どが「委任ではない」のではないかと、という疑念が生ずる。先ず、「商人がその営業の範囲内において、他人のために行為したときは、相当な報酬を請求することができる」(商法512)から、これは委任ではないということになる。例えば、不動産売買の媒介をした宅地建物取引業者、荷物の運搬を引き受けた運送業者。これらは委任と言うより、「請負」と構成すべきであろう。

その他、通説は「商人でなくとも、医師・弁護士のように、委任を受けることがその者の業務に關している場合には、その委任が有償であることは取引上の原則である」¹⁶と言うが、かなり現実離れの感が深い。医師の診療・弁護士の訴訟代理などは100%有償で原則どころではない。病院・医院・法律事務所で営業的商行為を行なう「商人」と言って、何ら差し支えないと思われる(商502条7号、客の来集を目的とする場屋における取引¹⁷)。

第三章 知的労働

通説が、医師・弁護士を「商人」に組入れず、委任の代表例としてきた原因は、雇用との差別化であった。既に第一章で述べたことの再説になってしまうが、「雇用は使用者に従属し、その指揮

¹¹ 安永正昭，新版注釈民法（1）改訂版（谷口知平・石田喜久夫編，有斐閣，平14年）78-9頁（実際の判決文は、漢字片仮名・読点なし）。

¹² 安永，同上79頁。衡平とは「一般的な規範である法をそのまま適用することが妥当でないような場合，それを具体的な事案に即して修正する原理」。金子宏・新堂幸司・平井宜雄編「法律学小辞典第4版」（有斐閣，平16年）〔以後，小辞典と略す〕361頁。

¹³ 安永，同上76頁。

¹⁴ 明石三郎，新版注釈民法（16）（幾代通・広中俊雄編，有斐閣，平元年）〔以後，新版（16）と略す〕208頁。

¹⁵ 「有償許容を志向する現代法のもとにあって，ドイツ民法は…委任を無償に限定した」中川高男，同上214頁。

¹⁶ 遠藤厚之助，債権各論コンメ，201頁。

¹⁷ 公衆の来集に適する物的・人的設備をして，これを利用させる…取引のこと。例えば，旅館・飲食店・浴場・劇場・遊園地・理髪店等」小辞典，578頁。

命令のままに労務を提供する関係であるが、委任は…受任者の自主的裁量に任される範囲が広い点で雇用と異なる」。

使用者が労務提供者に対していちいち指図せず彼の裁量に任せるのは、その労務が専門的・知能的事務だからである。故に、そこから委任とは「他人の特殊な知識・経験・才能を目的とした知能的な高級労務を利用する関係」だと結論づけられる。¹⁸

しかし、労務が高級であればある程、原則「無償」が説明しにくくなる。そこで我々は一旦、委任＝高級労務という思い込みを放棄してはどうか、というのが私の提案である。医師・弁護士等が知的労働者であることは間違いないが、100%の有償性はむしろ「商人」と見るべきことを示唆している。以下、委任を特徴づけるのは無償性であって知能性ではない、ということを論じたい。

[1] 651条「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」も、委任の無償性によってのみ説明ができる。「委任者・受任者のいずれからでも、なんら特別の理由なくとも自由に解約できる」。¹⁹ この法的拘束力の希薄さは、「書面によらない贈与の解除（550）と同趣旨かと思われる」。²⁰

有償の雇用・請負でも解除はできるし（626・627・628；641）、逆に無償委任でも損害賠償しなければならない場合がある。但し、それは「やむを得ない事由」がなく且つ「相手方に不利な時期」の解除に限られるから（651②）、やはり原則「解除不可」か原則「解除可」かの違いは大きい。²¹

[2] 商事委任の代表と言え、株式・商品取引仲買人への売買委託であるが、この道のプロ

にとっては、株式・商品の売買注文の処理はroutine（決まり切った仕事）であって、特別に知能を必要とするわけではないし、自由裁量の範囲が広いわけでもない。「何円になったら何単位買ってくれ」「何円まで上がったなら全部売ってくれ」との顧客の注文に機械的に従うだけの単純労務である。輸送業者への荷物の委託についても同様である。

翻って考えると、これまで委任と考えられてきた民事委任の大部分についても、同じことが言えるのではないか？ 公認会計士による会計監査・司法書士による登記手続・弁理士による特許出願等、確かに資格を取るまでには膨大な知識や経験を要求される知的業務ではあるが、取ってしまえば、後は誰がやってもほぼ同じ結果になるマニュアル業務ではなからうか？ 不動産の所有権移転登記をA司法書士に頼むのとB司法書士に頼むのとで結果が異なるとは思われない。²²

結局、これまで「委任」とされてきた労務と「請負」との違いが崩れてしまう、ということである。委任でも、我々庶民は一定の結果だけを求める。「最低限これだけは」という結果を保障するために、国は合格の難しい国家試験を用意するのだ、と言ってよいであろう。プロとして、この最低限が守れなかった時に、損害賠償の訴訟が提起されることになる。

一例として、医療過誤を取り上げる。患者は深夜、狭心症発作に見舞われ、救急病院に搬送された。医師の診察時には更に心筋梗塞こうそくに悪化していたにも拘わらず、医師は胸部疾患の可能性を疑うことなく、急性膵炎すいえんに対する点滴を実施したに止まったため、患者は心不全に至り死亡した、という事案がある。最高裁は、適切な治

¹⁸ 明石，前掲206頁。

¹⁹ 遠藤厚之助，債権各論コメン，206頁。

²⁰ 明石，前掲280頁。

²¹ 原則解除可の理由を、通説が「特殊の信頼関係」に求めるのに対し、広中は無償性に求めているが、妥当である。広中俊雄，債権各論講義第5版（有斐閣，昭54年）263頁。同じく、広中説を卓見と賞するのは明石，前掲279頁。

²² 弁護士に対する報酬については平成16年に「報酬等規程規程」が廃止され、司法書士についても平成15年に「報酬基準額表」が廃止されて自由になったので、委任者が支払わねばならない金額は、誰に頼むかで違って来るかも知れない。とは言え相場というがあるので、それ程大きな差にはならない。

療を施していれば死ななかつたであろう—換言すると、医師の処置（行為）と死亡（損害）との間の因果関係—が証明されてないにも拘わらず、わずかな延命の可能性を理由に原告（患者遺族）勝訴とした。「医師の医療行為が、その過失により、当時の医療水準にかなったものでなかった場合において、右医療行為と患者の死亡との因果関係の存在は証明されないけれども、医療水準にかなった医療が行われていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在が証明されるときは、医師は、患者に対し、不法行為による損害を賠償する責任を負うものと解する」。²³

この判決は判例となって、以後も踏襲されている。例えば、^{しゅりゅう}腫瘤を形成せず胃壁に広く浸潤する「スキルス」胃癌の患者を診察した開業医は、内視鏡を入れた際、大量の内容物のため胃壁を十分に観察できなかつた。再検査を実施するのが相当と思われるところ、該医師は慢性胃炎との診断を下し、胃薬を処方するに止まつた。症状の改善しない患者が、約三ヶ月後に総合病院で再検査を受けたところ病名が明らかになり、入院治療するも既に骨に転移していて、入院から約三ヶ月後に死亡した、という事案である。

一審・二審は、開業医の過失を認定しつつも、その時点で既に患者の症状は重く死は避けられない、即ち過失と死亡との間に因果関係はないとの理由で、原告の請求を棄却した。これに対して最高裁は、医師「が適切な再検査を行っていれば、患者のスキルス胃癌を発見することが十分に可能であり、これが発見されていれば、上記時点における病状及び当時の医療水準に応じた化学療法が直ちに実施され、これが奏功することにより、患者の延命の可能性があったことが明らかである」として、原判決を破棄・差戻したのである。²⁴ 最高裁の判断には何ら科学的根拠はなく、「少しでも早く治療を始めれば、それなりの効果はあったはず」という思い込み、良く言えば一般経験則に依拠している。

この事案における原審（二審）と最高裁の正反対の結論は、たとえわずかでも「延命の可能性」があったと主張するのであれば証拠を出せと言うのが前者であり、その存在は明らかだから立証の必要はないとするのが後者である。私は、後者を支持する。その理由は、①そもそも患者が開業医の診察を受けた時点で、癌がどれくらい進行していたのか不明なのであるから、素人はもちろん、専門家でも可能性を%で出すのは不可能であろう。②入院・加療しても間もなくの死亡であるから、常識的には上記時点で既に手遅れ状態であった、と見るのが相当である。つまり、三ヶ月早く治療が始まっていたとしても患者の死亡は不可避で、死亡時期が若干遅くなることは遺族にとっては大事でも、法律的には考慮に値しない。原審は大筋でこういう判断をしており、妥当である。にも拘わらず、なぜ私は最高裁を支持するのか？ 医師がその道のプロとして、最低限要求される義務を果たさなかつたからである。

特別に高い報酬を払って、「神の手」を持つと言われる高名な外科医に執刀をお願いする、あるいは勝訴率が高いと評判のベテラン弁護士に事件を委任する、などの場合は別である。通常の場合、我々は専門家に対しては、その業界で最低限あるいは当然とされる労務を期待する。医療であれば、その時の水準で通常行われるであろう診断・処置さえきちんと踏んでもらえさえすれば、たとえ結果が思わしくなかつたとしても、その結果を運命と思って受け入れる。逆に、手抜きとか判断ミスとか、依頼人の予想・期待を裏切るようなことがあると、実際には結果に大した差がなかつたとしても、精神的ダメージは大きい。きちんとやってくれてさえいれば、良い結果になっていたのでは…との妄想が広がって止めるのが難しくなるからである。

損害は、患者の死ではなく、医師の過失によって引き起こされた遺族の精神的苦痛であるから、「因果関係が認められなくても、被告の過失は患者の保護法益の一つである期待権の侵害

²³ 最判平 12・9・22 判例時報 [以後、判時と略す] 1728 号 31, 34 頁。

²⁴ 最判平 16・1・15 判時 1853 号 85, 88 頁。

となり、慰謝料の請求だけは認められるべきだ、という論理は、いわば無因果関係責任論の展開といっても過言でなく（…無過失責任理論なし制度は認められても）かかる理論なし制度は、わが法理論からして到底認めることはできない²⁵との批判は、失当である。

以上、要約すると、従来「委任」の典型と考えられてきた知能的高級労務は、決して広い裁量権を持って依頼主から独立に仕事をするものではなく、専門家として一定のルールの上を走ることが期待され・要求される。このルールから飛び出すことも不可能ではないが、それによって良い結果を出せば名声を手にするし、逆に失敗すれば訴訟を起こされる。

その業界で一応常識とされているルールの上を走ること、これを「労務の成果」あるいは「仕事の完成」と呼ぶならば、知的労働もまた立派な「請負」である。依頼人は弁護士に「訴訟」を依頼するのであって、裁判に勝つこと即ち「勝訴」を依頼したりはしない。判決は裁判官が書くのであるから、裁判の勝敗は弁護士には如何ともし難いことぐらい、依頼者にも十分わかっている。弁護士に望むのは、真摯に訴訟を進行してくれることであるから、たとえ敗訴で終わろうとも、それはそれで一つの仕事が完成したのである。医師についても、同様である。全身全霊治療に献身してくれたのであれば、結局は死んだとしても遺族は文句など言わない。診療契約とは「全快」を約束させる契約ではなく、真摯な治療を依頼するものであるから、たとえ死亡で終わろうとも、それで仕事の終了・完成なのである。²⁶

[3] 要するに、通説は仕事の結果が物理的・有形的に認識できる場合を「請負」、できない場合を「委任」と、恐ろしく単純に区別してきたに

過ぎない。住宅を建てる工務店、オーダーメイドの背広を仕立てる洋服店など、住宅も背広も明確に感覚できるから、請負の典型とされてきた。しかし実際には[2]で述べたように、「人や物の運搬…病気の治療等、無形的なものであってもよい」²⁷わけで、「『仕事の完成』という指標もまた、相対的で流動的なものだと言わなければならぬ」²⁸である。

依頼主からの「独立性」に関して、医師・弁護士を例に、それ程自由裁量の範囲が広いわけではない、と疑問を呈しておいた。請負においても、同様である。背広を例にすれば、寸法は、顧客の体型に合わさなければならないし、生地は既に選ばれているし、襟のデザイン・ズボンの裾…すべて客の好みによって指定されている。仕立て職人の裁量の余地など、殆ど無いに等しい。住宅にしても、屋根・外壁の材質・色から屋内の間取り、壁紙の模様・色まで、殆ど建築主の希望を聞いて施工される。工務店の良し悪し（自由裁量）というのは、建築主との相談・助言の段階で発揮されるのみである。

請負・委任では独立性があると言っても労務の内容に具体的な指示が出されることが多いし、「これを裏から雇用の従属性つまり使用者側の指揮命令権という点からいっても同じで」²⁹、抽象的なレベルでの指揮命令というのが大いにあり得る。例えば、会社が社員の健康管理のために医師を雇えば雇用だが、その指揮命令は配属地・検査項目など労務の枠組みだけに止まるであろう。

結局、「委任」を「請負のような仕事の完成を目的とする契約ではなく、委託された目的の下に事務を処理すること自体がその内容であるから、必ずしも仕事を完成する必要はない」³⁰と特徴づけるのは、有形の結果しか認識できない primitive

²⁵ 櫻井節夫「福岡地判昭52・3・29に対する判例批評」判時883号、139頁。

²⁶ 常識で考えて、「勝訴」を請け合う弁護士・「全快」を約束する医師がいるとは思えない。その結果が実現できなければ、必ず債務不履行責任を問われることになるからである。成功報酬のみで受任する場合でも、報酬を約束するのであって、勝訴ではない。

²⁷ 中井美雄、債権各論コメン、191頁。

²⁸ 幾代通、新版(16)、6頁。

²⁹ 幾代、新版(16)、5頁。

³⁰ 遠藤厚之助、債権各論コメン、200頁。

な時代の名残^{なごり}と言ってよい。そして、「独立性」と「従属性」も、三つの労務を区分する本質的なメルクマールとは考え難い、ということになった。では、何によってその三つを区別すべきなのか？

第四章 結論

雇用の特徴は、何度も述べたように民法学者は「従属性」と見るのであるが、³¹ 私は世間の常識に従って「継続性」と見る。「雇用は、継続的契約関係の典型の一つで、通常、相当長期にわたって存続する」。³² 従って、一日限りとかお祭り期間中のみのアルバイトとなると、時間で指定された単純労働なので、我々はずい雇用と考えてしまい勝ちだけれども、継続性という新たな基準で考えると雇用ではなく、「請負」である。

雇用関係に入ると、労働者は一日の大半を使用者の指揮命令下に置かれる。生活のためには、労働者はこの従属的地位に我慢しなければならない。³³ 「経済的弱者である労働者は…生計維持のため雇用関係に入らざるを得ない」³⁴ ので、継続性が原因で従属性はその結果である。継続的に雇用して欲しいがために、労働者は従属、場合によっては屈辱をも我慢する。故に、従属と継続のどちらがより根本的かと言えば、継続なのである。

ここで雇用に関する判例を一つ挙げておく。塗料の専門家Xは、当初出向という形で製紙会社に行ったが、9カ月後にその会社の嘱託となり、それから2年半後に特許出願を巡って争いになり、解雇されたという事案である。製紙会社と結んだ嘱託契約が、労働協約の適用を受ける「雇用」か、受けない「委任」かが争点となった。

会社は、①Xは自分の自由裁量で研究に従事しており、会社の指揮命令に服していない②いつ出勤・退社するかは本人の自由で、報酬は勤務時間に基づいたものではない③Xの報酬は、一般従業員

の給与体系と異なる、との理由で委任を主張した。確かに、雇用と委任は「同じく労務の給付を目的とする契約でありながら、雇用契約においては『使用従属労働』ということの本質的要素とし、労務の提供を受けた側が相手の労働力を如何に処置し機能せしめるかの支配権を取得するのに反し、委任契約においては、労務の提供を受けた側は…労働力に対する支配権を取得せず、その者自身において行使せしめるものである」³⁵ と区別するのが通説であるから、本件は委任であり、X敗訴となるべき事案であった。

ところが最高裁は、Xが週6日、朝9時から夕方4時まで勤務し、時間外の勤務については残業手当をもらっていたという実態の方を重視し、労働協約を適用してXの解雇を無効とした。即ち、従属性こそが雇用の核心とする通説を否定したのである。

以上、雇用を請負・委任から分かつ特徴は「継続性」であり、後二者の共通点は「単発性」である。では、請負と委任を分かつのは、一体何なのか？既に第一章で示唆しておいたように、私は「有償性」と「無償性」だと考える。この基準で考えると、専門的知能労務は委任ではなく「請負」になる。そうすると次の問題は、無償の「委任」とはどういう労務なのか？である。

第二章で述べたように、無償なのに重い注意義務を課すのは民法では異例の、バランスを欠く内容なので、何か特別な理由が要る。それが「特別の信頼関係」であった。我々が医者にかかる時、日頃馴染みの医院に行くが、もちろん信頼しているから行くのであるが、特別の信頼関係と言えば誇張が過ぎよう。馴染みの理髪店・鬘^{ひいき}のレストランに行くのと、それ程違わない。ましてや弁護士となると、誰に頼んでいいのかわからず、弁護士会とか知人の紹介で決めるので、信頼があるのかさえ怪しい。この点から言っても、専門家

³¹ 「労働契約の…中心概念は、『従属労働』ないし『労働の従属性』である」。玉置・北村、債権各論コンメ、180頁。

³² 玉置・北村、同上181頁。今はそうとも言い切れないが、「終身雇用制」が我国の慣行であった。

³³ 「人の労務は、主体たる人と切り離せないものだから、労務を目的とする債権は、多少なりとも、債務者の人格を拘束する」。我妻栄、民法大意[第二版]中巻(昭46年、岩波書店)416頁。

³⁴ 玉置・北村、債権各論コンメ、180頁。

³⁵ 最判昭37・5・18民集16・5・1108、1112-3頁。

への依頼は「委任」ではない。

広義の委任の典型は、主婦が買物とかパーマに行っている間、近所の友達に小さな子を預けるような場合である。行方不明になったり交通事故に遭っては一大事なので、預かる側としても責任重大で、「善良なる管理者」の注意が要求される。しかも、報酬はない。³⁶ 類似の例としては、家族で旅行中の、ペットや観葉植物の世話を近所の友達に頼むとかが考えられる。

以上が「法律行為でない事務の委託」（準委任656）であるが、法律行為の委託（643）としては、入手しにくい乗り物の切符やコンサートのチケットの購入の依頼とかがある。こういう場合も、頼まれた方は大変である。発売開始時にはパソコンの前に、必ずすわっていないとかならないし、場合によっては暗いうちから起きて、行列しなくてはならないこともある。こんなことが可能なのも、本人同士に特別な信頼関係があってこそである。他には、本人の代わりにオークションに出品あるいは落札する、というのがあっても知れない。

狭義の委任即ち法律行為の委託は、当然に代理権の授与を伴う。³⁷ 例えば、所有権の移転登記は売主と買主の共同申請が原則だが（不動産登記法60）、売主の委任状と印鑑証明書をもらえば、買主が単独で申請することができる。但し、売主と買主の間に特別な信頼は無いので、通常は司法書士に双方の代理をさせる（請負）。

登記関係で委任と言え、^{みうち}身内に代理を頼む場合であろう。兄から土地の贈与を受けたが、移転登記がまだだったので、弟が兄から実印・印鑑証明書・登記済証（権利証）を受け取ったという事案がある。³⁸ 別の例としては、Yは本人が海外居住中の財産の管理（債務の整理・支払、納税など）を委任され、実印も預っている代理人であるが、本人の所有する^{でんち}田地を小作人に安く売ったのは権限外の行為で無効（110）、と訴えられた。最高裁は、本人が日頃からYを信頼して実印を預けていたこと、Yは本人の義弟（妻同士が姉妹）であることを理由に、「^{ひょうけん}表見代理」（109）で売買は有効とした。³⁹ やはり委任とは、「特別な信任」を前提とした関係であることを示した判例と言えよう。

³⁶ 但し、「受任者の事務処理と対価関係にたたない謝礼の交付」があるのが通例である。遠藤厚之助、債権各論コンメ、201頁。

³⁷ 「委任契約は委任者と受任者との間の内部的な債権関係であり、委任契約自体は代理のように第三者の問題を生じない」中川高男、新版（16）、221頁。故に、両者に必然的な関係はないというのが通説であるが、委託された法律行為には第三者が絡んでくるので、代理なしの狭義委任はあり得ないと私は解する。

³⁸ 最判昭46・6・3民集25・4・455。実印があるので、弟は後で白紙委任状を作ったようである。

³⁹ 最判昭31・9・18民集10・9・1148。